



FACULTAD DE DERECHO

**PRESUPUESTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL PERÚ**

PRESENTADA POR

MARCO ANTONIO FERNÁNDEZ SUÁREZ

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

CHICLAYO – PERÚ

2015



**Reconocimiento - Compartir igual
CC BY-SA**

El autor permite a otros transformar (traducir, adaptar o compilar) esta obra incluso para propósitos comerciales, siempre que se reconozca la autoría y licencien las nuevas obras bajo idénticos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>



FACULTAD DE DERECHO

**PRESUPUESTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL PERÚ**

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADO POR:

MARCO ANTONIO FERNÁNDEZ SUÁREZ

Chiclayo, Perú

2015



**PRESUPUESTOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL
PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL PERÚ**

ASESOR METODOLOGICO:
Dr. Juan Miguel Juárez Martínez

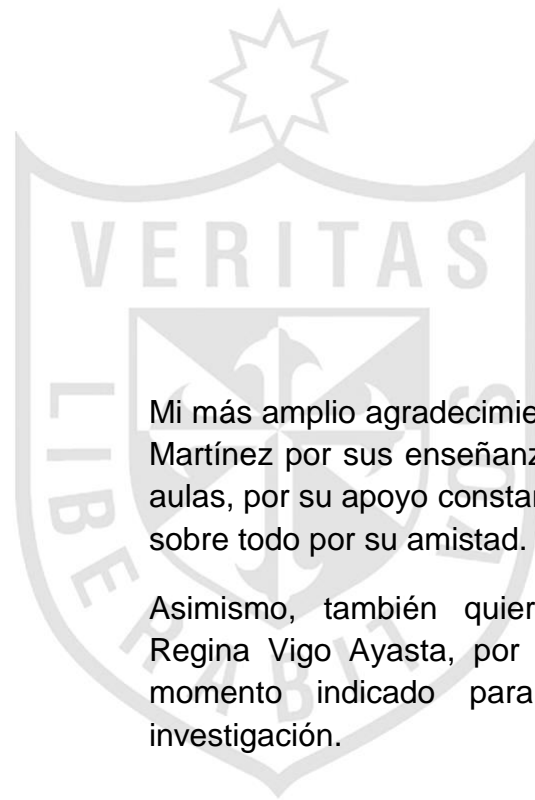
OBJETANTE
Mg. César Luperdi Gamboa





A mis padres, por su infinito amor
A Gino y David, mis ejemplos
A Fiorella, por su apoyo incondicional





Mi más amplio agradecimiento al Dr. Jorge Pariasca Martínez por sus enseñanzas dentro y fuera de las aulas, por su apoyo constante y desinteresado, pero sobre todo por su amistad.

Asimismo, también quiero agradecer a mi tía Regina Vigo Ayasta, por darme el impulso en el momento indicado para llevar a cabo esta investigación.

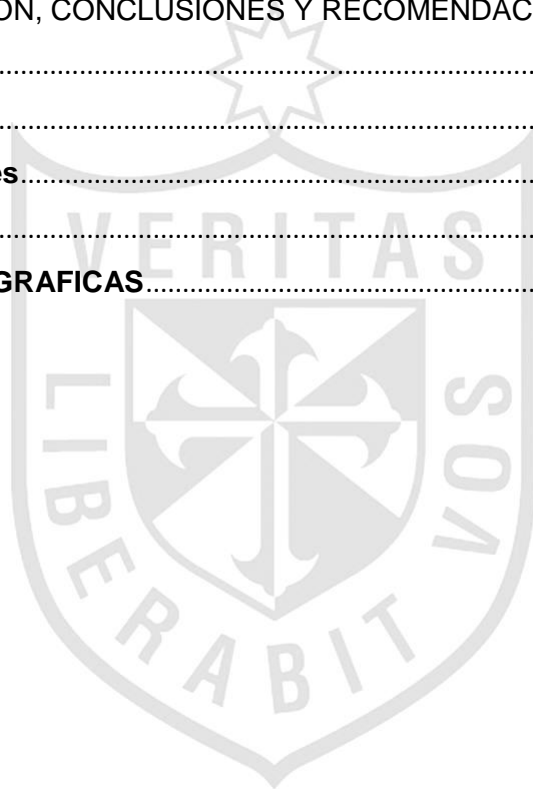
ÍNDICE

Portada	i
Título	ii
Asesores	iii
Dedicatoria	iv
Agradecimiento	v
ÍNDICE	vi
RESUMEN	x
ABSTRACT	xi
INTRODUCCIÓN	xii
1.1. CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. Situación problemática	1
1.2. Formulación del problema	4
1.3. Objetivo general	5
1.4. Objetivos específicos	5
1.5. Justificación	5
1.6. Limitaciones y viabilidad de la investigación	6
CAPITULO II: MARCO TEÓRICO	7
2.1. EL ARBITRAJE COMERCIAL	7
2.1.1. Orígenes	7

2.1.1.1. El arbitraje en el Derecho Romano.....	9
2.1.1.2. El arbitraje en Inglaterra.....	15
2.1.1.3. El arbitraje en Estados Unidos.....	19
2.1.2. Concepto.....	20
2.1.3. NATURALEZA JURÍDICA:.....	26
2.1.3.1. Teoría Contractualista.....	26
2.1.3.2 Teoría Jurisdiccionalista.....	27
2.1.2.3 Teoría Intermedia o Mixta.....	30
2.1.4. Principios del Arbitraje Comercial.....	31
2.1.4.1. Principio de libertad de sometimiento.....	31
2.1.4.2. Principio Kompetenz – Kompetenz.....	32
2.1.4.3. Principio de separabilidad del convenio arbitral.....	34
2.1.4.4. Principio de imparcialidad.....	35
2.1.4.4. Principio de igualdad.....	36
2.1.4.5. Principio de buena fe.....	37
2.1.5. Tipos de arbitraje.....	37
2.1.5.1. Arbitraje Institucional.....	37
2.1.5.2. Arbitraje Ad Hoc.....	39
2.1.6. Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI.....	40
2.1.7. Decreto Legislativo N.º 1071 – Ley Peruana de Arbitraje.....	45
2.2. Autonomía del arbitraje comercial.....	50
2.2.1 Evolución de la autonomía del arbitraje comercial en Inglaterra y Estados Unidos.....	51
2.2.2. Evolución de la autonomía del arbitraje comercial en el Perú.....	53
2.2.3. La autonomía del arbitraje comercial a partir de la STC 6167-2005-HC/TC.....	60
2.2.4. Control constitucional de los laudos arbitrales y autonomía del arbitraje comercial.....	64
2.2.5. Autonomía arbitral y la colaboración del Poder Judicial.....	71
2.2.5.1. Rol complementario.....	73
2.2.5.2 Rol Revisor.....	77
2.2.5.3. Rol Subsidiario.....	80
2.2.6. Distorsiones que disminuyen la autonomía del arbitraje comercial.....	83
2.2.6.1 “Judicialización arbitral”.....	83

2.2.6.1. ¿El arbitraje comercial está perdiendo autonomía con la aplicación del rol subsidiario del Poder Judicial?	87
2.2.7. Bases para el incremento de la autonomía del arbitraje comercial: presupuestos para la eliminación del rol subsidiario del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales.	90
2.2.7.1 Necesidad de incrementar la autonomía arbitral	90
2.2.7.2. Presupuestos que determinan la necesidad de reducir la intervención del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales	92
2.2.7.2.1 Elevada carga procesal	92
2.2.7.2.2. Intervención judicial: Falta de celeridad en el trámite de medidas cautelares anticipadas y falta de especialización de los jueces en materia arbitral.	96
2.2.7.2.3. Percepción social negativa de la labor que realiza el Poder Judicial	111
2.2.8. MEDIDAS CAUTELARES EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1071.....	117
2.2.8.1. Sistema cautelar peruano.....	117
2.2.8.2. Potestad cautelar arbitral.....	119
2.2.8.3. La medida cautelar arbitral	121
2.2.8.3.1. Definición	121
2.2.8.3.2. Presupuestos	122
2.2.8.3.3. Características	124
2.2.8.3.4. Tipos	125
2.2.8.3.4. Oportunidad	126
2.2.8.4. Procedimiento.....	127
2.2.8.4.1. Antes de la constitución del tribunal arbitral	127
2.2.8.4.2. Después de la constitución del tribunal arbitral	132
2.2.8.5. Finalidad de las medidas cautelares arbitrales	134
2.3. EL PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA.....	137
2.3.1. El procedimiento de “Árbitro de Emergencia”	138
2.3.1.1. El Árbitro de Emergencia	139
2.3.1.2. Las decisiones	142
2.3.1.3. Etapas	144
2.3.1.4. Ventajas.....	147
CAPITULO III: DISEÑO METODOLÓGICO.....	148

3.1. Tipo de Investigación	148
3.2. Abordaje metodológico	149
3.3. Escenario	149
3.4. Instrumentos de recolección de datos.....	150
3.5. Procedimientos	150
3.6. Análisis de datos.....	150
3.7. Criterios Éticos	151
3.8. Criterios de rigor científico.....	151
CAPITULO IV: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	152
4.1 Discusión.....	152
4.2 Conclusiones:	157
4.3. Recomendaciones	157
ANEXOS	158
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	159





RESUMEN

La presente tesis tiene como principal objetivo proponer en nuestro país la aplicación del procedimiento de árbitro de emergencia, cuya finalidad es incrementar la autonomía del arbitraje comercial. Para esto, se le ha dado un enfoque mixto a la presente investigación, utilizando el método de estudio explicativo. En esa medida, hemos llegado a la siguiente conclusión: la aplicación del procedimiento de árbitro de emergencia en nuestro país, nos alejará de las deficiencias del Poder Judicial y a la vez dotará de mayor autonomía al arbitraje comercial, dado que las solicitudes de medidas cautelares antes de la instalación del tribunal arbitral serán conocidas dentro del procedimiento arbitral y con normas propias del arbitraje, logrando así consolidar a nuestro país como una sede internacional de arbitraje al más alto nivel.

ABSTRACT

This thesis has as a main objective, to propose in our country the emergency arbitrator implementation procedure, which aims to increase the autonomy of commercial arbitration. For this, it has been given a mixed approach to this research, using the method of comprehensive study. For that, we have reached the following conclusion: the implementation of the procedure for emergency arbitrator in our country, lead us from the shortcomings of the judiciary and also will provide greater autonomy to the commercial arbitration, since requests for precautionary measures before installation of the arbitral tribunal shall be known in the arbitration procedure and its own rules of arbitration, achieving the consolidation of our country as an international seat of arbitration at the highest level.



INTRODUCCION

Qué duda cabe que hoy en día el arbitraje comercial en nuestro país es autónomo. Este rasgo fundamental se desprende de nuestro propio ordenamiento jurídico, en la medida que nuestra Constitución y el Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje incluyen en su articulado disposiciones en tal sentido. Asimismo, a nivel jurisprudencial, dicha autonomía también ha sido objeto de reconocimiento, lo que sin duda ha favorecido al impulso del arbitraje comercial en nuestro país.

La importancia del principio de autonomía del arbitraje comercial es fácilmente perceptible, en tanto constituye en sí la piedra angular sobre la cual se cimienta nuestro sistema arbitral, y a la vez es –sin duda- el paradigma de toda legislación arbitral. En atención a ello, con el paso del tiempo se ha reducido ostensiblemente la intromisión del Poder Judicial en el arbitraje comercial, de manera que, al día de hoy, el Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, dispone que el Poder Judicial brindará su colaboración sólo en tres supuestos: Para la ejecución del laudo arbitral –rol complementario-, para el dictado de medidas cautelares –rol subsidiario- y para la revisión del laudo arbitral –rol revisor-.

Sin embargo, a pesar de que la autonomía arbitral en nuestro país goza de pleno reconocimiento, encontramos un problema en cuanto a la colaboración

subsidiaria del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales, en la medida que, para solicitar una medida cautelar antes de la instalación del tribunal arbitral, las partes tienen que recurrir obligatoriamente ante la jurisdicción estatal en busca de dicha medida, debilitándose así la autonomía e independencia del arbitraje comercial peruano.

Como resultado del análisis anterior surge la principal interrogante de nuestra investigación: ¿Cuáles son los presupuestos que sustentan la implementación del Procedimiento de Árbitro de Emergencia para los casos de tutela arbitral urgente y el incremento de la autonomía del arbitraje comercial en el Perú?

A nuestro parecer, la mejor manera de dar solución al problema antes descrito, es establecer los presupuestos que sustenten la implementación del procedimiento de árbitro de emergencia, y con esto, evitar la intromisión del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales en pos de una mayor autonomía.

Es necesario entonces plantearse los siguientes objetivos: Identificar los presupuestos que sustenten la implementación del procedimiento de árbitro de emergencia, analizar dicho procedimiento y proponer su implementación.

Para lograr tal fin, hemos dividido esta tesis en 4 capítulos.

En el primer capítulo se describe de qué manera el arbitraje comercial pierde autonomía con la colaboración subsidiaria del Poder Judicial. Se plantea la problemática, se establece el objetivo general y los objetivos específicos de la presente tesis, así como la justificación, los alcances y los límites de esta.

A continuación, el segundo capítulo se divide en tres partes, la primera parte se refiere a los aspectos fundamentales de la institución arbitral, sus orígenes y su conceptualización, su naturaleza jurídica, sus principios y los tipos de arbitraje en nuestro país. En la segunda parte estudiaremos la evolución de la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país, comprendiendo su evolución histórica, su reconocimiento constitucional y jurisprudencial. Por último, en la tercera parte, analizaremos el actual sistema cautelar arbitral peruano, Procedimiento de Árbitro de

Emergencia, cuyo punto de partida es la necesidad de dotar al arbitraje de mayor autonomía en el tratamiento de las medidas cautelares ante causam arbitratum.

El tercer capítulo, se refiere al diseño metodológico de la presente tesis, analizaremos el tipo de investigación, el abordaje metodológico, el escenario, los instrumentos de recolección de datos, procedimientos, análisis de datos, criterios éticos y los criterios de rigor científico.

Finalmente, el cuarto capítulo, se centra en la discusión principal de la investigación, asimismo se presentan las conclusiones y se enuncian las recomendaciones para dotar de mayor autonomía al Arbitraje.

En ese contexto, la presente investigación encuentra su justificación en que el arbitraje se puede optimizar en pro de una mayor autonomía, ya que las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido abonado con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad, por leyes adecuadas, está florecido, asfixiando al pesado y retorico derecho procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales.

En suma, el presente trabajo aborda el estudio pormenorizado del reconocimiento de la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país, identificando los supuestos de su debilitación y colaborando para que estas sean superadas mediante el procedimiento de árbitro de emergencia, todo ello con la finalidad de hacer del arbitraje comercial un procedimiento más autónomo y eficiente.



1.1. CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.2. Situación problemática

La autonomía del arbitraje comercial en nuestro país está plenamente reconocida. La Constitución, la jurisprudencia y los legisladores al concederle un cuerpo normativo propio, cada uno en buena medida, reconocen su independencia, creando una barrera hermética frente a todo tipo de intervención ajena a su competencia. Asimismo, el arbitraje comercial cuenta con principios y características propias, los que hacen de este una herramienta eficaz para enfrentar cualquier controversia que se le plantee. En suma, contamos en nuestro país con una herramienta autónoma y eficiente, favoreciendo esto en gran medida la llegada de los inversionistas a nuestro país.

Pero, si bien es cierto, el arbitraje posee autonomía en su desarrollo y procedimiento, son contadas las veces en las que el Poder Judicial brinda su apoyo o se relaciona con el arbitraje, ya sea de manera subsidiaria, complementaria y revisora:

- a. Rol Subsidiario: En aquellos casos en los que los árbitros no están en aptitud - legal o material – de decidir o ejecutar determinados actos, siendo imprescindible llenar este vacío en sus potestades a través del auxilio judicial. Este es el caso de las medidas cautelares anticipadas o preventivas al arbitraje que las partes pueden solicitar ante el Poder Judicial.
- b. Rol Complementario: Se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el Tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano judicial, evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento espontáneo.
- c. Rol Revisor: Esta intervención, implica la posibilidad de realizar un nuevo análisis del laudo, pero esta vez, por parte de la autoridad judicial (Arrarte, 2013).

Así tenemos que el Poder Judicial brinda su colaboración al arbitraje comercial en dichos supuestos. Ahora bien, haciendo un análisis más detallado de dicha colaboración tenemos que:

- El rol complementario suple la principal falencia del arbitraje comercial, en la medida que éste no cuenta con mecanismos de coerción no posibiliten la ejecución de sus propios actos.
- La colaboración del Poder Judicial para la ejecución de los actos arbitrales expedidos –actuación de un medio probatorio, ejecución de una medida cautelar y ejecución de un laudo arbitral- consiste **solamente** en brindar la fuerza coercitiva para lograr su cometido, por ende, **en ningún caso puede interpretar y/o intervenir en el razonamiento que han tenido los árbitros para la determinación de aquellos actos.**

- El laudo arbitral es, en principio, inimpugnable. Sólo cabe interponer recurso de anulación.
- El rol revisor del Poder Judicial -el recurso de anulación-, implica un control formal de legalidad del laudo arbitral expedido por parte de los jueces ordinarios.
- Dicho control se encuentra limitado a situaciones taxativas y extraordinarias enunciadas en la ley, por lo que la interpretación de estas debe tener un carácter restrictivo.
- Interpuesto el recurso de anulación, **en ningún supuesto, los jueces pueden pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido mismo del laudo arbitral**, esto en la medida que la ley determina que sólo puede pronunciarse sobre el aspecto externo del laudo.

Podemos observar que del rol complementario y del rol revisor se desprenden dos notas comunes: i) En la aplicación de dichos roles, el acto arbitral ya viene dado por el/los árbitro/árbitros, de manera que precede una actuación antes de la intervención del Poder Judicial; y ii) Se proscribe todo tipo de intervención por parte de Poder Judicial sobre el fondo de las controversias.

Esto no es más que la expresión del principio de autonomía arbitral plasmado en el DLA.

Pero, ¿qué ocurre con el rol subsidiario del Poder Judicial? ¿Se está perdiendo autonomía?

Nos atrevemos a decir que sí, pues en el caso de las medidas cautelares ante causam no existe autoridad arbitral ante quien solicitar dicha medida, esto conlleva a que -según se desprende el artículo 47.4° del DLA- las partes acudan al Poder Judicial a solicitar tutela urgente. ¿Qué implica esto?

- Solicitar una medida cautelar en términos del Código Procesal Civil, esto es, una medida cautelar fuera de proceso.

- Mezclar dos estructuras normativas distintas de por sí: DLA y Código Procesal Civil.
- Obligar a las partes a acudir al Poder Judicial en busca de tutela urgente, a pesar de que han expresado vía convenio arbitral su voluntad de no acudir a la jurisdicción ordinaria.

Consideramos que estos factores debilitan la autonomía arbitral, en tanto autorizan la intervención del Poder Judicial con todo lo que éste trae: su lógica, sus reglas y sus deficiencias. Su lógica, porque el juez, al no ser un especialista en arbitraje comercial, parte de un razonamiento distinto al de los árbitros quienes sí son realmente especialistas en la materia; sus reglas porque aplica el Código Procesal Civil para atender la solicitud de tutela urgente; y sus deficiencias, tales como la congestión de causas judiciales, la falta de celeridad, la falta de especialización de los jueces y la percepción negativa que se tiene de su labor por los altos índices de corrupción.

Entonces, a nuestro parecer, la mejor manera de reducir la intervención judicial en pos de una mayor autonomía arbitral, es proponer la implementación de un procedimiento precautorio cuya finalidad es la intervención de un árbitro de emergencia que conocerá y resolverá las solicitudes cautelares antes de la instalación del tribunal arbitral con reglas propias del arbitraje, y de esta recurrir ante la jurisdicción en busca de dicha medida.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los presupuestos que sustentan la implementación del Procedimiento de Árbitro de Emergencia para los casos de tutela arbitral urgente y el incremento de la autonomía del arbitraje comercial en el Perú?

1.3. Objetivo general

Establecer los presupuestos que sustentan la implementación del Procedimiento de Árbitro de Emergencia en pos de un incremento de la autonomía del arbitraje comercial en el Perú.

1.4. Objetivos específicos

1. Analizar el procedimiento de árbitro de emergencia.
2. Identificar la finalidad del procedimiento de árbitro de emergencia.
3. Proponer la implementación del Procedimiento de Árbitro de Emergencia en nuestro país.

1.5. Justificación

Consideramos que el arbitraje se puede optimizar en pos de una mayor autonomía, ya que 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.

Es por ello que la presente investigación siguió esa línea, pretendiendo contribuir a que el sistema cautelar anticipado en el arbitraje sea mucho más autónomo (eficiente) y no siga dependiendo de nuestro sistema judicial en lo que se refiere al rol subsidiario, en pro de obtener una herramienta insustituible en el arbitraje comercial y nuestro país llegue a ser un plaza importante del arbitraje internacional.

1.6. Limitaciones y viabilidad de la investigación.

Considero que la principal limitación de esta investigación fue que en la ciudad de Chiclayo resulta difícil ubicar bibliografía especializada al respecto. Así, venimos recurriendo a bibliotecas ubicadas en otras ciudades, principalmente en Lima donde existe diversa información especializada.

En cuanto a la viabilidad de la investigación, consideramos que la presente investigación fue viable ya que lo que se buscó fue dotar de mayor autonomía al arbitraje en cuanto al procedimiento cautelar anticipado, ya que nuestra realidad económica así lo exige. Actualmente, no existe contrato de algún inversionista que no pacte arbitraje, sustrayéndose del aparato estatal, buscando, fundamentalmente, celeridad y especialidad. Así, contamos con los recursos humanos, económicos y materiales suficientes para realizar el estudio en el tiempo previsto avocándome a horario completo para la realización del mismo.

También es importante señalar que la metodología empleada fue la idónea para el logro de este estudio y además contamos con los objetos necesarios así como el apoyo de los sujetos que intervienen en la presente investigación para consecución de la misma.



CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. EL ARBITRAJE COMERCIAL

2.1.1. Orígenes

Antes de hablar de los orígenes del arbitraje propiamente dicho, es de suma relevancia mencionar la forma originaria de solución de conflictos en la antigüedad: la venganza. Un ejemplo que grafica perfectamente a este medio de solución de conflictos es el dado por el profesor Monroy (2009: 39):

En el paleolítico inferior se produce una disputa entre dos hombres primitivos, originada en que uno le ha arrebatado la lanza –su instrumento de supervivencia- a otro. Luego del despojo, el perjudicado busca recuperar la lanza a la fuerza; por tanto, la manera de solucionar el conflicto de intereses originado en la posesión de la lanza es la confrontación física directa entre los protagonistas, con la probable desaparición o inutilización de ambos contendientes.

Así, el hombre en su etapa primitiva hacía prevalecer sus derechos procurándose justicia por mano propia mediante el uso de la fuerza. A este medio se le conoce

como acción directa, que como refiere Monroy son: “actos en que el animal humano resuelve en forma inmediata, práctica e instantánea sus conflictos intersubjetivos, teniendo como instrumento exclusivo el uso de la fuerza (2009: 40).

Couture (1978: 16) también reconoce a la venganza como la primera forma de administrar justicia entre los hombres, éste señala que: “en el hombre primitivo, no sólo primitivo en la edad histórica sino también primitivo en la formación de sus sentimientos e impulsos morales, la reacción contra la injusticia aparece bajo la forma de la venganza. El primer impulso del alma rudimentaria es la justicia por mano propia”.

El hombre adoptó a la venganza, expresión material de la acción directa, como la manera más acertada –según sus impulsos- de solucionar sus conflictos. Sin embargo, esta situación resultaría contraproducente para su desarrollo, puesto que su convivencia en sociedad en un ambiente hostil y agresivo hubiera sido propicia para su desaparición.

El hombre ya agrupado (tribus, clanes, hordas, entre otras) consideró necesario proscribir a la acción directa y buscar otro medio de solución de conflictos que contribuya a la estabilidad del grupo. Es así que decide designar a terceros ajenos a la controversia para que den solución a los conflictos que surjan entre individuos de un mismo grupo. Se acudía por ejemplo al hombre más fuerte, al más anciano o al jefe de la tribu como árbitros, y eran estos quienes tenían la última palabra en torno al conflicto. De esta manera se prescinde del uso de la fuerza y se da pase a un método mediante el cual si surgiera un conflicto entre dos partes, serán estas las que designen a un tercero imparcial para que se avoque a la misma y la resuelva.

Así es como el arbitraje –en su modo más primitivo- ve la luz y se erige como principal medio de solución de conflictos en la antigüedad. Consecuentemente, se afirma con toda lógica, que el arbitraje tiene un origen muy remoto, inclusive podemos afirmar que su evolución se encuentra estrechamente vinculada con la evolución misma de la humanidad.

En el análisis histórico de la evolución del Arbitraje encontramos pasajes bíblicos y diversos relatos mitológicos que dan cuenta de que fue la primera forma de administrar justicia. La mitología griega y posteriormente la latina atribuyen al Juicio de Paris la primerísima representación célebre y distinguida de forma de arbitraje en la asignación de la manzana de oro a la diosa más bella del Olimpo (Giaochino citado por Zappalà, 2010: 196).

Igualmente la biblia, nos da luces de cómo el arbitraje –en esa época- estaba asentado como el principal medio de solución de conflictos. Así tenemos el conocido pasaje del libro del Génesis sobre la disputa entre Jacob y Labán, donde el segundo le imputa el hurto de unos objetos de plata al primero. Lo interesante de dicha controversia es que estos deciden someterla al juicio de sus hermanos (terceros) para que estos diriman, configurándose así la mecánica del arbitraje primitivo.

Estas historias nos hacen comprender que el arbitraje fue la primera forma de administrar justicia para el hombre. Es por ello que se afirma –con toda razón- que el arbitraje antecedió al sistema de justicia oficial. De igual parecer es el profesor De Trazegnies (1989: 543) cuando señala que:

“desde cierto punto de vista, el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal”.

Así las cosas, el arbitraje primitivo o rudimentario se mantuvo por largos siglos como el principal medio de solución de conflictos entre los hombres. Posteriormente con el devenir de los años y la evolución de la sociedad, el arbitraje llega al Derecho romano y se perfila hacia su institucionalización, donde se le dio los alcances necesarios para ser considerado como un verdadero método de solución de conflictos (Vidal, 2009: 10).

2.1.1.1. El arbitraje en el Derecho Romano.

El arbitraje en Roma se desarrolló en una época donde la justicia formal estaba ausente y la necesidad de solucionar conflictos estaba siempre latente. Dicha

ausencia fue determinante para su adopción como principal medio de solución de conflictos en Roma. En ese sentido, el arbitraje se resumía como la situación en la que los particulares en conflicto sólo estaban de acuerdo en elegir un tercero imparcial investido de *auctoritas* con la finalidad de dar solución al conflicto, resultando su decisión obligatoria para ambas partes (Castillo, 2004: párr. 6).

En un inicio fueron los *paterfamilias* quienes se desempeñaban como terceros imparciales, en su condición de jefe del grupo familiar. Posteriormente, se instituyó la figura de un árbitro al cual recurrían las partes a fin de exponerle el conflicto para su solución, este era un procedimiento lleno de ritos y reglas de fuerte carácter religioso. Finalmente, se autorizó a las partes que fueran ellas mismas las que designen al tercero imparcial encargado de resolver su disputa (Freixas citado por Castillo, 2004: párr. 7).

El desarrollo del arbitraje en el Derecho romano fue muy notable. La doctrina afirma que el arbitraje actual debe mucho de su origen y estructura al arbitraje desarrollado en Roma. Un aspecto que da sustento a dicha afirmación es que ya en aquella época, precisamente en el año 451 a. C., la ley de las XII Tablas concedía firmeza a las decisiones de los terceros imparciales a quienes se les encomendaba la solución de los conflictos (Sanfilippo citado por Zappalà, 2010: 199). De esta manera, podemos aseverar que la fuerza vinculante y obligatoria que la ley le otorga a los laudos arbitrales tiene como antecedente dicha disposición normativa romana.

El crecimiento de la sociedad romana, su expansión territorial, el incremento de sus necesidades, entre otras circunstancias, resultaron ser determinantes para la aparición de un procedimiento oficial de solución de conflictos: el procedimiento ordinario. La diferencia de este procedimiento con el arbitraje fue que el llamado a impartir justicia ya no sería el árbitro designado libremente por las partes, sino el mismo Estado por intermedio de un magistrado.

El sistema ordinario, como sistema de tutela de derechos subjetivos, tenía dos aspectos. El primero relacionado al ejercicio de la violencia o venganza privada para hacer prevalecer un derecho frente a otro. Como bien sabemos, este sistema

posteriormente fue proscrito debido a que una de las partes podía perder hasta la vida a fin de autotutelar su derecho, resultando mucho más oneroso en relación al objeto mismo de la controversia. El segundo aspecto, la defensa privada de los derechos que, a pesar de mantener rezagos de la acción directa, fue el inicio de la marcha hacia la justicia tutelada por el Estado (Monroy, 2009: 66).

Posteriormente, el proceso en Roma fue dividido en dos: Público y Privado. Para el proceso público, lo más importante era el interés de la colectividad, es por ello que quien iniciaba dicho proceso era el magistrado o cualquier ciudadano que representara en ese momento la necesidad de toda la sociedad romana. Dicho esto, haciendo una analogía, el proceso público se equipararía al proceso penal actual.

Por otro lado, el proceso privado, era iniciado por un acto de parte y estaba orientado a tutelar derechos e intereses de los particulares. A diferencia con el proceso público, la decisión final era dada por un juez privado que era designado por las partes o en su defecto aceptado dentro de una lista expuesta a las partes. Este procedimiento resulta ser muy similar al procedimiento arbitral en Roma y es donde se puede apreciar más nítidamente la influencia del arbitraje, pues como hemos señalado anteriormente, eran las partes quienes designarían al tercero imparcial que daría solución a su controversia.

El proceso privado, también llamado *ordo iudiciorum privatorum* (ordenamiento de los juicios privados), se desarrollaba mediante dos procedimientos: Las *Legis Actiones* y el *Procedimiento Per Formula*.

El procedimiento de las *Legis Actiones* era extremadamente riguroso y lleno de solemnidades, al que sólo podían recurrir los ciudadanos romanos o quirites, en tanto se encontraran en Roma o dentro del perímetro de una milla de ésta. Según Monroy las *legis actionis* fueron cinco, tres declarativos y dos ejecutivos. Los declarativos eran: *legis actiones persacramentum*, *per iudicis postulationem* y *per conductionem* y los ejecutivos eran: *Legis actiones per manus iniunctionem* y *per pignoris capionem* (2009: 67). Es en la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, donde se aprecia la

influencia del arbitraje, puesto que era una petición que consistía en solicitar un *iudex* o un *arbitrium* que se avocara al conocimiento de la causa.

A su vez, el procedimiento de *Legis actiones* tenía dos etapas, una se denominaba *In iure* y la otra *Apud in Iudicem*. En la etapa *in iure*, las partes exponían su pretensión y defensa en presencia de testigos y ante el magistrado. Este acto solemne determinaba cuales eran los puntos específicos del conflicto a exponerse ante el *iudex* o *arbiter*. La actuación ante el magistrado culminaba con la llamada *litiscontestatio*, documento que contenía los puntos controvertidos del conflicto y además era utilizado para que las partes designen al tercero imparcial que se avocaría a la controversia, un *iudex* o *arbiter*.

Es interesante lo señalado por Montoya (s.a.: párr. 10. Visualizado en <http://www.teleley.com/revistaperuana/1ulises-56.pdf>) cuando refiere que: “Para algunos la *litis contestatio* representa un verdadero contrato arbitral mientras otros consideraban que no constituía propiamente un contrato, sino un acuerdo celebrado ante el magistrado”. Nuestra opinión al respecto es que la *litiscontestatio* es un antecedente directo del arbitraje actual, que con el paso de los años se fue reconfigurando hasta llegar a lo que actualmente conocemos como convenio arbitral.

Posteriormente, ya ante el juez privado, el mismo que era designado de común acuerdo entre las partes, se realizaba la etapa *apud in iudicem*, que consistía en que éste actúa los medios probatorios; entre ellos, escucha la versión de los testigos sobre lo actuado ante el magistrado, y luego procede a resolver (Monroy 2009: 73). Consideramos que al igual que la etapa *in iure*, esta etapa también tenía influencia del arbitraje, en tanto la decisión recaía sobre un juez designado por ambas partes y además éste debía emitir fallo en las condiciones pactadas en la *litiscontestatio*.

Posteriormente, debido al rigor y las estrictas formalidades que debían ser cumplidas en las *legis actiones*, sumándose también los abusos cometidos y la necesidad de proteger situaciones no contempladas en *Ius Quiritum* (Derecho Quiritario), es necesaria la aparición de un nuevo procedimiento.

Así las cosas, aparece el Procedimiento Formulario o *Procedimiento Per Formulas*. Este procedimiento fue paralelo a las *Legis Actiones* en el periodo clásico del Imperio Romano, desde la segunda mitad del siglo II a. C. hasta el siglo III d. C.

La novedad de este procedimiento era la sustitución del rigor de las solemnidades de la etapa *in iure* por un documento escrito que era redactado por las partes que contenía todos los términos de la controversia, llamado *formula*.

Lo resaltante de este nuevo procedimiento era que los jueces continúan siendo personas particulares. Normalmente se trataba de un juez designado de común acuerdo por las partes o, en el supuesto de que dicho acuerdo no existiera, estas debían escoger de una lista expuesta que contenía el nombre de personas de distinta condición social (Montoya, s.a.: párr. 12. Visualizado en <http://www.teleley.com/revistaperuana/1ulises-56.pdf>). En suma, seguía siendo un procedimiento influenciado por el arbitraje.

A pesar de que los ciudadanos romanos ya contaban con un procedimiento oficial de solución de controversias, en cuyos cimientos encontramos al arbitraje, no significó que este fuera adoptado por todos ellos como el medio más eficaz. Por el contrario, encontramos que en la comunidad de comerciantes romanos, dado el creciente tráfico comercial, el arbitraje fue adoptado como el medio más idóneo para solucionar sus conflictos. Esto se dio principalmente por dos motivos, el primero lo encontramos en palabras de Fernández de Buján cuando señala que:

“Durante la República romana la intensidad de las actividades comerciales, marítimas y terrestres hace inevitable que los pretores salvaguarden y adopten en sus edictos las convenciones y acuerdos supranacionales, característicos del *ius gentium*, proponiendo formas procesales más adaptadas a la realidad económica, procurando evitar el vacío reglamentario del *ius civile*, superar la imposibilidad de los no romanos de acceder a las figuras contractuales del *ius civile romanorum*, y soslayar el riguroso y asfixiante formulismo” (Citado por Zappalà, 2010: 201);

En efecto, se hacía necesario encontrar procedimientos que se adapten mejor a la realidad económica de dicha época, donde puedan ser aplicados los acuerdos supranacionales derivados del *ius gentium* y evitar la aplicación del pesado y riguroso procedimiento formulario, resultando ser el arbitraje el más indicado.

En segundo lugar, otro motivo que abonó a la adopción del arbitraje entre los comerciantes, fue el hecho de que este era un mecanismo simple, célere y pragmático cuya flexibilidad favorecía en gran medida el crecimiento comercial.

En ese sentido Zappalà señala: “El origen del moderno arbitraje en Roma se encuentra en el ámbito de la protección que el pretor otorga a las prácticas, usos y costumbres peculiares del tráfico comercial y del *ius gentium*, en el cual el fundamento no es ni el *ius* ni las *leges* sino la *fides* y la moralidad” (2010: 201).

A pesar que el arbitraje era altamente aceptado por los comerciantes en Roma, no contaba con la protección judicial que requería para dar fuerza a sus decisiones. Esta fue la ocasión para que la jurisprudencia hilvanara un sistema en el cual el incumplimiento de las decisiones dadas en un arbitraje estuvieran siempre acompañadas por una sanción de carácter pecuniario. De igual parecer es Zimmermann (Citado por Zappalà, 2010: 202) cuando señala que:

“La jurisprudencia elaboró el complejo andamiaje de recíprocas *stipulationes* penales, según las cuales cada parte prometía a la otra el pago de una suma determinada en caso de incumplimiento del compromiso que consistía en que la decisión de la controversia fuese sometida a un árbitro, elegido de común acuerdo por las mismas partes; es entonces cuando se recurre al término *compromettere* y *compromissum*”.

