

El Dilema del Huevo y la Gallina: El Carácter Contractual del Recurso de Anulación

Alfredo Bullard Gonzáles* **

La institución del arbitraje, si bien muy exitosa en nuestro país, genera todavía ciertas dudas en algunos tanto en su naturaleza jurídica como sobre los recursos que recaen sobre ellas, en especial el recurso de anulación. En el siguiente artículo, el autor, luego de hacer un recorrido sobre el origen del arbitraje, pasa a explicar el carácter contractual del recurso de anulación - negando así la naturaleza pública que muchos le dan - para luego finalizar analizando si es que dicho recurso se encuentra antes o después de la ejecución de un convenio arbitral.

Juan Luis Avendaño fue mi profesor de Derecho Procesal II en el año 1985. Fue una de las primeras personas que me habló de Derecho Procesal y que me explicó como funcionaba un sistema de solución de controversias (a lo que luego dedicaría buena parte de mi vida profesional y académica a través del arbitraje).

La claridad de sus ideas y su capacidad para enseñar hicieron que su curso, candidato natural por la temática, a la aridez y el aburrimiento, fuera entretenido, útil y constructivo. Y sobre todo tuvo una enseñanza ética real, no de "flor" y palabras fáciles y bonitas. De hecho Juan Luis es los que expresa su integridad no con frases hechas y declaraciones rimbombantes, sino con críticas directas, abiertas, fuertes y con adjetivos que califican la acción contraria a aquellos principios que defiende.

Juan Luis no calla lo que piensa ni es cómplice con silencios complacientes y tolerantes.

En ese entonces hablar de arbitraje era parecido a comentar sobre una película de ciencia ficción. Con una regulación paupérrima de la figura en el Código Civil y una ausencia virtualmente absoluta de práctica y cultura arbitral, no es de extrañar que los años ochentas y la primera mitad de los noventa hayan sido años perdidos para el arbitraje en el Perú.

En la segunda mitad de los noventa, y con más fuerza en los años 2000, mis reencuentros con Juan Luis han sido reiterados y han forjado un gran respecto académico

y profesional. Desde la misma trinchera o desde la contraria he encontrado siempre alguien de quien aprender y reforzar una amistad que ha construido una confianza mutua capaz de construir proyectos juntos.

Compartimos años en INDECOPI donde la presencia de Juan Luis se ha perpetuado y ha permitido a ambos ocupar, en tiempos distintos, el cargo de Presidente del Tribunal de dicha institución. Hemos compartido tribunales arbitrales. Hemos compartido defensas y litigios. He litigado en tribunales conformados por él y él ha litigado en tribunales que he integrado como árbitro. Nuestra relación ha tenido una vida dinámica, diversa, pero siempre enriquecedora.

En el camino creció el arbitraje y el Perú pasó, de ser un país que lo trataba con mediocridad, a ser uno de los países con el arbitraje más éxito en la región y quizás uno de los más exitosos en el mundo. En ese proceso Juan Luis tuvo un rol central.

A pesar de su origen procesal, siempre entendió la importancia de defender el arbitraje protegiéndolo de sus enemigos y de las malas prácticas. Siempre supo que el apoyo no era solo un asunto de palabras, sino de acciones. Es de los pocos que siempre reacciona no solo contra quienes atacan el arbitraje desde fuera, sino contra los que lo atacan desde dentro, con un discurso aparentemente decidido de defenderlo, pero con actos contrarios a la independencia, autonomía e integridad que deben tener los árbitros y que no respetan las reglas

* Abogado, graduado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, 1989) y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale (EE.UU, 1991). Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Ha participado en la revisión de la Ley de Arbitraje del Perú, además de presidir el Tribunal de del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, entre otros cargos directivos. Actual presidente del Consejo Directivo de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Se desempeña como Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, tanto a nivel de pregrado como a nivel de maestría; asimismo, es Profesor Visitante en la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Argentina y en la universidad de Puerto Rico. Miembro del Consejo Consultivo de **Derecho & Sociedad**.

** El autor desea agradecer sinceramente el apoyo y colaboración de José Luis Repetto en la investigación y elaboración del presente trabajo.

éticas básicas sin las cuales el éxito del arbitraje sería, en términos bíblicos, solo bronce que resuena.

Fue particularmente relevante su rol de facilitador entre los miembros del Tribunal Constitucional y quienes practicamos en arbitraje para intercambiar ideas que permitieron el dictado de precedentes que, comprendiendo la verdadera naturaleza del arbitraje, lo protegen preservando el pacto entre las para mantenerlo libre de interferencias indebidas.

Por ello cuando Derecho & Sociedad me pidió participar en un número dedicado a Juan Luis, creí que lo que correspondía era escribir sobre arbitraje, y en particular sobre su naturaleza contractual. De hecho las ideas que se recogen en este artículo se inspiraron en un panel en una conferencia (organizada por Giovanni Priori) que tuve la suerte de compartir con Juan Luis y en el que la discusión con él me permitió ensamblar las ideas que ahora comparto por escrito.

El tema elegido simboliza uno de los aportes que considero más significativos de Juan Luis a la institucionalidad legal peruana: su apoyo al crecimiento del arbitraje y a su consolidación como una institución en lo que lo principal es proteger lo que las partes acordaron.

Sus aportes en otros aspectos como nuestra amistad y mi crecimiento personal son demasiados significativos como para poder reflejarlos y recogerlos en un artículo académico. Así que dejo mi agradecimiento para el abrazo que le daré cuando lo vea.

1. La naturaleza contractual del arbitraje

El arbitraje es, antes que nada, una criatura contractual. Más allá de las discusiones sobre su naturaleza jurídica (en la mayoría de ocasiones ociosas e inconducentes),

el origen contractual del arbitraje (es decir el convenio arbitral) es, salvo excepciones extrañas y casi folclóricas, indiscutible.¹

Así, como bien señala Park, *“Como el romance consumado, el arbitraje se basa en el consentimiento”*.²

La regla general es que no hay arbitraje sin acuerdo. Es decir no hay arbitraje sin contrato. Para algunos la forma como se ejecuta el contrato se parece a un juicio, a un proceso. De allí derivan una total o parcial naturaleza jurisdiccional, de la que a su vez derivan la justificación de por que el arbitraje se lleva a cabo a pesar que pueda existir resistencia de una de las partes. Y deducen de esa situación su naturaleza (total o parcial) procesal-jurisdiccional.³

Pero finalmente ese proceso no es más que la consecuencia de lo pactado. Por eso creemos que la naturaleza contractual del arbitraje va más allá de su origen y contamina todo su devenir y existencia, incluyendo esos actos que solemos confundir con un juicio, pero que en realidad son meros actos de ejecución contractual.

Cosa muy distinta es el reconocimiento de efectos de cosa juzgada al laudo. Ello no significa que su naturaleza sea jurisdiccional. Las legislaciones suelen reconocer también naturaleza de cosa juzgada a una transacción.⁴ Sin embargo nadie sostiene que la transacción tenga naturaleza jurisdiccional. Que el sistema legal le reconozca ciertos efectos, no cambia la esencia de cómo se origina y cuales son las reglas bajo las cuales funciona.

El arbitraje marca el origen de lo que hoy llamamos administración de justicia. Y el arbitraje tiene un origen histórico claramente privado. Su renacimiento a mediados de los noventas, lejos de constituir una