Este sistema tuvo gran acogida entre los hombres de negocios y la clase mercantil emergente. Posteriormente, a insistencia de estos, el pretor modeló el *edictum de receptis* que era una medida coercitiva de carácter pecuniario nacida para inducir al árbitro a emitir sentencia obligatoriamente. Como ésta, fueron diversas las modificaciones que sufrió el arbitraje a fin de ajustarse a las necesidades de sus principales usuarios: los comerciantes, tal como señala Zappalà (2010: 202):

“Después de la primera, se propusieron varias y distintamente articuladas fórmulas que delinearon en gran medida el moderno arbitraje, imponiendo un término máximo para proferir sentencia; cabe mencionar que con la muerte de una u otra parte el arbitraje podía continuar con los respectivos herederos; que se descartaba el arbitraje privado en materia de *crimina*, delitos de infamia; acciones populares y cuestiones sobre el status libertatis; que se establecían principios concernientes a la capacidad de los árbitros, excluyendo a los incapaces y en circunstancias precisas a determinados magistrados; que se fijaban exactas reglas de procedimiento arbitral; que se exponía a pena contractual no solamente quien hubiese cumplido la sentencia arbitral, sino también quien sin justificación se hubiese ausentado aunque fuera de una sola audiencia, al igual que la parte que hubiese invocado ante la justicia ordinaria la misma pretensión del *compromissum*”.

Como hemos podido apreciar, a lo largo del desarrollo del derecho romano, el arbitraje surgió, se asentó y nunca perdió vigencia, siendo adoptado principalmente por la comunidad de comerciantes de dicha época, dado el creciente tráfico comercial suscitado. Consideramos, sin temor a equivocarnos, que este constituye el primer antecedente del arbitraje comercial actual, en tanto dicho mecanismo sirvió principalmente para resolver controversias surgidas de la interrelación comercial entre ciudadanos romanos y no sólo ellos, sino también entre estos y sus pares extranjeros.

A continuación conoceremos la evolución del arbitraje comercial en Inglaterra y Estados Unidos, principales impulsores de este mecanismo alternativo de solución de controversias.

2.1.1.2. El arbitraje en Inglaterra

Inicialmente la posición del Derecho inglés frente al arbitraje fue una posición de desconfianza y reticencia, dado que el arbitraje era considerado como una “jurisdicción menor”, esto es, inferior a la jurisdicción ordinaria. Tal apreciación surgió porque se consideraba peligrosa la proliferación de decisiones de “cortes inferiores”

pues estas afectarían la finalidad del Derecho inglés en aquella época: la uniformidad en la aplicación de la ley.

En ese sentido, era usual la revisión de los laudos arbitrales por parte de las cortes de justicia inglesas. En un primer momento, dicha revisión podía ser solicitada por las partes, aduciendo errores de hecho o derecho, mediante un recurso denominado *writ of certiorari*. Así, luego de una revisión exhaustiva, las cortes tenían la facultad de anular el laudo arbitral.

La aplicación de este mecanismo fue rápidamente eludido por los árbitros, llegándose a neutralizar su cometido. Así lo señala Carbonneau (Citado por Talero, 2008: 2):

“Dicha situación produjo una consecuencia contraria a la pretendida por quienes abogaban por un control judicial del laudo arbitral. En efecto, los árbitros empezaron a emitir decisiones sin motivarlas, lo cual impedía a las cortes abordar un estudio sobre las razones sustanciales que llevaban a esos árbitros a fallar de una u otra manera. Por ende, el *writ of certiorari* perdió buena parte de su eficacia, en la medida en que las partes sólo podían hacer uso de este recurso judicial únicamente mediante la alegación de un error de hecho y no de un error de derecho en el laudo arbitral. Si se tiene en cuenta que el objetivo central de las cortes inglesas consistía en revisar el contenido de los laudos arbitrales en aras de alcanzar la *uniformidad* en la aplicación de la ley sustancial, entonces la falta de motivación en los fallos hacía esta tarea nugatoria”

Así las cosas, se consideró necesario superar tal circunstancia y se promulgó en 1854 el *Common Law Procedure Act*. Dicho cuerpo normativo tenía dentro de sí una disposición denominada *Special stated case procedure*, la cual obligaba a los árbitros a consultar, ante las cortes, el contenido de los laudos emitidos con la finalidad de ejercer el “debido” control de su contenido (Talero, 2008: 3)¹. Como mencionamos

¹ El carácter imperativo de esta disposición procesal fue ratificado por la Corte de Apelaciones en el caso *Czarnikov v: Roth, Schmidt & Co.*, lo cual implicó que las partes contratantes no podían estipular, en su

anteriormente, lo que se buscaba era la uniformidad en la aplicación de la ley, tanto en la jurisdicción ordinaria como en la arbitral, de manera que la *Special stated case procedure* no era ajena a tal finalidad, reafirmandose así el ineludible control judicial de los laudos arbitrales.

Con la culminación de la segunda guerra mundial, y en un clima de recuperación económica a mediados del siglo XX, fue necesario encontrar un medio de solución de controversias que favoreciera el creciente tráfico comercial con otros países. Así, los ingleses encontraron en el arbitraje comercial el medio idóneo para atender las controversias que surgieran de dicha interrelación. Los motivos de esta adopción fueron diversos, estando entre los más importantes los siguientes: la congestión de las cortes inglesas hizo necesario hacer del arbitraje comercial una alternativa viable de solución de controversias; las empresas consideraban que era necesaria una rápida solución de sus controversias dado el volumen de sus transacciones encontrando en el arbitraje un mecanismo flexible y célere; y finalmente era necesario que los particulares designados para solucionar las controversias fueran personas versadas en la materia y con un alto nivel de especialización.

Dichas circunstancias fueron determinantes para que en 1950 se promulgara la *English Arbitration Act*. Dicho cuerpo normativo contenía disposiciones que favorecían la autonomía del arbitraje, tales como la homologación del laudo arbitral con una sentencia judicial y la enumeración de causales para la anulación de los laudos. A pesar de ello, el reconocimiento del arbitraje no fue íntegro, esto en la medida que la *English Arbitration Act* incorporó en sus disposiciones al *writ of certiorari*, que como hemos mencionado era un recurso de revisión judicial. Sumado a ello, las cortes inglesas, en el caso *The Lysland* de 1973, establecieron la siguiente causal de anulación de un laudo: si los árbitros se mostraban renuentes a consultar el contenido de su fallo ante las cortes, entonces este sería anulado.

Las consecuencias subsiguientes a dicho fallo fueron negativas para el arbitraje, como bien señala Talero:

respectivo contrato, la revocación de la potestad de las cortes para requerir la consulta correspondiente por parte de los árbitros (Talero, 2008: 3).

“Esta infortunada decisión estimuló el ejercicio de prácticas dilatorias, ya que aquella parte que consideraba perdido su caso, solicitaba a los árbitros la consulta del contenido del laudo arbitral ante las cortes con el ánimo de ganar más tiempo y, por qué no, de obtener un posible fallo favorable. Así mismo, mediante este mecanismo se privaba a las partes de la posibilidad de obtener un decisión arbitral ajustada a la complejidad y características especiales de su respectivo negocio” (2008: 5)

Vista esta situación, y a insistencia de instituciones del sector privado principalmente, ve la luz la *English Arbitration Act de 1979*. Dicha normatividad también introdujo disposiciones favorables para el arbitraje y su autonomía. Se redujo considerablemente la intervención de las cortes inglesas mediante la derogatoria del *writ of certiorari* y del *special stated case procedure*, y asimismo se estableció una causal única de revisión de laudos arbitrales: la vulneración sustancial por parte de los árbitros de derechos de las partes. No obstante, la revisión de los laudos arbitrales quedó nuevamente a merced de las cortes inglesas, ya que dependía de la interpretación de estas del carácter sustancial de la vulneración para que finalmente decidieran o no intervenir.

Finalmente se llegó a la *English Arbitration Act de 1996*, normativa que introdujo diversas mejoras tendientes a modernizar el arbitraje inglés. Si bien aún se prevé la posibilidad de que unas de las partes planteen ante las cortes la revisión de los laudos arbitrales, las partes pueden pactar la imposibilidad de dicha revisión, evitando así que las cortes cuestionen el razonamiento de fondo de los árbitros. Asimismo se crean numerosos filtros y requisitos de procedibilidad para que una corte pueda revisar la cuestión de fondo ya dilucidada en un arbitraje.

De esta manera el arbitraje inglés avanzó hasta tener hoy en día una legislación arbitral moderna, cuyas virtudes son la celeridad, autonomía y flexibilidad que hacen del arbitraje una herramienta imprescindible en las relaciones comerciales tanto nacionales como internacionales.

2.1.1.3. El arbitraje en Estados Unidos

El arbitraje en Estados Unidos fue reconocido con prontitud a comparación con el Derecho inglés, ya que con la promulgación de la *United States Arbitration Act* de 1925 se tenía al arbitraje como una institución autónoma y flexible a partir de la consideración de su principal rasgo característico: la autonomía privada.

En ese sentido Talero al referirse a la autonomía privada en el arbitraje de Estados Unidos en 1925 señala:

“Este postulado cardinal del arbitraje no sólo se traduce en el reconocimiento del arbitraje como un mecanismo privado de resolución de conflictos independiente de la jurisdicción ordinaria, sino también en la consagración de la facultad de las partes para estipular el procedimiento aplicable a su respectivo proceso arbitral, sin perjuicio de los límites impuestos por el orden público, los cuales se traducen en la observancia de las garantías fundamentales del debido proceso”. (2008: 7)

Aunado a ello, se estableció una relación de colaboración y asistencia entre el arbitraje y la autoridad judicial, a diferencia de lo que ocurría con el Derecho inglés donde la relación fue de desconfianza, dado el excesivo control judicial de los laudos arbitrales por parte de las cortes inglesas. Muestra de esta colaboración eran las disposiciones referentes a la suspensión de un proceso judicial por existir un convenio arbitral previo y la asistencia ante la renuncia de una de las partes a designar a los árbitros, entre otras.

Asimismo se establecieron una serie de causales de anulación de laudos arbitrales cuya interpretación por parte de las cortes debía ser restrictiva. Luego la jurisprudencia norteamericana reconoció una nueva causal denominada *manifest disregard of law* siendo interpretada también de modo restrictivo por las cortes. La parte que alegara tal causal tenía una rigurosa carga probatoria y se configuraba específicamente cuando la desestimación de la ley por parte del árbitro debía ser irracional y desproporcionada; posteriormente se estableció que dicha causal se

configuraría cuando el árbitro invoca una norma aplicable y luego deniega su aplicación.

En suma, tenemos que desde un inicio el arbitraje comercial en Estados Unidos se vio favorecido, esto en la medida que la *United States Arbitration Act* de 1925 dotó de valores al arbitraje como la autonomía e independencia frente a los fueros ordinarios que hicieron de este mecanismo una alternativa viable y eficaz. Es importante mencionar que dicha independencia, como refiere Talero (2008: 8), se logró mediante dos tipos de situaciones:

“Una que se puede denominar de carácter positivo o de libertad de acción y otra de carácter negativo o de abstención. En el primero caso, se reconoce la autonomía de las partes para establecer las reglas de procedimiento aplicables a la solución de su conflicto y se dispone que las cortes deben asistir el proceso cuando las estipulaciones de las partes no se hagan efectivas. En el segundo caso, se establece una restricción de la potestad de las cortes para interferir en la labor de los árbitros, la cual se ve reflejada en el número limitado de las causales de anulación de los laudos y en la interpretación restrictiva sobre el alcance de las mismas”.

2.1.2. Concepto

Antes de realizar la difícil tarea de conceptualizar al arbitraje, es muy importante mencionar la acertada reflexión que hace el profesor De Trazegnies (1989: 544), cuando señala que:

“Debemos apartarnos de la tentación de pensar que el arbitraje es una institución eterna, siempre igual a sí misma a través de los tiempos. Los juristas tenemos siempre una cierta tendencia a justificar nuestra realidad con argumentos *ab omni aeternitate*, como si no nos sintiéramos seguros de que los fundamentos actuales fueran suficientes para una institución jurídica: queremos hacerla casi divina o, cuando menos, consubstancial al hombre (...)”.

En el mismo sentido, Foucault (citado por De Trazegnies, 1987: 10) señala que:

“Los historiadores clásicos pusieron su atención en las “continuidades seculares”, en esos movimientos lentos de acumulación y saturación que van creando una realidad escamosa que permanentemente afirma su identidad temporal, en esos “zócalos inmóviles y mudos que el entrecruzamiento de los relatos tradicionales había cubierto de una espesa capa de acontecimientos. (...) la historiografía moderna ha desplazado su mirada desde esas “historias de débil declive” hacia los “fenómenos de ruptura”: no se trata ya de descubrir aquello en lo que se parecen las instituciones sino en aquello en lo que se diferencian; se busca ahora “detectar la incidencia de las interrupciones”.

En efecto, ante la tarea de conceptualizar una institución jurídica, debemos tomar en cuenta que no existen verdades eternas ni mucho menos absolutas y, por lo tanto, se deben interpretar a la luz de la modernidad.

En aplicación de lo antes mencionado, De Trazegnies (1987: 10) señala que:

“El arbitraje al que nos referimos actualmente no es, pues, una simple continuidad de las formas de los Derechos antiguos, ya que en el entretanto se han producido varias rupturas históricas, cargadas de sentidos ideológicos y de consecuencias prácticas. El arbitraje actual es una institución post-moderna (si por moderno entendemos el Derecho liberal clásico). Es post-moderna porque se presenta como una reacción contra ese monopolio de la función jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología jurídica moderna o liberal. La congestión de las causas en los Tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia, han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial como medio de proporcionar seguridad para la vida comercial (...)”

Coincidimos con el profesor De Trazegnies cuando señala que el arbitraje no puede estancarse en el tiempo, ya que como todo orden de cosas, no es estático y su

avance está determinado por las exigencias que se presentan en el tiempo, puesto que como siempre hemos escuchado, lo único constante es el cambio.

De manera que, es conveniente identificar al arbitraje como una institución post-moderna con características, elementos y matices propiamente modernos, los mismos que son adecuados a nuestra realidad actual. Consecuentemente, el arbitraje de hoy no puede ser igual al arbitraje de antaño. Esta acertada reflexión sirve también para resaltar que el arbitraje hoy en día está tomando protagonismo, ya que el mismo no es sino una respuesta moderna a los problemas de la sociedad moderna: masificación del Poder Judicial, avances tecnológicos, desarrollo del intercambio comercial internacional, etc (Cantuarias y Aramburú, 1994: 39).

Nos preguntamos entonces, ¿Qué es el arbitraje?

Ni la Ley 26572 – Ley General de Arbitraje (en adelante LGA), ni el actual Decreto Legislativo 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante DLA) definen exactamente a la institución jurídica en sí, por el contrario empieza con la descripción del procedimiento. Dicha cuestión no debe ser tomada como un escollo o una deficiencia técnica, sino como menciona Amprimo: “Ello no se motiva en un descuido técnico, sino que busca favorecer la más amplia comprensión del concepto, de la aplicación de la propia normativa” (2008: 101).

Así las cosas, recurrimos a la doctrina y compartimos la opinión de Lohmann, cuando refiere que para llegar a una definición completa se debe tener en cuenta sus requisitos primarios y diferentes etapas. Así, menciona los siguientes:

- a) Es menester que entre dos o más partes haya o pueda existir un conflicto. Mas no cualquier conflicto, sino precisamente uno con implicancias jurídicas de Derecho Privado y sobre cuestiones respecto de las cuales poseen dichas partes facultad legal de decisión y, a la postre, de disposición.
- b) Los implicados han de acordar que el conflicto sea dirimido o resuelto por un tercero o terceros, cuya decisión de antemano se comprometen a acatar (con la salvedad de recursos de impugnación). Es decir, que la decisión de este

tercero es voluntariamente querida por las propias partes; ellas la han solicitado.

- c) Por último, los convenios arbitrales y el laudo y sus etapas previas, han de cumplir con ciertas formalidades y sujetarse a ciertos trámites mínimos establecidos. (1987: 41)

Una vez identificados dichos requisitos, el mencionado profesor esboza la siguiente definición:

“la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de Derecho Privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo las ciertas formalidades” (Lohmann, 1987:41)

Tomamos como punto de partida dicha definición porque consideramos que es la más acabada en términos jurídicos, ya que contempla todos los requisitos antes mencionados más uno que quizás a primera vista no sea imprescindible, pero que su trascendencia hace que obligatoriamente sea observado.

Hablamos pues, del hecho de que el arbitraje es una sustracción autorizada de la autoridad estatal. Dicha sustracción implica una exclusión de la jurisdicción ordinaria del conocimiento de la causa, y a su vez constituye una característica fundamental que dota al arbitraje de mayor autonomía; y es a partir de dicha autonomía que se desprenden sus rasgos característicos como son la celeridad, sencillez, flexibilidad y especialidad de los árbitros.

En el mismo sentido, Castillo y Vásquez señalan que:

“Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal, es una definición completa. Porque sólo a partir de este hecho que es, en nuestro criterio, que

los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de Derecho, es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a éstos. En otras palabras: que a través del arbitraje se administra una justicia pero que ésta no es igual a la que administra el Estado” (2007: 37)²

Así, el hecho de que las partes manifiesten su voluntad para sustraerse de la jurisdicción estatal y esta sea autorizada por la ley, desemboca en un rasgo fundamental de la institución arbitral: autonomía. La necesidad de dotar al arbitraje de mayor autonomía no es algo privativo de esta época, pues como hemos podido apreciar en años anteriores –en Inglaterra y Estados Unidos- la tendencia era reducir la intervención del poder judicial en el arbitraje, y así impulsar su desarrollo. Lo mismo ocurre en nuestros días, pues la tendencia actual es reducir –sino eliminar- la intervención del Poder Judicial en pos de hacer al arbitraje una herramienta autónoma. Esta característica es sumamente relevante a efectos de esta tesis, de manera que más adelante haremos una explicación más detallada.

Ahora bien, ya hecha una aproximación general sobre la definición de arbitraje, consideramos importante bosquejar algunas ideas con la finalidad de definir a la materia que nos atañe: el arbitraje comercial. Para esto, es obligatorio hacer referencia a lo que la doctrina denomina “arbitrabilidad objetiva”. Este término hace referencia a qué materias pueden ser susceptibles de ser sometidas a un arbitraje y está plasmado en el numeral 1 del artículo 2 del DLA en los siguientes términos:

“Artículo 2°.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

² Así también refieren Feldstein y Leonardi: “el arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, la ley permite sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales” (1998: 12)

Como vemos, dicho artículo abre un abanico de posibles materias que pueden ser sometidas a un arbitraje, siempre y cuando se traten de derechos de libre disponibilidad. Existe un extenso debate en torno a este tema –que no pretendemos abordar en estas líneas-, principalmente por determinar cuáles son materias arbitrables y cuáles no, sin embargo creemos que lo importante es que la norma resulta ser lo más extensa posible con la finalidad de ampliar el ámbito de materias arbitrables e impulsar así el uso del arbitraje como herramienta de solución de controversias en diversos sectores especializados.

Dentro de las variadas materias que pueden ser sometidas a arbitraje, encontramos a aquellos conflictos que se derivan de la interrelación de agentes económicos que establecen relaciones jurídicas de naturaleza comercial entre ellos, como por ejemplo los contratos de agencia, de distribución, de *factoring*, de construcción de obras civiles, de seguros, de transporte de personas o de mercancías, de consultorías, de inversión, de financiamiento de proyectos, de concesión o explotación, entre otros. (Talero, 2008: 54). Consideramos, sin temor a equivocarnos, que este tipo de derechos son de libre disponibilidad por una característica de fácil identificación, la patrimonialidad. En ese sentido Campos (Citado por Castillo, 2008: 5) señala que: “la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable”.

De manera que, una vez suscitada una controversia entre dos o más personas – naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras- producto de sus relaciones comerciales, y estas deciden someterla a arbitraje para su solución; a este tipo de arbitraje se le denomina Arbitraje Comercial. Es interesante, y acertado a la vez, lo que refiere Talero cuando menciona que la tendencia actual consiste en conferirle al término “comercial” un alcance lo suficientemente extensivo como para abarcar la vasta mayoría de negocios jurídicos (2008: 54).

En suma, el Arbitraje Comercial es un método alternativo a la jurisdicción estatal mediante la cual las partes acuerdan voluntariamente sustraerse de ella y someter su controversia de naturaleza comercial y de contenido patrimonial a decisión de uno o

más terceros denominados árbitros, comprometiéndose a acatar su determinación final.

2.1.3. NATURALEZA JURÍDICA:

En nuestro país, la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje parece estar zanjada, puesto que nuestro ordenamiento jurídico nacional suscribe la teoría jurisdiccional del arbitraje³; sin embargo, es importante conocer las demás teorías, a fin de tener un conocimiento íntegro de dicha institución.

Así, repasaremos brevemente junto a la teoría jurisdiccionalista, las teorías contractualista y mixta.

2.1.3.1. Teoría Contractualista

Según esta teoría, el arbitraje es una herramienta de carácter estrictamente privado, en la medida que son las partes y no la ley, las que le otorgan facultad a los árbitros para dirimir los conflictos surgidos entre ellos.

Se tiene pues, según esta teoría, la consideración de que el arbitraje es en esencia un contrato; esto reclama una visión civilista respecto a la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato (Ledesma, 2014: 31), por tanto debería aplicársele al convenio arbitral las mismas reglas que a los contratos.

En ese sentido, Molina (citado por Galluccio y Mori, 2012: 35) refiere que: “el campo de estudio del arbitraje debe estar incardinado en el del Derecho Privado, el arbitraje se conceptúa pues como un contrato sin más, perteneciente a un tipo determinado de contrato, los de solución, y que a la vez se desenvuelve en un tracto sucesivo, procedimental, es decir a través de un procedimiento”.

Los exponentes de esta teoría concuerdan en que existe una manifestación de voluntad plasmada en un contrato –convenio arbitral- y es a partir de este que los árbitros despliegan su actividad resolutive de conformidad al procedimiento

³ Artículo 139.- “Son principios y derecho de la función jurisdiccional:

1. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral (...)”

estipulado. Se entiende entonces que la base del convenio arbitral, y del arbitraje en sí, es la autonomía privada, donde no tiene cabida alguna la intervención del Estado.

Talero (2008: 14), en referencia a lo antes señalado refiere:

“De acuerdo con la visión más ortodoxa de esta teoría, la intervención o asistencia de las cortes en el marco del proceso arbitral, resulta inconveniente e innecesaria”.

No compartimos dicha expresión, por cuanto ello significaría limitar la eficacia del arbitraje, ya que deja de lado la colaboración que realiza el Poder Judicial para la ejecución de los laudos arbitrales, la que resulta, en muchos casos, imprescindible.

Por otro lado, la figura del árbitro tampoco escapa a los postulados de esta teoría. Las diferencias entre un juez y un árbitro son diversas. Por ejemplo, el juez es un funcionario público, en cambio el árbitro es un sujeto privado designado por las partes; las decisiones de los jueces son obligatorias por imperio de la ley, las decisiones de los árbitros son obligatorias porque las partes así lo han decidido; el árbitro por expreso consentimiento de las partes, le está permitido emitir su decisión final con prescindencia de la aplicación de las normas jurídicas, con arreglo a su “leal saber y entender” –arbitraje de equidad-, en cambio el juez no tiene permitido, por ningún motivo, alejarse de las consideraciones jurídicas que puedan motivar su decisión⁴.

Finalmente, un aspecto positivo que se debe destacar de esta teoría y del hecho de resaltar el carácter privado del arbitraje, es que las partes, y también los árbitros, poseen mayor libertad y flexibilidad al momento de establecer los procedimientos para solucionar la controversia (Talero, 2008: 15).

2.1.3.2 Teoría Jurisdiccionalista

La idea principal de esta teoría es que la jurisdicción es el poder de dirimir controversias declarando el derecho, siendo las cortes estatales las llamadas a realizar esta tarea, mediante sus jueces o pudiendo valerse incluso de terceros a

⁴ Artículo VII del Título Preliminar del Código Civil: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda”.

quienes les atribuye temporalmente la facultad de solucionar determinados conflictos, como por ejemplo los árbitros. Consecuentemente la actuación conjunta de jueces y árbitros es producto de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

En esa misma línea el profesor Ludovico Mortara, principal exponente de esta teoría, señala que:

“no es el simple nombramiento que hacen las partes el que confiere a los árbitros su poder de juzgar, ya que ellos en su condición de particulares no podrían otorgar una facultad que ellos mismos no poseen, lo que ocurre es que el arbitraje existe porque la ley lo ha instituido y ésta a su vez ha dado su autorización para que las partes tomando un cierto grado de la soberanía inherente al Estado confieren a los árbitros por medio del compromiso el poder que es necesario para resolver la controversia con plena autoridad” (Citado por Montoya, 1988: 15).

Expresan además que, a diferencia de la Teoría Contractualista, que pone mucho énfasis al acto que da inicio del procedimiento arbitral, llámese el compromiso arbitral o contrato de arbitraje, esta teoría resalta la importancia jurídica del acto culminante de dicho procedimiento, el laudo.

Se sostiene que no existen importantes diferencias sustanciales entre sentencia y laudo, puesto que los dos solucionan un conflicto de intereses. En ese sentido Morello citado por Ledesma (2014: 33) señala:

“si bien es cierto que el arbitraje reviste un componente esencial y determinadamente Contractualista que conforma a su naturaleza jurídica, también lo es que reviste un componente jurisdiccional en cuanto la sentencia arbitral está equiparada a la sentencia judicial en sus efectos más marcables: eficacia de la cosa juzgada y ejecución judicial”.

Por tanto, se dice que la labor que ejerce un árbitro puede asimilarse a la que realiza un juez. Se añade también que el laudo posee fuerza ejecutiva porque la ley se la otorga, más no las partes que suscriben el pacto arbitral, quienes no tienen el poder

ni las facultades para otorgarle dicha atributo al laudo (Lohmann, 1997: 42). En otras palabras, si el Estado no respalda la decisión de los árbitros, quedaría al criterio de la parte vencida cumplirlo o no, tal como si fuera un simple contrato.

Otro punto importante que plantean quienes defienden esta teoría, es aquel referido a que el arbitraje es una concesión del Estado, lo cual implica que este realiza un control absoluto de todos los actos arbitrales llevados en su territorio. Muestra de ello, son las causales de nulidad establecidas para cuestionar la validez formal del laudo arbitral. Se reconoce que el nacimiento del arbitraje es propio de la voluntad de las partes, sin embargo el convenio arbitral, las facultades de los árbitros, y el propio laudo obedecen al imperio de la ley al estar reglados por esta. Así, el ordenamiento jurídico se encuentra por encima de la legítima autonomía de las partes, de manera que los aspectos contractuales del arbitraje no son auténticamente de Derecho privado, sino de Derecho Procesal.

Finalmente, es importante mencionar que nuestro país se adscribe a esta teoría. Así el Tribunal Constitucional en su sentencia 6167-2005-PHC/TC reafirma la óptica jurisdiccional que tiene el Estado frente al arbitraje:

“(…) la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 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”.

Dicha posición extrema es cuestionable, puesto que el Tribunal Constitucional soslaya la importancia fundamental de la voluntad de las partes para sustraerse de la jurisdicción ordinaria y a la vez establecer el procedimiento a seguir por los árbitros para resolver el conflicto. Este cuestionamiento se presentó también entre miembros del referido tribunal, puesto que el voto en minoría del vocal Ojeda señala que:

“El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos y que su fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio del cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen la

libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado, dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal”.

Nuestra opinión al respecto es que no se puede tener una visión únicamente contractual o jurisdiccional del arbitraje, lo contrario significaría ignorar aspectos fundamentales de la institución arbitral que resultan imprescindibles para su eficacia.

Dicho esto, a continuación analizaremos la tercera y última teoría.

2.1.2.3 Teoría Intermedia o Mixta

Esta teoría tiene como fundamento la insuficiencia de las teorías Jurisdiccional y Contractual para explicar, por sí solas, la naturaleza jurídica del arbitraje. En ese sentido, la postura intermedia se nutre de ambas teorías, tomando lo que considera correcto de cada una de ellas.

González (2004: 15) grafica diáfananamente esta situación:

“Los aspectos medulares de la teoría contractual fueron objeto de crítica severa. De la misma manera, la postura meramente jurisdiccional parecía incompleta en varios aspectos. Ante ello se realizaron intentos de puentear las dos escuelas de pensamiento. No obstante la aparente total oposición de ambos puntos de vista, las teorías jurisdiccional y contractual pueden ser reconciliadas –y así surge la teoría mixta-“

Esta teoría reconoce que el origen del arbitraje es, sin lugar a dudas, contractual. Así rescata de la teoría contractual el hecho de que son las partes las que ponen en marcha el proceso arbitral y que son éstas, más no el Estado, quienes dan las reglas a seguir por los árbitros para la solución de sus conflictos. Consecuentemente, el arbitraje será posible sí y solo sí, le precede un acuerdo de voluntades cuyo fin es el inicio de un arbitraje y a la vez la sustracción de la jurisdicción predeterminada.

En segundo lugar, rescata de la teoría jurisdiccional el hecho de que las decisiones de los árbitros deben ser objeto de reconocimiento jurisdiccional por parte del Estado para que estos tengan fuerza análoga a una sentencia judicial, caso contrario, ¿De qué serviría el arbitraje?

En esa línea, nos parece correcta la reflexión hecha por Cantuarias y Aramburú cuando refieren que: “limitar la naturaleza jurídica del arbitraje al aspecto puramente contractual sería desconocer los efectos cuasi jurisdiccionales de los laudos arbitrales, pero, al mismo tiempo, hablar de jurisdicción arbitral en términos estrictos sería una exageración, pues le falta elementos para ser tal” (1994: 47).

En suma, la concepción del arbitraje a partir de esta teoría, es que es una institución contractual en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos (Ledezma, 2014: 37); lo que nos parece correcto y a la cual nos adherimos, pues la eficacia del arbitraje como alternativa viable frente a la jurisdicción ordinaria, en gran medida depende del respeto de la voluntad de los particulares de encomendar la solución de sus conflictos a los árbitros –plasmado en el convenio arbitral- así como el hecho de dotar de fuerza ejecutiva y reconocimiento legal a las decisiones de estos.

2.1.4. Principios del Arbitraje Comercial

Son diversos los principios que rigen al arbitraje comercial y que han plasmados en el DLA, de manera que resulta obligatorio tener una perspectiva de ellos para un correcto entendimiento de la institución arbitral. Así tenemos los principios de autonomía, libertad de sometimiento, *kompetenz-kompetenz*, principio de separabilidad del convenio arbitral, imparcialidad, igualdad y buena fe.

Dada la importancia de destacar el principio de autonomía –de cara a nuestra hipótesis-, este no será incluido en el breve desarrollo que a continuación presentamos; por el contrario, será objeto de un análisis pormenorizado más adelante.

2.1.4.1. Principio de libertad de sometimiento

Mediante este principio las partes tienen la facultad para decidir si optar por el proceso judicial o por el arbitraje comercial, resultando estos excluyentes entre sí, tal como reza nuestra Constitución⁵.

A pesar de ello, este principio no es absoluto pues en algunos supuestos específicos las partes no pueden decantarse libremente por una jurisdicción u otra. Este es el

⁵ Numeral 1 del artículo 139.

caso del arbitraje en contrataciones con el estado –el cual no es objeto de estudio de nuestra tesis, pero sirve para graficar perfectamente la situación antes descrita-. La Ley de Contrataciones con el Estado prevé que las controversias que se deriven de los contratos celebrados a su amparo serán dilucidadas mediante arbitraje. Como vemos, el sometimiento de las partes al arbitraje no se da por la voluntad de las partes -suscripción de un convenio arbitral-, sino que se da por una adhesión a este tipo de contratos, lo que demuestra la relatividad de este principio.

Lo importante de este punto es que, el principio de libre sometimiento de las partes así como permite elegir libremente entre proceso judicial o arbitraje comercial, bien puede también dejar sin efecto la adhesión antes mencionada, ya que si se tiene libertad para celebrar un convenio arbitral, también se tiene libertad para dejarlo sin efecto. De igual opinión son Galluccio y Mori (2012: 60): “En la medida que las partes tienen libertad para pactar un convenio arbitral, no se les puede recortar la voluntad de dejarlo sin efecto luego de celebrado el mismo, tal como establece el artículo 18 del DLA”.

2.1.4.2. Principio Kompetenz – Kompetenz

Anteriormente, las partes que sometían su controversia al arbitraje comercial, con la finalidad de burlar la el proceso arbitral, presentaban una serie de cuestionamientos a la competencia de los árbitros para resolver dicha controversia. Dichos cuestionamientos eran de diversa índole, como por ejemplo referidos a la alegación de una de las partes de que la materia sometida a un tribunal arbitral excede el ámbito de aplicación del pacto arbitral, así como cuestionamientos referidos a la nulidad, ineficacia o inexistencia del mismo.

Dada esta problemática, como refiere Trazegnies, el Tribunal Superior alemán en 1955 difundió un principio mediante el cual se planteaba que el tribunal arbitral es competente para conocer sobre su propia competencia, en otras palabras no se recurre a otra instancia –Poder Judicial- para definir la competencia, sino que se permite que se resuelva el problema por los árbitros en única instancia y dentro del propio arbitraje comercial. A esto se le denomina, en su formulación alemana,

principio *Kompetenz – kompetenz*, que no es otra cosa que competencia respecto de la propia competencia (2011: 30-31).

Así, este principio habilita al tribunal arbitral a decidir sobre su propia competencia frente a las excepciones planteadas por las partes referidas a la validez del convenio arbitral, evitando así que estas burlen o dilaten el proceso arbitral trasladando dicha competencia al Poder Judicial. En esa línea, es interesante lo que menciona PARK (citado por Trazegnies, 2011: 31) en referencia a este principio: “el principio [*Kompetenz – Kompetenz*] es entendido como un mecanismo anti-sabotaje, porque reduce la posibilidad de que procedimientos arbitrales sean descarrilados a través de la simple alegación de que una cláusula arbitral es inejecutable debido a un gran número de posibles defensas contractuales”.

Son diversas las ventajas que ofrece este principio; en esos términos nos adherimos a lo que señalan Galluccio y Mori (2012: 62): “el principio en cuestión, al permitir al tribunal arbitral decidir sobre los asuntos de su competencia, fomenta el trámite eficiente del proceso arbitral protegiendo a su vez la obligatoriedad del convenio arbitral, a fin de que las partes no pretendan sustraerse del arbitraje”.

Por otro lado, es necesario precisar que nuestro país adopta este principio, primero a nivel normativo en el DLA⁶, así como a nivel jurisprudencial mediante la STC 6167-PHC/TC del Tribunal Constitucional, que en su fundamento n.º 13 señala:

“Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio “*kompetenz-kompetenz*” previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje –Ley 26572-, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia (...)”

⁶ Artículo 3.- Principios y funciones de la función arbitral

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

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

1. El tribunal arbitral es único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral (...)

Claramente el referido tribunal hace referencia al artículo 39° de la antigua LGA, pero esto sigue siendo perfectamente válido dado que el DLA en su artículo 41° también contempla –de modo muy amplio- el principio *kompetenz-kompetenz*.

2.1.4.3. Principio de separabilidad del convenio arbitral

Este principio asume que el acuerdo arbitral es autónomo e independiente del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte, por lo tanto los cuestionamientos acerca de la validez del contrato principal no perjudican la existencia del convenio arbitral (Rubio, 2011: 472).

Al respecto, Talero (2008: 138) señala:

“En efecto, la doctrina de la autonomía del pacto arbitral es una ficción jurídica que pretende deslindar los efectos que se produzcan sobre la validez del contrato principal de la suerte que corra el pacto arbitral, lo que permite al tribunal de arbitramento dirimir el fondo del asunto. Situaciones como la nulidad absoluta o la terminación del contrato principal no afectan, en consecuencia, la posibilidad de los árbitros para resolver los méritos de la controversia”.

En el mismo sentido, González de Cossío refiere que: “el principio [se separabilidad del convenio arbitral] implica que el acuerdo arbitral tiene un status autónomo frente al contrato principal en el cual está incluido. Como resultado de ello, la invalidez del contrato principal no trae aparejada, por principio de cuentas, la invalidez del acuerdo arbitral” (2004: 114).

A nuestro parecer, consideramos que la importancia de este principio –el cual encontramos en el DLA⁷- radica en su complementariedad con el principio *kompetenz – kompetenz*, en la medida que ambos evitan que las partes inmersas en

⁷ Artículo 41°.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral

(...)

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral.

un arbitraje escapen de él hacia la jurisdicción ordinaria. Apoyamos tal aseveración en lo señalado por Rubio: “Sin la existencia de estos dos principios el desarrollo del arbitraje estaría sujeto a una incertidumbre porque bastaría que la parte renuente al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral que forma parte del contrato para cuestionar e impedir el arbitraje” (2011: 472)

Esta idea fue entendida perfectamente por nuestros legisladores, plasmando en el artículo 41° del DLA estos principios –separabilidad del convenio arbitral y *kompetenz-kompetenz*- conjuntamente, lo que resulta ser, en palabras de González de Cossío (2004: 127): “un binomio indispensable en la ecuación de eficacia del arbitraje”.

2.1.4.4. Principio de imparcialidad

Encontramos este principio en el numeral 1 del artículo 28 del DLA, que a la letra señala:

“Artículo 28.- Motivos de abstención y de recusación

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

Como vemos, al igual que en un proceso judicial se exige la imparcialidad a los jueces al momento de emitir su sentencia, también a los árbitros se les impone el deber de actuar de manera independiente e imparcial. Así los árbitros deben seguir el proceso conservando su integridad, neutralidad e independencia de cara a las partes.

De Trazegnies (2011: 336) al referirse a la independencia e imparcialidad de los árbitros refiere:

“ (...) aunque parezcan sinónimos a primera vista, no lo son. La independencia se refiere a la ausencia de una relación objetiva y subordinada con alguna de las partes (ser abogado de una de ellas, por ejemplo), mientras que la

imparcialidad obvia las relaciones formales y aprecia si pueden existir otras vinculaciones del árbitro con alguna de las partes que afecten su juicio imparcial (haberse pronunciado previamente sobre esta materia, tener negocios con uno de los litigantes, etc)”

Concluimos que estas dos situaciones tienen que ser observadas obligatoriamente por el tribunal arbitral en cada caso concreto, pero no sólo al inicio, sino en todo el decurso del procedimiento arbitral.

2.1.4.4. Principio de igualdad

Como su nombre lo dice, este principio procura el trato igualitario hacia las partes dentro del procedimiento arbitral por parte de los árbitros, entendiéndose que cualquier transgresión a tal principio significaría arriesgar la validez del laudo arbitral.

Según la doctrina, este principio debe ser interpretado como inherente al convenio arbitral, puesto que es en este donde las partes se encuentran en pie de igualdad. En consecuencia, resulta imposible que exista disposición alguna –en el convenio arbitral- donde se coloque en ventaja a una de las partes sobre la otra (Kundmüller, 2011: 394)

Otro aspecto importante de este principio, se refiere a la obligación de los árbitros de otorgar a las partes –en la debida oportunidad- las mismas posibilidades para que hagan valer sus derechos, pues su decisión final debe darse en justicia.

Finalmente, debemos precisar que este principio se encuentra establecido en el DLA en los siguientes términos:

“Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones

(...)

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (...)

2.1.4.5. Principio de buena fe

Según la doctrina, son diversas las connotaciones que la buena fe tiene, sin embargo la más común es aquella que la asocia con rectitud, honradez, buen proceder y buena intención (Jiménez, 2011: 427).

Este contenido, eminentemente ético, debe ser aplicado también a las partes de un procedimiento arbitral, pues como reza el artículo 38° del DLA, todos sus actos e intervenciones deben observar este principio.

Asimismo, corresponde a los árbitros la observancia de este principio a lo largo de todo el procedimiento con la finalidad de favorecer su desarrollo y a su vez sacar del camino todo acto que resulte inútil y que lo obstruya. (Jiménez, 2011: 443)

2.1.5. Tipos de arbitraje

Son varias las clasificaciones que se tiene del arbitraje comercial; sin embargo, con la finalidad de hacer una correcta delimitación de nuestra investigación, nos abocaremos a aquella que divide al arbitraje Institucional y Ad Hoc. Advertimos que la descripción de estos tipos de arbitraje obedecen a la intención de delimitar correctamente nuestra investigación, de manera que se pone énfasis en el arbitraje institucional, resultando sucinta la descripción del arbitraje ad hoc.

Esta clasificación la encontramos en el DLA de la siguiente manera:

“Artículo 7°.- Arbitraje ad hoc o institucional

El arbitraje puede ser ad hoc o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.

(...)”

2.1.5.1. Arbitraje Institucional

Este tipo de arbitraje, también denominado “arbitraje administrado”, tiene como característica la intervención permanente y especializada de una institución arbitral en todo el desarrollo del procedimiento. Dicha institución brindará un soporte

normativo, físico y logístico a las partes y a los árbitros para que estos cumplan su misión: emitir el laudo arbitral.

Asimismo, la institución arbitral se convertirá en un intermediario entre las partes y los árbitros en todo tipo de supuestos, inclusive en aquellos en los que se hace necesario regular situaciones que no han sido previstas por las partes.

En ese sentido, como explica la doctrina, se establece una relación de confianza que depositan las partes en la institución arbitral para permitir, primero su intervención en el arbitraje; y luego, el despliegue de todas sus actividades conducentes al desarrollo eficaz del mismo (Del Águila, 2005: 236)

Las actividades a las que hace referencia el citado profesor podrían ser resumidas de la siguiente manera:

- Simplificación de la redacción del convenio arbitral: Al tener reglas y procedimientos pre establecidos, ahorran a las partes la tarea de delinear un procedimiento que se aplique a la controversia.
- Garantía de especialización en la designación de los árbitros: Por lo general los centros de arbitraje cuentan con una lista de árbitros expertos en las materias a someterse a arbitraje, lo que garantiza que el laudo arbitral será emitido con altos estándares de especialización.
- Seguridad jurídica: En todo momento el centro de arbitraje tutelaré el desarrollo del arbitraje para garantizar el cumplimiento de la voluntad de las partes en torno al procedimiento.
- Conocimiento anticipado de los costos arbitrales: El centro de arbitraje, al contar con los reglamentos específicos, da la posibilidad a las partes de saber cuál será el costo preciso del procedimiento arbitral al que se quiere recurrir.

Otro punto importante que debemos mencionar, es aquel referido a la independencia de los árbitros que actúan en el marco de un arbitraje institucional. Esta de ninguna manera puede verse comprometida por el hecho de que su designación sea hecha a través de dicha institución, lo contrario significaría, por un lado el desprestigio del centro de arbitraje y por otro el cuestionamiento directo al laudo arbitral.

En suma, son diversas las ventajas que ofrece el arbitraje institucional, pero quisiéramos resaltar una, que bien refiere Talero (2008: 53) de la siguiente manera:

“(…) debido al alto volumen de procedimientos arbitrales que se realizan según las reglas del centro de arbitraje correspondiente, cada centro adquiere importantes experiencias en torno a los aspectos positivos y negativos derivados de la aplicación de sus reglas, razón por la cual, existe un proceso periódico de revisión y actualización normativa que se traduce en un mejoramiento de los reglamentos arbitrales y en una mayor certeza de las partes a su contenido”.

Concordamos plenamente con tal apreciación, pues nos parece muy positiva la preocupación de los centros de arbitraje de adecuar sus normativas a las diferentes realidades que se presentan en el día a día en pos de ofrecer un mejor servicio a sus usuarios. Asimismo quisiéramos resaltar que la propuesta de esta investigación va en esa línea, pues su finalidad es otorgar a los usuarios del arbitraje comercial institucional una herramienta propia y útil frente a la necesidad urgente de tutela arbitral.

Finalmente, quisiéramos agregar que son diversas las materias que se pueden dilucidar en los arbitrajes institucionales –de conformidad con el artículo 2° del DLA-, no obstante, a efectos de esta tesis, debemos precisar que principalmente son los arbitrajes de corte comercial los de mayor incidencia, denominándose estos “arbitrajes comerciales institucionales”.

2.1.5.2. Arbitraje Ad Hoc

En este tipo de arbitraje, contrariamente a lo que ocurre en el primero, sólo actuarán las partes y los árbitros, por lo que se prescindirá de la actuación de los centros de arbitraje. A este respecto Del Aguila (2005:237) señala: “No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores”.

De esta manera, las partes tienen la facultad de por sí solas establecer las reglas aplicables al caso concreto, de tal manera que el procedimiento responderá a las necesidades específicas de la operación comercial. De esto deriva la consideración del arbitraje ad hoc como un “arbitraje flexible”, lo que a nuestro criterio es cierto pero no privativo y excluyente de este tipo de arbitraje. En ese sentido, Del Aguila (2005: 245) al referirse a las razones que permiten desvirtuar ese mito, precisa:

“ (...)”

- a) La flexibilidad es inherente al arbitraje, dejando de lado el mecanismo que uno opte para ejecutarlo. Esto, producto de la libertad de regulación del proceso que asiste a las partes. Entonces, un arbitraje institucional –en apariencia menos flexible- se torna muy flexible facilitan su tarea regulatoria sometiéndose a un reglamento arbitral predeterminado, pero adaptándolo, en ciertos aspectos, a las particularidades del caso concreto.
- b) La formalidad, por su parte, no tiene contenido peyorativo, ni está reñida con la flexibilidad propia del arbitraje; por el contrario, contribuye con la adecuada organización y administración del arbitraje, evitando incluso potenciales anulaciones del laudo arbitral.

(...)”

Finalmente, quisiéramos anotar que en el arbitraje ad hoc, a diferencia de los arbitrajes institucionales en los que la cláusula arbitral tiene como objetivo pactar la sujeción de una controversia futura a un centro de arbitraje, el pacto arbitral contiene una suerte de “manual de resolución de conflictos” referido al procedimiento a seguirse en caso surja una controversia entre las partes, el cual ciertamente tendrá que ser seguido al pie de la letra por los árbitros con la objetividad e imparcialidad que se les exige.

2.1.6. Ley Modelo de UNCITRAL/CNUDMI

Conocer la legislación y los principios aplicables al proceso arbitral -antes, durante y después de dictado el laudo- es muy importante. Esto nos permitirá conocer y

advertir algunos inconvenientes: la obsolescencia, la falta de uniformidad legislativa y la vulneración de la autonomía de la voluntad de las partes.

Estos problemas surgen debido a la frondosa diversidad legislativa arbitral adoptada por los órdenes jurídicos internos de cada país, que variará dependiendo del lugar donde nos encontremos.

En ese sentido, Cantuarias citando a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), señala:

“En las leyes nacionales se encuentran restricciones no previstas ni deseadas referentes, por ejemplo, a la capacidad de las partes de someter eficazmente las controversias futuras al arbitraje; a su facultad de nombrar libremente los árbitros, o a su interés en que las actuaciones arbitrales se sustancien conforme a las normas procesales convenidas y sin más intervención judicial que la necesaria. Otras posibles fuentes de frustraciones son las disposiciones supletorias que pueden imponer requisitos no deseados a las partes no previstas que no hayan establecidos estipulaciones en otro sentido. La falta de disposiciones supletorias puede provocar también dificultades, al no brindar soluciones para las numerosas cuestiones procesales pertinentes en el arbitraje y que no siempre se prevén en el acuerdo de arbitraje” (2007: 67-68).

Como vemos, la ONU ya percibía los inconvenientes que se derivan del hecho de tener legislaciones arbitrales disímiles.

Consecuentemente, en el año 1977, diversas instituciones y organismos internacionales vinculados a la práctica arbitral, requieren a las Naciones Unidas para que se proceda a modificar la Convención de Nueva York a fin de unificar la legislación arbitral. Sin embargo, el secretario general de las Naciones Unidas prefirió recomendar la redacción de una ley modelo que permitiera uniformizar las

legislaciones de cada país, en vez de intentar modificar la Convención de Nueva York⁸, por lo engorroso que podría resultar dicho trámite.

Así las cosas, se asignó a la CNUDMI la tarea de preparar un proyecto de ley modelo⁹ que abordará los temas no tratados por la Convención de New York. El proyecto se inició en 1981 y culminó en junio de 1985, cuando fue aprobada la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional (Cantuarias, 2007: 73-74), la que posteriormente fue enmendada en el año 2006.

La Ley Modelo de UNCITRAL es un instrumento político¹⁰ que incide fundamentalmente en la regulación del arbitraje privado internacional. Asimismo, no resulta ser una ley propiamente dicha sino que por el contrario es una “recomendación” a todos los países que consideren necesario uniformizar el tratamiento del arbitraje, y a su vez adoptar una legislación arbitral moderna, inspirada en los usos y costumbres del comercio internacional.

Siendo así, la Ley Modelo de UNCITRAL persigue los siguientes objetivos (Cantuarias, 2007:74):

- i) Reconocer expresamente la libertad de las partes, para establecer el procedimiento arbitral que mejor se acomode a sus necesidades;
- ii) Determinar de manera precisa las normas imperativas que deberán aplicarse al foro, a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes, pero eliminando, al mismo tiempo, disposiciones locales innecesarias o inconvenientes para una correcta práctica de los arbitrajes internacionales; y

⁸ La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras es el tratado más reconocido sobre arbitraje internacional que, junto con la Ley Modelo de UNCITRAL, inspiran la legislación que se dan sobre la materia.

⁹ El término "ley modelo" proviene del método usado por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, el cual tiene como finalidad crear un Derecho estatal armonizado mediante la introducción de normas sustantivas o adjetivas al ordenamiento jurídico interno de los estados, para prevenir inconvenientes derivados de la diversidad legislativa mediante la aplicación de preceptos básicos, estableciendo la posibilidad de efectuar las modificaciones necesarias para atender a las peculiaridades y circunstancias especiales de las naciones (PARRA, 1998: 71).

¹⁰ La Ley Modelo de UNCITRAL es la política oficial que tiene la ONU en materia arbitral como máximo foro de la convivencia pacífica de los Estados (CASTILLO y Vásquez, 2010: 84).

- iii) Dictar una serie de disposiciones supletorias que se aplicarán a los arbitrajes internacionales, a falta de acuerdo entre las partes.

Los objetivos antes mencionados, no hacen otra cosa que reafirmar que mientras el arbitraje sea respaldado por una legislación moderna y flexible, éste se verá florecido y será objeto de un crecimiento exponencial que superará largamente a la jurisdicción ordinaria.

En esa línea, coincidimos con La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional cuando señala:

“La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo” (Cantuarias, 2007: 125-126).

Consideramos acertada dicha afirmación, por cuanto, hoy en día, la interrelación económica internacional así como el comercio entre diversos agentes internacionales, crece día a día y, por lo tanto se debe contar con una legislación sólida y moderna que le siga los pasos.

La estructura de la Ley Modelo de UNCITRAL, incluye los siguientes capítulos: el ámbito de aplicación de las normas sobre arbitraje internacional (capítulo I), el convenio arbitral (capítulo II), el tribunal arbitral (capítulo III), la competencia del tribunal arbitral (capítulo IV), el procedimiento arbitral (capítulo V), el laudo arbitral (capítulo VI), los recursos contra los laudos arbitrales (capítulo VII) y el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros (capítulo VIII). Como bien sabemos dicha estructuración se realizó con la finalidad de hacer al arbitraje una herramienta eficiente que haga frente a cualquier conflicto dentro de su ámbito de aplicación.

Finalmente, la Ley Modelo de UNCITRAL resulta ser una recomendación a cualquier país que necesitara de una legislación arbitral moderna y eficiente. Es así que diversos Estados situados a lo largo de los 5 continentes adoptaron dicha regulación a fin de estar a la altura de los retos que se les presentasen.

Así lo precisa Shiffmann (Citado por Cantuarias, 2007: 76 y 77):

“La Ley Modelo de UNCITRAL ha sido adoptada, en todo o en parte por Canadá (por el parlamento Federal y por los órganos legislativos de todas las provincias y territorios), Australia, Bulgaria, Chipre, Escocia, Hong Kong, Nigeria y por los Estados de California, Connecticut y Maryland en los Estados Unidos de América. Por otro lado, el profesor Dawson, por su parte, aclara que la “Ley Modelo...ha sido utilizada total o parcialmente por una variedad de jurisdicciones, incluyendo... Bahrain... Singapur, Ucrania, la Federación Rusa...”. El profesor Hermann amplía la lista (...) identificando, entre otros, a las Bermudas, Egipto, Filipinas, México, Túnez y los estados de Oregon y Texas en los Estados Unidos de América. Por último (...) además, las siguientes legislaciones: Alemania, Austria, Azerbaiyán, Bangaldesh, Belarús, Chile, China, Corea, Croacia, Dinamarca, España, Grecia, Guatemala, Hungría, Illinois (En los Estados Unidos de América), India, Irán, Irlanda, Japón, Jordania, Kenya, Lituania, Louisiana (en los Estados Unidos de América), Macao (región administrativa especial de China), Madagascar, Malta, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Paraguay, el Perú, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Sri Lanka, Tailandia, Turquía, Zambia y Zimbabew”.

Como podemos observar, nuestro país encontró en la Ley Modelo de UNCITRAL el modelo perfecto para ser adoptado a nuestra realidad que, con la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos en el año 2008, así lo exigía. Es a partir de dicha recomendación que se gesta nuestra nueva Ley Peruana de Arbitraje – Decreto Legislativo 1070.

2.1.7. Decreto Legislativo N.º 1071 – Ley Peruana de Arbitraje

En el marco del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos suscrito el 12 de abril de 2006 en Washington, cuya entrada en vigencia fue diferida para el día 1 de febrero de 2009, el Estado peruano se comprometió a promover y facilitar el desarrollo del arbitraje, como medio de solución de conflictos en materia comercial, tal como lo señala el Acuerdo de Promoción Comercial en su artículo 20.21º, el mismo que señala:

“Artículo 21.21º: Medios Alternativos para la Solución de Controversias

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso de arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975”

Dicho artículo regula los procedimientos internos y solución de controversias comerciales privadas. Dentro de éstos resalta la promoción al arbitraje y a otros medios de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares del área de libre comercio. Para ello, se establece que cada parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.

En ese sentido, mediante la Ley N.º 29157, el Congreso de la República ha delegado en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar distintas materias a fin de facilitar la implementación del referido Acuerdo de Promoción Comercial, estando entre dichas

materias las referentes a la solución de controversias que puedan surgir en el marco del referido tratado entre los inversionistas. En ese sentido, las mejoras apuntaban al “reforzamiento” del arbitraje, realizándose una serie de modificaciones a fin de que dicho mecanismo resultara ser flexible, célere, especializado y eficiente.

Antes de conocer los principales cambios realizados entre la anterior y la nueva regulación, es importante precisar las fuentes que inspiraron a la nueva Ley Peruana de Arbitraje.

Soto y Bullard (2011: Prólogo pág. XIX) detallan las siguientes:

“Se ha tomado en cuenta, entre otras, las legislaciones arbitrales de España (una de sus fuentes principales de inspiración), Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza, Holanda, Francia y Estados Unidos y los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), de la Corte Internacional de Londres (LCIA) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y, de manera especial, se ha considerado la versión de 2006 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL / CNUDMI), así como los recientes documentos de trabajo sobre la revisión de su Reglamento de Arbitraje. Asimismo, se ha tenido en cuenta la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convención de Ginebra), la convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) y la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 (Convención de Washington)”.

La utilización de las fuentes antes mencionadas, traducidas en la Ley de Arbitraje Peruano, denotan el esfuerzo de nuestros legisladores de dotar a los nuevos inversionistas extranjeros de un mecanismo que les resulte familiar, creando una

atmósfera más favorable para ellos. A su vez, nuestro país al adherirse a los estándares internacionales resulta ser más atractivo para la inversión extranjera, otorgando seguridad jurídica, que muchas veces resulta de vital importancia para los negocios.

En la Exposición de Motivos Oficial de la nueva Ley de Arbitraje se señala:

“En este orden de ideas, los cambios que se proponen en la nueva ley están dirigidos a aumentar la competitividad del Perú como sede de arbitrajes, de manera que pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón a la existencia de un marco legal seguro y predecible, ajustado a estándares internacionales. (...) se espera también, de otro lado que estas nuevas reglas de juego consoliden y afiancen una cultura arbitral en los operadores del sistema, abogados, árbitros, instituciones arbitrales y jueces, por cuanto una sincronización adecuada de estos operadores garantiza un desarrollo óptimo de la institución”.

Consideramos que lo expresado en el párrafo anterior es muy acertado, toda vez que nuestro país debe estar preparado para posicionarse como una sede arbitral internacional confiable, moderna y competitiva.

Es importante recalcar que antes de la entrada en vigencia de la nueva ley de arbitraje, está tenía un sistema dualista, en tanto que el arbitraje nacional o doméstico tenía un tratamiento distinto al arbitraje internacional, puesto que existían disposiciones para uno y otro dentro del mismo cuerpo normativo.

Ahora, con la entrada en vigencia de la Nueva Ley Peruana de Arbitraje, esta realidad cambió, pasamos de tener un sistema dualista a un sistema monista, tal como lo señala la Exposición de Motivos no oficial de la Ley:

“Uno de los cambios sustanciales de la nueva ley es el tránsito de un sistema dual a un sistema monista de regulación del arbitraje nacional e internacional. Si bien el sistema dualista tuvo su razón de ser en la ley arbitral de 1996, cuando la práctica arbitral en el Perú era casi inexistente, lo cierto es que en la

actualidad ya no se justifica y lo más adecuado es proceder a la adopción de una legislación arbitral monista; es decir, una legislación que establezca las mismas reglas de juego tanto a arbitrajes locales como internacionales, reservando; sin embargo, para estos últimos, algunas disposiciones particulares que se requieren por su propia naturaleza” (Cantuarias y Caivano, 2008: 54-55)

Ese sentido el legislador entendió que se debían dar las mismas reglas de juego para el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. Es así que, siguiendo la tendencia mundial¹¹, se optó por el sistema monista, mediante el cual se aplicaban las mismas disposiciones tanto al arbitraje nacional como internacional.

Consideramos que la adopción de dicha decisión política legislativa fue totalmente acertada, fortaleciendo así la cultura arbitral en el Perú. Los arbitrajes fueron creciendo en número e importancia, si bien no se tienen datos exactos, indiciariamente se puede concluir que el arbitraje en el Perú se vio florecido y resulta ser un mecanismo flexible y eficiente para quienes acuden a él.

Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1071 se introdujeron mejoras a varios aspectos también contenidos en la ley anterior, tales como el convenio arbitral (contenido, forma y efectos), designación y recusación de los árbitros, libertad en la regulación de las actuaciones, intervención de abogados extranjeros, adopción de medidas cautelares, la confidencialidad en el arbitraje, reconocimiento de laudos parciales, el plazo para decidir la controversia, el recurso de exclusión del laudo, establecimiento de las condiciones para la procedencia de las causales de anulación,

¹¹ El modelo más significativo es la Ley española de Arbitraje N° 60 de 23 de Diciembre de 2006. En su exposición de motivos, el legislador español explica: “Son muy pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno. Aun con la coincidencia que el arbitraje internacional responde en muchas ocasiones a exigencias distintas, esta ley parte de la base –corroborada por la tendencia actual en la materia- que una buena regulación del arbitraje internacional ha de serlo también para el arbitraje interno, y viceversa. La Ley Modelo, dado que se gesta en el seno de la CNUMDI/UNCITRAL, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional; pero su inspiración y soluciones son perfectamente validas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno. Esta ley sigue en este aspecto el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no solo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje en general. (CANTUARIAS y CAIVANO, 2008: 54)

no interrupción de la ejecución del laudo por la interposición y pendencia del recurso de anulación, disposiciones aplicables al reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, entre las más destacadas.

Dichas modificaciones se realizaron con el fin de conseguir los siguientes objetivos, los mismos que se detallan en la Exposición de Motivos Oficial:

- a) Consolidar el carácter inevitable del arbitraje. Para ello se reforzó **su carácter autónomo, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas.** Para ello se fortaleció la competencia de los árbitros, se priorizó un control *ex post* del laudo por medio del recurso de anulación y se evitó el uso de recursos o intervenciones *ex ante* al laudo, dirigidas a evadir la obligación de someterse a arbitraje. (El resaltado es nuestro)
- b) Restringir la necesidad de acudir a los jueces ordinarios en temas como la designación de árbitros y la resolución de recusaciones mediante una regulación que evite distorsiones o manipulaciones. En este sentido, se propuso la participación de las Cámaras de Comercio para las designaciones residuales de los árbitros y la resolución de recusaciones, en sustitución de los procesos judiciales complejos y extensos.
- c) Flexibilizar las normas que regulan el convenio arbitral, en la línea de la versión 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL, permitiendo la prueba de la existencia del convenio por cualquier medio, protegiéndolo con reglas supletorias que permitan corregir defectos en el mismo e incorporando una novedosa regulación sobre partes no signatarias.
- d) Mejorar la regulación de las correcciones, aclaraciones e integraciones del laudo e incluir un nuevo supuesto denominado “exclusión”, para retirar del laudo aquellos extremos no sometidos a decisión de los árbitros.
- e) Mejorar la regulación del recurso de anulación, teniendo en cuenta que si bien, en términos generales, ha sido bien comprendido en sus alcances por las

Cortes, se ha detectado en los últimos años su uso inadecuado en algunos casos con el fin de mediatizar la eficacia del arbitraje.

- f) Mejorar la regulación de las medidas cautelares para reforzar no sólo las facultades de los árbitros en ese aspecto, sino para evitar conflictos entre las medidas dictadas en sede arbitral con las dictadas en sede judicial.
- g) Mejorar la regulación de la ejecución del laudo para favorecer su cumplimiento, debiendo sólo suspenderse ante la pendencia del recurso de anulación en la Corte Superior y siempre que se constituya una garantía adecuada. En el caso de reconocimientos y ejecución de laudos extranjeros, la nueva Ley tiene un régimen más favorable a la ejecución que el recogido en la Convención de Nueva York.

Consideramos que el reto del arbitraje en nuestro país, no se agota con la dación de esta nueva ley que, si bien es cierto, es moderna, es aún poco conocida y empleada en nuestro medio. Pensamos que el arbitraje debe ser objeto de una mayor difusión, dando a conocer tanto a jueces, abogados, legisladores, inversionistas e inclusive a los ciudadanos de a pie las bondades que esta institución otorga.

2.2. Autonomía del arbitraje comercial

Qué duda cabe que hoy en día el arbitraje comercial en nuestro país es autónomo. Este rasgo fundamental se desprende de nuestro propio ordenamiento jurídico, en la medida que nuestra Constitución¹² y el DLA¹³ incluyen en su articulado disposiciones en tal sentido. Asimismo, a nivel jurisprudencial, dicha autonomía también ha sido objeto de reconocimiento¹⁴, lo que sin duda ha favorecido al impulso del arbitraje comercial en nuestro país.

En ese sentido, consideramos que la autonomía arbitral tiene una relación directa con la no interferencia por parte de cualquier autoridad –judicial, administrativa o militar- antes, durante o después del procedimiento arbitral, reforzándose así su total independencia frente a estos fueros con la finalidad de lograr la eficacia de la

¹² Artículos 62°, 63° y 139° numeral 1.

¹³ Artículo 3 numerales 1,2 y 4.

¹⁴ STC 6167-2005-PHC/TC.

institución arbitral. En ese sentido Collantes señala: “es consustancial al arbitraje, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía [arbitral]” (Citado por Avendaño, 2011: 684)

Ello nos parece superlativo, pues sencillamente, como menciona Santistevan (2008: 42): “Si la autonomía y la autosuficiencia del arbitraje no fueran reconocibles ¿para qué entonces las partes decidirían recurrir a los árbitros para poner punto final a los conflictos de interés que se suscitan entre ellas?”

Dicho esto, la importancia del principio de autonomía del arbitraje comercial es fácilmente perceptible, en tanto constituye en sí la piedra angular sobre la cual se cimienta nuestro sistema arbitral y a la vez es –sin duda- el paradigma de toda legislación arbitral.

Ahora bien, también es necesario precisar que el arbitraje comercial no gozó de plena autonomía desde sus inicios, pues como veremos, este estaba fuertemente influenciado por la jurisdicción ordinaria, que no hacía otra cosa que retrasar su desarrollo. Como ejemplo, podemos observar los casos de Inglaterra y Estados Unidos, países que en su evolución normativa entendieron que la autonomía arbitral era imprescindible para el impulso del arbitraje comercial a nivel internacional, por lo que redujeron ostensiblemente la intervención de las cortes judiciales en pos de la eficacia de la institución arbitral.

Como tendremos ocasión de conocer, nuestro país no escapó de esa realidad, pues en un inicio –a pesar de contar con una legislación arbitral- las diferencias entre proceso judicial y arbitraje eran casi nulas, llegando inclusive a una percepción de que el segundo era una jurisdicción de menor jerarquía en relación al primero.

Así las cosas, a continuación conoceremos la evolución de la autonomía del arbitraje comercial, con especial énfasis en nuestro país.

2.2.1 Evolución de la autonomía del arbitraje comercial en Inglaterra y Estados Unidos

Como ya hemos tenido oportunidad de conocer en el apartado correspondiente, la adopción del arbitraje comercial en Inglaterra se inició como producto del

resurgimiento de las relaciones comerciales internacionales posteriores a la segunda guerra mundial. A partir de ello el arbitraje se erigió como el principal mecanismo de solución de controversias entre comerciantes nacionales y extranjero, sin embargo – a pesar de su utilidad- se tuvo una posición de desconfianza y reticencia frente a este, estableciéndose en primer lugar el *writ of certiorari* como mecanismo de revisión –desmedido- de las decisiones arbitrales por parte de los jueces. Posteriormente fue establecido el *special stated case procedure*, el cual hacía a los árbitros consultar obligatoriamente los casos arbitrales en los que las cortes inglesas habían emitido su fallo con la finalidad de ejercer el “debido” control de los laudos arbitrales. Luego, debido a las circunstancias de tal época, se promulgo en 1950 la *English Arbitration Act*, el cual favoreció la autonomía del arbitraje comercial homologando el laudo arbitral a una sentencia judicial y también enumerando una serie de causales de anulación de este, sin embargo incluyó el *writ of certiorari* lo que aún retrasaba la ansiada autonomía. Así las cosas, ves la luz la *English Arbitration Act de 1979*, la que introdujo disposiciones favorables para el arbitraje y su autonomía, reduciendo considerablemente la intervención de las cortes inglesas mediante la derogatoria del *writ of certiorari* y del *special stated case procedure*, y estableciendo una causal única de revisión de laudos arbitrales: la vulneración sustancial por parte de los árbitros de derechos de las partes. No obstante, la revisión de los laudos arbitrales quedo nuevamente a merced de las cortes inglesas, ya que dependía de la interpretación de estas del carácter sustancial de la vulneración para que finalmente decidan o no intervenir. Finalmente se llegó a la *English Arbitration Act de 1996*, normativa que introdujo diversas mejoras tendientes a modernizar el arbitraje comercial inglés y reforzar su autonomía, en tanto las partes podían pactar la imposibilidad de la revisión de laudos arbitrales por parte de los jueces, evitando así el cuestionamiento de las cortes al razonamiento de fondo de los árbitros.

Como podemos apreciar, la evolución de la autonomía del arbitraje comercial en Inglaterra fue gradual. Poco a poco se iba entendiendo la necesidad de dotar de autonomía a este mecanismo con la finalidad de impulsarlo, pues esto conllevaría a una eficacia en la solución de conflictos de naturaleza comercial.

Por otro lado, el caso de Estados Unidos es distinto, el reconocimiento de la autonomía del arbitraje comercial fue más rápido, pues la *Federal Arbitration Act de 1925* consideraba al arbitraje comercial como una institución autónoma y flexible a partir de la consideración de su principal rasgo característico: la autonomía privada, sin embargo aún se presentaban vestigios de una intervención de las jueces en el arbitraje comercial. Así se estableció una causal denominada *manifest disregard of law* que, a pesar de su interpretación restrictiva, facultaba a los jueces a revisar el contenido de los laudos arbitrales.

Con todo ello, se tiene que el arbitraje comercial en Estados Unidos y su autonomía tuvieron pleno reconocimiento tempranamente, lo que hizo de este mecanismo realmente eficiente, capaz de lidiar con controversias comerciales de gran envergadura.

2.2.2. Evolución de la autonomía del arbitraje comercial en el Perú

El crecimiento de la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país, al igual que en el caso de Inglaterra, fue gradual.

Veamos. En un primer momento el arbitraje comercial llega a nuestro país producto de la herencia normativa española, pues se introdujo mediante el Código de Enjuiciamiento Civiles de 1851, el mismo que hacía una distinción entre jueces árbitros o de *iure* y árbitros arbitradores o amigables componedores, regulándose el procedimiento entre unos y otros (Vidal, 2003: 14).

Posteriormente, nuestro país, ya con un ordenamiento jurídico propio, legisló en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 al arbitraje comercial como una institución procesal, denominándolo “Juicio arbitral”. Así podemos observar que el arbitraje comercial en aquella época no era autónomo en tanto no existía una clara diferenciación con el proceso judicial. Muestra de ello, era que el artículo 560 expresaba que si el compromiso no contenía estipulaciones sobre el procedimiento, los árbitros al abrir el juicio establecían los términos y modo de proceder y, en lo que no estuviera establecido, observarían las reglas del proceso ordinario (Rubio, 2007: 11).

Así las cosas, en aquella época no había espacio para la autonomía, pues teníamos un arbitraje comercial fuertemente “judicializado” y la actuación de los árbitros sumamente regulada (Vidal, 2003: 15). El impacto que ello tuvo, fue la poca difusión del arbitraje comercial y su consiguiente inutilidad.

Un paso importante, que favoreció en gran medida la autonomía arbitral, se dio con la Constitución de 1979, pues en su artículo 233 inciso 1 establecía:

“Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia:

1.- La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar”.

Es a partir de esta disposición que comienza el auge del arbitraje comercial en nuestro país, y por ende el crecimiento de su autonomía, pues ya en ese entonces comienza a diferenciarse al arbitraje comercial como independiente de la jurisdicción ordinaria.

Con esta perspectiva, comenzaron a darse diversas modificaciones en pos de reforzar la autonomía del arbitraje comercial. En primer lugar, el Código Civil de 1984 –a pesar de seguir regulándolo como “Juicio Arbitral”- introdujo modificaciones respecto de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, optando por regularlos en el libro de contratos, alejándolos así del tratamiento procesal que les daba el Código de Enjuiciamientos Civiles. Asimismo, con la finalidad de coadyuvar a la eficaz ejecución de laudos arbitrales dictado en el extranjero, se modificaron artículos del Libro de Derecho Internacional Privado.

En el año 1992, ve la luz el proyecto del Código Procesal Civil, cuyo afán era modernizar el proceso civil; y es justamente en este afán que tangencialmente toca al arbitraje comercial y modifica todos sus aspectos procesales, reformándolo en el libro denominado “Justicia Arbitral”. A nuestra consideración, esto significó un retroceso para el reconocimiento de la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país, pues

al ser legislado en un cuerpo procesal civil, se infestaba de toda su lógica hasta llegar a la consideración de ser parte de este. En esa línea, Vidal (2003: 17) refiere:

“En lo que respecta a los aspectos procesales del arbitraje, el proyecto del Código Procesal Civil derogaba el código de Procedimientos Civiles, con lo cual, obviamente, derogaba también las normas del juicio arbitral. Si a éstas las hemos calificado de “judicializadas”, las que plantea introducir el proyecto Código Procesal Civil merecía esa misma calificación y aún en mayor grado”.