1 En ello la doctrina y la jurisprudencia es virtualmente unánime. Si bien se discute el carácter contractual o jurisdiccional del arbitraje como procedimiento, no se discute que su origen es contractual. A modo de ejemplo Born (“...international commercial arbitration is fundamentally consensual in nature.”) BORN, Gary. International Commercial Arbitration. La Haya: Kluwer International Law. 2009. Página 1133; Caivano, (“El acuerdo arbitral tiene naturaleza convencional, por lo que resulta aplicable a su respecto lo dispuesto en materia de contratos.”) CAIVANO, Roque. Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. En: Lima Arbitration, Número 1. 2006. Página 122.; Cremades (“El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad, valor fundamental que nuestro ordenamiento jurídico propugna en el artículo 1.1 CE. Tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional, el arbitraje es «...un medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados (art. 1.1 CE)...»”) CREMADES, Bernardo. El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española. En: Lima Arbitration, Número 1. 2006. Páginas 187-188.; Landrove, (“First, be they of substantive or procedural dimensions, arbitration agreements are contractual in nature. An arbitration agreement is, first of all, a meeting of the minds of several parties. One should not confuse the legal act and its consequences (on the one hand, and arbitration agreement is a contractual agreement, i.e., a meeting of the minds. On the other hand, an arbitration agreement also embeds a procedural function: it is what underpins the whole arbitration process and creates the jurisdiction of an arbitral tribunal in lieu of that of a national court). The origin of the arbitration agreement is the agreement between the parties and the finality is the organization of the dispute resolution mechanism. At the time two or more parties include an arbitration clause in their main contract; such a clause is purely contractual. These parties have not the slightest idea of whether such contract’s life will lead to a dispute in the near or far future.”) LANDROVE, Juan Carlos. Assignment and Arbitration – A comparative study. Zurich: Schultess Juristische Medien. 2009. Página 13.; Silva Romero (“El arbitraje proviene de un contrato celebrado entre las partes de un litigio por medio del cual éstas deciden que toda controversia actual o que pueda surgir de un contrato o con relación al mismo debe ser sometida al conocimiento de un tercero llamado tribunal arbitral.”) SILVA ROMERO, Eduardo. Introducción: El arbitraje examinado a la luz del derecho de las obligaciones. En: El Contrato de Arbitraje. SILVA ROMERO, Eduardo y Fabricio MANTILLA ESPINOZA. Página xviii.; Talero Rueda (“Así, el consentimiento entre las partes ha sido tradicionalmente la piedra angular del arbitraje, al menos en aquellos Estados en los cuales se restringe o se limita el llamado “arbitraje obligatorio” –o por ministerio de la Ley– para resolver determinadas controversias. Como corolario de lo anterior, se desprende el principio de habilitación, según el cual, “(...) es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar”. De este modo, el pacto arbitral será la expresión o materialización de dicha voluntad habilitante, que marca y delimita la actuación de los tribunales arbitrales, y denota la renuncia de las partes a dirimir sus diferencias ante la justicia ordinaria.”) TALERO RUEDA, Santiago. Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. En Lima Arbitration Número 4: 2011. Página 71. Ver también los casos THOMSON CSF v. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, United States Court of Appeals, - 64 F.3d 773 (“Arbitration is contractual by nature-“a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit.”) e INTERGEN N.V., v. ERIC F. GRINA, ALSTOM (SWITZERLAND) LIMITED, AND ALSTOM POWER NV, United States Court of Appeals, First Circuit. - 344 F.3d 134 (“arbitration is a matter of contract and a party cannot be required to submit to arbitration any dispute which he has not agreed so to submit”).

2 Traducción libre del siguiente texto: “Like consummated romance, arbitration rests on consent.” PARK, William W. Non-signatories and international contracts: an arbitrator’s dilemma. En: Multiple Parties in International Arbitration. Oxford. 2009.

3 Ver por ejemplo la posición de Cremades: “El convenio arbitral es de carácter contractual, pero con claros efectos jurisdiccionales, al sustraer de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de aquellas controversias que se encuentren afectadas por el convenio arbitral. A su vez, la Ley de Arbitraje reconoce a los árbitros la potestad para decidir, otorgando al laudo arbitral la fuerza de cosa juzgada y configurándolo como un título ejecutivo que lo equipara a la sentencia judicial. El convenio arbitral no puede, por lo tanto, entenderse sólo como un mero contrato entre las partes, aunque formalmente y materialmente sí lo sea, ya que el convenio arbitral constituye un negocio jurídico cuyos efectos implican la puesta en marcha de un proceso, a pesar de la eventual resistencia por una de las partes. El convenio arbitral genera la base procesal para eventuales medidas provisionales en garantía del cumplimiento final y efectivo de la sentencia arbitral, así como la imposición por los jueces en su caso, de la ejecución forzosa de lo establecido en el laudo.” En Cremades, *op cit*, *loc cit*.

4 A título de ejemplo, está el artículo 1302 del Código Civil Peruano: “Por la transacción las partes, haciéndose concesiones recíprocas, deciden sobre algún asunto dudoso o litigioso, evitando el pleito que podría promoverse o finalizando el que está iniciado. Con las concesiones recíprocas, también se pueden crear, regular, modificar o extinguir relaciones diversas de aquellas que han constituido objeto de controversia entre las partes. La transacción tiene valor de cosa juzgada.”

delegación del Estado para que los particulares administren justicia, es en realidad más un acto de desestatización.

Decimos que es mejor considerarlo como una desestatización pues, contra la creencia popular, la justicia no nació como una institución pública o estatal, sino como una institución privada, que fue posteriormente estatizada a través del ejercicio del poder estatal. Este proceso se ha expresado en una continua competencia entre los mecanismos públicos y los privados de solución de conflictos, competencia en la que, en un verdadero acto de competencia desleal, la justicia estatal usó la ventaja de poder cambiar las reglas de juego, reducir la arbitrabilidad de controversias, y pretender hacer aparecer al arbitraje, a la mediación y a la conciliación, como formas derivadas de justicia, existentes sólo porque el Estado otorgaba graciosamente una suerte de concesión a los particulares. Pero la historia contradice esa visión.

Las formas de justicia originarias son consuetudinarias y usan mecanismos privados como la base para resolver controversias. De hecho, la estatización de la justicia es un proceso relativamente reciente, ocurrido hace unos siete u ocho siglos.⁵

Como bien señala Benson, refiriéndose a la evolución del Derecho Mercantil en Inglaterra precisamente como un ejemplo de justicia privada:

"Aunque el Derecho consuetudinario anglo-sajón iba cediendo terreno al Derecho autoritario, el desarrollo de los usos mercantiles medievales, lex mercatoria o Derecho Mercantil, desmonta el mito de que el Estado debe definir y hacer cumplir las reglas de juego. El Derecho Mercantil se desarrolló al margen de trabas políticas y fronterizas, y se mantuvo alejado de la influencia de los gobernantes más tiempo que muchos otros sistemas occidentales."⁶

El Derecho Mercantil competía con ventaja sobre otros ordenamientos. El contrato se convirtió en la unidad básica de generación de reglas, superando a la Ley. La repetición de reglas contractuales, derivadas de la competencia libre y voluntaria entre buenas y malas reglas, condujo a la aparición de costumbres que a su vez se convirtieron en verdaderas fuentes de derecho. ¿Cómo podían los mercaderes encontrar las reglas más adecuadas y generalizarlas sin el respaldo del Derecho estatal? Fuller dice que la libertad de empresa y comercio nos da la respuesta. Según él los comerciantes:

"...participaron voluntariamente en los intercambios. En cuanto a la igualdad, sólo en un mercado libre es posible obtener lo más parecido a una medida exacta de valor de bienes dispares. Finalmente, los comerciantes cambian frecuentemente de papel, unas veces venden, y otras compran. Las obligaciones nacen

de sus intercambios son, de esta manera, reversibles no solo en teoría, sino también en la práctica.

Esté análisis llega a la sorprendente conclusión de que solamente bajo el capitalismo pueden alcanzar su pleno desarrollo los conceptos de deber moral y legal."⁷

La explicación de cómo el Derecho Mercantil llega a establecer un conjunto de reglas adecuadas, aceptadas de manera general para el intercambio es el mismo fenómeno que explica la eficiencia del intercambio libre: la competencia. Si un mercader acepta en su contrato una regla ineficiente o excesivamente costosa, perderá capacidad de competir, pues sus costos de participar en el mercado serán mayores a los de sus competidores que fueron capaces de tener una mejor regla. Ello conduce a que prefiera identificar reglas que imponen menos costos a la actividad económica generando a su vez confianza, lo que a su vez conduce a una uniformización contractual hacia las reglas más eficientes. De la misma manera como los consumidores escogen productos más baratos y de mejor calidad, los comerciantes escogen reglas baratas de aplicar y adecuadas para el intercambio. El resultado es un paulatino y progresivo reemplazo de las reglas ineficientes o que no generan confianza, por reglas eficientes y que generan reducción de costos de transacción. Ello condujo incluso a que la *lex mercatoria* compitiera con éxito contra la Ley estatal.

Como dice Benson:

"El Derecho mercantil se transformó en un sistema jurídico universal a través del proceso de selección natural. A medida que los mercaderes empezaron a comerciar a través de barreras políticas, culturales y geográficas, exportaron también sus prácticas comerciales a los mercados extranjeros. Las antiguas costumbres de ámbito local que resultaron ser comunes a muchos lugares acabaron formando parte del Derecho mercantil internacional. Donde surgían problemas, las prácticas que resultaban más eficientes para facilitar el intercambio desplazaron a las que no lo eran tanto."⁸

Entre las prácticas comerciales que se impusieron por eficiencia a otras formas de solución de comercio apareció el arbitraje. Es realmente asombroso como un sistema de solución de controversias que se basa en la constitución de tribunales diferentes para cada caso puede generar mayor predictibilidad que decisiones de sistemas como los judiciales ordinarios que supuestamente están diseñados para uniformizar criterios a través del uso de recursos impugnatorios a tribunales de apelaciones.

Pero esta competencia difícilmente pudo llevar a que estos principios incorporaran al Estado, principalmente por una razón: la existencia de un monopolio. A diferencia de los comerciantes que estaban en posibilidad de elegir principios legales

5 Para un interesante y completo análisis de los orígenes privados de la justicia, su posterior estatización y su actual proceso de desestatización, revisar Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000.

6 Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000, p. 43.

7 Lon L. Fuller, *The Morality of Law*. New Haven, Yale University Press, 1964, p. 24.

8 Bruce L Benson, *Justicia sin Estado*. Unión Editorial, 2000, p. 45, citando a Trakman, *The Law Merchand*, p. 24.

compitiendo entre sí, el Estado estaba en capacidad de imponer un conjunto de reglas en base al uso de su *ius imperium*. De esa manera la decisión estatal sobre el principio aplicable no era contestable por un principio distinto, así fuera más eficiente. El Estado tenía y usaba el monopolio de la fuerza, y con él el monopolio de la Ley y de la forma de resolver conflictos.