Sin embargo, no todo fue malo, opinamos que en un punto específico se favoreció el desarrollo del arbitraje comercial: la eliminación de la tan criticada “clausula compromisoria”¹⁵.

En el año 1992, un año de turbulencia para la política en nuestro país, se suscitó un hecho relevante: la disolución del congreso de la república. Esto generó una serie de consecuencias tanto sociales, políticas y jurídicas, que en alguna medida alcanzaron al arbitraje comercial en nuestro país. Dicho esto, es relevante mencionar la promulgación de dos cuerpos normativos: La Constitución Política de 1993 y el Decreto Ley n.º 25935.

Así, la nueva constitución reafirmaba la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país, en su artículo 139 numeral 1:

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

¹⁵ La clausula compromisoria fue muy criticada en su momento, pues como señala De Trazegnies en el prólogo de Lohmann (1988: 15-16):

“(…) Llegado el día del problema, las partes no pueden acudir directamente al árbitro, aún cuando éste se encontrara ya nombrado desde el inicio de la cláusula compromisoria y las reglas del arbitraje hubiesen sido igualmente determinadas de antemano. Previamente, las partes deben suscribir un acuerdo –el compromiso arbitral- en el que precisan los alcances de su controversia y la colocan expresamente en manos del árbitro. Sin embargo, como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, sino en el peor; y muy probablemente existe un estado de guerra sorda o manifiesta entre ellas. No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia –aquella que, por ejemplo, estará obligada a un pago o a cumplir una obligación de hacer, si el árbitro falla en su contra- hará todo lo posible para dilatar la situación y entorpecer el arbitraje. Para ello recurrirá a la discusión minuciosa de los términos del proyectado compromiso arbitral y se opondrá a todos los textos propuestos por la otra parte, planteando redacciones manifiestamente abusivas, que no pueden ser aceptadas por la parte contraria. De esta manera, ganará tiempo y fatigará al adversario”.

1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

Consideramos que la reafirmación de la autonomía arbitral mediante este precepto es totalmente positiva. De este se desprenden todos los rasgos característicos del arbitraje comercial y afirmamos que su eficacia -hoy en día- le debe mucho a ese reconocimiento constitucional.

Por otro lado el Decreto Ley n.º 25935, derogó las disposiciones referentes al arbitraje comercial del Código Civil y del proyecto del Código Procesal Civil, regulando esta materia en un solo cuerpo normativo. Sin embargo aún arrastraba algunos aspectos procesales, como por ejemplo el inciso 6 del artículo 28 establecía que los árbitros dictaban las reglas complementarias que fueron necesarias y que, si no lo hacían, en los arbitrajes de derecho se aplicaban supletoriamente las reglas correspondientes al proceso abreviado (Rubio, 2007: 12).

Hasta ese punto, la autonomía del arbitraje comercial se incremento, en tanto se tenían disposiciones constitucionales que la reafirmaban y a nivel normativo se contaba con una ley independiente no del todo distante del proceso civil.

Así, después de tres años de vigencia del acotado Decreto Ley, el incremento de la actividad arbitral determinó la dación de una nueva ley. De esta manera aparece en la escena normativa la ley n.º 26572 de 1996 – Ley General de Arbitraje cuyo principal referente fue la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

La LGA inmediatamente marcó distancia con el Poder Judicial, pues su artículo 4 señalaba:

“Artículo 4.- Intervención del Poder Judicial

Salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral.

En concordancia con lo antes señalado, se delimitó –dispersa e inorgánicamente- cuatro supuestos específicos en los que Poder Judicial brindaría su colaboración: i) En la ejecución de laudos arbitrales; ii) En la revisión de los laudos arbitrales mediante el recurso de anulación; iii) En el dictado de medidas cautelares antes de la instalación del tribunal arbitral; y iv) En la designación del/los árbitro(s) que no hubieren sido designados por las partes. Esto claramente incrementó ostensiblemente la autonomía del arbitraje comercial.

Un hecho importantísimo que consolidaría la autonomía arbitral en nuestro país, son los precedentes vinculantes emitidos por nuestro Tribunal Constitucional. Así en su sentencia 6167-2005-PH/TC da plena vigencia al principio de no interferencia en el arbitraje, lo que en palabras comunes, significó el último empujón para dotar de real eficacia al arbitraje comercial en nuestro país.

Años más tarde, con la entrada en vigencia del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, el Estado peruano se comprometió a promover y facilitar el desarrollo del arbitraje como medio de solución de conflictos en materia comercial. Así se expide el Decreto Legislativo 1071 – Decreto legislativo que norma el arbitraje. Este cuerpo normativo, al igual que la antigua LGA, también tuvo como referente principal a la Ley Modelo de UNCITRAL y su última modificatoria del año 2006; asimismo, se introdujeron significativos cambios con la finalidad de modernizar nuestra legislación arbitral.

En lo que respecta a la autonomía arbitral, lo que buscaba el DLA –según su exposición de motivos- era marcar una clara distancia de la jurisdicción ordinaria:

“Para estos efectos, los elementos o principios que inspiraron la propuesta de esta reforma parcial de la ley arbitral de 1996, y que mantienen en la nueva ley, fueron los siguientes:

- a. Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas (...)

En ese sentido, a diferencia de la antigua LGA, se incluyeron disposiciones expresas sobre la autonomía arbitral. Así tenemos por ejemplo:

“Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. (...)
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

El legislador fue muy cuidadoso en lo que se refiere a la autonomía del arbitraje comercial, esto evidentemente con la finalidad de evitar que los litigantes intenten bloquear el procedimiento arbitral mediante la intervención del Poder Judicial.

De igual manera, estableció expresamente los casos en los que el Poder Judicial brindaría su colaboración. Veamos:

“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. (...)
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. (...)

3. Para conocer la ejecución forzada del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial, o en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil subespecializada en lo comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la corte superior de justicia del lugar arbitraje.
(...)"

De esta manera el DLA, ciertamente de un modo muy ordenado, estableció los supuestos específicos de la colaboración del Poder Judicial en el arbitraje comercial, quitándole -dicho sea de paso- la facultad para designar a los árbitros en caso no lo hubieren hecho las partes¹⁶. Estas disposiciones, sumadas al artículo 3, delimitan perfectamente en el DLA la autonomía del arbitraje comercial, lo que denota la intención del legislador de destacar la importancia de dicho principio.

En suma, podemos decir que en nuestro país la autonomía arbitral se fue acentuando de manera gradual hasta convertirse en un principio fundamental del sistema arbitral. A su vez constituye una barrera hermética frente a todo tipo de intervención, que se desprende de la Constitución, del DLA y de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en su conjunto.

Para concluir este extremo de la investigación, sostenemos que el éxito del arbitraje comercial tiene una relación directa con la consolidación de su autonomía, interpretada ésta como la tendencia de recortar cada vez más las funciones del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales hasta llegar a los supuestos de colaboración antes especificados. En conclusión, a menos intervención del Poder Judicial, mayor autonomía arbitral.

¹⁶ Artículo 23°

(...) d. En cualquier de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar a 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 la celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. (...)

2.2.3. La autonomía del arbitraje comercial a partir de la STC 6167-2005-HC/TC

Como mencionamos en líneas precedentes, la autonomía del arbitraje comercial fue objeto de pleno reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional (en adelante TC), lo que significó un impulso para el sistema arbitral en nuestro país.

Así, el referido tribunal en su sentencia 6167-2005-HC/TC estableció un marco de interpretación constitucional aplicable al arbitraje a partir de su reconocimiento como jurisdicción privada. Esto supone tres consecuencias relevantes: i) No se acepta ninguna interferencia ajena a la “jurisdicción arbitral” – autonomía arbitral; ii) El control judicial del laudo arbitral es posterior de acuerdo a las razones establecidas taxativamente en la ley; y iii) El control de constitucionalidad de los laudos arbitrales ex – post vía proceso de amparo una vez agotadas todas la vías previas.

Siguiendo la línea del presente capítulo, concitaremos nuestra atención en la primera de las consecuencias antes mencionada: la autonomía arbitral.

Ahora bien, consideramos pertinente partir de una idea clave: el TC buscó, mediante este precedente de observancia obligatoria, “blindar” al arbitraje, esto es definir un régimen de inmunidad frente a la acción del Poder Judicial, del Ministerio Público y de cualquier otra autoridad –incluidas las autoridades administrativas- lo suficientemente protectorio para que los árbitros (o el árbitro único) puedan cumplir a plenitud y sin interferencias su propósito de “decir el derecho” en el caso concreto y resolver los conflictos de interés que las partes han puesto en sus manos (Santistevan, 2006: 16-17).

Así, en su fundamento 12 expuso lo siguiente:

“El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse

a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales- destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”.

Como vemos, el TC con la finalidad de crear una barrera protectora, aplica el principio de no interferencia -previsto en el numeral 2 del artículo 139 de la constitución- al arbitraje comercial, dada su consideración de jurisdicción. Esto nos parece positivo, por cuanto abona a la consolidación de la autonomía del sistema arbitral al proscribir cualquier tipo de interferencia y/o injerencia en el ámbito de su competencia.

Lo que corresponde ahora, es hacer un análisis más detallado del fundamento expuesto, por lo que corresponde formularnos las siguientes interrogantes: ¿es positiva la concepción jurisdiccional del arbitraje comercial por parte del TC? ¿El principio de no interferencia previsto en el numeral 2 del artículo 139 de la constitución determina la autonomía del arbitraje comercial?

La respuesta a la primera interrogante es sí y no. Sí, porque el establecimiento del arbitraje comercial como jurisdicción independiente –en vía de excepción- favorece en gran medida su impulso y desarrollo en nuestro país, por cuanto de este precepto desprende su propia autonomía al escindirse de cualquier otro tipo de jurisdicción. En consonancia con lo mencionado anteriormente, la real eficacia del arbitraje comercial –hoy en día- se lo debe a este precepto normativo; y no, porque debemos tener presente que el origen del procedimiento arbitral es contractual y nace por la voluntad de las partes de sustraerse de la jurisdicción ordinaria, de manera que no se puede tener una visión únicamente jurisdiccionalista ya que no llega a explicar por sí misma la naturaleza jurídica del arbitraje comercial. Por último, debemos precisar que lo antes mencionado obedece a la concepción mixta que tenemos de la

institución del arbitraje comercial, por cuanto adoptamos la teoría intermedia respecto a su naturaleza jurídica.

Antes de responder la segunda interrogante, consideramos oportuno mencionar la opinión de un sector de la doctrina respecto aplicación del principio de no interferencia por parte del TC. Así, Guzmán-Barrón y Zuñiga sostienen que:

“(…) el único beneficio, de considerar al arbitraje como jurisdicción sería, aparentemente, la aplicación del principio de no interferencia (…)” (2011:56)

“(…) ¿era necesario considerar al arbitraje como jurisdicción para proteger las actuaciones de los árbitros dentro del desarrollo de los procesos arbitrales? Evidentemente que no, como pasamos a explicar. El arbitraje cuenta con mecanismos propios que sirven para tutelar y hacer efectiva la voluntad de las partes que sean los árbitros quienes resuelvan sus controversias. (...) nacen y se fundan en la autonomía de la voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral, es decir en el origen contractual del arbitraje como mecanismo voluntario de solución de conflictos” (2011: 56)

También agregan que:

“Nos referimos a los efectos del convenio arbitral, el principio *kompetenz-kompetenz*, el principio de separabilidad y como colofón de todo esto el control del laudo vía recurso de anulación, los cuales dotan al arbitraje de una protección similar a la del principio de no interferencia, pero con una significativa diferencia: aquellos constituyen una armadura, hecha a la medida de las necesidades de armadura del arbitraje, mientras que el principio de no interferencia es una armadura prestada, con buena intención, pero que al ser ajena no se ajusta a las necesidades de batalla del arbitraje, sino mas bien que lo lastra” (2011: 74)

Evidentemente, la posición de los autores parte de una visión contractualista del arbitraje comercial, por cuanto sostienen que la eficacia de estos mecanismos proviene del respeto de la voluntad de las partes de sustraerse de la jurisdicción

ordinaria. Compartimos tal apreciación, por cuanto estos mecanismos protegen adecuadamente al arbitraje comercial de cualquier tipo de interferencia y así reafirman su autonomía; sin embargo, no debemos perder la perspectiva jurisdiccional que también posee la naturaleza jurídica del arbitraje comercial, ya que como mencionamos, su eficacia también depende de la fuerza vinculante que la ley le otorga, en consecuencia estos mecanismos son eficaces no sólo porque debe respetarse la voluntad de los particulares de sustraerse de la jurisdicción estatal sino también porque la ley le otorga fuerza necesaria para ser observados.

En ese sentido, consideramos que, en vez de expresar una percepción peyorativa respecto de la aplicación del principio de no interferencia hecha por el TC, debemos resaltar su loable intención de dotar de mayor autonomía al arbitraje comercial a partir de la aplicación de dicho principio de rango constitucional, lo que sumado a la protección de la autonomía arbitral, mediante la aplicación de los mecanismos de protección previstos en el DLA, sin duda alguna conllevarían a una real eficacia de la institución arbitral.

Lo que corresponde ahora es dar respuesta a la segunda interrogante. Lo que determina realmente la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país, no es exclusivamente la aplicación del principio de no interferencia, sino su aplicación conjunta con las demás disposiciones previstas en la Constitución¹⁷ así como en el DLA¹⁸. Por lo tanto debemos partir de una interpretación sistemática de dichas disposiciones legales, pues finalmente son éstas las que determinan a nivel normativo la verdadera autonomía del arbitraje comercial.

Finalmente, debemos destacar la intención del TC al emitir esta ejecutoria constitucional, en tanto trazó una línea definida en la defensa de la autonomía del arbitraje comercial frente a las intromisiones del Poder Judicial a partir de su carácter de jurisdicción alternativa.

¹⁷ Artículos 62°, 63° y 139 numeral 1.

¹⁸ Artículo 3°.

Esto significó un importante logro desde dos ángulos. El primero referido a la captación de inversión extranjera, en tanto nuestro país al reconocer la autonomía arbitraje comercial y dotarlo de seguridad jurídica resultaría atractivo para la llegada inversionistas extranjeros; y en segundo lugar, en el plano nacional, resulta positivo por cuanto quienes han pactado someter su controversia a arbitraje -por voluntad propia- ya no verían defraudadas sus intenciones en la medida que la parte vencida ya no podría paralizar el procedimiento arbitral mediante acciones judiciales.

2.2.4. Control constitucional de los laudos arbitrales y autonomía del arbitraje comercial

La sentencia 6167-2005-HC/TC significó un gran avance hacia el reconocimiento de la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país. En complementación de dicha sentencia, el TC expidió la sentencia 1567-2006-PA/TC, la misma que resulta sumamente relevante en términos de autonomía arbitral. Así las cosas, dicha sentencia estableció una serie de reglas en materia de amparo contra laudos arbitrales a través de los fundamentos 15 y 16:

“15. Tratándose de materias de carácter disponible, los árbitros encuentran facultades para conocer y resolver controversias cuya resolución les ha sido encomendada, y para rechazar ilegítimas interferencias que pudieran darse. **Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulte lesivos del derecho a la tutela procesal efectiva de algunas 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 del Arbitraje –Ley 26572- prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectar.** (el énfasis es nuestro)

16. **Este requisito de procedibilidad se sustenta en el artículo 5°, inciso 4) del Código Procesal Constitucional, que señala: “No proceden los procesos constitucionales cuando: 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previsto en este Código y en el proceso de**

hábeas corpus". En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, demás, en el artículo 45 del citado Código, que dispone: **"El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo"**. Ambos artículos refieren en su texto el concepto "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. (el énfasis es nuestro)

Sintetizando las reglas emitidas por el TC mediante el mencionado precedente tenemos:

- Procede el amparo en materia arbitral cuando se hayan vulnerado los principios constitucionales de tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso.
- Se establece al recurso de anulación como una vía previa para la interposición de una demanda de amparo en materia arbitral.

A esas alturas, se establecieron reglas claras para el control de constitucionalidad de los laudos arbitrales, sin embargo estas resolvieron de modo parcial el problema en tanto persistían las indebidas intromisiones en el arbitraje comercial. Asimismo, posteriormente el mismo TC comenzó a expedir sentencias de donde se apreciaba una flagrante contradicción con la sentencia 1567-2005-PA/TC.

En ese sentido, Sabroso (2012: 276) realizando una crítica al accionar del TC, señala:

"(...) aún recordamos los casos como el de CODISA, el de CRASA y el de IVESUR, en donde el Tribunal Constitucional:

- i) Admitió demandas de amparo, sin que se haya agotado la vía previa (recurso de anulación) y sin que se presentara alguna de las excepciones contempladas en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 4195-2006-PS/TA;

ii) Se pronunció sobre los alcances de cláusulas contractuales (es decir, analizaba temas de fondo que no eran –en modo alguno- de competencia del referido colegiado);

iii) Cuestionó la interpretación realizada por los árbitros respecto de normas legales, a pesar de que tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso; y

iv) Se olvidó que la valoración y calificación de los hechos sometidos a arbitraje, son de exclusiva competencia de los árbitros”.

Ante dicha situación, fueron muchas las voces que se alzaron en rechazo a la labor que venía realizando el Tribunal Constitucional, dado que se debilitaba al arbitraje y se generaba inseguridad. Por ello se invocó al tribunal para que volviera –lo más rápido posible- a la línea trazada en sentencias como las recaídas en los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC y n.º 04195-2006-AA/TC, en resguardo del debido proceso y del respeto que el arbitraje se merece (Sabroso, 2012: 277)

Así llegamos al último precedente en materia arbitral dictado por el TC: STC 142-2011-AA/TC. Mediante éste, el TC establece nuevas reglas en relación al control de constitucionalidad de los laudos arbitrales mediante los procesos de amparo. Antes de analizarlas, nos parece pertinente relatar brevemente los hechos del caso para entrar en contexto.

La sentencia se origina en virtud de una demanda de amparo interpuesta por Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia contra el Tribunal Arbitral, quien solicitaba que se declare la nulidad del laudo arbitral de derecho, contenido en la Resolución del 22 de setiembre de 2009, por supuestamente haberse vulnerado sus derechos al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. Dicha empresa señalaba que la motivación del laudo arbitral era deficiente, dado que no se cumplía con fundamentar debidamente acerca de la supuesta existencia de incompatibilidad en la cláusula tercera de su contrato de cesión minera que regulaba el momento de inicio de una exploración minera.

Planteado así el caso, el TC aprovecha la oportunidad para replantear su competencia para el análisis de las actuaciones de la jurisdicción arbitral. El TC ya tenía una línea jurisprudencial definida en torno a la procedencia de procesos de amparo contra las decisiones arbitrales. En primer término, se tenía que el recurso de anulación constituía una vía previa para y que su agotamiento era una exigencia *sine qua non*; y en segundo término, estableció que el amparo arbitral era procedente frente a una vulneración del derecho fundamental a la tutela procesal efectiva así como de los precedentes vinculantes dictados por el TC (Beaumont, 2012: 49).

No obstante, según expresa Beaumont (2012: 49), existía una coherencia discontinua en cuanto a los requisitos procesales de forma y fondo. Estando así las cosas, el nuevo precedente modifica las reglas referentes a la procedencia e improcedencia del proceso de amparo arbitral, y en sus fundamentos 20 y 21 señala:

“20. (...)

Improcedencia del amparo arbitral

a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General (Ley N° 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la sentencia.

b) De conformidad con el inciso b) del artículo 63º del Decreto Legislativo N.º 1071, no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aún cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva. La misma regla rige para los casos en que sea de aplicación la antigua Ley General de arbitraje, Ley N° 26572.

c) Es improcedente el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral. En tales casos la vía idónea que corresponde es el recurso de anulación, de conformidad con el inciso a) del artículo 63 del Decreto Legislativo N.º 1071; o el recurso de apelación y anulación si correspondiera la aplicación del inciso 1 del artículo 65º e inciso 1 del artículo 73 de la Ley N.º 26572, respectivamente.

d) Cuando a pesar de haberse aceptado voluntariamente la jurisdicción arbitral, las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna, procederá el recurso de anulación (Decreto Legislativo N.º 1071 que norma el arbitraje, artículo 63 [incisos “e” y “f”]) o los recursos de apelación y anulación (Ley General de Arbitraje, respectivamente, artículos 65º [inciso 1] y 73º [inciso 7]), siendo improcedente el amparo alegándose el mencionado motivo (artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional).

e) La interposición del amparo que desconozca las reglas de procedencia establecidas en esta sentencia no suspende ni interrumpe los plazos previstos para demandar en proceso ordinario el cuestionamiento del laudo arbitral vía recurso de anulación y/o apelación según corresponda.

f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales solo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4º del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos.

a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.° 1071

(...)

La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. **En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje**” (el énfasis es nuestro).

Como se desprende de las reglas antes expuestas, se dieron significativos cambios respecto al control de constitucionalidad de los laudos arbitrales:

- El recurso de anulación ya no constituirá una vía previa, sino que por el contrario, será una vía igualmente satisfactoria en los casos en los cuales exista una vulneración de derechos fundamentales, incluyendo a la afectación al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva.
- Será improcedente el recurso de amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral y cuando se trate de derechos constitucionales indisponibles. Deberá plantearse recurso de anulación.
- Procederá el recurso de amparo cuando el laudo arbitral vulnere frontalmente los precedentes vinculantes establecidos por el TC, asimismo cuando el tribunal arbitral ha aplicado incorrectamente el control difuso.

- La afectación directa y manifiesta a través del laudo arbitral de los derechos constitucionales de un tercero ajeno a la controversia arbitral, salvo en los casos del artículo 14° del DLA.

No es nuestra intención realizar un estudio pormenorizado de las reglas de procedencia e improcedencia del recurso de amparo arbitral, por cuanto esto implicaría hacer una tesis completa sobre el tema, lo que nos alejaría de la finalidad del presente capítulo. Sin embargo no queremos dejar de resaltar la importancia de tal precedente. Este constituye una barrera frente a todo aquel que pretenda abusar del proceso de amparo en desmedro de las actuaciones arbitrales, queriendo entramparlas y peor aún hacer del TC una última instancia en materia arbitral. Resaltamos la labor del TC de proteger al arbitraje comercial frente a todo tipo de intromisiones no deseadas, pues de esta manera abona a la consolidación de su autonomía.

Es importante también resaltar el último párrafo del fundamento 21:

“La sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. **En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje**”.

Como vemos, la última parte de dicho fundamento proscribía la intromisión por parte de los jueces y del propio TC sobre el fondo de la controversia. Consideramos que esto no es más que el reconocimiento jurisprudencial de la autonomía del arbitraje comercial por parte del TC. Esto sin lugar a dudas constituyó un gran avance para la consolidación del arbitraje comercial como mecanismo autónomo e independiente en nuestro país, que como hemos visto, ha sido determinante para su éxito.

De similar parecer es Sabroso (2012: 285-286) pues esta refiere:

“Con este nuevo precedente, el Tribunal Constitucional da un paso importante en la consolidación del arbitraje.

(...)

(...) lo reiteramos, este precedente significa un paso importante en resguardo del debido proceso y del respeto que el arbitraje merece, como fuero jurisdiccional contemplado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política, restableciendo –además- la confianza que el medio académico y profesional debe tener respecto al propio Tribunal Constitucional”.

2.2.5. Autonomía arbitral y la colaboración del Poder Judicial

A estas alturas, hemos dejado establecido que uno de los rasgos característicos del arbitraje comercial en nuestro país es su autonomía, la que viene dada a partir de 3 aspectos básicos: i) Reconocimiento Constitucional; ii) Cuenta con un cuerpo normativo propio que reconoce expresamente su autonomía - DLA; y iii) El reconocimiento jurisprudencial a partir de la sentencia 6167-2006-HC/TC.

Así las cosas, de la autonomía arbitral se desprende una consecuencia importantísima, la misma que en buena medida determino el éxito del arbitraje comercial en nuestro país: la reducción de la intervención del Poder Judicial en el arbitraje a los supuestos específicos previstos en la ley.

Lo que se buscaba con ello, era evitar el uso desmedido e inapropiado de la función jurisdiccional con la finalidad de entrapar las actuaciones arbitrales. Esta protección frente a las interferencias que desnaturalizarían al arbitraje comercial, también fue buscada por el DLA, pues en su exposición de motivos señala:

“Dar una mejor regulación que proteja a la institución arbitral de intervenciones indebidas por parte del Poder Judicial. Así, sin desconocer el importante rol que el Poder Judicial está llamado a tener como guardián de la legalidad y del Estado de Derecho, es importante que ello no sea tomado como excusa para que las partes puedan evadir sus obligaciones de someterse a arbitraje, lo que no es otra cosa que el incumplimiento de una obligación contractual”.

Como vemos, el DLA busca la autonomía arbitral, pero por otro lado destaca la importancia del Poder Judicial, y es en mérito a ello que su restricción no puede ser absoluta, esto sumado a que en muchas ocasiones los tribunales arbitrales requieren del auxilio judicial para hacer ejecutar sus decisiones, dictar actos en los cuales el tribunal arbitral no está en aptitud materia o legal para hacerlo y ejercer un control de legalidad de la forma los laudos arbitrales.

En ese sentido, el DLA en su artículo 8° precisa muy puntualmente la colaboración que ejercerá el Poder Judicial en el arbitraje:

“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. (...)
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. (...)
3. Para conocer la ejecución forzada del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial, o en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil subespecializada en lo comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la corte superior de justicia del lugar arbitraje.
(...)”

Dichas disposiciones, en opinión de Cantuarias y Caivano (2008: 48), combinan acertadamente una amplia autonomía del arbitraje con una adecuada dosis de supervisión judicial.

La literatura especializada divide en tres roles la intervención del Poder Judicial en el arbitraje: i) Rol complementario; ii) Rol revisor y iii) Rol subsidiario (Arrarte, 2013).

2.2.5.1. Rol complementario

La intervención complementaria se presenta en aquellos casos en que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano jurisdiccional, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento voluntario (Castillo y Sabroso, 2007: párr. 25).

Este rol comprende los actos arbitrales que necesitan actividad coercitiva esto es, el uso de la fuerza para su ejecución. Así tenemos: i) La actuación de medios probatorios, ii) La ejecución de medidas cautelares, y iii) La ejecución del laudo arbitral.

En primer lugar, respecto a la actuación de medios probatorios¹⁹, el tribunal arbitral acude al Poder Judicial para que este dicte medidas coercitivas a fin de actuar un determinado medio probatorio -que en la mayoría de los casos resulta ser relevante para la solución del caso- por medio de la fuerza. Tal podría ser el caso de una prueba testimonial ya que los árbitros no cuentan con la potestad para hacer comparecer y declarar forzosamente a terceras personas que no están sometidas al arbitraje.

Al respecto, el profesor Munné (Citado por Castillo y Sabroso, 2007: párr. 35) señala:

“precisamente la regulación de la asistencia judicial se sustenta sobre esa ausencia de *imperium* del árbitro para obligar a las partes y terceros en la práctica de la prueba. Esta asistencia judicial se contempla tanto para que el juez lleve a cabo la práctica de ese medio de prueba, como para que el juez adopte medidas precisas que permitan a los árbitros practicarla por sí mismo”.

¹⁹ “Para un tribunal arbitral, la materia probatoria es quizá una de las más delicadas, por cuanto la falta de *imperium* de los árbitros dificulta la producción de determinados medios de prueba. Pero si el propio tribunal arbitral no pudiera proveerla por sí mismo, deberán los árbitros evaluar la conveniencia de requerir el auxilio de la Justicia, en función de la importancia que dicha prueba tenga para el conocimiento de los hechos, controvertidos y su incidencia en la resolución del caso”. (CAIVANO, 1998: 263)

En segundo lugar, respecto a la ejecución de medidas cautelares, debemos señalar que el DLA ha concedido a los árbitros facultades para ejecutar las medidas cautelares que dicten. Así, su artículo 48 señala:

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

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de las medidas cautelares o cuando se requiera la ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el sólo mérito de las copias del documento que acredita la existencia del arbitraje de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
(...)”

En efecto, el numeral 2 del referido artículo faculta al tribunal arbitral solicitar la intervención del Poder Judicial para ejecutar las medidas cautelares dictadas dentro del procedimiento arbitral. Un ejemplo de medida cautelar que requiere el uso de la fuerza podría ser el secuestro de algún bien. En ese sentido el profesor Griffith (2007: 202) sostiene que: “ningún tribunal arbitral puede ordenar un embargo de la propiedad de una parte, ya sea para cumplir con un laudo o evitar su retiro de la jurisdicción antes del laudo. Por lo tanto, es imprescindible la presencia de un Poder Judicial facultado, de conformidad con una ley de arbitraje, adecuado para complementar y hacer cumplir el poder del tribunal arbitral”.

Por otro lado, es interesante lo que señala Arrarte (2013: 801):

“(…) no toda ejecución de una medida cautelar se encuentra vedada en la vía arbitral, pues –en nuestra opinión- sería perfectamente válido que, por ejemplo, se cursen partes a Registros Públicos para anotar una demanda arbitral, o se traben algún embargo en forma de retención en una entidad bancaria o centro laboral”.

Consecuentemente, consideramos que el tribunal arbitral deberá primero analizar los supuestos específicos en que sea necesario recurrir al Poder Judicial para ejecutar una medida cautelar, en la medida que no todas necesitan para su ejecución el uso de la fuerza.

Finalmente, respecto a la ejecución del laudo arbitral, debemos señalar que nuestra Ley Peruana de Arbitraje también le otorga dicha facultad al tribunal arbitral, en sus artículos 67 y 68, los mismos que señalan:

“Artículo 67.- Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial a efectos de la ejecución.

Artículo 68.- Ejecución judicial.

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones, y en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral.
(...)”

Mediante estas disposiciones los árbitros adquieren la facultad para ejecutar sus propias decisiones o la de otros árbitros.

Sin embargo, como bien sabemos, debido a la falta de *coertio*²⁰, resulta necesario recurrir al Poder Judicial en busca de su intervención para la ejecución forzada del laudo. En el mismo sentido el profesor Cremades añade otra razón por la cual se debe recurrir al Poder Judicial, cuando refiere que:

“la ejecución de un laudo arbitral ante el incumplimiento de una de las partes es una actividad inexpropiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes. Más allá escapa a su competencia y sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia” (Citado por Cantuarias e Yzaga, 1994: 333).

Consideramos que la ejecución del laudo arbitral es el acto de mayor trascendencia y utilidad práctica, pues constituye un aspecto esencial y determinante para la eficacia del arbitraje. En ese sentido, se advierte que primero es necesario que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada. Ahora bien, es importante también mencionar que dicha ejecución deberá realizarse de conformidad con los artículos 67 y 68 de nuestra Ley Peruana de Arbitraje.

Una atingencia importante respecto de este punto, es la que señala el profesor Caivano cuando refiere que: “(...) la ejecución judicial no tiene como finalidad la emisión de una sentencia, ni la revisión de la actividad realizada en el proceso arbitral, sino que se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer a las decisiones arbitrales de la fuerza coercitiva de la que carecen, en tanto ésta ha sido reservada al Estado” (1998: 241). En efecto, pues resultaría impensable y hasta ilógico, que después de haberse llevado a cabo todo un proceso arbitral, recurrir al Poder Judicial para que nuevamente conozca la causa y emita un pronunciamiento respecto de esta. De manera que su actuación en este

²⁰ “El punto principal por el que se sostiene que los árbitros no pueden ejecutar es porque carecerían de *coertio*. Si uno entiende *coertio* como el monopolio del uso de la fuerza pública entregado al Estado podría decirse que la afirmación sería correcta. Un árbitro no puede emitir una orden directamente a la policía para que apoye un desalojo, un descerraje o la extracción de un bien. Tendrá necesariamente que recurrir a un juez”. (Bullard: 2011: 748)

caso, deberá limitarse a ejecutar la decisión de los árbitros con sujeción a nuestra normatividad arbitral²¹.

2.2.5.2 Rol Revisor

Este rol habilita la posibilidad de que se realice un nuevo análisis del laudo por parte del Poder Judicial, pero siempre con sujeción a la normatividad arbitral, la misma que señala taxativamente los supuestos previstos para tal fin.

Así, las disposiciones referentes al recurso de anulación se encuentran previstas en el artículo 62 y 63 en el DLA:

“Artículo 62.- Recurso de Anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Artículo 63.- Causales de anulación.

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

²¹ “(...) a diferencia de la legislación anterior en materia arbitral, el Laudo ya no se considerará un título ejecutivo al que se le aplicará el procedimiento de ejecución previsto en el Código Procesal Civil, sino que se seguirá ante el Poder Judicial, pero rigiéndose por las reglas procedimentales previstas para estos efectos en la propia LA”. (Arrarte, 2013: 802)

- f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
 - g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del apartado 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
 3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del apartado 1 de este artículo, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
 4. La causal prevista en el inciso g. del apartado 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.
 5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.
 6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.
 7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
 8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII”.

De dichas disposiciones podemos concluir que el rol revisor del Poder Judicial en el arbitraje se presenta en dos situaciones: la impugnación del laudo a través del recurso de anulación y el reconocimiento del laudo extranjero.

Respecto a la impugnación del laudo a través del recurso de anulación debemos señalar que, este tipo de intervención debe entenderse como excepcional, toda vez

que la decisión que recae en un proceso arbitral es, en principio inimpugnable. En ese sentido Gozáni señala:

“Por vía de principio, el laudo arbitral es irrecurrible, aún cuando la mayor parte de las veces se acuerda conservar el recurso de nulidad dándole el molde más flexible que el medio impugnativo clásico de corrección ante desvíos formales”. (Citado por Arrarte, 2013: 808).

En efecto, si bien nuestra Ley Peruana de Arbitraje ha establecido el mecanismo por medio del cual se concede la posibilidad de cuestionamiento judicial del laudo, este se encuentra limitado a situaciones taxativas y extraordinarias, atendiendo a las siguientes consideraciones: (i) el sometimiento a la vía arbitral, implica una renuncia a interponer recursos que ordinariamente están previstos en el ordenamiento procesal contra una decisión emanada del Poder Judicial; (ii) siendo las partes quienes designan a sus árbitros o encomiendan esta función a una institución arbitral, es de suyo, que deban gozar de su confianza, por lo que mal podría dudarse de la justicia y rectitud de su decisión; (iii) la justicia arbitral es transitoria e independiente, por ello –salvo en los casos de arbitrajes administrados por determinadas instituciones- carece de un superior jerárquico ante quien se pueda pedir una nueva revisión; (iv) la materia impugnatoria es taxativa, es decir, contra el laudo sólo cabe el recurso de anulación previsto en el ordenamiento arbitral, sin que quepa la posibilidad de que las partes habiliten un mecanismo diferente, todo lo contrario, sólo están en aptitud de limitarlo aún más, al punto de prescindir de él en los arbitrajes internacionales (Arrarte, 2013: 808).

Por otro lado, respecto al reconocimiento del laudo extranjero, debemos señalar que en estos casos la intervención judicial tiene como propósito otorgar al laudo expedido fuera del territorio nacional el mismo carácter definitivo y vinculante para las partes que aquél que tendría si hubiese sido emitido por un órgano arbitral nacional. En estos casos, la actividad revisora del Poder Judicial se centrará en verificar si para el ordenamiento nacional la decisión expedida en el extranjero reúne los requisitos necesarios para su validez. Para estos efectos el juez debe partir de la premisa: el Estado peruano ha asumido la obligación de reconocer y ejecutar laudos extranjeros,

y sólo podrá dejar de hacerlo, en la medida que se presenten los supuestos establecidos en los convenios internacionales invocados, o en el artículo 75 del DLA, como habilitantes para denegar el reconocimiento, de resultar aplicable (Arrarte, 2013: 806 - 807).

Como se puede advertir, la eficacia de la decisión arbitral extranjera en el Perú requiere no sólo de que ésta se haya emitido y tenga la calidad de firme, sino que además, que el Poder Judicial peruano la haya reconocido, atribuyéndole –en función a una revisión previa realizada- exactamente el mismo valor, que a un laudo nacional (Arrarte, 2013: 807).

Otro punto relevante, sin duda, es lo referente a que el recurso de anulación del laudo arbitral ante el Poder Judicial no significa que estamos ante una segunda instancia, puesto que de ninguna manera dicha revisión puede versar sobre el fondo del laudo arbitral, dado que resulta imposible que se emita una decisión en un sentido distinto al dado por el tribunal arbitral. De manera que, tal como señala el numeral 2 del artículo 62, la autoridad judicial limitará su intervención a verificar la validez formal y procedimental del laudo sometido a su revisión.

Finalmente, consideramos que las características del rol revisor del Poder Judicial, son los siguientes:

- a) Constituye una vía previa, puesto que antes de cuestionar la afectación de derechos constitucionales vía proceso de amparo, primero se debe plantear el recurso de anulación ante el Poder Judicial.
- b) No implica un nuevo examen del contenido del laudo arbitral, ciñéndose solamente a verificar las causales establecidas por el artículo 63.
- c) La decisión emitida no podrá ser contrario y/o distinta a los resuelto por los árbitros.

2.2.5.3. Rol Subsidiario

El rol subsidiario del Poder Judicial se presenta cuando los árbitros no están en aptitud legal o material para decidir o ejecutar determinados actos arbitrales, haciéndose necesaria su intervención para llenar este vacío.

El LDA, prevé la posibilidad de dicha intervención en un caso concreto: la solicitud de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral. Así se encuentra previsto el numeral 4 del artículo 47, el mismo que señala:

“Artículo 47.- Medidas cautelares:

(...)

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro del plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho”.

En este supuesto, resulta relevante señalar que el peligro en la demora que legitima a la parte a recurrir a la vía judicial a solicitar una medida cautelar previa al proceso arbitral, tiene características propias. Así, el solicitante debe encontrarse ante una necesidad impostergable de tutela, de modo tal que si espera que el Tribunal Arbitral se conforme, perderá el derecho que pretende tutelar o, se encuentre en una situación aún más perjudicial de la que está en ese momento.

La intervención del Poder Judicial será subsidiaria, en la medida que no existe la posibilidad material ni jurídica de obtener una medida cautelar en la vía arbitral, en tanto aún no se cuenta con un órgano competente que pueda conceder lo pedido, sin que esto pueda significar una renuncia al arbitraje.

En ese sentido el profesor Rivera (2006:331) señala –acertadamente- que:

“Es obvia la razón por la cual las partes pueden recurrir a los tribunales estatales antes de la constitución del tribunal arbitral; es que en ese momento simplemente no existe otra autoridad a la cual pedir la protección que no sea arbitral sólo comienza con la integración del tribunal”.

Ahora bien, respecto a los arbitrajes internacionales, el numeral 9 del artículo 47 de nuestra Ley Peruana de Arbitraje señala:

“Artículo 47.- Medidas cautelares:

(...)

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de medidas cautelares que estimen convenientes”.

Como podemos apreciar, nuestra ley sigue los pasos de la Ley Modelo de UNCITRAL, por cuanto ésta en su artículo 17 señala:

“Artículo 17.- Medidas cautelares dictadas por el tribunal

El tribunal gozará de la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional”.

Se ha previsto la posibilidad de solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial, no sólo antes de la constitución del tribunal arbitral, sino incluso durante el trámite del procedimiento arbitral, siempre bajo la autorización de dicho tribunal. En adición a lo señalado, el profesor Rivera (2006: 331) señala:

“(...) durante el proceso arbitral también puede recurrirse a los tribunales estatales porque:

- Algunas leyes estatales sólo reconocen la potestad para dictar estas medidas a esos jueces estatales.
- Aún cuando la ley de la sede o del lugar donde deba ser eficaz la medida reconozca en los árbitros la atribución de decidir y ordenar estas medidas,

ellas habrían de ser ejecutadas por los jueces, con lo cual puede resultar más eficiente recurrir directamente a ellos”.

2.2.6. Distorsiones que disminuyen la autonomía del arbitraje comercial

2.2.6.1 “Judicialización arbitral”

El término “judicialización arbitral” nos da a entender que existe una tendencia a la “procesalización” del arbitraje comercial, esto es, trasladar de manera abierta las normas e instituciones del Derecho Procesal Civil al arbitraje, sin tener en cuenta que este posee principios, reglas y lógica propios.

En el mismo sentido, el profesor Kundmüller (2011: 60) refiere que:

“(…) la confusión de paradigmas que existe en cierto ámbito de la práctica arbitral nacional, en donde los usuarios del arbitraje, los árbitros, los litigantes arbitrales y otros actores, confunden el proceso judicial con el arbitraje, aplicando estructuras conceptuales procesales al *íter* arbitral, generando así diversos problemas y costos innecesarios al comercio; y, lo que es peor, generando una percepción del arbitraje como “jurisdicción de tercera” o “jurisdicción diminuta”.

Esta distorsión puede ser explicada a partir de diversos factores: i) Falta de pericia y conocimiento técnico de los nuevos actores arbitrales, ii) Carencias en materia de cultura jurídica sobre arbitraje, iii) Déficit doctrinario, iv) Falta de información especializada, y v) simple conveniencia e intereses de los actores en función de cada caso específico (Kundmüller, 2011: 60).

En nuestra opinión, consideramos que el Código Procesal Civil tiene mucho que ver en esta situación problemática, puesto que en su primera disposición complementaria y final señala: “Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”. Dada esta premisa, los abogados inexpertos en temas arbitrales encuentran en este punto la justificación para llevar las normas procesales civiles al arbitraje con el fin de “llenar” los vacíos y lagunas que

encuentran en la legislación arbitral, sin embargo no conocen el alcance y sentido de esta supletoriedad.

¿Es el arbitraje un ordenamiento procesal²²? ¿Es la norma procesal civil compatible con el arbitraje?

La respuesta a estas interrogantes es un rotundo no. No es un ordenamiento procesal ni mucho menos las normas procesales civiles son compatibles con el arbitraje.

El arbitraje posee un carácter autónomo e independiente, que como hemos visto viene dado por su reconocimiento constitucional y jurisprudencial así como contar normatividad propia, de donde se desprenden reglas y principios²³ que le son propios como institución jurídica, sumándose al hecho de que si se pacta arbitraje se excluye a la jurisdicción ordinaria.

En segundo lugar, el proceso no puede por sí mismo explicar el alcance y la dimensión compleja del arbitraje. El arbitraje es totalmente distinto al proceso civil, en ese sentido Santistevan (2008: 42) al referirse sobre las diferencias entre arbitraje y proceso civil:

“(…) el arbitraje pone de manifiesto una modalidad de procesamiento y solución de conflictos que existe únicamente cuando las partes deciden recurrir a ella y en la que estas tienen amplio campo para desarrollar su voluntad –escogiendo incluso la composición de quien tome la decisión con el valor de la cosa juzgada y las reglas bajo las que éste debe actuar. Por ello, el arbitraje no puede confundirse ni subordinarse a la jurisdicción estatal.

Esta última, la jurisdicción estatal, está predeterminada en su composición, en donde las partes no pueden incidir positivamente ya que ellas no nombran ni

²² Una posible explicación a esta posición la podemos encontrar en el hecho que el arbitraje, a lo largo de su historia, fue regulado en cuerpos normativos anacrónicos como cuya denominación fue “juicio arbitral”, con una fuerte intervención judicial y sujeción a la normatividad procesal civil, a tal extremo de llegar a ser considerado como un sub ordenamiento siempre dependiente de la lógica procesal civil.

²³ Principios como por ejemplo: Libre sometimiento de las partes, *Kompetenz-kompetenz* y separabilidad del convenio arbitral.

escogen a los jueces; solo por excepción, a través de la recusación pueden excluir eventualmente a un juez pero no podrán escoger a su reemplazo que viene determinado por normas de carácter imperativo. Las reglas aplicables al proceso, a su vez, no solamente son preestablecidas sino que son inamovibles, inmodificables y de cumplimiento forzoso por pertenecer al régimen de normas inderogables que rigen los procesos judiciales”.

Ahora bien, es pertinente explicar que la “judicialización” del arbitraje, esto es, la fuerte intervención de las instituciones procesales en un procedimiento arbitral, se da de dos maneras: i) primero mediante el traslado desmedido e irreflexivo de normas procesales civiles al proceso arbitral, con la finalidad de obstruir su desarrollo y entramparlo para así hacerlo ineficaz; y ii) Si las decisiones de los árbitros o de la propia ley arbitral no resultan satisfactorias para las partes, estas deciden recurrir al Poder Judicial, el que mediante su intervención, dilata mucho más el normal desarrollo del proceso arbitral.

En relación a i), nos atrevemos a decir que es consecuencia directa de la actuación de los abogados con escasa formación en materia arbitral que se encuentran frente a un arbitraje comercial.

Su impericia hace que estos extienden el uso de instituciones del Código Procesal Civil al arbitraje. Así refiere Rubio (2007: 12)

“Como se observa, en la práctica arbitral, los abogados de las partes han extendido a diversos procesos arbitrales las normas del Código Procesal Civil sobre representación procesal, acumulación, intervención de terceros, notificaciones por edicto, nulidad de actos procesales, ofrecimiento y actuación de pruebas, cuestiones probatorias, desistimiento, excepciones, rebeldía, saneamiento procesal, saneamiento probatorio, fijación de puntos controvertidos y medidas cautelares. Cada una de estas situaciones procesales, o no tienen aplicación o no son necesarias en un arbitraje, o tienen un contenido o una aplicación diferente”.

Un indicador de lo antes mencionado lo encontramos en el hecho de que los más grandes y prestigiosos estudios de abogados del país, encargan las controversias arbitrales a las áreas procesales de estos. Es así que sus abogados, considerados reputados especialistas en Derecho Procesal, hacen suyo el arbitraje, unas veces con considerable éxito, pero otras veces con consecuencias negativas.

En ese sentido, es interesante lo referido por el profesor Bullard (2008: 147) cuando señala que:

“(…) Cuando los abogados procesalistas o mejor dichos “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 al manipular las normas 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 reconoceremos porque la lengua y las ideas sonarán extrañas, complejas y ajenas para quien está acostumbrado a arbitrar”.

Por otro lado, a la fecha son pocas las universidades serias que ponen énfasis en la formación de los futuros abogados sobre materia de arbitraje, puesto que una vez que egresan de sus facultades es en el camino donde tienen que, obligatoriamente, estudiar y profundizar ellos mismos sobre la materia, ya que dichas casas de estudio simplemente no se preocuparon por incluirla, y si lo hicieron, fue de manera deficiente.

Otra situación, indeseable de por sí, es que las partes estén frente a un árbitro o árbitros sin la experiencia necesaria en materia arbitral. Esto puede traer como consecuencia directa, la anuencia por parte de estos a la interferencia de la norma procesal en el arbitraje, trayendo consigo la rigidez y formalismo propios del proceso civil.

Rubio (2007: 12) al referirse a dicha cuestión:

“Cuando estamos ante árbitros experimentados o con conocimientos en la materia, el impacto de [la] invasión procesal está adecuadamente controlada y neutralizada, pero cuando estamos ante árbitros inexpertos o que tienen una aproximación procesal del arbitraje, este factor exógeno convierte al arbitraje en una secuencia amorfa, rígida y dilatada, donde los abogados de las partes reproducen en sede arbitral su actuación en los procesos civiles en perjuicio de un desarrollo eficiente de las actuaciones arbitrales”.

Tampoco podemos dejar de lado la responsabilidad de los jueces en esta distorsión, ya que con sus actos, tales como acciones de amparo, medidas cautelares, acciones penales²⁴, entre otras, obstruyen y paralizan el desarrollo del arbitraje. En esa medida, es totalmente necesario que los jueces conozcan cuál es el rol que cumplen ante el arbitraje y cuáles son sus limitaciones, a fin de evitar intervenciones que no hacen más que anquilosar el desarrollo de la institución arbitral.

En suma, sin duda la “judicialización” del arbitraje disminuye el carácter autónomo del arbitraje comercial, lo que conlleva al debilitamiento de sus principales fortalezas como son su especialización, celeridad, flexibilidad y eficiencia.

Finalmente, hacemos nuestra la reflexión hecha por Kundmüller (2011: 61):

“Estas prácticas terminarían perjudicando el clima de negocios, el tráfico comercial y al sistema jurídico en conjunto, mermando la seguridad jurídica y la predictibilidad que supone un sistema arbitral consolidado a partir de buenas prácticas, que inciden favorablemente en el contexto comercial de un país y creando condiciones perversas que hacen que a la larga sea cada vez más difícil que el Perú se pueda convertir en una plaza importante para la práctica de arbitrajes internacionales”.

2.2.6.1. ¿El arbitraje comercial está perdiendo autonomía con la aplicación del rol subsidiario del Poder Judicial?

De la revisión de los 3 roles que cumple el Poder Judicial en el arbitraje comercial –complementario, revisor y subsidiario-, hemos sacado importantes conclusiones:

²⁴ Podemos tomar como un ejemplo de ello el caso Cantuarias STC 6157-2005-PHC/TC.

- El rol complementario suple la principal falencia del arbitraje comercial, en la medida que éste no cuenta con mecanismos de coerción no posibiliten la ejecución de sus propios actos.
- La colaboración del Poder Judicial para la ejecución de los actos arbitrales expedidos –actuación de un medio probatorio, ejecución de una medida cautelar y ejecución de un laudo arbitral- consiste **solamente** en brindar la fuerza coercitiva para lograr su cometido, por ende, **en ningún caso puede interpretar y/o intervenir en el razonamiento que han tenido los árbitros para la determinación de aquellos actos.**
- El laudo arbitral es, en principio, inimpugnable. Sólo cabe interponer recurso de anulación.
- El rol revisor del Poder Judicial -el recurso de anulación-, implica un control formal de legalidad del laudo arbitral expedido por parte de los jueces ordinarios.
- Dicho control se encuentra limitado a situaciones taxativas y extraordinarias enunciadas en la ley, por lo que la interpretación de estas debe tener un carácter restrictivo.
- Interpuesto el recurso de anulación, **en ningún supuesto, los jueces pueden pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido mismo del laudo arbitral**, esto en la medida que la ley determina que sólo puede pronunciarse sobre el aspecto externo del laudo.

De las conclusiones antes descritas, podemos observar que del rol complementario y del rol revisor se desprenden dos notas comunes: i) En la aplicación de dichos roles, el acto arbitral ya viene dado por el/los árbitro/árbitros, de manera que precede una actuación antes de la intervención del Poder Judicial; y ii) Se proscribe todo tipo de intervención por parte de Poder Judicial sobre el fondo de las controversias.

Esto no es más que la expresión del principio de autonomía arbitral plasmado en el DLA.

Pero, ¿qué ocurre con el rol subsidiario del Poder Judicial?

En este caso, ocurre todo lo contrario: i) En su aplicación no precede una actuación arbitral, por el contrario, las partes deben acudir ante el Poder Judicial en busca de tutela; y ii) Ya no se proscribe la actuación del Poder Judicial, por el contrario se promueve su intervención.

Ahora bien, a lo largo de todo el capítulo hemos destacado la autonomía del arbitraje comercial, y conocemos que viene dada por 3 hechos específicos: i) El reconocimiento constitucional de la institución arbitral; ii) El arbitraje cuenta con normatividad propia; y iii) Reconocimiento jurisprudencial mediante precedentes vinculantes. También hemos evidenciado la importancia de dicho principio, en tanto constituye un punto cardinal en la estructura del sistema arbitral y una barrera hermética frente a todo tipo de interferencia en los procedimientos arbitrales; todo ello nos llevo a la siguiente conclusión: el éxito del arbitraje comercial estuvo determinando por su alejamiento e independencia del Poder Judicial. A menor intervención judicial, mayor autonomía arbitral.

Y si esto es así, si el éxito del arbitraje comercial viene dado por la sostenida tendencia de reducir la intervención del Poder Judicial en el arbitraje, ¿Por qué el DLA nos hace acudir a una instancia de la cual se ha marcado distancia en los últimos años? ¿Acaso no se está perdiendo autonomía?

Nos atrevemos a decir que sí, veamos. En el caso de las medidas cautelares ante causam no existe autoridad arbitral ante quien solicitar dicha medida, esto conlleva a que -según se desprende el artículo 47.4° del DLA- las partes acudan al Poder Judicial a solicitar tutela urgente. ¿Qué implica esto?

- Solicitar una medida cautelar en términos del Código Procesal Civil, esto es, una medida cautelar fuera de proceso.
- Mezclar dos estructuras normativas distintas de por sí: DLA y Código Procesal Civil.
- Obligar a las partes a acudir al Poder Judicial en busca de tutela urgente, a pesar de que han expresado vía convenio arbitral su voluntad de no acudir a la jurisdicción ordinaria.

Consideramos que estos factores debilitan la autonomía arbitral, en tanto autorizan la intervención del Poder Judicial con todo lo que éste trae: su lógica, sus reglas y sus deficiencias. Su lógica, porque el juez, al no ser un especialista en arbitraje comercial, parte de un razonamiento distinto al de los árbitros quienes sí son realmente especialistas en la materia; sus reglas porque aplica el Código Procesal Civil para atender la solicitud de tutela urgente; y sus deficiencias, tales como la congestión de causas judiciales, la falta de celeridad, la falta de especialización de los jueces y la percepción negativa que se tiene de su labor por los altos índices de corrupción.

No queremos ahondar sobre tales deficiencias, en tanto serán detalladas más adelante. Lo que si quisiéramos decir, es que consideramos que deben buscarse alternativas que permitan superar esta solución dada por el DLA en pos de una mayor autonomía del arbitraje comercial.

2.2.7. Bases para el incremento de la autonomía del arbitraje comercial: presupuestos para la eliminación del rol subsidiario del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales.

2.2.7.1 Necesidad de incrementar la autonomía arbitral

En el capítulo anterior hemos analizado la importancia de la autonomía del arbitraje comercial. Hemos dejado sentado que el desarrollo y auge de la institución arbitral en nuestro país ha ido de la mano con el crecimiento de su autonomía. Asimismo, podemos destacar que el incremento de la autonomía arbitral tiene relación directa con la disminución de la intervención de la jurisdicción estatal; muestra de ello, es el hecho de que el arbitraje comercial cuente con regulación propia –DLA- y la existencia de precedentes vinculantes que marcan una clara distancia entre la jurisdicción ordinaria y el arbitraje comercial, esto a partir de su consideración como jurisdicción independiente.

Así las cosas, debido al entendimiento de nuestros legisladores de la evidente necesidad de proscribir todo tipo de intromisión en el arbitraje comercial a fin de impulsarlo, estableció en el DLA los supuestos específicos de colaboración del Poder

Judicial en los procedimientos arbitrales, que como hemos detallado, son los roles complementario, revisor y subsidiario.

No podemos negar que la asistencia del Poder Judicial es necesaria, específicamente para la ejecución de los actos arbitrales y para la revisión de los laudos arbitrales; sin embargo, encontramos una situación que, a nuestro parecer, está debilitando la autonomía y la independencia del arbitraje comercial en nuestro país. Hablamos de la intervención subsidiaria del Poder Judicial.

En efecto, en el supuesto en que una de las partes se encuentre ante la necesidad de tutela urgente y el tribunal arbitral aun no se encuentre debidamente constituido, tendrá que recurrir al Poder Judicial, so pretexto de la colaboración subsidiaria de los jueces, a fin de obtener una medida cautelar. Ésta es la solución que nos ofrece el DLA. Entonces, en la práctica si un inversionista que llega a nuestro país y pactó arbitraje para evitar que su controversia fuera conocida por el Poder Judicial, al encontrarse ante una situación de probable daño que pudiera hacer ilusorio el futuro laudo, tendrá que recurrir al Poder Judicial e insertarse (al menos, temporalmente) en nuestro sistema judicial, con lo que todos conocemos (demoras, principalmente) y tendrá que ceñirse a una de las “típicas” medidas cautelares específicas fijadas en la norma procesal civil (Pariasca, 2013: 163).

Dada esta situación, consideramos que la solución dada por el DLA no es la mejor opción ¿Por qué?

- Porque se autoriza la intervención del Poder Judicial en el procedimiento arbitral y todo lo que éste trae consigo: congestión de causas, falta de celeridad y falta de especialización.
- Porque atenta contra la voluntad de las partes, porque a pesar de haber pactado arbitraje, se ven obligadas a acudir a una instancia de la cual quisieron sustraerse.
- Porque se mezclan dos estructuras normativas incompatibles de por sí: DLA y Código Procesal Civil.

Consideramos que éste tipo de situaciones debilitan la autonomía arbitral, dado que promueven la intromisión del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales, lo que en definitiva, va en contra de la relación entre la sostenida tendencia de reducir al máximo la intervención de la jurisdicción estatal y el incremento de la autonomía del arbitraje comercial.

Resulta entonces necesario establecer los presupuestos que sustenten la aplicación de un procedimiento que nos permita reducir la intervención del Poder Judicial, y a la vez incrementar la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país, para así impulsar sus principales beneficios: celeridad, especialización, flexibilidad y confianza.

2.2.7.2. Presupuestos que determinan la necesidad de reducir la intervención del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales

2.2.7.2.1 Elevada carga procesal

La elevada carga procesal que soporta el Poder Judicial es, sin duda, una verdad incontrovertible. En nuestra opinión, a raíz de esta problemática surgen las diferentes deficiencias que aquejan a la administración de justicia en nuestro país, lo que redundando en una mala calidad de servicio.

Quisiéramos validar tales afirmaciones, a partir de que son los propios magistrados los que reclaman un incremento en el presupuesto del Poder Judicial para, de alguna manera, ofrecer un mejor servicio a la sociedad. Así tenemos el siguiente comunicado emitido por la Asociación Nacional de Magistrados, publicado en el diario La República el día 7 de setiembre de 2015 (Anexo 1):

“(…)

2. Lamentablemente, el Poder Judicial Peruano, desde décadas atrás, viene atravesando por una situación de precariedad que se manifiesta en la falta de recursos humanos, logísticos, infraestructura, **la misma que se agrava con la elevada carga procesal que soportan los órganos jurisdiccionales de todo el país**; ello conlleva, a que aún cuando los jueces tengan el firme propósito de optimizar el nivel del servicio de justicia y hacer realidad la tan

anhelada pronta y oportuna administración de justicia, la abrumadora falta de recursos humanos y materiales elementales de trabajo limitan la materialización de dichos objetivos. (el énfasis es nuestro)

3. Esta falta de recursos, incide negativamente en perjuicio de los justiciables y de la ciudadanía, **puesto que hace más lento el servicio de administración de justicia** y estanca aquellos proyectos que los máximos órganos de gestión han venido trabajando para alcanzar una justicia más eficiente en todos los distritos judiciales; por ello resulta necesario que este Poder del Estado cuente con un presupuesto acorde con su realidad, que le permita realizar plenamente las funciones encomendadas por la Constitución”. (el énfasis es nuestro)

Con las expresiones de los propios magistrados, principales actores en la administración de justicia en nuestro país, quedan demostradas -una vez más- las principales deficiencias del Poder Judicial: Escasos recursos humanos, logísticos, infraestructura inadecuada, elevada carga procesal y lentitud.

Ahora bien, ya con una perspectiva general de la problemática del Poder Judicial en nuestro país, realizaremos un análisis de la carga procesal en materia de medidas cautelares arbitrales.

El DLA en el numeral 2 del artículo 8 refiere:

“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.(...)”

Tenemos que el DLA señala que serán los juzgados comerciales los que subsidiariamente dicten medidas cautelares antes del inicio del procedimiento arbitral. Dicho esto, tomaremos como muestra las demandas ingresantes en el año

2014 en el Octavo Juzgado Comercial de Chiclayo²⁵ (en adelante octavo juzgado), con la finalidad de acreditar la elevada carga procesal que se maneja en sede judicial.

Tabla N° 01

Medidas Cautelares dentro del proceso – Del 01.01.2014 al 31.12.2014

	N° Expedientes	Especialidad	%
Primer Juzgado Civil	127	Civil	
Segundo Juzgado Civil	95	Civil	
Tercer Juzgado Civil	130	Civil	
Cuarto Juzgado Civil	122	Civil	
Quinto Juzgado Civil	116	Civil	
Sexto Juzgado Civil	114	Civil	
Séptimo Juzgado Civil	115	Civil	
Total Civil	819		95.5
Octavo Juzgado Civil Comercial	39	Comercial	
Total Comercial	39		4.5
TOTAL GENERAL	858		100.0

Fuente: Corte Superior de Justicia de Lambayeque – Dpto. de Estadística (Anexo 2)

En la Tabla N° 01, observamos que en el año 2014 ingresaron 39 solicitudes cautelares “dentro del proceso” al octavo juzgado.

²⁵ Resultaría muy complicado hacer un análisis de la carga procesal de todos los juzgados comerciales del Perú, es por ello que hemos escogido este juzgado, por cuanto es está ubicado en la ciudad donde venimos realizando la presente investigación.

Tabla N° 02**Medidas Cautelares fuera del proceso – Del 01.01.2014 al 19.08.2015**

JUZGADO/SALA	Número de expedientes		Total exp.	Especialidad	%
	año 2014	año 2015			
Segundo Juzgado Civil	23	19	42	Civil	
Tercer Juzgado Civil	34	19	53	Civil	
Cuarto Juzgado Civil	18	0	18	Civil	
Quinto Juzgado Civil	1	7	8	Civil	
Sexto Juzgado Civil	20	0	20	Civil	
Séptimo Juzgado Civil	1	22	23	Civil	
Total en Juzgados Civiles	97	67	164		31.97
Octavo Juzgado Civil Comercial	211	101	312	Comercial	60.82
Segundo Juzgado Laboral	7	3	10	Laboral	
Tercer Juzgado Laboral	2	7	9	Laboral	
Cuarto Juzgado Laboral	1	8	9	Laboral	
Quinto Juzgado Laboral	0	8	8	Laboral	
Sexto Juzgado Laboral	1	0	1	Laboral	
Total en Juzgados Laborales	11	26	37		7.21
GRAN TOTAL	319	194	513		100.0
%	62.18	37.82	100.0		

Fuente: Corte Superior de Justicia de Lambayeque- Dpto. de Estadística- (Anexo 3)

En la Tabla N° 02, observamos que en el año 2014 ingresaron 211 demandas cautelares “fuera del proceso” al octavo juzgado.

Por lo tanto, del análisis de los dos primeros cuadros, en el año 2014 ingresaron un total de 250 solicitudes cautelares –fuera y dentro del proceso- al octavo juzgado. Así las cosas, para que dicho juzgado haya podido absolver el número de solicitudes ingresantes, debió tramitar un promedio de 22.7 expedientes²⁶.

Tabla N° 03**Demandas ingresantes – Del 01.01.2014 al 31.12.2014**

Juzgado/Sala	N° Demandas	Especialidad	%
Octavo Juzgado Civil Comercial	1148	Comercial	
TOTAL GENERAL	1148		100.0

Fuente: Corte Superior de Justicia de Lambayeque- Dpto. de Estadística- (Anexo 4)

²⁶ Se obtiene tal cifra de dividir el número de solicitudes ingresantes entre el número de meses que despacha el octavo juzgado: 250/11 meses (Se trabaja sobre la base de 11 meses por cuanto los trabajadores judiciales – jueces, secretarios y personal administrativo- toma vacaciones en el mes de Febrero).

Por otro lado, en la Tabla N° 03, podemos apreciar que en el año 2014 ingresaron 1148 demandas en el octavo juzgado comercial. Dada ésta cifra, para que dicho juzgado atendiera oportunamente tal cantidad de expedientes, debió tramitar un promedio de 104.3 expedientes mensuales.

Tabla N° 04

Promedio mensual de expedientes tramitados en el Octavo Juzgado Civil Comercial de Chiclayo Del 01.01.2014 al 31.12.2014

Tipo de demanda	N° Demandas	Especialidad	%
Expedientes cautelares	22.7	Comercial	
Expedientes no cautelares	104.3		
TOTAL GENERAL	127		100.0

Fuente: Corte Superior de Justicia de Lambayeque- Dpto. de Estadística-

Como apreciamos, en la Tabla N° 4, de la sumatoria de promedios mensuales, tenemos que el octavo juzgado, debió tramitar un promedio de 127 expedientes mensuales -cautelares y no cautelares- a fin de tener un rendimiento óptimo en la tramitación de expedientes judiciales a final de año, esto sin tomar en cuenta la carga procesal de años anteriores.

Expuestas las cifras, consideramos muy poco probable que dicho juzgado haya podido satisfacer tal demanda de tramitación, por cuanto tramitar 127 expedientes mensuales –sin contar con la carga de años anteriores- dentro de una institución que cuenta con escasos recursos económicos, logísticos e infraestructura –deficiencias validadas por los propios magistrados – resulta inverosímil.

2.2.7.2.2. Intervención judicial: Falta de celeridad en el trámite de medidas cautelares anticipadas y falta de especialización de los jueces en materia arbitral.

A fin de acreditar tales defectos en la tramitación de las medidas cautelares anticipadas por parte del Poder Judicial, presentamos los siguientes casos.

Caso 1: Resolución NÚMERO UNO expedida por el Vigésimo Octavo Juzgado Civil de Lima²⁷

Con la finalidad de entrar en contexto, detallaremos brevemente los hechos.

La empresa A suscribió un contrato de arrendamiento con la empresa B, ambas con sede en Lima. Mediante dicho contrato, la primera da en alquiler dos aeronaves – aviones- a la segunda por un plazo de cuatro años, con la finalidad de prestar servicio de transporte vía aérea. Suscrito el contrato, este fue inscrito en los Registros públicos. Posteriormente, la empresa A y la empresa B agregan una adenda al contrato de arrendamiento, en la cual reducen el plazo de cuatro a tres años, sin embargo no inscriben dicha adenda en los Registros Públicos. Vencido dicho plazo, la empresa A requiere a la empresa B la entrega de las aeronaves arrendadas, negándose ésta última a devolverlas por cuanto la adenda al no haberse inscrito en los Registros Públicos no surtía efectos y por lo tanto permanecía vigente el primer acuerdo. De esta manera, surge el conflicto entre ambas empresas.

Por pacto expreso en el contrato de arrendamiento, cualquier controversia que surja de la ejecución de este será llevada a arbitraje. Ante esta situación, la empresa A considera pertinente solicitar una medida cautelar ante el Poder Judicial, por cuanto el tribunal arbitral no se encontraba constituido. Dicho pedido tenía como objeto secuestrar las aeronaves, que en ese momento se encontraban en la ciudad de Tarapoto, con la finalidad de que la empresa B dejara de usufructuarlas indebidamente, por lo que la empresa A argumentó que dichas aeronaves constituían el único medio de sustento para su empresa y que el contrato de arrendamiento suscrito con la empresa B ya estaba vencido.

Falta de especialización del juez en materia arbitral

Presentada la solicitud cautelar de la empresa A ante el Poder Judicial, ésta fue tramitada por el vigésimo octavo juzgado civil de Lima a cargo del juez provisional Jorge Luis Ramírez Niño de Guzmán.

²⁷ Dicho juzgado accedió a proporcionarnos una copia de dicha resolución; sin embargo, por cuestiones de confidencialidad, el nombre de las partes fueron suprimidos.

Dicho juez emitió la Resolución NÚMERO UNO de fecha 19 de setiembre de 2008 declarando IMPROCEDENTE la solicitud cautelar (Anexo 5).

Así las cosas, a continuación realizaremos un análisis detallado de los considerandos relevantes del caso.

En primer lugar, el juez en su considerando **CUARTO** señala:

“CUARTO: Conforme a lo dispuesto por **el artículo 79 de la Ley General de Arbitraje**, 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 el nombramiento de él o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje. Como puede verse entonces, resulta precedente solicitar una medida cautelar en sede judicial antes de iniciado el arbitraje y para ello deberán cumplirse con los requisitos exigidos por la normatividad procesal civil”.

Como se puede apreciar, el juez considera, sobre la base del artículo 79 de la LGA, que resulta precedente que se pronuncie respecto del pedido cautelar de la empresa A. Sin embargo, dicho juez basa su razonamiento en una **ley derogada**, por cuanto el Decreto Legislativo 1071 entró en vigencia con fecha 1 de setiembre de 2008, por lo que a la fecha de expedición de su resolución, esto es el 19 de setiembre de 2008, debería haber aplicado el DLA.

La incorrecta aplicación de la norma se ve acentuada con el considerando **OCTAVO:**

“OCTAVO: En tal sentido y en cuanto a lo dispuesto en el **inciso 2 del artículo 8 del Decreto Legislativo 1071 el que norma el arbitraje**, señala que para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial (...)” (el énfasis es nuestro)”

Vemos que ahora sí aplica de manera el DLA, mezclando de manera antojadiza una ley derogada y un cuerpo normativo vigente. Esto definitivamente denota un desconocimiento sobre la normatividad arbitral, lo que puede tornar en impredecibles sus decisiones en materia de arbitraje atentando así contra la seguridad jurídica en nuestro país. Es inaceptable que un juez aplique normas derogadas a un caso concreto, más aún cuando sabe que ya entró en vigencia una nueva ley sobre la materia.

Por otro lado, expresa el siguiente razonamiento para sustentar su decisión:

“**QUINTO:** Que, conforme se aprecia de la fundamentación expuesta por la parte demandante, se señala las aeronaves Y y Z se encuentran actualmente ubicadas en la Ciudad de Tarapoto”.

“**SEXTO:** Asimismo, es de precisar que son presupuestos procesales, la competencia, la capacidad procesal, y los requisitos de la demanda”.

“**SÉTIMO:** En cuanto a la **competencia**, la misma implica la expresión regular, concreta y autorizada de un órgano jurisdiccional respecto de un caso concreto, y los elementos que la constituyen son: la materia, la cuantía, el turno, el grado y el **territorio**.”

“**OCTAVO:** En tal sentido y en cuanto a lo dispuesto en el **inciso 2 del artículo 8 del Decreto Legislativo 1071 el que norma el arbitraje**, señala que para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o en su defecto el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia”.

“**NOVENO:** Por último, en ese orden de ideas se aprecia que en el presente caso el lugar donde debe ejecutarse la medida es en la Ciudad de Tarapoto lugar distinto a este Distrito Judicial por lo que se concluye que **esta Judicatura no es competente para el conocimiento de la presente causa**”.

“Por las consideraciones precedentes, Se Declara IMPROCEDENTE la presente solicitud de medida cautelar fuera del proceso presentada por “A” dejando a salvo el derecho del recurrente para que lo haga valer conforme a ley, Ordenándose que se devuelvan los anexos a la parte actora, dejándose constancia en autos, y se proceda al Archivo correspondiente”.-

En síntesis, a partir de una lógica procesal civil, el juez determina que como la medida cautelar debía ser ejecutada en la ciudad de Tarapoto, esto es, en una jurisdicción ajena a la suya, no podía dictar dicha medida.

Prima facie, pareciera justificarse dicha decisión; sin embargo, consideramos que el juez se equivoca y no realiza un análisis exhaustivo de los hechos, perjudicando así a la empresa A con este fallo. Veamos.

El juez considera que al encontrarse las aeronaves en la ciudad de Tarapoto, la medida debería ser solicitada en dicha ciudad; sin embargo, no valora el hecho de que el objeto de dicha solicitud eran dos aeronaves -aviones-, las cuales dada su finalidad, podían ser trasladadas de un lugar a otro con facilidad, eludiendo así cualquier medida tendiente a privar de su posesión a la empresa B. Si se siguiera el razonamiento del juez, la empresa A tendría que incoar demandas en los destinos ocasionales en los que se encontraran las aeronaves, lo que haría muy difícil que dicha empresa logre una medida cautelar que satisfaga su necesidad urgente de tutela.

Yendo más allá, consideramos que el argumento de la empresa A es válido, esto porque, según se deduce de los hechos²⁸, ambas empresas agregaron una adenda al contrato de arrendamiento celebrado e inscrito, sin embargo dicha adenda no fue inscrita en los Registros Públicos.

¿Acaso la adenda suscrita entre la empresa A y la empresa B produciría efectos una vez inscrita en los Registros Públicos?

²⁸ Lamentablemente no pudimos acceder a las copias de la demanda y sus anexos.