“La obligatoriedad del convenio ¿nace del convenio mismo o se origina en la ejecución por las cortes ordinarias? Allí se origina la paradoja que el sistema tiene que solucionar.”

A pesar de la competencia desleal de la justicia estatal, que se expresa en esfuerzos de privar al arbitraje de su naturaleza contractual y enchaparla con una naturaleza jurisdiccional, la institución se ha resistido y ha renacido protegida por el principio de autonomía privada. De ahí la importancia de entender en toda su cabalidad la naturaleza contractual del arbitraje.

Decíamos que el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias.

2. La obligación de no recurrir a las cortes y el carácter extraño del convenio arbitral

Del contrato para arbitrar (del convenio arbitral) se derivan diversas obligaciones. Pero la principal de todas es una de no hacer: las partes se comprometen, en caso de un conflicto, a no recurrir a las cortes ordinarias. Todas las demás obligaciones (incluido cumplir el laudo que se emita) se derivan de la primera. Si la obligación de no hacer no se cumple o no se ejecuta a bajo costo, las demás obligaciones pierden sentido y se vuelven inejecutables o inútiles.

Pero esa obligación de no hacer, por su naturaleza (conseguir que una autoridad jurisdiccional se abstenga de participar) es muy difícil de ejecutar, al menos bajo la concepción contractual común. Eso convierte al contrato para arbitrar en uno bastante extraño. Los esquemas de cumplimiento típicos de un contrato son inútiles y no garantizan que se cumpla el contrato para arbitrar.

El convenio arbitral y su obligatoriedad plantea un dilema del tipo del *¿Qué fue primero? ¿El huevo o la gallina?* La obligatoriedad del convenio ¿nace del convenio mismo o se origina en la ejecución por las

cortes ordinarias? Allí se origina la paradoja que el sistema tiene que solucionar.

Este problema explica las características especiales del convenio arbitral, y sobre todo de su forma de ejecución. Y es que si esa obligación se incumple, no es admisible, como solución, ir al Poder Judicial, para que la ejecute, pues precisamente lo que las partes pactaron fue no ir al Poder Judicial. ¿Cómo asegurar que se cumpla lo pactado sin incumplir la obligación de no hacer que se ha pactado?

Es pues un contrato bastante extraño. Contiene una renuncia al uso del mecanismo común para hacer cumplir los contratos. La paradoja es como hacer cumplir un acuerdo que consiste en dejar de lado la forma usual de hacer cumplir los acuerdos. El contrato para arbitral no es, por tanto, un contrato común. Es un contrato muy particular.

Todo contratante aspira a que su contrato se cumpla por autoejecución, es decir sin necesidad de acudir a una autoridad para que ordene el cumplimiento o asigne consecuencias al mismo (resolución, daños, etc.). La intención siempre es que se cumplan sin necesidad de acudir a los jueces. Pero al igual a cuando uno se enferma y no le queda sino ir al médico (al que en principio nadie quiere ir), si no se cumple, si se presenta la patológica contractual, hay que ir al médico, y el médico de esa enfermedad suele ser un juez. Pero eso no es cierto en el convenio arbitral.

En una compraventa, si el vendedor no entrega el bien o el comprador no paga el precio, se recurre al juez para que las promesas incumplidas se cumplan o, se asuman las consecuencias. La consecuencia del incumplimiento y el fracaso de la autoejecución es la ejecución judicial o la aplicación de las sanciones previstas en el ordenamiento para tal incumplimiento. Pero en el caso del convenio arbitral así no ocurren las cosas.

3. El carácter autoejecutable del convenio y el principio de inevitabilidad del arbitraje

En el contrato de arbitraje la solución contractual común no es posible. El fracaso de la autoejecución tiene que ser, paradójicamente, la autoejecución. Si alguien se niega a arbitrar o, peor aún, recurre al Poder Judicial incumpliendo su obligación de no hacer, la solución no es, por regla general, ni la ejecución forzada, ni la resolución contractual. En su esencia, es un acuerdo para no ir, precisamente, al Poder Judicial. Por ello la autoejecución es central para que el acuerdo funcione. Si dicha autoejecución no funciona, entonces el acuerdo no opera en la práctica por que terminaríamos justo donde no queremos ir: a las cortes ordinarias.

Un contrato para arbitrar no se ejecuta, en caso la contraparte se niegue a cumplirlo, demandando la ejecución forzada en el Poder Judicial por que precisamente las partes pactaron no ir al Poder Judicial. Tampoco se recurre a la resolución del contrato ni al pago de daños y perjuicios porque no debería irse al

Poder Judicial porque se violaría la esencia del acuerdo. De no aceptarse eso todas las demás obligaciones se derrumban y el arbitraje simplemente no funcionaría. Por eso no queda sino recurrir a mecanismos eficaces, y particulares, de autoejecución. En la esfera arbitral la autoejecución parece la única manera de proceder sin traicionar el acuerdo y la obligación de no hacer.

Es claro, en la experiencia arbitral internacional, que los sistemas arbitrales que funcionan son los que tiene un respaldo legal y contractual que permite la autoejecución sin intervención judicial. Los sistemas que no han sido fieles a este principio suelen fracasar y el arbitraje no florece.

Esta necesidad de autoejecución se refleja en un principio arbitral esencial, y sin el cual ningún arbitraje funciona en realidad: el principio de inevitabilidad de arbitraje.

Las reformas por las que ha atravesado el Perú (país particularmente exitoso en implementar el arbitraje) en los últimos años (desde la derogación de los artículos que regulaban en arbitraje en el Código Civil hasta la actual Ley de arbitraje, Decreto Legislativo 1071) se han movido todas (y principalmente) en reforzar el principio de inevitabilidad: eliminación de la cláusula compromisoria como contrato preparatorio, restricción de formas de intervención judicial, reforzamiento de la excepción de arbitraje, nominación residual por árbitros por las cámaras de comercio, etc. Todas estas reformas van orientadas a impedir que se pueda evitar el arbitraje. Como bien indica Santisteban de Noriega:

“Las partes al pactar arbitraje deben pensarlo debidamente pues ahora, en el Perú, es prácticamente imposible exonerarse de las consecuencias del convenio arbitral pues todo el sistema está pensado para que el arbitraje tenga efecto, los árbitros asuman la competencia que las partes les han otorgado de acuerdo a la determinación que sobre ella (la competencia) tomen autónomamente, para que las actuaciones judiciales se lleven a cabo irremediamente y con prevalencia sobre las actuaciones judiciales, para que las medidas cautelares dictadas por los árbitros tengan efecto, para que los laudos se ejecuten y para que el recurso de anulación funcione en los casos excepcionales previstos por la ley en el que la intervención judicial posterior cobra toda su importancia a efectos de controlar la legalidad de lo realizado por los árbitros sin que pueda el juez cuestionar ni sustituir la decisión de fondo tomada por los árbitros.”⁹

El principio de inevitabilidad del arbitraje significa que ninguna conducta u omisión de las partes debe estar en capacidad de evitar que el arbitraje se de. Primero se dispara el arbitraje, luego se pregunta si el disparo fue justificado. Se hace, después se pregunta. La parte que no quiere que se detenga el arbitraje tiene que tener mecanismos para evitar el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, en especial de su

obligación de no hacer constituida por no recurrir a las cortes ordinarias.

Como señala el propio Santisteban de Noriega:

“Queremos destacar la inevitabilidad del arbitraje como resultado del vínculo obligacional que surge de la celebración de un convenio arbitral válido que se extiende a las partes que lo han celebrado, a los árbitros que son escogidos para llevar a cabo las actuaciones arbitrales, al sistema judicial tanto en su responsabilidad de facilitar el cumplimiento de los laudos cuanto en su funciones de garante de la legalidad, en la eventualidad que conozca de recursos de anulación contra los laudos; pero también con respecto a su función complementaria y auxiliar para el desarrollo de los arbitrajes.”¹⁰

La inevitabilidad del arbitraje genera dos efectos que son en realidad las dos caras de la misma moneda. El efecto positivo es facultar a una de las partes a llevar a cabo los actos necesarios para llevar a cabo el arbitraje, sin que la otra parte pueda frenarlo. El efecto negativo es impedir que se pueda recurrir al Poder Judicial.