Evidentemente no, pues como sabemos, el sistema registral peruano es un sistema declarativo, en tanto reconoce la existencia del acto jurídico a pesar de su falta de inscripción²⁹. Consecuentemente, la inscripción del contrato de arrendamiento y por extensión de sus adendas en los Registros Públicos, tienen un efecto meramente declarativo más no constitutivo de derechos. Por lo tanto, a nuestra consideración, cabía la posibilidad de que la medida cautelar fuera otorgada.

En suma, como hemos visto, el caso concreto mereció un análisis más exhaustivo por parte del juez, y no simplemente, a partir de un razonamiento “legalista”, declarar improcedente la cautelar solicitada por la empresa A, la misma que resultó perjudicada por la impericia de dicho juzgador. Queda así demostrada la falta de especialización de tal juez, lo que sin duda tiene un impacto negativo en la administración de justicia en nuestro país.

Caso 2: Expediente 00311-2015-57-1706-JP-CO-08 - CONSORCIO SAN JOSÉ CONTRA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JOSÉ:

El Consorcio “San José” suscribió el Contrato de Obra n.º 007-2014-MDSJ/A con la Municipalidad Distrital de San José para la ejecución de la obra denominada “Ampliación y mejoramiento integral de los sistemas de agua potable y alcantarillado del Distrito de San José – Lambayeque”. El mencionado consorcio a efectos de suscribir el contrato antes mencionado presentó como garantía de fiel cumplimiento la carta fianza n.º 071-447-2014-CRACSL de fecha 17 de Setiembre de 2014, asimismo con la finalidad de un adelanto directo también presentó la carta fianza n.º 171-447-2014-CRACSL. Posteriormente, con fecha 30 de marzo de 2015, la Municipalidad Distrital emite la Resolución de Alcaldía n.º 068-2015-MDSJ/A declarando la nulidad de oficio del contrato de obra celebrado con el consorcio “San José”, aduciendo que las cartas fianzas antes mencionadas son falsas.

Ante esto, el Consorcio “San José” decide cautelar sus derechos de manera urgente, por lo que decide solicitar una medida cautelar anticipada, y ante la imposibilidad de

²⁹ A excepción de los siguientes casos: la constitución de patrimonio familiar, la constitución de una persona jurídica y la hipoteca.

solicitarla ante el tribunal arbitral, por cuanto este no se encontraba válidamente constituido, decide solicitarla ante al Poder Judicial al amparo del artículo 47 del DLA. De esta manera, plantea las siguientes pretensiones:

- Suspensión de los efectos jurídicos de la Resolución de Alcaldía N.º 068-2015-MDSJ/A de fecha 30 de marzo 2015.
- Se ordene a la Municipalidad demanda continúe ejecutando el Contrato de Obra n.º 007-2014-MDSJ/A de fecha 30 de setiembre de 2014.
- Se ordene a la Municipalidad demandada cumpla con el pago inmediato de las valorizaciones por concepto de avance de obra; caso contrario se inmovilice el dinero correspondiente a la partida presupuestaria municipal de la obra “Ampliación y mejoramiento integral de los sistemas de agua potable y alcantarillado del Distrito de San José – Lambayeque”.

Como vemos, se trata de un caso que debe ser sometido a arbitraje en materia de contrataciones con el estado o también denominado “arbitraje administrativo”, el cual deberá ceñirse a las reglas dadas por el TUO del Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje – R. N° 016-2004-CONSUCODE/PRE (En adelante Reglamento SNA). Este reglamento arbitral posee matices propios por la materia que será sometida a arbitraje –contratación pública³⁰; sin embargo, no pretendemos hacer un análisis sobre el fondo de la controversia y las reglas aplicables en materia de contrataciones con el estado, sino que nuestra crítica estará basada en temas puntuales referidos al trámite de las medidas cautelares arbitrales anticipadas por parte del Poder Judicial: demora y falta de especialización del juez sobre temas arbitrales.

³⁰ No obstante, el tratamiento de las medidas cautelares ante causam previsto en el Reglamento SNA y en el DLA son muy similares:

Reglamento SNA

Artículo 53.-

“(…)

El Tribunal Arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado **así como las medidas cautelares firmes dictadas por la autoridad judicial antes del inicio del arbitraje.** (…)” (el énfasis es nuestro)

DLA

“Artículo 47:

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. (...)

Falta de celeridad en el trámite de la medida cautelar anticipada

el Consorcio San José consideró pertinente solicitar una medida cautelar ante causam arbitratum (Anexo 6) ante el Octavo Juzgado Civil Comercial de Chiclayo (En adelante octavo juzgado), en tanto el tribunal arbitral aún no se encontraba debidamente instalado. Así las cosas, el día 14 de mayo de 2015 presenta en mesa de partes del módulo corporativo de Chiclayo una demanda cautelar al amparo del artículo 47 del DLA, cuya pretensión principal era dejar sin efecto la Resolución de Alcaldía N.º 068-2015-MDSJ/A.

Posteriormente, el día 17 de junio de 2015 el octavo juzgado expide la RESOLUCIÓN NÚMERO UNO.- (Anexo 7) suscrita por el juez suplente Jacinto Hernández Mendoza, la misma que en su parte resolutive señala:

“SE RESUELVE: DECLARAR INADMISIBLE la solicitud cautelar, concédase al demandante un plazo de CINCO DÍAS para que subsane el defecto advertido, bajo apercibimiento de rechazarse su solicitud (...).”

Como podemos apreciar, recién después de 24 días hábiles (34 días naturales) el octavo juzgado se pronunció respecto del pedido cautelar declarando inadmisibile el mismo, por cuanto solicitaba información para mejor resolver. Obligado por la situación, Consorcio San José subsana el pedido el día 24 de junio de 2015 (Anexo 8).

Finalmente, el día 3 de julio de 2015 expide la RESOLUCIÓN NÚMERO DOS.- (Anexo 9), ahora suscrita por el juez titular Sandro Omar Aguilar Gaitán, la misma que en su parte resolutive señala:

“SE RESUELVE: [1] Declarar IMPROCEDENTE la medida cautelar solicitada por CONSORCIO SAN JOSÉ contra MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JOSÉ sobre medida cautelar fuera de proceso. (...).”

Mediante dicha resolución, el juez titular del octavo juzgado resuelve el pedido cautelar declarándolo improcedente, esto luego de 7 días hábiles (16 días naturales).

En suma, el octavo juzgado tramitó el pedido cautelar del Consorcio San José en 31 días hábiles (50 días naturales), según se aprecia en el siguiente cuadro:

Tabla N° 05

Etapas	Fecha de presentación	Resoluciones octavo juzgado	Días hábiles
Pedido cautelar	14 mayo de 2015	17 junio de 2015	24
Subsanación	24 junio de 2015	03 julio de 2015	7
Total días			31

Consideramos que el plazo transcurrido (31 días hábiles), contados a partir de la fecha de presentación del pedido cautelar y la RESOLUCIÓN NÚMERO DOS – resolución que resuelve el pedido cautelar-, resulta sumamente excesivo, considerando que Consorcio San José se encontraba ante una necesidad urgente de tutela.

Falta de especialización del juez en materia arbitral

Con fecha 03 de julio de 2015, el juez del octavo juzgado, resuelve el pedido cautelar mediante la Resolución número DOS declarándolo IMPROCEDENTE. Analicemos su razonamiento.

Básicamente, el argumento que utilizó para rechazar el pedido de Consorcio “San José” lo encontramos en el considerando sexto, el cual señala:

“Sexto: 1] El tercer párrafo del artículo 608° del Código Procesal Civil, establece que la medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva. 2] Conforme se ha indicado en la solicitud cautelar, el proceso arbitral iniciado es para discutir la eficacia del Contrato N.º 007-2014-MDSJ/A; sin embargo, como pedido cautelar principal solicita se suspendan los efectos jurídicos de la Resolución de Alcaldía N.º 068-2015-MDSJ/A de fecha treinta de marzo del dos mil quince, pretensión que no puede ser

declarada por un Tribunal Arbitral, **en tanto que, las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas vía el proceso contencioso administrativo; lo que implica que todo cuestionamiento corresponde realizarse en sede judicial vía proceso contencioso administrativo [artículo 1° de la Ley N.° 27854]**; por lo tanto, tampoco puede ser objeto del presente proceso cautelar; en consecuencia, al desestimarse la pretensión cautelar principal debe correr igual suerte las demás pretensiones”. (el énfasis es nuestro)

En este caso, el juez parte del siguiente razonamiento:

- Considera que ningún tribunal arbitral puede pronunciarse sobre el cuestionamiento de un acto administrativo –en este caso una resolución de alcaldía- en tanto la vía a seguir es ante el Poder Judicial vía proceso contencioso administrativo, de conformidad con el artículo 1° de la ley n.° 27854.
- Al no contar el tribunal arbitral con la potestad de pronunciarse sobre dicha materia, tampoco puede solicitarse una medida cautelar que pretenda suspender los efectos de un acto administrativo.

El razonamiento del juez denota un desconocimiento sobre la normatividad arbitral, específicamente del DLA, por cuanto soslaya dos premisas básicas del arbitraje propiamente dicho.

En primer lugar nos referimos a la “arbitrabilidad objetiva”. La arbitrabilidad objetiva determina qué cuestiones pueden ser resueltas mediante arbitraje. Así, el DLA en su artículo 2 señala:

“Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, **así como aquellas que la ley** o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”. (el énfasis es nuestro)

Dicho artículo refiere que en primer término pueden someterse a arbitraje las materias de libre disposición. En referencia a ello Lorca y Silguero refieren: “Los términos de libre disposición son aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas” (Citados por Cantuarias, 2011: 8).

Seguidamente, señala que además de las materias de libre disposición, también pueden ser sometidas a arbitraje las materias que la ley autorice. De esta manera, el DLA prevé la posibilidad de que la arbitrabilidad objetiva sea determinada por una ley especial.

Ahora bien, en el caso de las controversias en materia de contratación pública, la Ley de Contrataciones con el Estado – DL 1017 en su artículo 52 señala:

“Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias surgidas entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o **arbitraje**, según el acuerdo entre las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada esta de manera independiente”. (el énfasis es nuestro)

Asimismo, debemos agregar lo que prevé el artículo 144 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado:

“Artículo 144.- Nulidad de Contrato

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas en el artículo 56° de la Ley, para lo cual la entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. **Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje**” (el énfasis es nuestro)

Como vemos, dicha ley y su reglamento determinan la arbitrabilidad objetiva en materia de contratación pública, esto es, que las controversias que surjan de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, podrán ser sometidas a arbitraje.

La controversia surgida entre el Consorcio San José y la Municipalidad Distrital de San José, versa sobre la **nulidad** del contrato de obra n.º 007-2014-MDSJ/A, según se desprende del escrito de demanda (anexo 5), de manera que, en atención a lo mencionado en los párrafos anteriores, esta puede ser válidamente sometida a arbitraje, tal como ha hecho la parte demandante.

En consecuencia, no compartimos el criterio del juez por las siguientes consideraciones:

- El juez desconoce que el DLA en su artículo 2 prevé que la “arbitrabilidad objetiva también” también puede ser determinada por ley, tal y como ocurre en el caso de las controversias en materia de contratación pública.
- La controversia no gira en torno a la suspensión de los efectos de un mero acto administrativo dictado por la demandada, sino por el contrario, se trata de la suspensión de los efectos de un acto administrativo que declara la nulidad de oficio de un contrato de obra en el marco de la Ley de Contrataciones con el Estado –arbitrabilidad objetiva-; por lo tanto, dicha controversia deberá dilucidarse en un arbitraje según lo prevén los artículo 52º de dicho cuerpo normativo y 144º de su reglamento y no vía proceso contencioso administrativo.
- Consecuentemente, si la controversia principal puede ser válidamente ser sometida a arbitraje, resulta válido el pedido de Consorcio San José de una medida cautelar al amparo del artículo 47.4 del DLA.

Por otro lado, debemos agregar que el escrito de demanda literalmente expresa lo siguiente:

“B. LA PRETENSIÓN A PROPONERSE EN EL PROCESO ARBITRAL:

1. De acuerdo a la cláusula trigésimo primera del CONTRATO DE OBRA, se estableció que las controversias generadas en la celebración o ejecución del contrato se resolvería mediante conciliación o arbitraje (...)

Se puede apreciar que el juez tuvo conocimiento que el contrato de obra contaba con una cláusula arbitral, por lo que de esto se deduce la existencia del convenio arbitral. Por lo tanto, el juez al afirmar que el cuestionamiento a la resolución de alcaldía debía hacerse en sede judicial vía proceso contencioso administrativo, advierte su desconocimiento de un concepto aceptado unánimemente por la doctrina: el efecto negativo del convenio arbitral.

Según Soto (2011: 183-184):

“En virtud del efecto negativo los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer las controversias cubiertas por un convenio arbitral. Ello se debe a que el sometimiento de las controversias a la competencia de un tribunal arbitral, constituye una renuncia implícita a la intervención de los tribunales judiciales”.

En efecto, era lo que sucedía en el presente caso, el juez ya había tomado conocimiento de la existencia de un convenio arbitral, y lo que es peor, de la voluntad de las partes de renunciar a la intervención del Poder Judicial, por lo que aseverar que el objeto de la controversia no podía ser sometido a arbitraje resultaba equivocado, demostrando su escaso conocimiento en materia arbitral.

En suma, el desconocimiento expresado por el juez sobre la determinación de qué materias pueden ser sometidas a arbitraje –arbitrabilidad objetiva- y sobre el efecto negativo del convenio arbitral, denota –como en el primer caso- una falta de especialización y pericia en materia arbitral, propio de una labor alejada de los tribunales arbitrales y de su lógica. Esto sin duda tendrá un impacto negativo para quienes estén en la necesidad de tutela urgente, por cuanto las decisiones del juez resultarán impredecibles por su escaso conocimiento arbitral.

**Caso 3: Expediente 1320-2015-87-1706-JR-CI-07 – EL SEÑOR ES MI GUÍA EIRL
CONTRA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE LA ESPERANZA:**

En el presente, los hechos se suscitaron de la siguiente manera.

La empresa demandante, conjuntamente con otras empresas, celebran un contrato de consorcio con la finalidad de contratar con la Municipalidad Distrital de La Esperanza (en adelante La Municipalidad), a fin de ejecutar la obra “Mejoramiento de los servicios de educación primaria del centro poblado Chaquil, Distrito de La Esperanza, provincia de Santa Cruz-Cajamarca”. Posteriormente, la Municipalidad cursa la carta notarial n.º 021-2014-MDLE/A, a través de la cual le hace llegar al consorcio la resolución de alcaldía n.º 021-2014-MDLE/A de fecha 05 de marzo de 2015, la cual declara la nulidad de oficio del contrato celebrado entre estos argumentando que la firma del representante de una de las empresas integrantes del consorcio era falsa.

Ante esto, según expresa el representante de la empresa El señor es mi guía EIRL, se inicia el procedimiento arbitral signado con el n.º 001-2015 ante el Centro de conciliación y arbitraje de la USAT, y por otro lado el mismo señor decide solicitar una medida cautelar anticipada ante el Poder Judicial, en tanto el tribunal arbitral no se encuentra constituido. Las pretensiones son las siguientes:

- Suspender los efectos jurídicos de la Resolución de Alcaldía n.º 021-2014-MDLE/A de fecha 05 de marzo de 2015.
- Disponer el reinicio de la ejecución de la obra denominada “Mejoramiento de los servicios de educación primaria del centro poblado Chaquil, Distrito de La Esperanza, provincia de Santa Cruz-Cajamarca”, hasta su conclusión total, liquidación y entrega de la obra.

Como vemos, nuevamente estamos ante un caso que debe ser sometido a “arbitraje administrativo”; sin embargo, tampoco pretendemos hacer un análisis sobre el fondo de la controversia y las reglas aplicables en materia de contrataciones con el estado, sino que nuestra crítica estará basada en temas

puntuales referidos al trámite de las medidas cautelares arbitrales anticipadas por parte del Poder Judicial: falta de celeridad en el trámite de la medida anticipada.

Falta de celeridad en el trámite de la medida cautelar anticipada

La empresa El señor es mi guía EIRL consideró pertinente solicitar una medida cautelar ante causam arbitratum ante el Poder Judicial (Anexo 10), la misma que fue tramitada en el Séptimo Juzgado Civil de Chiclayo (En adelante séptimo juzgado), en tanto el tribunal arbitral aún no se encontraba debidamente instalado. Así las cosas, el día 19 de mayo de 2015 presenta en mesa de partes del módulo corporativo de Chiclayo una demanda cautelar al amparo del artículo 47 del DLA.

Posteriormente, el día 30 de junio de 2015 el séptimo juzgado expide la RESOLUCIÓN NÚMERO UNO.- (Anexo 11) suscrita por la jueza Liz Karina Fabian Palomino, la misma que en su parte resolutive señala:

“SE RESUELVE: Declarar INADMISIBLE la solicitud cautelar peticionada por don LUIS ALBERTO GARCÍA VÁSQUEZ; en consecuencia: **CONCEDASE** al demandante un plazo de CINCO DÍAS para que cumpla con subsanar las omisiones anotadas, bajo apercibimiento de rechazarse su petición (...).”

Como podemos apreciar, la jueza el séptimo juzgado se tomó **29 días hábiles (42 días naturales)** para declarar inadmisibile el pedido cautelar, olvidando que el fundamento una medida cautelar es la necesidad de tutela urgente frente a la posible pérdida de un derecho. Evidentemente esto significa un claro perjuicio para el solicitante, quien ve defraudados sus intentos de obtener una respuesta ágil por parte del Poder Judicial.

Finalmente, luego de haber analizado tres casos concretos sobre el trámite de las medidas cautelares arbitrales en sede judicial, sacamos las siguientes conclusiones:

- En el caso 1 y en el caso 2, quedó demostrada la falta de especialización de los jueces en materia arbitral, por cuanto en el caso 1 la decisión del juez mezcló el DLA vigente y la LGA derogada; y respecto al caso 2, el juez

expresó en su resolución un desconocimiento respecto a la normatividad arbitral y de conceptos básicos del arbitraje.

- En el caso 2 y el caso 3, quedó demostrada la falta de celeridad y la excesiva demora en el trámite de las medidas cautelares arbitrales en sede judicial, por cuanto en el caso 2 el juez demoró 24 días hábiles en declarar inadmisibile el pedido cautelar y 7 días hábiles más en resolver; y respecto al caso 3, la jueza demoró 29 días hábiles solamente en declarar inadmisibile el pedido cautelar.
- En los tres casos, los esfuerzos de las partes demandantes por obtener una medida cautelar anticipada que satisfaga su necesidad urgente de tutela en sede judicial, resultaron estériles ya que los juzgados mencionados actuaron con impericia arbitral y/o lentitud.

2.2.7.2.3. Percepción social negativa de la labor que realiza el Poder Judicial

Consideramos que las deficiencias del Poder Judicial antes anotadas, esto es, la excesiva carga procesal, la falta de celeridad y la falta de especialización de los jueces en materia arbitral, se traducen en una percepción negativa de la sociedad en general, lo que genera un alto grado de desconfianza de su labor administrando justicia³¹.

Así las cosas, presentaremos las encuestas que periódicamente realizan diversas empresas especializadas a diferentes estratos sociales, compuestos por litigantes y no litigantes, y que mensualmente se publican en los diarios de mayor circulación tales como “El Comercio” y “La República”, respectivamente.

Los cuadros y gráficos que se acompañan, constituyen soportes técnicos que contienen los niveles de aprobación y desaprobación al Poder Judicial, por parte de la masa poblacional consultada. Los índices de respuesta obtenidos por tres encuestadoras son casi coincidentes ya que sólo difiere en mínimos grados porcentuales.

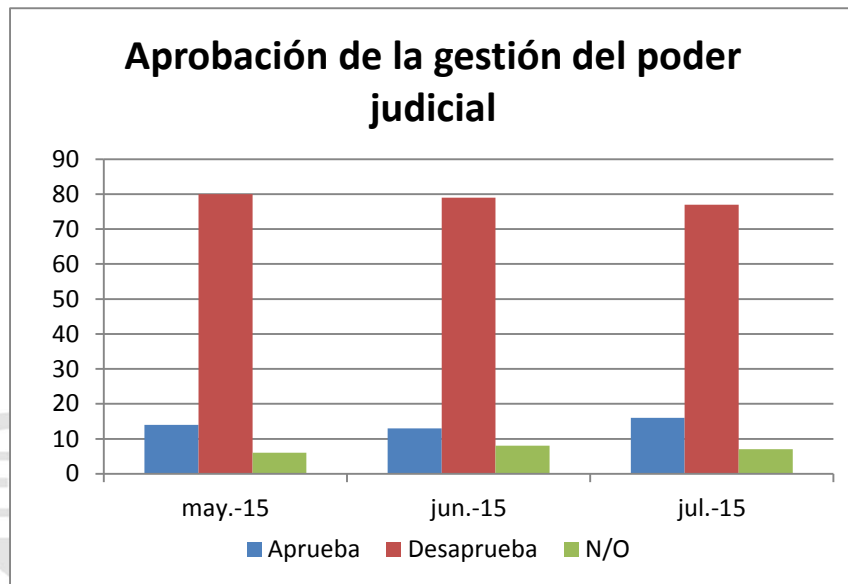
³¹ En cierta medida, esto fue determinando para el crecimiento y consolidación del arbitraje comercial en nuestro país.

Las consultoras IPSOS Perú y GFK Conecta SAC, demuestran a través de sus investigaciones que los niveles de desaprobación al accionar del Poder Judicial son recurrentes.

Tabla N° 06:

PERIODO	%	%	%
	Aprueba	Desaprueba	N/O
may-15	14	80	6
jun-15	13	79	8
jul-15	16	77	7
(3 meses)	14.33	78.67	7.00

Fuente: "Encuesta Nacional Urbano-Rural", realizada por Ipsos Perú por encargo de El Comercio (Anexo 12)



Según la consultora IPSOS Perú, en encuesta publicada en el diario "El Comercio" el día 19 de Julio de 2015 los niveles de desaprobación fluctúan entre el 80% en Mayo 2015 a 77 % en Julio 2015. Esto quiere decir, que al cierre del séptimo mes del año, más de las $\frac{3}{4}$ partes de la población encuestada desconfía de los magistrados que forman parte del Poder Judicial.

Se observa también, que los niveles de aprobación durante el mismo periodo bajo análisis, oscila entre el 14 % en Mayo 2015 á 16 % en Julio 2015. Menos de 1/5 de la masa consultada, le da credibilidad a la actuación de los miembros de las instituciones encargadas de impartir justicia.

El porcentual restante de 6 % obtenido en Mayo 2015 y de 7% alcanzado en Julio 2015, corresponde a las respuestas de los ciudadanos que no conocen el tema judicial o que no muestran interés en el tema.

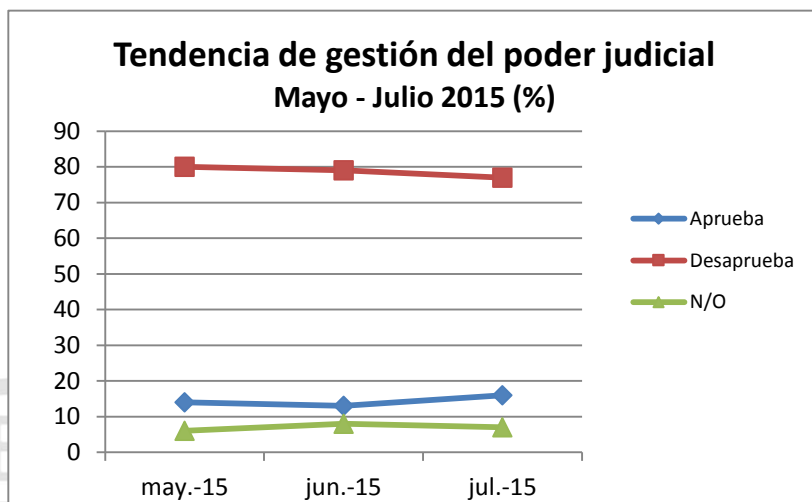
El promedio de los tres meses bajo estudio, nos da una idea que el nivel de desaprobación al Poder Judicial es de 78.67 % y de 14.33 % de aprobación. El 7 % restante, prefiere no opinar.

Tabla N° 07:

Periodo	%	%	%
	Aprueba	Desaprueba	N/O
may-15	14	80	6
jun-15	13	79	8
jul-15	16	77	7

Fuente: "Encuesta Nacional Urbano-Rural", realizada por Ipsos Perú por encargo de El Comercio, 19.07.2015 (Anexo 13)

GRAFICO 02



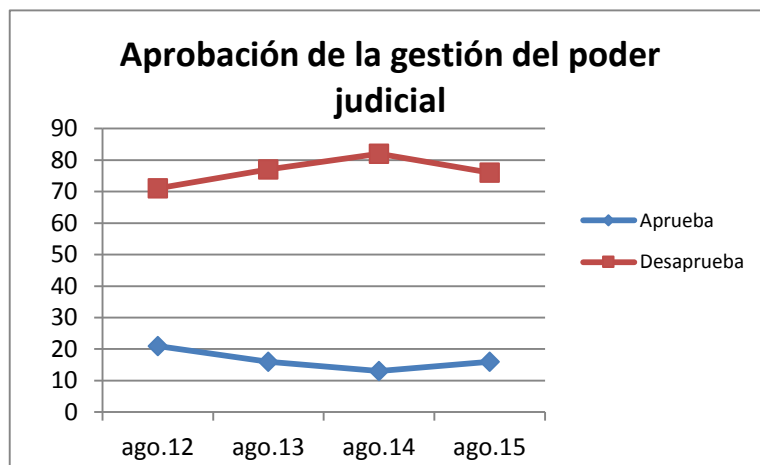
El análisis de la tendencia durante el periodo analizado, refleja que el nivel de desaprobación tiene un ligero descenso de 3 puntos porcentuales al bajar de 80% en Mayo 2015 a 77 % a Julio 2015. El gráfico 02 nos demuestra que el comportamiento de la tendencia es casi constante durante los tres meses. La brecha que la separa de los niveles de aprobación es significativamente alta: de 66 % (80% - 14%) en Mayo y de 61 % (77 % - 16 %) en Julio 2015.

Los índices de aprobación demuestran que en los tres últimos meses, la evolución es positiva al subir el grado de confianza en 2 % respecto a Mayo 2015, que fue de 14 %.

Tabla N° 08

Periodo	%	%
	Aprueba	Desaprueba
ago.12	21	71
ago.13	16	77
ago.14	13	82
ago.15	16	76
(4 meses)	16.5	76.5

Fuente: "Encuesta Nacional Urbano-Rural", realizada por GFK Conecta SAC por encargo de Grupo La República, 30.08.2015 (Anexo 14)



El diario “La República”, en su edición de fecha 30 de Agosto de 2015 publicó la encuesta realizada por la consultora GFK acerca de las actividades de diversas instituciones del Estado, entre las cuales, se encuentra el Poder Judicial. La investigación comprende la medición de los niveles de aprobación y desaprobación a dicho Poder, en similares periodos de los años 2012 al 2015.

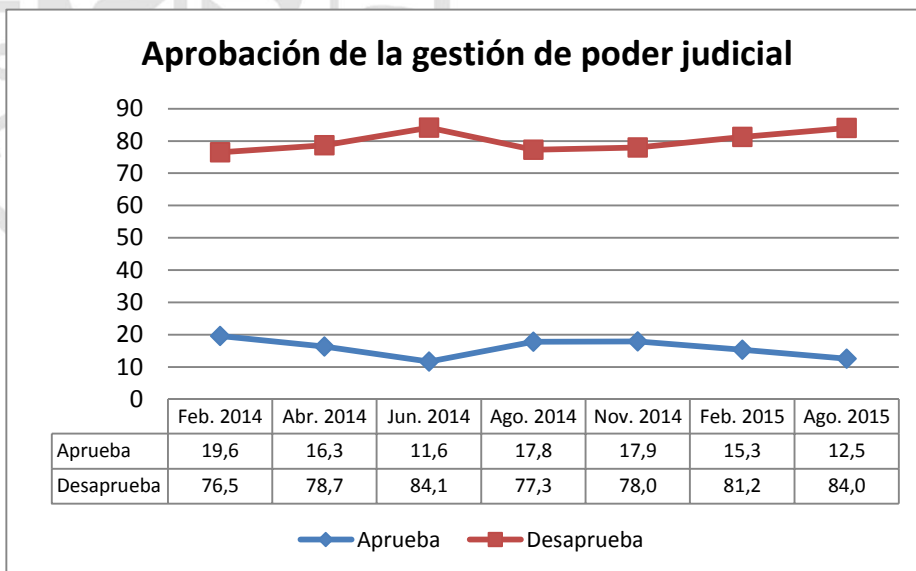
En el gráfico 03, se puede apreciar que la tendencia de los últimos cuatro años es casi constante en los niveles de aprobación y desaprobación al Poder Judicial. Se nota que la curva que representa la desaprobación de los ciudadanos consultados, se incrementa del periodo agosto 2012 á agosto 2014 en 11 puntos porcentuales (82%-71%) y cae 6% en el lapso 2014/2015, (76 %-82 %).

Se observa asimismo, que el indicador que muestra la tendencia de aprobación tiene un comportamiento descendente desde Agosto 2012 hasta Agosto 2014, respectivamente. En este periodo la curva cae en 8 puntos y a partir de Agosto 2014 a Agosto 2015, se recupera el nivel de confianza en 3%

Tabla N° 09

PERIODO	% Aprueba	% Desaprueba
Feb. 2014	19.6	76.5
Abr. 2014	16.3	78.7
Jun. 2014	11.6	84.1
Ago. 2014	17.8	77.3
Nov. 2014	17.9	78.0
Feb. 2015	15.3	81.2
Ago. 2015	12.5	84.0

Fuente: CPI (Anexo 15)



La consultora CPI, en su trabajo denominado “Evaluación de Instituciones Públicas” realizado en diversos meses del año 2014 y Agosto 2015, ha determinado que los niveles de aprobación y desaprobación a la gestión del Poder Judicial son casi uniformes, tal como se observa en el gráfico N° 05. En efecto, se puede apreciar que la percepción de confianza o de **aprobación** a las actividades judiciales fluctúan entre 19.6 % en Febrero 2014 y 12.5 % en Agosto 2015. Los indicadores demuestran que en el lapso de 1.5 años, la aprobación bajó en 7.1 puntos, según los porcentuales mencionados. Esto quiere decir, que menos de la quinta parte de la población muestra su confianza en este Poder del Estado.

Como consecuencia de lo expuesto, se puede advertir que los niveles de **desaprobación** de los entrevistados, oscilan entre 76.5% a Febrero 2014 y 84.0% en Agosto 2015. Esto demuestra que en el transcurso del periodo bajo análisis el pesimismo se acrecentó en 7.5%. La curva que se muestra en el gráfico, en términos conceptuales, se mantiene casi constante durante el periodo analizado, excepto que en el lapso de Febrero 2014 á Junio 2014, se aprecia un incremento de desconfianza de 7.6 %, para luego, descender en Febrero 2015. Finalmente, al cierre de Agosto 2015, se nivela nuevamente con Junio 2014 á 84.0%.

Finalmente, nos da muchas luchas el cuadro presentado por **Fisfálen** (2014:110) el cual detalla los aspectos que más les disgusta a los litigantes.

	2006	2007	2008	2009
	Set	Set	Oct	Set
Exceso de trámite	29.4	30.2	36.9	36.5
Tiempo de espera	43.7	36.4	26.1	27.4
Falta de información	7.5	7.5	11.2	14.6
Trato del personal	11.2	17.0	11.5	8.3
Costo del servicio	3.4	5.7	7.2	7.2
Horario de atención	0.9	0.8	3.6	2.8
Falta de personal	2.1	1.1	2.6	1.6
Local	0.9	0.2	0.0	0.0
Otros motivos}	0.9	0.0	0.0	0.0
No sabe	0.0	0.0	0.9	1.6
No contesta	0.0	1.1	0.0	0.0
	100.0	100.0	100.0	100.0

Como vemos, en el periodo de 2006 a 2009, los resultados son los siguientes:

Lo que más incomoda a los litigantes es el exceso de trámite que le dispensan a los procesos, cuyo porcentual se incrementó de 29.4% en el 2006 a 36.5 % en el 2009, lo que denota un descontento respecto al formalismo del Poder Judicial.

El segundo lugar, los encuestados expresan que lo que también les incomoda en gran medida es el tiempo de espera para solución de los casos, lo que está relacionado con la gran carga procesal en las sedes judiciales, de esta manera el cuadro indica que en el año 2006 la disconformidad se elevaba hasta el 43.7 % lo que disminuyó al año 2009 con el 27.4 %. El análisis refleja una baja de 16.3 %, entre ambos periodos. Sin embargo persiste dicha disconformidad.

En suma, observamos que la sociedad confía muy poco en la labor que realiza el Poder Judicial. Así lo expresan las encuestas analizadas, las mismas que mantienen una misma tendencia: desaprobación del Poder Judicial en la administración de justicia. Ante esta situación, es comprensible que las partes se sustraigan de la jurisdicción ordinaria y celebren un convenio para que su controversia sea dilucidada mediante un arbitraje; por otro lado, nos parece un despropósito que el DLA las haga regresar a una instancia en la cual no confían en busca de tutela urgente.

Para concluir este extremo de la investigación, ya habiendo hecho un análisis de deficiencias del Poder Judicial, sacamos las siguientes conclusiones:

- En la colaboración subsidiaria del Poder Judicial, se advierten anomalías que demuestran su ineficiencia en el trámite de las medidas cautelares arbitrales ante causam, tales como: La excesiva carga procesal, la falta de celeridad en el trámite y la falta de especialización de los jueces. Aspectos que se traducen desconfianza que tiene la gente de su labor.
- El arbitraje comercial debe contar con un mecanismo propio para el dictado de medidas cautelares anticipadas, para que, en el caso en que las partes

que hayan suscrito un convenio arbitral, no tengan que acudir al Poder Judicial en busca de dicha medida.

- Se hace necesario incrementar la autonomía del arbitraje comercial para impulsar su desarrollo.

2.2.8. MEDIDAS CAUTELARES EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1071

En la medida que queremos implementar un procedimiento que incidirá directamente sobre las medidas cautelares arbitrales, nos parece pertinente conocer cómo funciona actualmente el sistema cautelar en el DLA, a efectos de tener una visión integral sobre el tema.

2.2.8.1. Sistema cautelar peruano

Sustancialmente, es la doctrina procesal la que informa la naturaleza, alcance y clasificación de las medidas cautelares, tanto en sede judicial como en sede arbitral (Ariano, 2006: 87), por lo tanto el derecho fundamental a la tutela cautelar influirá en ambos ámbitos, resultando de suma importancia conocer su contenido.

El fundamento de la tutela cautelar como derecho fundamental es el derecho a la efectividad. Este derecho asegura el cumplimiento de los efectos de la sentencia en la realidad, esto quiere decir que llegado el momento en los que la sentencia deba producir sus efectos, los produzca. Por ello, los ciudadanos tienen derecho a obtener del órgano jurisdiccional, un pronunciamiento que evite que el tiempo que tome el proceso en llegar a una sentencia con la calidad de cosa juzgada, perjudique su eficacia. Si no se tuviera esa posibilidad, el derecho a la efectividad de la tutela sería puramente ilusorio (Priori, 2011: 416).

En consonancia con lo señalado en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 0023-2005-PI, ha señalado:

“Al igual que el derecho al libre acceso a la justicia, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una

manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta”.

En el mismo sentido, coincidimos con Priori cuando señala que:

“el derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional –a través de una cognición sumaria – el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia al expedirse”. Consecuentemente son entonces las medidas cautelares el medio para hacer efectivo el derecho a la tutela cautelar pues encuentran su justificación en contrarrestar la falta de celeridad de un proceso” (2006: 142)³².

Así, partimos de la premisa que el derecho fundamental a la tutela cautelar es la base sobre la cual se asienta el sistema cautelar en la Ley Peruana de Arbitraje; sin embargo, consideramos que este debe ser armonizado con la naturaleza de la disponibilidad de las reglas y flexibilidad, que precisamente distingue al arbitraje de un sistema procesal ordinario.