Como resulta evidente, es la inevitabilidad del arbitraje y la forma como la legislación la protege, el mecanismo por medio del cual se consigue la autoejecución sin tener que recurrir a las cortes ordinarias. Y ello se manifiesta en los dos efectos anotados. En relación al efecto positivo:

“Se parte de la base que, quien pacta un arbitraje y llega a comprometer su voluntad celebrando un convenio con ese propósito, no tiene manera de eludir este compromiso. El solo convenio arbitral –como todo lo que emana de un contrato válido, bajo el principio pacta sunt servanda, los pactos se cumplen conforme a lo acordado por las partes– genera un vínculo obligacional lo suficientemente fuerte como para que cualquiera de las partes en el convenio, asumiendo el papel de sujeto activo, lleve a arbitraje a su contraparte para resolver las controversias emanadas de un contrato o de un asunto autorizado por la ley para ser sometido a arbitraje. Así, se pondrá en acción el efecto positivo del convenio arbitral, que le da derecho a cada una de las partes de obligar a la otra al sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio, siendo éste el fundamento y la fuente de la facultad de resolver con la calidad de la cosa juzgada que les corresponde a los árbitros.”¹¹

Por su parte, en relación al efecto negativo:

“Si como he dejado establecido anteriormente el efecto negativo del convenio arbitral supone una renuncia a la jurisdicción estatal y la ausencia de competencia de los jueces y de las autoridades administrativas para conocer las materias sometidas por las partes al arbitraje, la nueva regulación peruana es particularmente clara en propiciar la inevitabilidad del arbitraje consagrando la no intromisión judicial.

9 SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. *Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL N° 1071)*. En: Revista Peruana de Arbitraje. Número 8. 2009.

10 SANTISTEBAN DE NORIEGA, *op cit*, p. 89.

11 SANTISTEBAN DE NORIEGA, *op cit*, pp 94-95.

Comienza por establecer el artículo 3º de la mencionada norma que la regla general es que la autoridad judicial no interviene en los asuntos que se rijan por la nueva ley de arbitraje, siendo la excepción aquellos casos en los que la propia ley así lo dispone. Pero no se queda allí, la norma prevé que ningún mandato judicial ni administrativo podrá dejar sin efecto las decisiones de un tribunal arbitral, a excepción del control posterior a través del recurso de anulación. Todo ello tiene como propósito privilegiar la continuidad y el normal funcionamiento de los tribunales arbitrales y hacer las consecuencias del convenio arbitral inevitables para que éste cumpla afectivamente con su cometido y con la voluntad de las partes que son las únicas que intervinieron en su celebración.”¹²

4. Expresiones del principio de inevitabilidad del arbitraje

El principio de inevitabilidad tiene diversas expresiones. La forma como estas expresiones se plasman en la ley y en el convenio arbitral hacen la diferencia entre el arbitraje viable y el inviable. Veamos algunos ejemplos de expresiones de este principio:

a. La desaparición de contratos preparatorios para perfeccionar el convenio

Las países que mantienen la diferencia entre cláusula compromisoria y convenio arbitral (como lo hacía originalmente el Código Civil Peruano), en la que la primera es un contrato preparatorio que requiere de un segundo acuerdo o, en caso de negativa de celebrar este, recurrir al Poder Judicial para la celebración forzada del segundo, son testigos de muy poco desarrollo del arbitraje. Ello porque la cláusula compromisoria no es autoejecutable (requiere de un nuevo acuerdo o de un juez), lo que convierte la negativa de celebrar el convenio en un mecanismo para impedir el arbitraje o al menos retrasarlo de manera importante. Y ese retraso implica recurrir a donde no se quería recurrir: el Poder Judicial. La parte que siente que sus posibilidades en el fondo de obtener un resultado favorable son bajas tiene todos los incentivos para resistirse a arbitrar. El arbitraje deja de ser inevitable y la obligación de no hacer desaparece porque fuerza a la contraparte a ir al Poder Judicial. En contraste las legislaciones (como la peruana y en general las que siguen la Ley Modelo UNCITRAL) muestran un desarrollo sostenido del

arbitraje precisamente por que no existe contrato preparatorio: el convenio arbitral basta y sobra para autoejecutarse.

b. La regulación adecuada de la excepción de arbitraje

La regulación de la excepción de arbitraje, es decir aquella que puede plantear una de las partes, frente a una demanda planteada por la otra en las cortes ordinarias (precisamente el acto de incumplimiento de la obligación de no hacer principal), para que en aplicación del convenio arbitral, la corte se inhiba, debe restringir los supuestos en que esa excepción puede ser desestimada. Es un mecanismo de ejecución importante. Así se hace que en caso se incumpla la obligación de no hacer, el remedio sea sumario y predecible a favor del arbitraje.¹³ Si esa excepción no limita la participación de los jueces, el arbitraje se vuelve evitable.

c. El principio *kompetenz-kompetenz*

El principio *kompetenz-kompetenz*, según el cual los árbitros son competentes para resolver cualquier cuestionamiento a su propia competencia, resuelve un círculo vicioso cuya resolución es esencial para permitir la autoejecución.¹⁴ Este principio choca con el sentido común de los propios abogados no familiarizados con el arbitraje. Les cuesta entender, por ejemplo, como una alegación de nulidad del convenio arbitral pueda ser resuelta precisamente por aquellos cuya competencia se deriva de tal convenio. Ven un problema de “el huevo y la gallina” en el que si la gallina es nula, el huevo tiene que ser nulo y nada puede derivarse de él.

Pero si ese principio no existiera todo arbitraje sería evitable con la simple alegación de nulidad y siempre terminaríamos en las cortes ordinarias para dirimirlo. Para resolver el dilema y tener un contrato plenamente autoejecutable hay que abandonar el sentido común tradicional y aplicar un sentido común distinto que refleje las necesidades del arbitraje. Para ello los árbitros son dotados de competencia, al menos *ex ante* a la emisión del laudo.

Como señala González de Cossio, hay distintas formas de entender como opera la competencia de los árbitros en función a este principio:

12 SANTISTEVAN DE NORIEGA, *op cit*, p. 114.

13 El artículo 16 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) establece:
Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral.

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.

4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

14 El artículo 41 inciso 1 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone que:

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

"Entendido el principio, su alcance varía. Existen diferentes versiones de compétence. Tres géneros de regímenes son identificables:

- 1º) El árbitro es el juez de su competencia: tiene la primera y última palabra sobre su competencia;
- 2º) El árbitro decide primero sin que se permitan procedimientos paralelos judiciales sobre ello; y
- 3º) El árbitro decide primero sin que su decisión vincule al juez que conozca de ello y sin prohibir que el juez competente conozca en forma paralela de una reclamación sobre ello.

Además, existen niveles de revisión diversos. La idea que deseo defender en este ensayo es que la versión identificada en el rubro 2 anterior es la más apropiada. Ello atendiendo a los orígenes del principio y sus beneficios. En cuanto a sus orígenes, postulo que aquella línea de casos que decide distinto a la noción propuesta en este ensayo constituye una *contradictio in terminis*. Una paradoja. El motivo por el que existe *compétence* es para respetar el deseo de las partes de arbitrar, no litigar. Cuando se extirpa del principio las reclamaciones sobre la validez del acuerdo arbitral, lo que se hace es regresar al punto de partida que dio lugar a que el principio se inventara.

En cuanto a beneficios, seguir esta noción logra dos propósitos: (1) *eficacia*: da efectos a la decisión de las partes de acudir al arbitraje, y (2) *eficiencia*: es una norma que favorece la resolución rápida de la controversia.¹⁵

Este principio rompe la paradoja de ejecutar el contrato sin tener que recurrir al Poder Judicial para definir si es ejecutable.¹⁶ Esto se vincula entonces con el principio de separabilidad y con la naturaleza *ex post* del recurso de anulación, para proteger la autoejecutabilidad del convenio, como veremos a continuación.

d. El principio de separabilidad del convenio arbitral

La separabilidad del convenio arbitral del contrato que lo contiene o al que esta vinculado, es otro elemento esencial, ligado íntimamente al anterior (*kompetenz-kompetenz*). Bajo este principio se rompe la idea de que el convenio arbitral es accesorio a un contrato principal (el sometido a arbitraje) y que haría que la nulidad del último arrastrará la nulidad del primero.¹⁷ Ello permite que los árbitros puedan pronunciarse sobre la nulidad del contrato sometido en arbitraje, liberándose del riesgo que al hacerlo, ello

arrastre necesariamente su propia competencia para pronunciarse. Se rompe el círculo vicioso.

Al igual que el caso anterior, con este principio se protege la inevitabilidad de la simple alegación de nulidad del contrato principal.

Como bien analiza Landrove:

"The doctrine of severability considers the arbitration clause of a main as a separate contract, independent and distinct from the main contract.

(...)

The quintessence of the doctrine entails that the validity of an arbitration clause is not automatically linked to that of the main contract and the reciprocal is also true. Accordingly, the invalidity, termination, happening of a resolutive condition or non-happening of a suspensive condition, and, generally the non-entry into force of the main contract does not affect the validity of the arbitration clause.

The limits of the doctrine are found in situations where both the main contract and the arbitration agreement are infected by the same defects: such as situations where no contract was ever concluded, or where the parties were still negotiating and no agreement was, therefore reached.

Hence, the purpose of the doctrine is to protect the lasting efficacy arbitration agreement and plays a crucial role in ensuring that the part intention to submit disputes to arbitration is not easily defeated. The doctrine combined with that of *Kompetenz-Kompetenz*, protects the jurisdiction of the arbitral tribunal and empowers the arbitral tribunal to decide on its own jurisdiction. Hence, the ultimate aim of both the doctrines of severability and *Kompetenz-Kompetenz* is to give the arbitration agreement maximum effectiveness.