Ahora bien, la regulación del sistema cautelar arbitral se encuentra en el artículo 47³³ y 48 de la Ley Peruana de Arbitraje, el primero referido a las medidas cautelares arbitrales y el segundo a su ejecución por parte del tribunal arbitral.

³² “La principal imperfección del proceso es una que está en su esencia y de la cual el proceso jamás se podrá librar: el tiempo. El proceso toma tiempo, y muchas veces el tiempo que es necesario para que el proceso pueda actuar sobre la situación jurídica material se convierte en la peor amenaza –y muchas veces en la más grave lesión que la situación jurídica material puede sufrir-“. (Priori, 2006: 24).

³³ Artículo 47.- Medidas cautelares

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

2.2.8.2. Potestad cautelar arbitral

La potestad cautelar arbitral, se entiende como el poder que tienen los árbitros para dictar medidas cautelares dentro de un proceso arbitral, con la finalidad de asegurar un derecho que puede ser perdido a lo largo del proceso o para el mantenimiento del statu quo de una determinada situación. Dicha potestad ha sido otorgada por la Ley Peruana de Arbitraje, con las limitaciones inherentes a sus juzgadores privados, cuya fuente de autoridad es el convenio arbitral; esto quiere decir, que los árbitros no cuentan con la coerción para hacer ejecutar sus decisiones, de manera que podrán emitir ese tipo de medidas pero siempre necesitarán el auxilio del Poder Judicial para su ejecución.

En cuanto a la potestad cautelar de los árbitros, la doctrina no es pacífica. Se genera un intenso debate en los países donde las leyes arbitrales no prevén expresamente dicha potestad, y cuando las partes tampoco la otorgan en el convenio arbitral.

Una primera posición sostiene que, los árbitros carecen de potestad para dictar medidas cautelares debido a que no existe una norma expresa que se las confiera,

-
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
 - c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
 - d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
 3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustré. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.
 4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.
 5. Constituido el tribunal arbitral, cualquier de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral admitirá la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.
 6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial. Incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
 7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.
 8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a laguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

esto en la medida que el origen del arbitraje es convencional y por lo tanto debe aplicarse una interpretación restrictiva que limita la utilización de facultades que no han sido conferidas ni por la ley, ni por el convenio arbitral. Dicha interpretación restrictiva nace de la “excepcionalidad” del arbitraje como jurisdicción, de manera que no cabe hacer interpretaciones extensivas en cuanto a su tratamiento y aplicación. Según Merino y Chillón, este esquema se tenía en los países europeos, sin embargo, a partir de la Ley Modelo de la UNCITRAL, la mayoría de ellos acabó incorporando en su legislación interna la posibilidad de que los árbitros, en uso de sus propias competencias, puedan dictar medidas cautelares que aseguren la eficacia del arbitraje”. (Citado por Arrarte, 2011: 549)

Refiriéndose al mismo tema Peyrano sintetiza esta posición en los siguientes términos: “si en el acuerdo arbitral no está previsto expresamente el poder cautelar arbitral; consecuentemente no cuenta con él los árbitros” (Citado por Arrarte, 2011: 549).

La segunda posición, utiliza el razonamiento “a mayor e ad minus” que quiere decir “el que puede lo más, puede lo menos”, o sea si los árbitros tienen la potestad para resolver el fondo de la disputa mediante el laudo, también pueden dictar medidas cautelares, en tanto estas son una resolución más de todo el proceso. Reforzando esta tesis, Arazi y Rojas (Citados por Arrarte, 2011: 549) afirman:

“si bien los árbitros carecen de *imperium*, las partes le han asignado la facultad de juzgar determinadas situaciones (*iudicium*); al fin y al cabo la decisión cautelar es una resolución más, por lo que concluyen que más allá de que esta potestad haya sido atribuida de manera expresa por la norma o por el convenio, los árbitros sí gozan de ella”.

En nuestro país esta discusión está zanjada. La potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares, se la otorga el artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1071, Ley Peruana de Arbitraje, consecuentemente no es necesario que dicha potestad sea pactada expresamente por las partes porque la regla general es que los árbitros cuentan con dicha potestad así no haya sido incluida en el convenio arbitral.

2.2.8.3. La medida cautelar arbitral

2.2.8.3.1. Definición

Como bien indicamos, es la doctrina procesal pura la base sobre la cual se asienta el sistema cautelar arbitral, por lo tanto es necesario tener en cuenta dicha consideración para poder definir a la medida cautelar arbitral, máxime como coherentemente señala Madrid: “es imposible que en este momento podamos inventar, me refiero desde sede arbitral, una teoría cautelar propia y autónoma (...)” (2008: 172).

En su tradicional obra el insigne procesalista italiano Calamandrei (1945) define las providencias cautelares como “anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma”

El conspicuo procesalista argentino Podeti (1969: 33) señala que:

“las medidas cautelares son actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo, que puede o no ser definitivo, de la garantía constitucional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces”.

Gonzalez de Cossío (2004: 323) las llama “medidas precautorias” y las define como:

“herramientas utilizadas por tribunales (estatales o arbitrales) durante la consecución de un litigio o arbitraje que buscan proteger la litis de la controversia durante el procedimiento buscando facilitar el cumplimiento o ejecución de la sentencia o laudo final”.

Este mismo autor nos instruye con la definición de las medidas cautelares que hace la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas:

“Las medidas precautorias están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con la finalidad de salvaguardar los derechos cuyo reconocimiento está siendo demandado al juzgador que ventila el asunto de fondo” (2004: 323).

A su vez, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en el numeral 2 del artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL, nos ofrece el siguiente concepto:

“Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia (...)”.

Por último, y no menos importante, Monroy (1987: 42) señala:

“la medida cautelar es un instituto procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelante ciertos efectos o todos de un fallo definitivo o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba”.

Ya vistas las definiciones, que según nuestro parecer son las más acabadas en términos jurídicos, podemos concluir que las medidas cautelares en sede judicial como en sede arbitral, comparten los mismos rasgos característicos, que a saber son: prevención del daño que puede surgir por la demora de un proceso, asegurar bienes o pruebas o mantener situaciones de hecho, salvaguardar derechos que están siendo demandados y asegurar el cumplimiento de la decisión final. Dichos rasgos, como veremos más adelante, se relacionaran directamente con la finalidad de las medidas cautelares arbitrales.

2.2.8.3.2. Presupuestos

Los presupuestos para el otorgamiento de una medida cautelar arbitral, son los mismos que para cualquier medida de esta naturaleza:

a) La verosimilitud del derecho invocado, esto es la apariencia o probabilidad de existencia de un derecho, del cual se pide o pedirá tutela en el proceso principal³⁴. Liebman, en referencia a tal presupuesto señala: “No se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino de formular un juicio de probabilidad de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial” (Citado por Ledesma, 2009: 404)

b) El peligro en la demora o también llamado *periculum in mora*. Es considerado como el fundado temor que mientras se espera tutela efectiva, lleguen a faltar o alterar circunstancias de hecho favorables a la tutela misma. Liebman precisa que “(...) habrá de ser apreciado con relación a la urgencia en obtener protección especial, dados los hechos indicativos de la irreparabilidad o el grave daño que puede significar esperar al dictado de la decisión final(...)” (Citado por Ledesma, 2009: 404).

c) La adecuación, o sea que debe existir congruencia entre la medida cautelar y con el pedido de la demanda, y que además sea proporcional, para no ir en desmedro de la parte que sufre dicha medida y;

d) La contracautela, la misma que puede ser personal, real o juratoria, y cuyo propósito es garantizar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pudieran surgir de la ejecución de la medida.

Podemos apreciar que el artículo 47 de la Ley Peruana de Arbitraje no contempla dichos requisitos, a excepción de uno, debido a su carácter fundamental, esto es, la contracautela destinada al aseguramiento del pago de los daños y perjuicios que la ejecución de la medida pueda ocasionar y está sujeto a la discrecionalidad del tribunal arbitral.

³⁴ “No se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino de formular un juicio de probabilidad de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial”. LIEBMAN, Enrico Tulio. “Manual de Derecho Procesal Civil”. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA), Buenos Aires, 1980, p. 162. Citado por LEDESMA NARVAEZ, Marinella. “Comentarios al Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, 2da edición, T. II, p. 404

2.2.8.3.3. Características

De manera similar con los presupuestos de las medidas cautelares arbitrales, las características también resultan ser las mismas que las medidas cautelares en sede judicial:

- a) Instrumental: El carácter instrumental denota la subordinación y su puesta en servicio al proceso definitivo. Se orienta a asegurar la eficacia práctica de la decisión final y garantizar el eficaz funcionamiento de esta.
- b) Implica un prejuzgamiento: La medida cautelar supone un adelanto de opinión de quien resolverá la controversia, pero esto no quiere decir que la decisión final se encuentre atada a la decisión cautelar, definitivamente esta puede ser en otro sentido.
- c) Provisional o temporal: Tiene una duración limitada en el tiempo, siempre subordinada al fallo definitivo, puesto que emitida la decisión final, la medida cautelar desaparece. Asimismo puede levantarse aún sin el fallo definitivo, esto sucede cuando una de las partes convencen al juzgador de que la apariencia del derecho ha desaparecido.
- d) Variable: La medida cautelar es variable porque se dicta en atención a la apariencia del derecho, si este se aumenta o desaparece conforme avanza el proceso, la medida cautelar reaccionará a esta situación, pudiéndose obtener medidas cautelares adicionales en el primer caso, o simplemente desapareciendo en el segundo.
- e) Accesorio: Existe una dependencia entre la medida cautelar y el proceso principal, esta no puede subsistir de manera independiente y su nacimiento es para el proceso, concluido este, la medida cautelar cae.

2.2.8.3.4. Tipos

El DLA en el numeral 2 incisos a, b y c del artículo 47 regula de manera expresa las medidas cautelares a otorgarse por el tribunal arbitral, recogiendo así los grandes géneros cautelares.

En primer lugar, tenemos que la ley contempla las medidas conservativas o de no innovar, bajo el texto “a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia”. Como podemos apreciar la ley de arbitraje busca un sentido conservador de la medida, impidiendo que la realidad se modifique en tanto se desarrolla el procedimiento arbitral, esto con el fin de hacer eficaz la decisión final.

En segundo lugar, la ley contempla las medidas innovativas, bajo el texto: “b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de realizar ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo del proceso arbitral”. En ese sentido la ley busca alterar el estado de hecho o derecho existente a fin de evitar que se irroguen daños que pudieran resultar irreparables en perjuicio de las partes o del proceso arbitral.

Finalmente, también se contempla en la ley las medidas para futura ejecución forzada, bajo el texto: “c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente”. Lo que la ley ha buscado es que el resultado final, llámese laudo, no resulte ilusorio y pueda producir todos sus efectos en la realidad.

Coincidimos con Arrarte (2011, 552) cuando señala que:

“Si bien la redacción de la norma no podría parecer lo suficientemente amplia, considero que el poder de cautela regulado en la norma, contempla los grandes rubros cautelares que otorgan al árbitro la posibilidad de dictar todo tipo de medida necesaria para asegurar la eficacia de su decisión, si tenemos en cuenta que cualquiera de ella será siempre, conservativa o innovativa, esto es, que implicará mantener el estado de cosas existente o modificarlo”.

2.2.8.3.4. Oportunidad

En cuanto a este punto, debemos señalar tres etapas del proceso arbitral, la etapa pre arbitral, etapa arbitral y etapa post arbitral.

En la etapa pre arbitral, las medidas cautelares pretendidas por las partes antes de la instalación del tribunal arbitral, deberán ser solicitadas a un juez especializado civil de la localidad donde se realizará el arbitraje, según lo prevé el numeral 4 del artículo 47 del DLA.

En la etapa arbitral, la oportunidad para solicitar medidas cautelares, según el numeral 1 del artículo 47, se dará con la constitución del tribunal arbitral, la misma que se entenderá válida cuando el árbitro único o el último de los árbitros comuniquen su aceptación, de conformidad con el numeral 2 del artículo 27.

Sobre el particular, el Castillo (2013) realiza una crítica al respecto, señalando que el hecho de que se complete la constitución del tribunal arbitral en los términos del establecidos por el numeral 2 del artículo 27, no necesariamente quiere decir que la composición del tribunal esté firme, porque contra la aceptación de los árbitros las partes aún pueden interponer un recurso de recusación; de manera que considera que debería estimarse válida la constitución del tribunal arbitral una vez vencidos los plazos para recusar a los árbitros; caso contrario, la ley estaría permitiendo que un tribunal cuestionado en su conformación conozca, resuelva y disponga lo relativo a las solicitudes cautelares que se presenten, lo que podría resultar contraproducente en el desarrollo del proceso arbitral.

En cuanto a la etapa post arbitral, las medidas cautelares solicitadas en dicho momento, no lo son en estricto, sino que por el contrario estas constituyen típicas medidas de ejecución de laudo, de conformidad con el artículo 67 de la Ley Peruana de arbitraje³⁵.

³⁵ “Artículo 67.- Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. (...)”

2.2.8.4. Procedimiento

2.2.8.4.1. Antes de la constitución del tribunal arbitral

El procedimiento para adoptar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral se encuentra previsto en los numerales cuatro y cinco del artículo 47 del DLA, que a la letra dicen:

“Artículo 47.- Medidas cautelares

(...)

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquier de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral admitirá la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar”.

En primer lugar, del análisis del numeral 4 del artículo 47, deducimos que la norma se sitúa en la etapa pre arbitral, esto es, antes de la constitución del tribunal arbitral. En esta etapa, por razones evidentes, el tribunal arbitral no se encuentra en la aptitud material para dictar medidas cautelares válidamente, aparejando así un problema para las partes. Es por ello que, en vista de dicho inconveniente, el DLA otorga al

Poder Judicial la competencia para dictar medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, las mismas que no resultarían incompatibles con el arbitraje y menos considerarse como una renuncia a la jurisdicción arbitral³⁶.

Ahora bien, de dicho análisis subyacen dos aristas importantes, primero respecto a la compatibilidad de las medidas cautelares dictadas por el Poder Judicial para luego ser introducidas en un proceso arbitral y segundo respecto a que éstas no pueden ser consideradas como renuncia al fuero arbitral.

Respecto del primer punto debemos decir que, la ley en comentario no establece expresamente la prohibición del Poder Judicial para dictar medidas cautelares; sin embargo, de la interpretación de la primera parte del numeral 4 del artículo 47 cuando señala: “Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje (...)”. De una interpretación a *contrario sensu* podemos concluir que después de constituido el tribunal arbitral, éstas medidas si resultarían incompatibles, y por lo tanto no resultarían válidas las medidas dictadas por la autoridad judicial cuando ya se encuentre en curso el proceso arbitral. Esto resulta lógico, puesto que cuando se suscribe el convenio arbitral, uno de sus efectos es la llamada “negativa de jurisdicción”, esto quiere decir que las partes han sustraído la competencia del Poder Judicial en la solución de dicha controversia, de manera que este no podría intervenir cuando el tribunal arbitral ya se encuentra instalado y expedito para conocer la causa.

En ese sentido, compartimos lo señalado por el Martín (2006: párr. 10) cuando precisa: “El juez estadual no tiene competencia para conocer el proceso principal porque las partes le han quitado la jurisdicción para dicho proceso y se la entregaron

³⁶ Artículo 18.- Renuncia al arbitraje

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia que inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.

al árbitro (...) deberá abstenerse de decretar medidas precautoria alguna por no ser la causa de su competencia”.

Respecto al segundo punto debemos señalar que, el hecho de solicitar una medida cautelar a la autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral, no puede ser interpretado como una renuncia a este. Como vemos la ley introduce esta excepción, como un supuesto de no renuncia al arbitraje. Dicha excepción se contrapone al principio de la “negativa de jurisdicción”, entendido este como el efecto derivado del convenio arbitral mediante el cual se proscribe toda intervención del Poder Judicial en el arbitraje. Esta contraposición se da porque el efecto negativo que emana del convenio arbitral no puede ser absoluto, dado que antes de constituido el tribunal arbitral resulta materialmente imposible obtener una medida cautelar urgente, de manera que resulta necesario acudir a los tribunales ordinarios para solicitar dicha medida.

En ese sentido, Calvo y Fernández (Citados por Madrid, 2007: 176) sostienen:

“(...) el efecto negativo que genera el convenio arbitral no supone una 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”.

Concluimos entonces que, el mismo DLA expone claramente en su artículo 18 los supuestos en los que se da la renuncia al arbitraje, sin considerar que la petición de medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral sea uno de estos.

Por otro lado, siguiendo con el análisis del numeral 4 del artículo 47, este dispone un plazos de caducidad de las medidas cautelares después de ejecutadas por la parte beneficiada. Ésta tiene el plazo de 10 días para iniciar el arbitraje; y si éste hubiere sido iniciado y el tribunal arbitral no se hubiere constituido en el plazo de 90 días, la medida cautelar caducará de pleno derecho.

Respecto a la falta de inicio del arbitraje, por un lado se entiende que dicho requisito depende exclusivamente de la parte beneficiada resultando ser un acto unilateral; y por otro lado, como bien enseña la doctrina procesal, una de las características de las medidas cautelares –judiciales o arbitrales- es la instrumentalidad, entonces, dado que estas medidas deben siempre estar subordinadas y puestas al servicio de un proceso principal, resultaría incongruente obtener una medida cautelar –accesoria-, sin que posteriormente se inicie un proceso arbitral –principal-, al que obligatoriamente deba estar subordinada. También consideramos que el plazo de diez días resulta razonable debido a la urgencia que exige dicha disposición.

En segundo lugar, la ley señala el plazo de 90 días hábiles para la constitución del tribunal arbitral. En estos términos encontramos dudas que surgen en torno al cumplimiento de dicha disposición. En ese sentido, como podemos apreciar, en esta disposición ya no sólo dependerá el acto unilateral de la parte beneficiada con la medida, sino que también dependerá de la otra parte en cuanto al nombramiento de su árbitro, del consenso de los árbitros para nombrar al presidente del tribunal arbitral, y por último que ninguno de estos árbitros sean objeto de recusación por las partes. Como vemos estas situaciones –que pueden resultar dilatorias- pueden derivar en complicaciones para la parte que legítimamente obtuvo la cautelar, por lo tanto consideramos que dicha disposición debe ser objeto de una revisión y mayor precisión por parte del legislador para evitar contingencias futuras en torno a este tema.

Por último, es claro que la finalidad de la norma es evitar el uso desmedido y malicioso de medidas cautelares otorgadas en sede judicial, es por eso que a nuestra consideración, independientemente de los problemas que puedan surgir en cuanto a la constitución del tribunal arbitral, los plazos dados por la ley resultan razonables, atendiendo siempre al carácter urgente de estas medidas.

Ahora bien, en segundo lugar y complementando al numeral 4 del artículo 47, el numeral 5 regula el tratamiento de las medidas cautelares otorgadas en sede judicial una vez que el tribunal arbitral ha sido constituido. Debido al marcado carácter restrictivo que el DLA le otorga a la intervención del Poder Judicial dentro del

arbitraje, es que en el presente numeral se señala que una vez constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes pueden informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión del expediente del proceso cautelar, no quedándole otra opción al Poder Judicial que remitir los actuados en el estado en que se encuentran al tribunal arbitral. De hacer caso omiso a esta solicitud la parte perjudicada podría plantear una acción de daños y perjuicios contra la autoridad reticente.

De la anterior disposición subyace un problema relacionado a la remisión por parte de la autoridad judicial a un tribunal arbitral constituido pero no instalado. Como hemos señalado anteriormente el tribunal arbitral adquiere la potestad para dictar medidas cautelares una vez instalado, puesto que ya vencieron los plazos para que los árbitros sean recusados y por consiguiente la elección quedó firme. Entonces, en el supuesto que un tribunal arbitral constituido –pero no instalado- solicita a la autoridad judicial la remisión del expediente cautelar, este podría negarse bajo el argumento de que las partes se encontrarían en un estado de indefensión pues no tendrían ante quien solicitarlas, y a su vez, de ser el caso, defenderse. Consideramos que dicha interpretación resultaría apropiada, en tanto el tribunal arbitral aún no se encuentra en la aptitud legal para emitir medidas cautelares válidamente.

Por otro lado, el referido numeral, señala que la demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. Una vez más comprendemos que el carácter restrictivo de la intervención judicial que se manifiesta en el DLA respecto de la intervención judicial, hace que la actuación del tribunal arbitral constituido, y con todas las facultades para dictar las medidas solicitadas, no esté supeditada a la demora en la remisión de los actuados por la autoridad judicial. Consideramos que es correcta dicha disposición en la medida que las actuaciones del tribunal arbitral no deben depender de la acción u omisión del Poder Judicial, debido a que su desarrollo se realiza con plena autonomía, dado que el arbitraje posee sus propias normas y principios.

Finalmente, respecto a la impugnación de una medida cautelar interpuesta en sede judicial dentro de un expediente que viene siendo tramitado por esa vía y que

posteriormente será remitido al tribunal arbitral, esta será considerada como un recurso de reconsideración interpuesto ante el mismo tribunal. Es claro que, una vez remitido el expediente cautelar al tribunal arbitral, éste adquiere competencia plena en cuanto a la revisión de la medida cautelar otorgada, y con la peculiaridad de adecuar la impugnación hecha ante la autoridad judicial como un recurso de reconsideración dentro del arbitraje. Así, La Exposición de Motivos señala que:

“(…) sea que estemos ante una solicitud de medida cautelar no resuelta o ante la apelación de una solicitud cautelar ya decidida por el Poder Judicial, corresponde a los árbitros resolver la concesión o rechazo de la medida o la apelación que esté pendiente. Así desde su instalación, el Tribunal Arbitral asume competencia plena sobre todo el caso, incluyendo los procesos cautelares que estuviesen en trámite ante el Poder Judicial”.

Consideramos correcta dicha disposición, que no hace más que reafirmar que es el tribunal arbitral quien cuenta con plenas atribuciones en lo que respecta a las medidas cautelares, y por lo tanto será éste el que decida respecto de la impugnación planteada en la vía que la antecedió.

2.2.8.4.2. Después de la constitución del tribunal arbitral

Una vez constituido el tribunal arbitral, el procedimiento resulta ser más sencillo, puesto que la parte interesada en obtener una medida cautelar podrá solicitarla ante el tribunal arbitral, el mismo que ya se encuentra en aptitud legal y material para dictar dicha medida.

Sin embargo, consideramos que en esta etapa las partes deben tener en claro en qué momento el tribunal arbitral adquiere la potestad cautelar. Surge entonces la interrogante ¿Los árbitros adquieren la potestad para dictar medidas cautelares al momento de la constitución del tribunal arbitral o cuando el tribunal arbitral ya se encuentre instalado?

Por un lado, debemos señalar que de conformidad con el numeral 2 del artículo 27, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido una vez que el árbitro único o el último de los árbitros acepte la designación como tal. Sin embargo, no

podríamos considerar que la designación del tribunal arbitral es firme, puesto que aún las partes pueden interponer recurso de recusación contra alguno de los árbitros. Consecuentemente, la petición de una medida cautelar ante un tribunal arbitral que podría ser cuestionado en su conformación, no resultaría conveniente para el normal desarrollo del arbitraje.

Por otro lado, la instalación del tribunal arbitral implica que se ha llevado a cabo una audiencia donde se establecen las reglas del proceso. Se entiende que dicha audiencia se realiza una vez que la designación del tribunal arbitral ha quedado firme, puesto que ya vencieron los plazos para interponer cualquier recurso de reconsideración, de manera que no existiría ningún problema en que ese tribunal arbitral designado dictara medidas cautelares solicitadas por las partes.

En conclusión consideramos que el tribunal arbitral adquiere el poder para dictar medidas cautelares una vez instalado el tribunal arbitral. Reforzando nuestra posición el Madrid (2007: 177) señala:

“(…) 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”.

Ahora bien, ya teniendo claro en qué momento se pueden solicitar medidas cautelares ante el tribunal arbitral, consideramos relevante mencionar un aspecto importante que también tienen relación directa con la constitución del tribunal arbitral, esto es, la variación de las medidas cautelares. Es así que, los numerales 6 y 7³⁷ del

³⁷ Artículo 47.- Medidas Cautelares
(…)

6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

artículo 47 del DLA regulan dicha situación. En primer lugar el numeral 6 reafirma la competencia arbitral exclusiva para modificar, sustituir o dejar sin efecto las medidas cautelares adoptadas por el tribunal arbitral, e inclusive a las que han sido dictadas por la autoridad judicial y luego traídas al proceso arbitral; siendo suficiente que las partes comuniquen la variación de la situación de hecho o de derecho que justificó el otorgamiento de la medida cautelar. En segundo lugar, el artículo 7, también ratifica la amplia competencia de los árbitros una vez constituido el tribunal arbitral, pudiendo este de oficio solicitar a las partes información sobre la situación de hecho o de derecho que sustentó el pedido cautelar, a fin de que se mantenga la medida, o por el contrario, modificarla o dejarla sin efecto, si dicha situación también lo amerita.

2.2.8.5. Finalidad de las medidas cautelares arbitrales

La finalidad de las medidas cautelares puede ser enfocada desde dos perspectivas distintas, la primera desde el punto de vista genérico, esto es, analizar su finalidad a la luz de la doctrina procesal que la inspira; y por otro lado, desde una perspectiva específica, esto es, conforme a los fines que persigue el proceso arbitral.

Enfocándonos en la primera perspectiva, consideramos importante lo señalado por la Ariano (2006: 88) cuando se refiere a la finalidad de las medidas cautelares: "(...) la tutela cautelar tiene por finalidad asegurar la efectividad del resultado del proceso arbitral, a fin de que este sea un efectivo instrumento de tutela (o, si se prefiere, de "resolución de una controversia)".

A su vez, el profesor Monroy (Citado por Simons, 2002: 158) coincide con lo anteriormente señalado, en tanto afirma que la finalidad concreta de las medidas cautelares se encuentra destinada a impedir que el fallo definitivo devenga en inejecutable o ilusorio. Asimismo la profesora Ledesma (2013: 32) afirma que: "El transcurso del tiempo entre la demanda y la sentencia justifica la adopción de las medidas cautelares a fin de evitar que el reconocimiento del derecho contenido en la sentencia se torne ilusorio por la imposibilidad de hacerlo efectivo".

7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

Podemos concluir entonces que la finalidad de las medidas cautelares en sede arbitral, es la misma que cualquier medida cautelar, esto es, el aseguramiento de la eficacia del laudo arbitral.

Por otro lado, debemos analizar cuál es la finalidad específica que nuestra Ley Peruana de Arbitraje persigue otorgando a los árbitros la potestad para dictar medidas cautelares. Para estos efectos debemos analizar el numeral 2 del artículo 47, cuando señala que:

“Artículo 47: Medidas cautelares

(...)

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

- a) Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia.
- b) Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de realizar ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo del proceso arbitral.
- c) Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente.

Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

Del texto antes mencionado podemos señalar que los fines que persiguen las medidas cautelares previstas en nuestra Ley Peruana de Arbitraje se condicen con las notas comunes que los doctrinarios le asignan a la conceptualización de las medidas cautelares arbitrales, que a saber son: la prevención del daño que puede surgir por la demora de un proceso, asegurar bienes o pruebas o mantener

situaciones de hecho, salvaguardar derechos que están siendo demandados y asegurar el cumplimiento de la decisión final.

En la misma línea Madrid (2007: 178) sostiene:

“(…) los fines de las medidas cautelares confluyen en tres ideas básicas: 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 corresponde 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”.

Consideramos relevante hacer notar que, en cuanto a la finalidad de las medidas cautelares arbitrales destinada a preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia, esta no le es propia, puesto que se recoge del ordenamiento procesal como prueba anticipada³⁸. Esta inclusión³⁹, a pesar de que se considere que existe una intervención de normas procesales civiles en el arbitraje, resulta de suma importancia, ya que de no haber sido incluida tendríamos que recurrir al poder judicial en busca de una medida de esa naturaleza, lo que resultaría perjudicial para el proceso arbitral puesto que impediría la

³⁸ Artículo 284 CPC.- Disposición general.

Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes de inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada.

³⁹ Extrapolada a nuestra ley del literal d. del inciso 2 del artículo 17 de la Ley Modelo de UNCITRAL:

“Artículo 17.- Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares

(…)

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes que:

(…)

e. Preserve elementos que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

inmediación y concentración, imprescindibles para un adecuado conocimiento y solución de la controversia (Arrarte, 2011: 552).

2.3. EL PROCEDIMIENTO DE ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Situémonos en los siguientes escenarios:

Una parte considera que la otra ha incumplido con el contrato y amenaza con ejecutar una carta fianza. ¿Cómo evito la ejecución de las cartas fianza hasta que se decida la controversia?, si inicio el arbitraje ¿Cuánto tiempo tomaría obtener la medida en el Poder Judicial?

Como segundo caso, una parte amenaza con paralizar las obras hasta que no le concedan las ampliaciones de plazo y los adicionales que ha solicitado. ¿Cómo evito que paralice la obra hasta que se decida la controversia?, si inicio el arbitraje ¿obtendré a tiempo la medida?

Finalmente, en un tercer caso las partes de un convenio de accionistas incluyeron en su acuerdo una cláusula de confidencialidad que contenía la obligación de mantener confidencial cualquier disputa o discrepancia entre ellas. Ha surgido una discrepancia entre las partes y una de ellas, estratégicamente, ha comenzado a ventilar públicamente la disputa causando daño a la empresa –de la que ambos son accionistas- y naturalmente a su contraparte. ¿Cómo logro que se deje violar la confidencialidad hasta que se resuelva la disputa? ¿Inicio un arbitraje? ¿O mejor solicito una medida al Poder Judicial? (Ezcurra y Olortegui, 2013: 98)

Tenemos que en los tres escenarios, se hace indispensable para los actores obtener una medida que permita evitar la pérdida irreparable de sus derechos. Lo primordial sería solicitar dicha medida ante el Tribunal Arbitral, sin embargo este aún no se encuentra en la aptitud material para dictarla. La otra solución, es acudir al Poder Judicial –rol subsidiario- en busca de dicha medida. Sin embargo, como hemos demostrado, la labor del Poder Judicial se torna ineficiente cuando se trata de dar una respuesta ágil y celeridad. La consecuencia de esto, la pérdida inexorable de derechos en los tres escenarios. ¿Acaso no existe una mejor opción?

Advertida tal situación, resulta imperativo prestar atención a la experiencia internacional, a sus avances normativos y jurisprudenciales, para así encontrar una herramienta eficiente que nos permita cautelar rápidamente nuestros derechos y a la sustituir la labor del Poder Judicial en el dictado de medidas cautelares arbitrales anticipadas. Dicha búsqueda se justifica en la siguiente premisa: el desarrollo del arbitraje peruano responde al desarrollo del arbitraje comercial internacional, dada su fuerte influencia de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Hablamos del Procedimiento de Árbitro de emergencia, el cual, como veremos a continuación, nos ofrecerá una respuesta ágil y especializada ante la necesidad urgente de tutela en el marco de un procedimiento arbitral. En esa medida, nos atrevemos a aseverar que dicho mecanismo resultará más eficiente y a la vez resaltará los principales atributos del arbitraje: autonomía, independencia, flexibilidad y especialización; y no sólo eso, también llegaremos a posicionarnos como una sede de arbitraje mundial.

2.3.1. El procedimiento de “Árbitro de Emergencia”⁴⁰

Dada la problemática antes planteada⁴¹ y específicamente la situación en que las partes necesitan una medida con suma urgencia, y resultando perjudicial aguardar la instalación del tribunal arbitral, el procedimiento de árbitro de emergencia otorga una solución bastante práctica que, de lejos, supera la intervención subsidiaria del Poder Judicial.

⁴⁰ Son diversas las instituciones arbitrales que regulan estos procedimientos, tales como la SIAC, HKIAC, AAA, entre otras; sin embargo, realizaremos nuestra propuesta sobre la base de la normativa de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), dada su antigüedad, prestigio e importancia a nivel internacional; atributos que le sirvieron para llegar a ser reconocido por la ONU con el rango de organismo consultivo del más alto nivel. Una reseña completa sobre su labor la podemos encontrar en <http://www.iccspain.org/>.

⁴¹ Esta problemática no es nueva. En 1990, la Cámara de Comercio Internacional intentó brindar a sus administrados un mecanismo efectivo para solucionar esta clase de situaciones. Con ese objetivo desarrolló el *Pre Arbitral Referee Procedure*. Este procedimiento permite la designación inmediata de una persona conocida como “Réferi”, quien tiene el poder para emitir ciertas órdenes antes de que dicho caso sea conocido por un tribunal arbitral o la jurisdicción nacional competente. Sin embargo, debido a que dichas reglas no estaban incorporadas en el cuerpo principal de su reglamento y, además, exigían el pacto expreso de las partes para su aplicación –sistema *opt in*–, ello determinó que el mecanismo fuera usado sólo 12 veces desde 1990 hasta 2012. (MIRÓ, 2013: 37-56)

El procedimiento de árbitro de emergencia es un procedimiento contradictorio breve cuya mecánica es la siguiente: una vez dada la situación de urgencia y ante la ausencia de un tribunal ante quien solicitar una medida cautelar anticipada, la parte interesada solicitará dicha medida al centro de arbitraje elegido por las partes, a su vez dicha institución, designará un árbitro denominado “árbitro de emergencia”, quien se avocará exclusivamente al conocimiento de dicha solicitud y en un plazo reducido emitirá su decisión, ya sea concediéndola o denegándola.

De esta definición propuesta, se pueden apreciar sus presupuestos, tales como la urgencia con la que se necesita la medida y la imposibilidad de esperar a que el tribunal arbitral se instale, asimismo también podemos apreciar la figura del árbitro de emergencia, quien asumirá un rol protagónico en este procedimiento, avocándose al conocimiento de la solicitud y emitiendo una decisión muy expeditiva.

Dicho esto, y a fin de tener una visión integral del procedimiento, desarrollaremos sus principales conceptos y conoceremos sus ventajas.

2.3.1.1. El Árbitro de Emergencia

El árbitro de emergencia, es aquel a quien corresponde actuar para resolver un procedimiento de adopción de medidas cautelares urgentes, su actuación surge de la necesidad de obtener medidas con suma urgencia, de manera rápida y efectiva, cuando estemos ante situaciones que hagan impensable esperar a que el tribunal arbitral se instale. Es por esa función que el árbitro de emergencia surge como una figura novedosa que otorga un mayor valor agregado al arbitraje (Cortes citado por Betancourt, 2014: 30).

En opinión de Cortes (Citado por Betancourt, 2014: 31):

“Dicho árbitro no dista mucho de la figura del árbitro que se avocará al conocimiento del fondo de la controversia de un procedimiento arbitral, por el contrario posee todas las facultades que a este se le otorga, con la diferencia que su actuación será provisional y perentoria, circunscrita a conocer y resolver el asunto puntual y previo al proceso, como lo es determinar un medio

de tutela urgente “*que no puede supeditarse a la instalación del Tribunal Arbitral*”.

Aunado a ello, también debemos reconocer que el árbitro de emergencia posee una característica distinta a la de los otros árbitros, hablamos de la rapidez con la que debe tomar sus decisiones, dada la naturaleza urgente de esta medida, la misma que puede resultar determinante en el procedimiento arbitral en ciernes.

En cuanto a su designación, primero tenemos que la misma debe realizarse por la institución arbitral⁴² que dirigirá el arbitraje y con la rapidez necesaria, en consonancia con la necesidad de tutela urgente de la parte solicitante. De manera que, consideramos propicia la propuesta de la CCI al señalar que el plazo para designar al árbitro de emergencia será de 2 días desde que la Secretaría ha recibido la solicitud⁴³. Consideramos que un plazo mayor, debilitaría la eficacia del procedimiento, no olvidemos que estamos ante una situación de urgencia. Asimismo, debemos recalcar que no sólo es importante la rápida designación del árbitro de emergencia, sino que su elección debe obedecer a su especialidad, experiencia e inmediata disponibilidad (Ezcurra y Olortegui, 2013: 100).

Realizada su designación, el árbitro de emergencia contará con absoluta discrecionalidad para que defina como conducirá el procedimiento, así tendrá la potestad de decidir sobre la necesidad de escuchar a las partes a fin de emitir su decisión, o si solamente lo hará sobre la base de las pruebas y los documentos presentados. Sin lugar a dudas, esto denota la flexibilidad de este procedimiento, haciéndolo más eficiente.