While not considered to be global two decades ago, the doctrine of severability currently enjoys a predominant and expanding position around the world nowadays. The doctrine of severability is now embedded in most modern arbitration laws, and is also provided for in the arbitration rules of the major arbitration institutions. In light of such widespread application the doctrine of severability amounts today to a true transnational rule of international commercial arbitration. Indeed, under the studied jurisdictions, the doctrine of severability is unanimously recognized.¹⁸

15 GONZÁLEZ DE COSSIO, Fernando. *La ironía de Compétence-Compétence*. En: Lima Arbitration, Número 3: 2009.

16 En sentido similar se pronuncia Mantilla Serrano: ("La ley peruana también reconoce expresamente el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, previendo que el tribunal arbitral es el "único competente" para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a "la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral" (Artículo 41.1). Pero la ley va aún más allá que otras legislaciones comparables ya que aclara, de manera expresa, que el tribunal es competente para decidir sobre las excepciones de "prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales" (Artículo 41.1 in fine)"). MANTILLA SERRANO, Fernando. Breves comentarios sobre la nueva Ley Peruana de Arbitraje. En: Lima Arbitration, Número 4: 2011. Página 42. y Rubio: ("El principio de *Competence-Competence* consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo.") RUBIO GUERRERO, Roger. El principio *Competence-Competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje. En: Lima Arbitration, Número 4: 2011. Página 101.

17 Sobre el particular, el artículo 41 inciso 2 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) establece que: (...) 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.

18 LANDROVE, Juan Carlos. *Assignment and Arbitration – A comparative study*. Zurich: Schultess Juristische Medien. 2009. Página 13.

En sentido similar se pronuncia Rubio:

“La separabilidad del convenio arbitral, por su parte, asume que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato principal y de cualquier vicio que lo afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral. Como consecuencia de esto y en trancado al principio de Competence-Competence, los árbitros tienen autoridad no solo para determinar su propia competencia sino además la validez o existencia del contrato.

Ambos principios se interrelacionan para garantizar que las partes vinculadas por un acuerdo de arbitraje no sean desviadas a los tribunales judiciales frente a una alegación sobre la validez del contrato o sobre la validez del convenio arbitral.

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.”¹⁹

e. Sistemas de designación residual de árbitros

La liberación del Poder Judicial para la designación residual de árbitros es otro ejemplo de protección del principio de inevitabilidad del arbitraje. Si una parte se niega a nombrar su árbitro o los árbitros designados por ellas no pueden ponerse de acuerdo para nombrar al presidente, recurrir a las cortes ordinarias

para su nombramiento rompería la voluntad de las partes de, precisamente, no ir al Poder Judicial. Si bien las partes pueden protegerse de ese riesgo mediante la designación de una entidad nominadora (como un centro arbitral), la regla supletoria a falta de pacto debería buscar un sistema que precisamente haga innecesaria la intervención de los jueces. Ello a fin de evitar retrasar la constitución del tribunal y, sobre todo, poner en riesgo de tener una constitución del tribunal arbitral que no obedezca a la práctica arbitral. Esto explica porque la Ley peruana optó por una designación residual por parte de las cámaras de comercio.²⁰

f. El carácter *ex post* del recurso de anulación

En los sistemas en los que el arbitraje funciona el recurso de anulación tiene dos características (1) se limita a una relación taxativa, limitada y vinculada a aspectos formales del arbitraje (competencia, validez del convenio, notificaciones, cumplimiento de reglas pactadas, etc), es decir no involucran aspecto de fondo de la decisión;²¹ y (2) solo puede interponerse una vez emitido el laudo, esto es *ex post* a la decisión de los árbitros.²²

De alguna manera estamos ante la misma discusión sobre la procedencia de acciones de amparo durante el arbitraje, camino encontrado por algunos abogados para “saltarse” el requisito de que todo cuestionamiento debe ser *ex post* al laudo. Afortunadamente, y con idas y retrocesos, el Tribunal Constitucional ha ido decantando la procedencia de los amparos precisamente para evitar que se conviertan en un sistema de decisión *ex ante*.²³

19 RUBIO, *op cit*, *loc cit*.

20 Ello se desprende del artículo 22 inciso 5 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071): “(...) 5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.” Por su parte el Artículo 23: “(...) d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.”

21 Al respecto, el Artículo 62 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071):

“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.”

Asimismo, con respecto a las causales de anulación el Artículo 63 precisa:

“1. El laudo sólo 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.

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.”

Con respecto al artículo 62, como bien señala Avendaño: “Esta decisión del legislador peruano, además del antecedente citado, tiene una explicación lógica: como el inciso 2) bajo comentario se prohíbe al órgano revisor pronunciarse sobre el fondo de la controversia y a través de la apelación lo que se revisa es el fondo, o sea la justicia del caso concreto, ha quedado como único medio impugnatorio el recurso de anulación que revisa solamente los aspectos externos del laudo.” AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. En: SOTO COAGUILA, Carlos / BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. Página 685. En la misma línea, González de Cossio explica precisamente por que el recurso de anulación se diferencia del recurso de apelación: “Existe una diferencia conceptual importante entre, por un lado, la apelación y, por el otro, los recursos existentes en relación con los laudos. Su diferente naturaleza obedece a que un recurso de apelación examina el fondo del laudo (es decir, tanto los hechos como el derecho) y el tribunal que realice dicha revisión tiene la facultad de confirmar, revocar o modificar el mismo. En los recursos nulidad, reconocimiento y ejecución, el órgano competente tiene una jurisdicción limitada. Su nivel de análisis se limita a la determinación de la presencia de una de las causales de nulidad o no ejecución. El órgano que realiza esta revisión no determina la correcta determinación de los hechos ni la correcta aplicación del derecho. Únicamente decide si se ha presentado un vicio en la emisión del laudo que justifique su invalidación.” GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. Tercera Edición. México DF: Editorial Porrúa. 2011. Página 728.

22 Al respecto el artículo 64 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071) dispone:

“Artículo 64.- Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo.”

23 Para una discusión detallada y completa del devenir jurisprudencial del Tribunal Constitucional en los últimos años recomendamos leer el sesudo y adecuado análisis que se puede encontrar en ZUÑIGA MARAVI, Rigoberto Jesús. Borrando con el Codo Constitucional lo Escrito con la Mano Legislativa. La Concepción del Tribunal Constitucional Acerca del Arbitraje y del Control del Laudo Arbitral Via Demanda de Amparo. En Revista Arbitraje PUCP. Año III, No. 9, Lima 2011. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos. Pontificia Universidad Católica del Perú: Instituto Peruano de Arbitraje. 2011. Páginas 68-95.

Claramente esto se vincula con el carácter inevitable del arbitraje. Si la anulación no fuera *ex post*, las intervenciones judiciales impedirían la autoejecución, y se vulneraría el espíritu del acuerdo de que la controversia no vaya a las cortes ordinarias. Un recurso de anulación sería la forma de impedir y evitar el arbitraje.

Podríamos continuar enumerando principios relacionados con la inevitabilidad y la autoejecución del arbitraje. Sin embargo queremos concentrarnos en el último mencionado: la función del recurso de anulación y la necesidad de que opere *ex post* al laudo. Ello para apreciar su existencia y vinculación no se encuentra realmente en proteger aspectos procedimentales, sino aspectos contractuales.

5. El contenido contractual del recurso de anulación

Usualmente se considera que el recurso de anulación sirve para proteger garantías procesales. Esa visión encaja en la idea que el convenio arbitral es contractual, pero la tramitación del arbitraje es procesal. De cierta manera, bajo esa visión, el arbitraje nace en el Derecho Privado (derecho contractual), pero termina como Derecho Público (derecho procesal). Y ello sería lo que justificaría su revisión por el órgano jurisdiccional a fin de preservar aspectos similares a los que se protege con una nulidad procesal ante jueces ordinarios.

Creemos que esa visión es equivocada. La posición que consideramos correcta es que el recurso de anulación es la forma de proteger, y ejecutar el convenio arbitral. Es la forma como se garantiza que la existencia y los términos del acuerdo para arbitrar sean respetados. La anulación es consecuencia de que el carácter autoejecutable del convenio excluye la revisión previa a la ejecución, pero necesita un mecanismo posterior de revisión si la ejecución no fue adecuada por ir contra la Ley o contra el pacto.

Esto no es contradictorio con lo que ya hemos dicho, es decir que el acuerdo para arbitrar debe ser autoejecutable para así conseguir que el arbitraje sea inevitable. Es justo lo contrario. Para que el arbitraje sea inevitable, el control judicial no debe ser *ex ante* sino *ex post*. Es inevitable, en el sentido que la intervención judicial no debe contar con el poder para detener el arbitraje. Por ello el convenio arbitral es autoejecutable y el laudo se puede emitir sin intervención del juez.

Sin embargo el hecho que la acción de naturaleza contractual se presente luego de ejecutado el convenio crea un espejismo en el que el recurso de anulación es visto como una instancia de revisión procesal. Pero ello es así por que la autoejecución previa era necesaria para preservar el principio de inevitabilidad del arbitraje y no por que estemos ante una instancia de revisión procesal.

Sin duda lo hecho por los árbitros es revisable. Pero es revisable para velar si se respeto lo pactado y si lo pactado respecto la Ley. Es revisable, en los aspectos que conciernen al convenio arbitral (no al tema de fondo), de manera posterior a la emisión del laudo. Es

revisable como un juez puede revisar y pronunciarse sobre como se ejecuto un contrato (por ejemplo para verificar si hubo un incumplimiento) y no como una corte de apelación puede pronunciarse sobre lo que hizo un juzgado de primera instancia.

La aparente protección del proceso es en realidad la protección de que ese procedimiento, seguido en ejecución del convenio, se base en el acuerdo y se ejecute de acuerdo a lo pactado y a la Ley.

Pondré un caso basado en la experiencia arbitral para explicar este aspecto.

Se trataba de un contrato de compra de equipos militares. El comprador había pedido arbitraje por incumplimientos del proveedor. Las partes tenían nacionalidades distintas.

La legislación del país del proveedor exigía, dado el carácter militar de la operación, que ese tipo de contratos fueran autorizados por el Ministerio de Defensa de su país. La sanción al incumplimiento de la autorización, según tal legislación, era la nulidad del contrato. El proveedor sostenía que siendo nulo el contrato, era nula la cláusula arbitral contenida en el mismo. Por ello no cabía continuar con el arbitraje. La parte no planteo la nulidad ante los jueces ordinarios. Planteo y discutí la nulidad ante el propio tribunal arbitral. Ello por que entendía, más allá de su discrepancia, que el arbitraje era inevitable.

Y sabía que si se hubiera resistido a arbitrar sus posibilidades de éxito hubieran sido reducidas. Dado que la regla es que la parte que cuestiona la validez no pueda ir al Poder Judicial para detener el arbitraje, solo le quedo "pasar por el aro" del propio tribunal arbitral.

Para el no experimentado en arbitraje ello contradice la lógica. ¿Cómo podría el tribunal decidir sobre su competencia si, precisamente, requiere competencia para tomar una decisión? Parece paradójico que alguien puede decidir sin saber primero si puede decidir.

Pero el marco legal evitó que el proveedor pudiera recurrir a los jueces ordinarios. El *kompetenz-kompetenz* y el principio de separabilidad del convenio arbitral conducen a que ello no puede, de inicio, cuestionarse ante un juez. El problema de la nulidad del convenio debe plantearse ante los árbitros. Por ello las partes deben responder la solicitud de arbitraje, designar a sus árbitros, defenderse en el arbitraje, y plantear ante los propios árbitros la nulidad del convenio que (en aparente paradoja) les concede competencia.

Si la parte que cuestiona la validez del convenio deja de defenderse o no lleva a cabo los actos necesarios para continuar el arbitraje, el arbitraje continúa impulsado por la otra parte y no puede ser detenido. Vera aparecer en el camino un laudo al margen de sus omisiones o acciones.

La parte que no cuestiona la competencia puede siempre autoejecutar el acuerdo. Ira a los mecanismos

de designación residual para cubrir el vacío si su contraparte se niega a efectuar tal nombramiento. El tribunal se constituirá y se presentará la demanda al margen de la inacción de la contraparte o de su negativa a contestarla o incluso pagar los honorarios de los árbitros. El arbitraje será inevitable. Nada lo puede parar. Y ello no depende de ningún juez sino de la acción de la parte interesada.

“El recurso de anulación es un pronunciamiento sobre el convenio arbitral y la forma como ha sido ejecutado este. Por eso el Poder Judicial no esta ejerciendo una facultad de Derecho Público. Esta pronunciándose básicamente sobre Derecho Privado: se esta pronunciando sobre el contrato para arbitrar.”

En el caso materia del ejemplo los árbitros consideraron que (1) el tribunal era competente por el principio *kompetenz-kompetenz* para definir su propia competencia, y (2) la alegación de que la exigencia de autorización por el Ministerio de Defensa afectaba el contrato no necesariamente afectaba el convenio arbitral por lo que estaba en capacidad de conocer la nulidad del contrato, incluso si la nulidad del contrato fuera fundada, pues el requerimiento de aprobación por el Ministerio no se aplicaba a los convenios arbitrales.

Pero ello no significa que la decisión del tribunal que se declara competente por que considera que el convenio no es nulo sea irrevocable y definitiva. El tribunal se puede equivocar, y por tanto podría en realidad no ser competente. Pero su decisión no es revisable *ex ante*, sino *ex post*.

Dicha revisión se hará en la tramitación del recurso de anulación. Ello por disposición expresa de la Ley de Arbitraje.²⁴ Pero el arbitraje se ejecuta. La respuesta a la invalidez del convenio no es la no ejecución del convenio arbitral, sino la anulación del resultado, es decir el laudo. Si no hay convenio no había obligación de no hacer. Pero la obligación se ejecutará y luego de cumplida se discutirá si efectivamente existía.

Nótese que lo que se esta discutiendo en el recurso de anulación en este caso es un asunto meramente contractual: ¿es o no nulo o invalido el contrato para arbitrar? No tiene que ver con un asunto procesal. Tiene que ver con una discusión de naturaleza privada. Lo que ocurre es que, a diferencia de cómo suele pasar en otros

contratos, la discusión de invalidez se da después de la ejecución, cuando lo común es que esa discusión se plantee antes que se ejecute el contrato.

¿Es ello un desperdicio de recursos por haberse incurrido en los costos del arbitraje a pesar que finalmente se anularía? A pesar que parece, no es así. Las estadísticas de casi todos los países demuestran que el porcentaje de laudos anulados en la vía judicial suele ser reducido. Por ello solo excepcionalmente se siguió un arbitraje inútilmente. Pero si la inevitabilidad del arbitraje no se cumpliera, los costos en seguir anulaciones *ex ante* serían mucho mayores. Es más. Los incentivos para anulaciones estratégicas serían muy altos (aquellas planteadas para parar o dilatar el arbitraje). Y lo que es peor. El arbitraje se volvería una herramienta ineficaz e inútil. ¿Para que pactar no ir al Poder Judicial si la consecuencia va a ser ir desde un inicio al Poder Judicial? Sería la negación de la razón de base.

Por eso es que no se admite discutir en la anulación temas de fondo, que revisen los criterios, argumentos o motivaciones de los árbitros.²⁵ Ello por que el recurso de anulación no faculta a pronunciarse sobre lo decidido en el contrato o en relación al fondo. El recurso de anulación es un pronunciamiento sobre el convenio arbitral y la forma como ha sido ejecutado este. Por eso el Poder Judicial no esta ejerciendo una facultad de Derecho Público. Esta pronunciándose básicamente sobre Derecho Privado: se esta pronunciando sobre el contrato para arbitrar.

Ello explica por que ni el derecho de defensa ni el cumplimiento de reglas procesales se revisan con la misma lupa ni de la misma manera que en una nulidad de procedimiento bajo el ámbito del Derecho Procesal Civil. El procedimiento es una forma de ejecución de un contrato, no una institución de Derecho Público. Los árbitros no son jueces ni la Corte que resuelve la anulación es una segunda instancia, un órgano de casación ni el superior jerárquico ni funcional de los árbitros. La Corte se limita a verificar si había un contrato, que decía el contrato, y si este se ejecutó de acuerdo a lo pactado y al marco legal aplicable.

De hecho podemos agrupar las causales que dan origen a un recurso de anulación en dos categorías:

- a. Aquellas que buscan determinar si lo pactado y/o su ejecución fueron concordantes con el marco legal peruano, o al vulnerarlo han ido más allá de lo que podía ser objeto del contrato para arbitrar. Vamos a denominar estas casuales como causales de Tipo I.
- b. Aquellas que buscan determinar que la ejecución del contrato se ha efectuado de acuerdo a lo convenido por las partes, es decir si el contrato se cumplió según lo pactado. Vamos a denominar a estas casuales de Tipo II.

24 Al respecto el Artículo 63 de la Ley de Arbitraje:

1. El laudo sólo 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. (...).

25 Al respecto, el Artículo 62 inciso 2 de la Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071):

“(…) 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.”

Estemos frente a causales del Tipo I o II, todas son revisables *ex post* y no *ex ante* para preservar el carácter inevitable del arbitraje y permitir su autoejecución sin necesidad de intervención judicial.

El derecho de una parte vulnerado porque el convenio o su ejecución fueron más allá de la ley o por que se incumplió en la autoejecución con lo pactado, son revisables de manera posterior por el Poder Judicial, en el recurso de anulación. Pero solo son revisable aspectos que conciernen al convenio arbitral y no aspectos que conciernen al contrato sustantivo que fue objeto de arbitraje. De hecho, si el Poder Judicial se encuentra de pronto con que esta revisando cláusulas contractuales del contrato entre las partes (y no el convenio arbitral mismo) ello es un síntoma que muy probablemente este yendo más allá de lo que le esta permitido en un recurso de anulación.