Al igual que un tribunal arbitral ordinario, el árbitro de emergencia deberá ser notificado de la obligación de confidencialidad que asume al momento de aceptar su designación. De esta forma, el árbitro de emergencia podrá ser encontrado tanto civil como, en su caso, penalmente responsable en caso violase su obligación de

⁴² El procedimiento de árbitro de emergencia está pensando principalmente para arbitrajes institucionales, sin embargo en el caso de los arbitrajes Ad Hoc será la cámara de comercio de la localidad del arbitraje la que designe al árbitro de emergencia.

⁴³ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 2(1).

confidencialidad (Ezcurra y Olortegui, 2013: 102). Asimismo se encuentra obligado a efectuar todas la revelaciones necesarias de las circunstancias que puedan hacer dudar de su imparcialidad e independencia, pues como señala Fernández (2014: 200) “el deber de revelar⁴⁴ es fundamentalmente una obligación ética y las normas de ética profesional, entendidas como normas de orden moral que deben guiar la actuación del operario jurídico, adquieren especial importancia tratándose del ejercicio de la actividad arbitral”.

Respecto a la actuación del árbitro de emergencia, debemos señalar que ésta será automática, esto es, no será necesario que las partes pacten de manera expresa su aplicación; por el contrario, si las partes no desean hacer uso de este procedimiento deberán excluirlo mediante un pacto expreso. Este sistema es conocido como aplicación por default u “opt-out”, y resulta idóneo para que el procedimiento de árbitro de emergencia sea conocido y usado. Este sistema fue pensado a partir de la experiencia del “*Pre Arbitral Referee Procedure*” y su sistema “opt-in” -eran las partes las que debían pactar expresamente su aplicación-, puesto que debido a su poca difusión resultaba desconocido para las partes y por consiguiente sólo fue aplicado muy pocas veces.

Finalmente, otro asunto importante que se desprende, es el momento en que será aplicado el procedimiento. Existen dos posturas al respecto, por un lado diversas instituciones arbitrales prevén que la aplicación del procedimiento se dará con la presentación conjunta de la solicitud de arbitraje. Por otro lado, instituciones arbitrales tales como la CCI, prevén que el procedimiento podrá ser aplicado antes de la presentación de la solicitud de arbitraje, otorgando el plazo de 10 días para que esta sea presentada⁴⁵. Consideramos que la postura de la CCI resulta la más apropiada, puesto que es consistente con el procedimiento de árbitro de emergencia, ya que muchas veces dada la suma urgencia con la que la medida debe ser tomada, las partes se concentran en justificar debidamente la solicitud que satisfaga sus

⁴⁴ Esta obligación de revelar se encuentra recogida en el artículo 12.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL, y hoy en día ha tomado relevancia al estar estrechamente relacionado con el principio de la buena fe.

⁴⁵ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 1(6).

necesidades, y posteriormente sus esfuerzos se concentraran en presentar la solicitud para que sea resuelta la controversia de fondo.

2.3.1.2. Las decisiones

La decisión del árbitro de emergencia, es una decisión razonada, motivada y emitida con plena autonomía y conocimiento sobre la solicitud de una de las partes de una medida cautelar ante causam, ya sea estimándola o desestimándola según su criterio, y cuya finalidad es la eficacia de la decisión final.

En cuanto a la motivación de la decisión, consideramos que necesariamente debe contener aspectos relevantes tales como, la efectiva concurrencia de los presupuestos, requisitos y circunstancias que permiten la adopción y seguimiento del procedimiento de árbitro de emergencia, para así justificar por qué fue estimada o desestimada la solicitud presentada.

Ahora bien, respecto a la naturaleza de la decisiones que emite el árbitro de emergencia, la doctrina no es pacífica, puesto que algunos señalan que estamos ante una “orden”, y otros que estamos ante un “laudo”. Más allá del *nomen iuris* que se le pueda asignar, lo relevante en este punto se refiere a que existen diferencias entre “orden”⁴⁶ y laudo”, siendo las más importantes relacionadas con su ejecutabilidad.

Por ejemplo, la Convención de Nueva York, instrumento normativo más importante relacionado con el reconocimiento y ejecución de laudos, establece en su artículo I(1):

“Artículo I.

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también las sentencias arbitrales que no sean consideradas como

⁴⁶ La CCI señala en su artículo 6(1) que la decisión del árbitro de emergencia será dictada en forma de “orden”.

sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”.

Como podemos apreciar, en ningún lugar se aprecia que dicho instrumento señale una “orden” pueda ser reconocida y ejecutada, por el contrario solamente se refiere a “laudos”. Aunado a ello, la mayoría de autores considera que sólo laudos finales han de ser considerados como “laudos” para efectos de la Convención de Nueva York (Ezcurra y Olortegui, 2013: 103).

Sin embargo, tal como comenta Fry:

“(…) algunos reglamentos de arbitraje le confieren la facultad a los árbitros de emergencia de poder “laudar” medidas de emergencia, garantizando, de esta forma, la ejecutabilidad de sus decisiones. Sin embargo, esta solución no es una panacea para los problemas (...) porque (...) dicha clasificación no es dispositiva. Son las cortes nacionales quienes, en última instancia, decidirán si dicha “interim measure” es un “laudo” para los propósitos de declarar su nulidad o declarar el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero” (Citado por Ezcurra y Olortegui, 2013: 103).

De manera que, será la jurisdicción ordinaria la que finalmente resuelva esta controversia. Consideramos que las cortes nacionales deben tomar una posición pro arbitraje, puesto que independientemente de la denominación de “orden” o “laudo”, se debe tener primero en cuenta si fue dada según el procedimiento correspondiente y bajo el consentimiento de las partes, para que así no quepa dudas de su legitimidad y no pierda su eficacia.

Otro punto importante vinculado a la ejecutabilidad de la decisión del árbitro de emergencia, se refiere a su obligatoriedad. Se entiende que las partes al someterse al procedimiento, se obligan a cumplir voluntariamente las decisiones emitidas por el árbitro de emergencia, por lo tanto podría realizarse una aplicación directa de la misma. Sin embargo, el problema surge cuando las partes se muestran renuentes a cumplir con la decisión. En este caso, consideramos que se debe recurrir al Poder Judicial para que, en aplicación de su rol complementario, asista al tribunal arbitral a

fin de que se dicha decisión pueda ser ejecutada mediante el uso de la fuerza, y así cumplir eficazmente su cometido.

Consideramos necesario mencionar tres características importante de las decisiones emitidas por el árbitro de emergencia: celeridad, temporalidad y que no implica un prejujuamiento. La decisión del árbitro de emergencia se realiza con suma rapidez y en un tiempo mucho menor al que le tomaría esperar la instalación del tribunal arbitral, dicha celeridad está relacionada estrechamente con la disponibilidad, la diligencia y confiabilidad de los árbitros (Rivera, 2014: 172). Por otro lado, las decisiones tienen carácter temporal cuya vigencia es limitada y dependerán de la posición que el tribunal arbitral asuma frente a éstas una vez sea constituido, lo que resulta ser una garantía para las partes, en la medida que será su juez natural, quien decidirá si se mantienen, modifican, restringen o levantan (Rivera, 2014: 172). Finalmente, la decisión adoptada no implica un prejujuamiento de la cuestión de fondo, por cuanto será el tribunal arbitral quien decida la controversia mediante el laudo arbitral.

2.3.1.3. Etapas

La primera etapa del procedimiento (Día 1), corresponde a la petición de las partes de una medida de emergencia ante el centro de arbitraje. Dicha petición debe contener los siguientes requisitos⁴⁷:

- a) El nombre completo, descripción, dirección y otra información del contacto de cada una de las partes.
- b) El nombre, dirección y otra información de contacto de toda persona que represente al peticionario.
- c) Una descripción de las circunstancias que ha dado origen a la petición y de la controversia subyacente sometida o a ser sometida a arbitraje.
- d) Una indicación de las medidas de emergencia solicitadas.

⁴⁷ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 1(3).

- e) Las razones por las cuales el peticionario necesita medidas provisionales o conservatorias urgentes que no pueden esperar hasta la constitución del tribunal arbitral.
- f) Cualquier convenio pertinente y, en particular, el acuerdo de arbitraje.
- g) Cualquier acuerdo sobre la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables o el idioma del arbitraje.
- h) Cualquier acuerdo sobre la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables o el idioma del arbitraje.
- i) Prueba del pago correspondiente.
- j) Cualquier solicitud de arbitraje y cualquier otro escrito en relación a la disputa subyacente, que haya sido presentado a la Secretaría por cualquiera de las partes en el procedimiento del árbitro de emergencia anteriores a la presentación de la petición. El peticionario podrá presentar con la petición cualquier documento o información que considere apropiado o que pueda contribuir al examen eficiente de la petición.

En la segunda etapa (Día 3), el centro de arbitraje nombrará al árbitro de emergencia⁴⁸, quien se avocará al conocimiento de la petición. Como mencionamos anteriormente, dicha designación obedecerá a la especialidad y experiencia que posea dicho árbitro sobre la materia de la petición. Una vez nombrado el árbitro de emergencia, la secretaría lo notificará a las partes y entregará el expediente al árbitro de emergencia para su análisis. A partir de ese momento, todas las comunicaciones escritas de las partes deberán ser dirigidas al árbitro de emergencia con copia a la otra parte y a la secretaría. Asimismo deberá enviarse copia a la secretaría de las comunicaciones dirigidas por el árbitro de emergencia a las partes⁴⁹. Asimismo, en esta etapa, el árbitro de emergencia suscribirá una declaración de aceptación, disponibilidad, imparcialidad e independencia, expresando las incompatibilidades o

⁴⁸ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 2(1).

⁴⁹ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 2(3).

pleitos pendientes relacionados con la causa bajo responsabilidad. Dicha declaración será enviada por la secretaría a las partes⁵⁰.

En la tercera etapa (Día 6), el árbitro de emergencia trasladará la petición a la parte contraria con la finalidad de que esta se pronuncie respecto a la solicitud planteada otorgándole un plazo de 3 días contados a partir del día siguiente de la notificación, salvo la parte peticionante fundamente que de ser trasladada dicha petición, la decisión del árbitro de emergencia pudiera resultar inútil. El árbitro de emergencia deberá conducir el procedimiento de la manera que considere apropiada, tomando en consideración la naturaleza y la urgencia de la petición, asimismo su actuación deberá ser justa e imparcial en todo momento y se asegurará de que cada parte tenga una oportunidad razonable para presentar su caso⁵¹.

En la cuarta etapa (Día 10), una vez absuelto el traslado de la petición, el árbitro de emergencia tendrá el plazo de 5 días para emitir su decisión, ya sea estimando o desestimando. Dicha decisión será hecha por escrito y deberá contener las razones en las que se basa, estará fechada y firmada⁵². Las partes sólo podrán interponer recurso de reconsideración contra la decisión del árbitro de emergencia ante el Tribunal Arbitral instalado.

Finalmente, en la quinta etapa (Día 10), tendremos la decisión del árbitro de emergencia, estimando o desestimando la solicitud de una medida cautelar urgente.

Es importante mencionar que, una vez emitida la decisión, la parte beneficiada deberá presentar la demanda arbitral en el plazo de 10 días, o de haberse presente y no se instale el tribunal arbitral en el plazo de 90 días, la medida otorgada caducará.

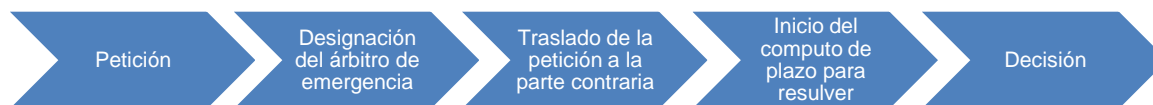
El gráfico que presentamos a continuación, nos podrá ayudar a apreciar mejor los plazos del procedimiento:

⁵⁰ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 2(5).

⁵¹ Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 5(2).

⁵² Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice V. Artículo 6(3).

Etapa I: Día 1	Etapa II: Día 3	Etapa III: Día 6	Etapa IV: Día 10	Etapa V: Día 15
---------------------------------	----------------------------------	-----------------------------------	-----------------------------------	----------------------------------



2.3.1.4. Ventajas

Son diversas las ventajas que ofrece el procedimiento de árbitro de emergencia, siendo las más importantes las siguientes:

- Dota de mayor autonomía e independencia al arbitraje comercial en nuestro país, en la medida que reduce aún más la intervención del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales.
- Aplicando el procedimiento de árbitro de emergencia, se aleja a las partes de las deficiencias demostradas del Poder Judicial: Elevada carga procesal, falta de celeridad y falta de especialización de los jueces.
- Estamos ante un procedimiento especializado, puesto que los árbitros de emergencia que se abocaran al conocimiento de la medida solicitada poseen amplia experiencia y conocimiento sobre las materias discutidas.
- La principal ventaja de este procedimiento es su celeridad, dado que, a partir de la recepción del expediente por el árbitro de emergencia, este emitirá su decisión en el plazo de 15 días, lo que se condice con la naturaleza y urgencia de la petición.
- Con este procedimiento, el arbitraje en nuestro país le seguirá los pasos al desarrollo del arbitraje internacional, logrando así, consolidarse aún más como una sede arbitral internacional moderna.



CAPITULO III: DISEÑO METODOLÓGICO

3.1. Tipo de Investigación

La presente investigación se realizó en base a una investigación cualitativa, que se refiere al método de investigación usado principalmente en las ciencias sociales, como el Derecho, con la que se buscó identificar la naturaleza profunda de las realidades o del problema a tratar.

Lo que se pretendió con esta investigación es explicar minuciosamente cada punto controvertido, realizándose una búsqueda bibliográfica de todas las características esenciales del tema y estableciéndose relaciones teórico-doctrinarias cuyo propósito fue explorar las relaciones sociales y describir la realidad materia de la investigación.

Esta investigación cualitativa requirió de un profundo análisis y entendimiento del comportamiento humano y su evolución en el plano social, más aún si se trata de un tema innovador en el campo del derecho, como el que estamos

presentando, en donde es necesario conocer las razones que lo gobiernan, por lo que fue básico llegar a dilucidar la pregunta planteada al principio de la investigación integrando en el proceso de desarrollo todos los recursos necesarios.

Además, se efectuó el análisis detallado de cada uno de las teorías que sustentan a nuestras variables. En consecuencia utilizamos el análisis y la síntesis como procedimientos; y como técnicas, a la observación indirecta y el fichaje con fichas bibliográficas, textuales y de resumen, que permitió recoger, organizar y presentar la información extraída de las fuentes primarias.

3.2. Abordaje metodológico

La investigación fue abordada desde una metodología jurídica, con fuentes de derecho, doctrina y jurisprudencia. Consideramos prudente este abordaje porque nos permitió sustentar de manera coherente e integral nuestro tema de investigación. Además es pertinente señalar que, en estricto, es la doctrina la que ha aportado los elementos más importantes para la consolidación del presente estudio.

Otro aspecto que no queremos dejar pasar es que en el marco conceptual hemos abordado la temática con el método inductivo (de lo sencillo a lo complejo).

3.3. Escenario

El escenario donde actuaron nuestros sujetos de estudio es la sociedad (espacio organizado).

3.4. Instrumentos de recolección de datos

- Fichas bibliográficas
- Fichas de resumen
- Fichas de análisis y comentarios de documentos.

3.5. Procedimientos

En los procedimientos para la recolección de datos hubo una interacción con los instrumentos. A través de las fichas bibliográficas se realizó una selección rigurosa de las fuentes bibliográficas.

Con las fichas resumen seleccionamos las ideas principales y relevantes de las fuentes y las fichas de análisis nos permitió esclarecer los puntos de vista, registrar la interpretación, las inferencias y la crítica a la información.

3.6. Análisis de datos

El uso del análisis cualitativo nos permitió conocer la situación real de como interviene desmedidamente el Poder Judicial en el arbitraje. Así, realizamos el análisis de documentos haciendo uso del abordaje metodológico (metodología jurídica).

El tratamiento documental significa extracción científico-informativa, una extracción que se propone ser un reflejo objetivo de la fuente original, pero que soslaya los nuevos mensajes subyacentes en el documento.

3.7. Criterios Éticos

La presente investigación se realizó con el debido respeto a la propiedad intelectual, citando debidamente a los autores que han servido de base para la realización y culminación de éste proyecto.

3.8. Criterios de rigor científico

- Sustentación legislativa y doctrinaria en la solución al problema.
- Nuestra investigación cuenta con un objeto de estudio reconocible.
- La investigación tiene un enfoque científico – humanista de manera implícita.





CAPITULO IV: DISCUSIÓN, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 Discusión

Quisiéramos iniciar la discusión con una interrogante ¿El arbitraje comercial en nuestro país está perdiendo autonomía?

Antes de responder a tal interrogante, debemos mencionar que la autonomía del arbitraje comercial en nuestro país está plenamente reconocida. La Constitución, la jurisprudencia y los legisladores al concederle un cuerpo normativo propio, cada uno en buena medida, reconocen su independencia, creando una barrera hermética frente a todo tipo de intervención ajena a su competencia. Asimismo, el arbitraje comercial cuenta con principios y características propias, los que hacen de este una herramienta eficaz para enfrentar cualquier controversia que se le plantee. En suma, contamos en nuestro país con una herramienta autónoma y eficiente, favoreciendo esto en gran medida la llegada de los inversionistas a nuestro país.

Sin embargo, habiendo analizado la colaboración subsidiaria del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales, hemos llegado a la conclusión de que el arbitraje en nuestro país está perdiendo autonomía, pues trae consigo deficiencias como la

congestión de causas judiciales, la excesiva demora en el trámite, la falta de especialización de los, factores que en su conjunto se traducen en la desconfianza generalizada de la sociedad ⁵³.

Así, la presente discusión, se centra en analizar si resulta necesario eliminar el rol subsidiario del Poder Judicial en el arbitraje comercial peruano en pos de incrementar su autonomía.

Hemos mencionado que la justificación de la intervención subsidiaria del Poder Judicial en el arbitraje se encuentra en la falta de aptitud legal o material de los árbitros para decidir determinados actos arbitrales. Dicho esto, se tiene que las razones que promueven la aplicación del rol subsidiario en el arbitraje son dos: a) que la ley no le haya otorgado la facultad a los árbitros de dictar medidas cautelares, y b) que el tribunal arbitral no se encuentre constituido, resultando imposible solicitar la medida dentro del procedimiento arbitral.

En cuanto a la primera razón, esta no resulta ser el fundamento de la aplicación del rol subsidiario en nuestro país, puesto que el numeral 1 artículo 47 de la Ley Peruana de arbitraje, le otorga plenas facultades a los árbitros para dictar medidas cautelares, no existiendo limitación legal alguna en ese sentido.

Lo contrario sucede con la segunda razón expuesta, ya que esta constituye el real fundamento del rol subsidiario del Poder Judicial en nuestro país. Cuando surge la necesidad de obtener una medida cautelar urgente y el tribunal arbitral aún no se encuentra debidamente instalado - aptitud material -, en aplicación del rol subsidiario tenemos que recurrir a la administración de justicia estatal a fin de que nos otorgue la medida. Así lo contempla el numeral 2 del artículo 8 y el numeral 4 del artículo 47 de nuestra Ley Peruana de Arbitraje:

“Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial.

(...)

⁵³ No encontramos inconvenientes con los roles complementario y revisor del Poder Judicial porque estos son aplicados *ex post* el procedimiento arbitral, no interviniendo en él durante su desarrollo.

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el Juez sub-especializado en lo comercial o, en su defecto, el Juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Adicionalmente, la norma refiere en los numerales 4 al 6 del artículo 47° la remisión del expediente cautelar promovido ante el Poder Judicial una vez constituido el Tribunal arbitral. Sin embargo, eso no responde a la necesidad de regular las medidas cautelares anticipadas a la constitución del Tribunal arbitral”.

“Artículo 47.- Medidas cautelares:

(...)

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. (...)”

Dicha intervención pareciera justificarse y resultar ser la mejor solución al problema planteado; sin embargo, debemos detenernos y analizar con mayor detenimiento las implicancias de que una autoridad judicial dicte una medida cautelar con la lógica procesal civil y esta ingrese al procedimiento arbitral.

¿Qué trae consigo esta intervención judicial?

- Disminución de la autonomía e independencia arbitral.
- Ingresar a una jurisdicción atiborrada de carga procesal, cuya consecuencia es la baja calidad de sus pronunciamientos.
- Excesiva demora en el trámite de una solicitud cautelar, haciendo ineficaz el pedido.
- Falta de predictibilidad en sus decisiones, por cuanto los jueces poseen un escaso conocimiento de las normas arbitrales.
- Esta práctica terminaría perjudicando el clima de negocios, el tráfico comercial y al sistema jurídico en conjunto, mermando la seguridad jurídica y la predictibilidad que supone un sistema arbitral consolidado a partir de buenas prácticas, que inciden favorablemente en el contexto comercial de un país y creando condiciones perversas que hacen que a la larga sea cada vez más difícil que el Perú se pueda convertir en una plaza importante para la práctica de arbitrajes internacionales.

Dadas estas consecuencias negativas, consideramos que, el rol subsidiario del Poder Judicial en el arbitraje debe ser eliminado en pos de un incremento en la autonomía arbitral. Siendo las principales razones las siguientes:

- Debemos siempre tener presente que el arbitraje es una institución autónoma e independiente, con normas, reglas y principios propios.
- No podemos permitir que, intervenciones como la del Poder Judicial, anquilosen y obstruyan el desarrollo del arbitraje en nuestro país, por el contrario debemos tener procedimientos que hagan del arbitraje una institución eficiente que pueda hacer frente a cualquier controversia que se le plantea.
- El arbitraje en nuestro país tiene como principal referente al arbitraje internacional, y es donde debemos buscar soluciones más eficientes que contribuyan para que nuestro arbitraje sea aun más autónomo, consolidándolo como una sede internacional de arbitraje al más alto nivel.
- Se debe favorecer la llegada de nuevos inversionistas a nuestro país, ofreciéndoles, en materia de solución de controversias, mecanismos modernos, céleres y especializados, con la finalidad de que en la eventualidad de que surja alguna controversia, esta sea dilucidada de manera eficiente.

Entonces, ¿De qué manera podemos hacer al arbitraje más autónomo en nuestro país?

Debemos partir de la siguiente premisa: el arbitraje peruano es producto de la fuerte influencia del arbitraje internacional y su desarrollo responde también a este. Entonces ahí es donde debemos encontrar una mejor solución al problema que hoy en día se presente en el procedimiento cautelar arbitral.

Así, los avances en materia arbitral internacional, nos traen un procedimiento mucho más eficiente que dotará de mayor autonomía al arbitraje y resaltarán sus principales atributos, tales como su autonomía, flexibilidad y especialización; y no sólo eso, también llegaremos a posicionarnos como una sede de arbitraje mundial.

Hablamos del Procedimiento de Árbitro de Emergencia, el cual consiste en que, una vez dada la situación de urgencia y ante la ausencia de un tribunal ante quien solicitar una medida cautelar anticipada, la parte interesada solicitará dicha medida al centro de arbitraje elegido por las partes, a su vez dicha institución, designará un árbitro denominado “árbitro de emergencia”, quien se avocará exclusivamente al conocimiento de dicha solicitud y en un plazo reducido emitirá su decisión, ya sea concediéndola o denegándola.

Así, con la actuación del árbitro de emergencia lograremos la eliminación del rol subsidiario del Poder Judicial en el procedimiento arbitral e incrementaremos la autonomía del arbitraje comercial.

Por último es importante destacar las principales ventajas del que ofrece el Procedimiento de Arbitro de Emergencia:

- Aplicando el procedimiento de árbitro de emergencia, las partes no tendrán que recurrir al Poder Judicial en busca de una medida cautelar ante causam urgente, evitando sumergirse en su problemática
- Dota de mayor autonomía e independencia al arbitraje, en la medida que serán aplicadas normas arbitrales propias.
- Estamos ante un procedimiento especializado, puesto que los árbitros de emergencia que se abocaran al conocimiento de la medida solicitada poseen amplia experiencia y conocimiento sobre las materias discutidas.
- La principal ventaja de este procedimiento es su celeridad, dado que, a partir de la recepción del expediente por el árbitro de emergencia, este emitirá su decisión en el plazo de 15 días, en consonancia con la naturaleza y urgencia de la petición

4.2 Conclusiones:

1. Los presupuestos que sustentan la implementación del procedimiento de árbitro de emergencia son la excesiva carga procesal del Poder Judicial, la falta de celeridad en el trámite de las solicitudes cautelares, la falta de especialización de los jueces y la percepción social negativa de la labor que ejerce la jurisdicción estatal.
2. El procedimiento de árbitro de emergencia tiene como finalidad la designación de un árbitro, quien se avocará exclusivamente al conocimiento de las medidas cautelares solicitadas antes de la instalación del tribunal arbitral, ya sea estimándolas o desestimándolas, y evitando así la intromisión del Poder Judicial y sus deficiencias.
3. Con la implementación del procedimiento de árbitro de emergencia como sistema precautorio, se dotará de mayor autonomía al arbitraje comercial en nuestro país, puesto que las solicitudes cautelares de emergencia solicitadas antes de la instalación del tribunal arbitral serán conocidas dentro del procedimiento arbitral y con normas propias del arbitraje.
4. El procedimiento de árbitro de emergencia hará del arbitraje comercial en nuestro país un procedimiento más eficiente, lo que favorecerá la llegada nuevos inversionistas, fortaleciendo así los negocios en nuestro país, otorgándole seguridad jurídica.

4.3. Recomendaciones

1. Consideramos que la aplicación del Procedimiento de Árbitro de Emergencia en nuestro país debe ser gradual. Debe empezar aplicándose a nivel reglamentario en los arbitrajes institucionales. Nos referimos a los arbitrajes que se realizan en las Cámaras de Comercio, estando a que ahí se concentra el mayor número de solicitudes arbitrales. Asimismo consideramos que también este procedimiento puede ser aplicado a los arbitrajes Ad Hoc, pudiendo las partes solicitar la designación de un árbitro de emergencia a la cámara de comercio del lugar donde se desarrollará el arbitraje.

2. Al tratarse de una institución nueva para el Perú, es importante que se dé a conocer mediante seminarios y jornadas promovidas por los Colegios de Abogados, Cámaras de Comercio y Universidades.

ANEXOS

1. Comunicado emitido por la Asociación Nacional de Magistrados, publicado el día 7 de setiembre de 2015 por el diario La República.
2. Reporte de medidas cautelares ingresantes “Dentro del proceso” al Octavo Juzgado Civil Comercial de Chiclayo – Periodo 01/01/2014 - 31/12/2014.
3. Reporte de medidas cautelares ingresantes “Fuera del proceso” al Octavo Juzgado Civil Comercial de Chiclayo – Periodo: 01/01/2014 - 19/08/2015.
4. Reporte de demandas ingresantes al Octavo Juzgado Civil Comercial de Chiclayo – Periodo: 01/01/2014 – 31/12/2014.
5. Resolución NÚMERO UNO de fecha 19 de setiembre de 2008, expedida por el Vigésimo octavo juzgado comercial de Lima.
6. Demanda cautelar de fecha 14 de mayo de 2015 – Consorcio San José.
7. Resolución NÚMERO UNO de fecha 17 de junio de 2015, expedida por el Octavo Juzgado Comercial de Chiclayo.
8. Escrito de fecha 24 de junio de 2015 – Consorcio San José.
9. Resolución Número DOS de fecha 3 de julio de 2015, expedida por el Octavo Juzgado Comercial de Chiclayo.
10. Demanda cautelar de fecha 19 de mayo de 2015 – El Señor es mi guía EIRL.
11. Resolución N° UNO de fecha 30 de junio de 2015, expedida por el séptimo juzgado civil de Chiclayo.
12. Encuesta IPSOS, publicada en el diario El Comercio el día 17 de mayo de 2015.
13. Encuesta IPSOS, publicada en el diario El Comercio el día 19 de junio de 2015.
14. Encuesta GKF Conecta S.A.C., publicada en el diario La República el día 30 de agosto de 2015.

15. Encuesta CPI, publicada en el diario Correo el día 7 de setiembre de 2015.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARIANO DEHO, Eugenia (2006) “Problemática de las medidas cautelares en sede arbitral”. Actualidad Jurídica, 151.

AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis (2011) Recurso de Anulación. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (2011) “Medidas cautelares”. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María (2013) “Apuntes sobre la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial en la Nueva Ley de Arbitraje”. En Estudios de Derecho Procesal Civil. Lima: Ius Et Veritas.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo (2007) El nuevo proceso de amparo arbitral: Sobre su aplicación temporal. En Arbitraje y Constitución. Lima: Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

BETANCOURT C., Milagros y Greyza Ojeda F (2014) El rol del árbitro de urgencia y las medidas cautelares anticipadas. Especial referencia a Venezuela y a las normas del centro empresarial de conciliación y arbitraje – CEDCA. Revista de Arbitraje PUCP, 4.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo (2011) Ejecución arbitral. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

BULLARD GONZALEZ, Alfredo (2008) ¿Es un arbitraje un juicio? En SOTO COAGUILA, Carlos (coord.), Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El Arbitraje en el Perú y el mundo. Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, Año 2008.

BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Jurassic Park: El Retorno de los Dinosaurios Arbitrales. Disponible en http://www.bullardabogados.pe/publications/wpcontent/uploads/2012/01/2006ab_jurassicpark.pdf

CAIVANO, Roque (1998) “Negociación, Conciliación y Arbitraje”. Lima: APENAC.

CAIVANO, Roque (2000) “Arbitraje”. Buenos Aires: Ad Hoc.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ IZAGA (1994) El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras. Lima: Fundación M. J. Bustamante De la Fuente.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando (2007) Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Lima: UPC.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO (2008) La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un salto a la modernidad. Revista Peruana de Arbitraje, 7.

CANTUARIAS SALAVERRY, Felipe (2011) Materias susceptibles de arbitraje. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE (2007) Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Lima: Palestra

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. Asistencia Judicial en el Arbitraje: Intervención complementaria del Poder Judicial, Disponible http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/asistencia_judicial_en_el_arbitraje_intervencion_complementaria_del_poder_judicial.pdf

CASTILLO FREYRE, Mario. Orígenes del Arbitraje. Disponible en http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/origen_del_arbitraje.pdf

CHIPANA CATALÁN Jhoel, Mario CASTILLO FREYRE & Rita SABROSO MINAYA (2013). La constitución del tribunal arbitral y las medidas cautelares en el arbitraje. Revista de Arbitraje PUCP, 3.

CORTES ARAUJO, Bernardo (2013) El árbitro de urgencia. Revista del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción.

COUTURE, Eduardo (2008) Introducción al Estudio del Proceso Civil. Buenos Aires. Depalma.

DE JESUS, Alfredo (2011) La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalidad del arbitraje en América Latina”. Lima Arbitration, 3.

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo (2005) Arbitraje Institucional o arbitraje Ad Hoc ¿He ahí el dilema? Revista Peruana de Arbitraje, 1.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando (1989) Los Conceptos y las Cosas, Vicisitudes Peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral. En El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español, Libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz. Lima: Cultural Cuzco S.A.

DE TRAZEGNIES, Fernando (2011) Motivos de abstención y de recusación. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

EZCURRA RIVERO, Huáscar y Julio OLORTEGUI HUAMÁN (2013) Y ahora, ¿quién podrá defendernos? El árbitro de emergencia. Advocatus, 28.

FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI (1998) El arbitraje. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (2014) “Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión. Anuario Latinoamericano de arbitraje, 3.

GALLUCCIO TONDER, Giuseppe y Pablo MORI BREGANTE (2012) Arbitraje Comercial. La extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades. Lima: Ediciones legales y Ius Et Veritas.

FISFÁLEN HUERTA, Mario Heinrich (2014) Análisis económico de la carga procesal del Poder Judicial. Tesis para optar por el grado de magíster en Derecho con mención en política jurisdiccional. PUCP.

GONZALES DE COSSÍO, Francisco (2014) “Arbitraje”. México: Porrúa.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (1995) “Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos”. Buenos Aires: Depalma.

GRIFFITH DAWSON, Frank (2007) El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención? En: Ius Et Veritas, 15.

GUZMÁN BARRÓN SOBREVILLA, César y Rigoberto ZÚÑIGA MARAVÍ (2011) Revista Peruana de Derecho Constitucional. Control Constitucional y Arbitraje, 4.

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana (2011) Buena fe. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

KUNDMÜLER CAMINITI, Franz (2011) Es urgente “arbitrabilizar” el arbitraje peruano. Revista de arbitraje PUCP, 3.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz (2011) Libertad de regulación de actuaciones. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2009) “Comentarios al Código Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica: Lima.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2009) Jurisdicción y Arbitraje. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LEDESMA NARVAEZ, Marianella (2013) “La tutela cautelar en el proceso civil”. Lima: Gaceta Jurídica.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G (1987) El Arbitraje. En Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LUQUE GAMERO, Ricardo (2011) Reconsideración. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

MADRID HORNA, Víctor (2008) Las medidas cautelares en la LGA: breves apuntes sobre su disponibilidad. En Mario Castillo Freyre (Coord). Ponencias del Congreso Nacional de Arbitraje 2007. Lima: Palestra.

MIRÓ GILI, Márius, Marius (2013) La decisión del Árbitro de Emergencia. Su contenido, ejecutabilidad y ejecución. Revista del Club Español del Arbitraje, 16.

MONROY GÁLVEZ, Juan (1987) “Temas de Proceso Civil”. Lima: Studium.

MONROY GÁLVEZ, Juan (2009) Teoría General del Proceso. Lima: Communitas.

MONTOYA ALBERTI, Ulises (1988) El Arbitraje Comercial. Lima: Cultural Cuzco S. A.

MONTOYA ALBERTI, Ulises. “Historia del Arbitraje”. Disponible en <http://www.teleley.com/revistaperuana/1ulises-56.pdf>

PARIASCA MARTINEZ, Jorge (2013) Fortaleciendo el arbitraje en el Perú. Revista de Economía y Derecho, 37.

PARRA ARANGUREN, Gonzalo (1998) Estudios de Derecho Mercantil Internacional. Caracas: Editorial Universidad Central de Venezuela.

PODETTI RAMIRO, J (1969) "Tratado de las medidas cautelares". Buenos Aires: Ediar.

PRIORI POSADA, Giovanni (2006). La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Lima: Ara.

PRIORI POSADA, Giovanni (2011) La oposición a las medidas cautelares. *Advocatus*, 24.

RIVERA, Julio César (2006) Medidas Precautorias en los Procedimientos Arbitrales (Con especial referencia al Derecho Argentino). *Revista Peruana de Arbitraje*, 3.

RIVERA, Irma (2014) El árbitro de emergencia: Una figura en crecimiento. *Revista de Arbitraje PUCP*, 4.

RUBIO GUERRERO, Roger (2007) Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones, *Themis*, 53.

SABROSO MINAYA, Rita (2012) ¿Un gran paso para la autonomía del arbitraje? El nuevo precedente del Tribunal Constitucional. En *Arbitraje y Constitución*. Lima: Palestra; Estudio Mario Castillo Freyre.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge (2006) Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú. *Revista Peruana de Arbitraje*, 2.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge (2008) Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (D.L. N° 1071), *Revista Peruana de Arbitraje*, 7.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge (2008) Arbitraje y Proceso Civil ¿Vecinos distantes?: El debido proceso en sede arbitral. *Ius et Veritas*, 37.

SIMONS PINO, Adrián (2002) Medidas cautelares en sede arbitral. *Advocatus*, 7.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (2011) Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA.

SOTO COAGUILA, Carlos (2011) Contenido y forma del convenio arbitra. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coord.), Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones – IPA

TALERO RUEDA, Santiago (2008) Arbitraje Comercial Internacional. Instituciones básicas y derecho aplicable. Bogotá: Temis.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando (2009) Manual de Derecho Arbitral. Lima: Gaceta Jurídica.

ZAPPALÀ, Francesco (2010) Universalismo histórico del arbitraje. Revista Vniversitas, 121.