Lo que corresponde es sustituir una visión publicista del recurso de anulación (que lo visualiza como un mecanismo de garantía de Derecho Procesal, es decir de naturaleza pública) por una visión privatista (que lo visualiza como una garantía de Derecho Contractual, es decir de naturaleza privada). Ello debe conducir a un cambio de perspectiva en relación a lo que los jueces ordinarios hacen al conocer de un recurso, eliminado de su visión aspectos vinculados al Derecho Procesal (como el de debido proceso) y enfocándose en figuras contractuales más acordes con su naturaleza (no haber podido hacer valer los derechos que adquirió por el convenio arbitral). Este cambio de paradigma es más acorde a la naturaleza del arbitraje y permitirá resolver mejor un recurso de anulación.

Además explica los límites del recurso de anulación. Como dijimos, la anulación es el mecanismo de revisión de la ejecución del convenio arbitral, no del contrato que fue objeto de la discusión de fondo en el arbitraje. El contrato que fue objeto de arbitraje ha quedado sometido a la decisión de los árbitros no del Poder Judicial. Por eso le esta vedado a los jueces entrar a las motivaciones y criterios de decisión del laudo en relación al fondo del asunto, porque iría contra lo pactado. Así como los jueces les esta prohibido modificar los acuerdos contractuales (salvo autorización expresa de la ley) les está vedado modificar el laudo por la naturaleza contractual de su origen. Solo puede revisar si el laudo fue una ejecución inadecuada del convenio.

Lo que los jueces pueden revisar es entonces como se ejecutó el convenio arbitral a fin de asegurar que se cumplió con la ley aplicable a ese contrato, se cumplió con lo acordado y los árbitros cumplieron con su contrato con las partes de ejecutar el convenio arbitral. Es pues una acción contractual pero limitada al convenio arbitral y que excluye la revisión sobre la existencia, validez y forma de ejecución del contrato objeto de la controversia.

6. Las causales de anulación desde una perspectiva contractual

Revisemos cada una de las causales de anulación y veremos como esta visión privatista de la anulación

como una forma de resolver una controversia contractual vinculada al convenio arbitral esta presente en todas las causales.

a. Nulidad o invalidez del convenio

Según el literal a del numera 1 del artículo 63 puede plantearse en el recurso de anulación alegando:

“a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.”

Esto fue ya analizado en el ejemplo de la autorización del contrato por el Ministerio de Defensa. La validez, existencia o eficacia del convenio es una discusión contractual, donde se plantean los típicos asuntos relacionados la nulidad o ineficacia de acto jurídico, con las especiales particularidades que tiene el convenio arbitral.

Como dijimos la diferencia está en el orden en que ocurre la revisión, pues se determina la validez del contrato por las cortes ordinarias una vez ejecutado este. Las cortes no revisan la validez antes de la ejecución (lo que en los contratos ordinarios se hace usualmente como defensa para detener dicha ejecución). Así se alega que las obligaciones no son exigibles por que el contrato es nulo, invalido, inexistente o ineficaz. Pero si ello se admitiera en el arbitraje, este no sería inevitable.

Se permite que ocurra esta ejecución porque, desechada la alegación de nulidad, invalidez o ineficacia, los árbitros emiten el laudo decidiendo sobre el fondo o por que los árbitros, persuadidos de la nulidad, inexistencia o ineficacia, se declaran incompetentes. En uno u otro caso, podrá plantearse la nulidad de la decisión *ex post* a la misma. Es, claramente, un tema de Derecho Contractual privado, vinculado a si el convenio cumplió con la ley o esta afectado por un elemento que conlleva a su nulidad, inexistencia o ineficacia. Es pues una causal de Tipo I.

b. Omisión de notificaciones o impedimento de hacer valer sus derechos

El literal b del numeral 1 del artículo 63 establece que se puede pedir la anulación sosteniendo:

“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.”

Este literal regula el equivalente a lo que en los ordenamientos procesales ordinarios llaman violación al debido proceso o indefensión. Nótese, sin embargo, la diferencia en el lenguaje utilizado.

Se regulan las omisiones en las notificaciones o cualquier otra circunstancia en la que no se pudo hacer valer los derechos de alguna de las partes. Se descarta, intencionalmente, el uso de la jerga

procesal (debido proceso, indefensión, etc.) y se usa un lenguaje más abierto y flexible.

Es un elemento consustancial al convenio arbitral que las partes serán notificados de las actuaciones (el arbitraje no se llevará a cabo total o parcialmente a sus espaldas) y que podrá defender sus derechos durante el conflicto. Ello se hará dentro del marco de las reglas pactadas.

Si bien se puede imaginar un pacto por el que alguna o ambas partes acuerdan limitar el ejercicio de sus derechos (por ejemplo renunciando a la actuación de terminados tipos de prueba, restringiendo la cantidad o extensión de los escritos, renunciando a presentar alegatos o a realizar determinadas audiencias) la renuncia a hacer valer sus derechos es la excepción y no la regla.

Siendo derechos renunciables o limitables por pacto, salta la naturaleza contractual de cómo hacer valer sus derechos. La regla supletoria es que las partes deberán ser notificadas de toda actuación y deberán tener espacio para ejercer sus derechos, salvo, claro están, pacto que limite esos la forma como se ejercen tales derechos.

De hecho es así como debe medirse el ejercicio de lo que en Derecho Procesal sería el ejercicio del derecho de defensa: un derecho limitable o regulable por el acuerdo entre las partes. Y es en esa línea en que debe medirse si se incurrió en esta causal: revisando las reglas pactadas directa o indirectamente (delegándole a los árbitros su determinación) por las partes y no leyendo o citando normas del Código Procesal Civil que protege otro tipo de circunstancias.

El lenguaje sugiere además que lo importante es el resultado final (poder hacer valer sus derechos) antes que el cumplimiento de formalidades meramente adjetivas.

Nuevamente lo que la causal protege es un elemento implícito (y en ocasiones explícito) en todo convenio arbitral. Es parte de la ejecución del convenio arbitral. Nuevamente los jueces, sin entrar al fondo de la discusión, pueden revisar la forma como se ejecuto el convenio. Es una causal de Tipo II.

c. Respeto de las reglas pactadas

El literal c del numeral 1 del artículo 63 establece que se puede pedir la anulación alegando:

“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.”

El inciso claramente se refiere al pacto. Es anulable si las partes no cumplieron con el convenio arbitral o los acuerdos complementarios en su ejecución (como las reglas arbitrales incorporadas en la instalación o en el reglamento al que las partes se han sometido).

Es claramente un asunto contractual y tiene que ver con cumplir lo pactado. Para quien sostenga que el reglamento de la institución no es parte del convenio, habría que recordarle que de acuerdo al artículo 6 de la Ley de Arbitraje²⁶ el reglamento se considera como parte del convenio en el entendido que se deriva del pacto de las partes.

Como vemos, nuevamente, el asunto en discusión es claramente como se ejecuta un contrato (el convenio arbitral) ratificando que el recurso de anulación es una forma de proteger el contrato antes que proteger el meramente un proceso.

La norma hace una salvedad, permitiendo al tribunal inaplicar una regla pactada cuando *“...dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse...”* Ello no contradice el carácter de protección contractual del recurso de anulación. Lo único que dice la norma es que los árbitros pueden inaplicar una parte del pacto cuando se contradiga una norma imperativa, algo que es consistente con la ejecución de cualquier contrato en el que un pacto o parte del mismo contradice una norma imperativa.

Por otra parte se entiende que, a falta de pacto, se aplica supletoriamente la Ley de arbitraje (*...en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.*) lo que también es consistente con la naturaleza contractual del problema. Dentro de la esfera contractual, a falta de pacto se aplican, como incorporadas al pacto, las normas supletorias que resulten pertinentes. Es aplicar un pacto, solo que derivado del silencio de no haber incorporado un pacto en contrario.

En conclusión estamos ante una causal de Tipo II

d. Decisión sobre materias no sometidas a decisión del tribunal

El literal d del numeral 1 del artículo 63 establece que se puede pedir la anulación si es:

“d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.”

Lo que los árbitros pueden resolver son las materias que las partes, por pacto, le han sometido a decisión. Ello implica contemplar si la controversia (1) esta dentro del *scope* o ámbito del convenio arbitral y (2) si estando dentro del *scope*, se encuentra dentro de los asuntos que las partes han sometido al tribunal al plantear sus pretensiones o solicitudes.

26 El artículo 6 de la Ley de Arbitraje: *“Cuando una disposición de este Decreto Legislativo: (...) b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.”*

En otras palabras, los jueces controlaran, si en ejecución del convenio arbitral (1) se decidió sobre una materia que las partes pactaron estaba incluida en el convenio; y (2) se decidió sobre una materia que fue incorporada a los asuntos a ser decididos siguiendo las reglas pactadas.

Por supuesto que alguien dirá que en realidad estamos ante las figuras procesales del fallo *extra petita* o del fallo *ultra petita*. Ello es en una manera cierto pero, de otra manera, inexacto.

Lo que no está cubierto bajo las figuras del fallo *extra petita* o del fallo *ultra petita* es que la materia no este comprendida dentro del pacto, sea que este se derive del mismo convenio, de reglas establecidas con posterioridad o de la conducta u omisión de las partes (se demandó un asunto no cubierto por el convenio, pero ninguna de las partes objeto tal incorporación y por tanto se entiende que las partes han extendido el alcance del convenio a dicha materia). Y es que la competencia del tribunal arbitral, a diferencia del juez ordinario, tiene un origen claramente contractual. Con ello la figura del fallo *extra petita* o del fallo *ultra petita* no encaja plenamente con lo regulado como causal de anulación en el literal d del numeral 1 del artículo 63.

Se puede incorporar una pretensión al arbitraje siguiendo el procedimiento previsto pero si una de las partes objeta que tal pretensión no está bajo el *scope* del convenio, podríamos estar frente a la aplicación de la causal. Ello ocurriría, por ejemplo, en un caso de acción por enriquecimiento sin causa que no encaja en un convenio restrictivo que claramente limita la competencia de los árbitros a asuntos estrictamente contractuales.

Otro ejemplo sería que la pretensión se refiere al incumplimiento de un contrato distinto al que se refiere el convenio arbitral. Un pronunciamiento sobre aspectos como los enunciados puede dar pie a que plantee, con éxito, un recurso de anulación.

Nótese que estamos, nuevamente, frente a una figura contractual en la que los jueces van a controlar que durante la ejecución del convenio arbitral se incorporó solo aquellos asuntos que las partes pactaron se incorporarían al arbitraje.

Donde la similitud es mayor con las figuras de *extra petita* o *ultra petita* es cuando los árbitros se pronuncian sobre un asunto que no fue objeto de la demanda o la reconvencción, incluso en el supuesto que estuvieran bajo el *scope* de la cláusula.

Lo que se tiene en común con las figuras del fallo *extra petita* o del fallo *ultra petita* es que tanto los jueces y los árbitros están impedidos de pronunciarse si el asunto o materia sobre la que decidieron no fue objeto de discusión entre las partes durante el desarrollo del arbitraje. Pero la fuente de la limitación es diferente. En el caso de los jueces la fuente es el ordenamiento procesal (de

Derecho Público) mientras que para los árbitros la fuente es el pacto y reglas convenidas.

Nuevamente nos encontramos, en el recurso de anulación, frente a la actividad dirigida a velar por una correcta ejecución del convenio arbitral. Es una causal de Tipo II.

e. Materias no arbitrables

El literal e del numeral 1 del artículo 63 establece que se puede pedir la anulación sosteniendo:

“e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje Nacional”.

El supuesto de este literal tiene que ver con la celebración de un convenio arbitral o la ejecución del mismo, en contra de una norma imperativa que limita o prohíbe la arbitrabilidad de la controversia. En otras palabras, y como ocurre en cualquier asunto contractual, los contratos no pueden regular ni ejecutarse en contra de normas imperativas o de orden público. Lo que en realidad se contempla en esta causal es un convenio o una ejecución que han excedido los límites legales de lo que se podía contratar.

Esta regulación se refiere a la arbitrabilidad de controversias sometidas a arbitraje doméstico. El literal siguiente regula la situación equivalente para el arbitraje internacional.

La norma central sobre la que gira el alcance del literal e es el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, norma que señala:

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

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

La norma contempla lo que es arbitrable en dos movimientos. El primero es una regla permisiva y abierta: es arbitrable toda materia que sea de libre disponibilidad. Si se puede contratar libremente sobre algo, se puede someter ese algo a arbitraje.

El segundo movimiento se refiere a lo que no es disponible. Incluso materia no disponible puede ser arbitrable si una ley o un tratado internacional así lo autorizan. Con ello queda claro que lo disponible se puede arbitrar por autorización del artículo 2 y lo no disponible por cualquier otra norma del ordenamiento que lo autorice.

La razón por la que no se puede arbitrar un divorcio es porque, siendo una materia no disponible, es porque no existe ninguna norma ni tratado que lo autorice.

En contraste la razón por la que eventualmente se puede arbitrar una controversia por la aplicación de facultades de *ius imperium* del Estado es porque que hay normas que lo autorizan. Por ejemplo la modificación de las normas tributarias puede originar un arbitraje entre un contribuyente y el Estado, si el primero tiene un contrato de estabilidad tributaria, elevado al rango de contrato ley, con una cláusula arbitral, porque la Constitución y el marco normativo aplicable autorizan su sometimiento a arbitraje. En ese sentido, lo que se discutirá serán los incumplimientos al contrato de estabilidad, así estos estén contenidos en actos de *imperium*, es decir en actos que no son de libre disposición.

De manera similar, la afectación de garantías dadas a los inversionistas de un país por medio de un Tratado Bilateral de protección de Inversiones pueden ser arbitrables, así la afectación provenga de un acto de imperio (acto no sujeto a libre disposición) si el tratado autoriza su sometimiento a arbitraje.²⁷

En cualquier caso la discusión en esta causal es si el convenio arbitral o su ejecución han excedido lo que se podía arbitrar según ley. Sigue siendo una discusión contractual, puesta en contexto de lo que el marco legal autoriza o prohíbe. Es una causal de Tipo I.

f. Objeto no susceptible de arbitraje o contrario al orden público internacional

El literal f del numeral 1 del artículo 63 establece que se puede pedir la anulación si se argumenta:

“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.”

Este inciso regula la misma situación regulada por el inciso e, solo que en relación al arbitraje internacional. La introducción del concepto de orden público internacional solo persigue darle mayor flexibilidad y un carácter más abierto a la arbitrabilidad si el arbitraje es internacional.

El concepto de orden público internacional se refiere a aquella parte del orden público nacional que es relevante para el Derecho Internacional. Es un concepto más restringido que el de orden público interno o nacional y puede definirse como aquellos principios que serían exigibles en cualquier país civilizado. Con ello puede haber reglas de orden público interno que no impedirán que se arbitre un asunto siempre que este no vaya contra el orden público internacional.

Por ejemplo la arbitrabilidad de un problema concursal no parece afectar el orden público internacional, a pesar que pueda no estar permitido por una norma de orden público interno. Ello hace que un conflicto concursal no sea arbitrable bajo las reglas de arbitraje nacional. Pero ello no impediría que un asunto concursal que afecta a dos empresas extranjeras, sea arbitrable bajo las reglas del arbitraje internacional, pues no entra en contradicción con el orden público internacional (normas de *ius cogens*).

No ocurre lo mismo con un arbitraje en el que se pretende ejecutar un contrato de esclavitud mediante el cual una parte aceptó someterse como esclavo a otra por el resto de su vida. Dado que la esclavitud atenta contra el orden público internacional, no podría ser arbitrable ni en arbitraje doméstico ni en arbitraje internacional, pues la esclavitud no es aceptada en los países considerados civilizados.

Sin perjuicio de ello, estamos nuevamente frente a una discusión contractual dirigida a definir que puede ser objeto del convenio o de su ejecución. El Poder Judicial tendrá que determinar en la anulación, si el convenio ha ido más allá de lo que la ley permite. Estamos, como en el caso del literal anterior, ante una causal de Tipo I.

g. Vencimiento del plazo

Finalmente el literal g del numeral 1 del artículo 63 establece que se puede pedir la anulación si se alega:

“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.”

Nuevamente estamos frente a una discusión contractual: se cumplió la ejecución dentro del plazo establecido por las partes o el establecido en ejecución del convenio.

La ley ha considerado que el plazo es un elemento esencial, a tal nivel que puede conllevar a la anulación si este no se cumple por los árbitros.

Aquí podemos estarnos refiriendo a un plazo de vigencia del convenio arbitral (este solo permite arbitrar hasta determinada fecha, lo cual, dicho sea de paso, no es algo que se suela pactar) o el plazo previsto para emitir el laudo en el convenio, en el reglamento aplicable, en las reglas de arbitraje aceptadas por las partes o las establecidas por el tribunal por delegación de las partes.

En cualquier caso el rol del Poder Judicial es, nuevamente, velar por el cumplimiento de lo pactado, lo que reitera que la anulación es un mecanismo de

²⁷ Este asunto es, lamentablemente, causa de errores comunes y reiterados que asumen que las autorizaciones dadas en normas y tratados para arbitrar asuntos de Derecho Público o regulatorio no permiten la arbitrabilidad de este tipo de controversias por no ser de libre disposición. Un buen ejemplo de este error común es el que se aprecia en CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Arbitraje y Regulación de Servicios Públicos? El Caso de OSITRAN*. Volumen 17, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Palestra Editores, 2011. El error es tan serio que desconoce la arbitrabilidad de este tipo de controversias incluso bajo tratados de protección de inversiones, sin comprender el marco internacional bajo el cual se regulan los arbitrajes de inversión.

protección contractual, antes que una figura procesal de Derecho Público. Es una causal de Tipo II.

Lo que esta rápida revisión de los alcances de las causales de anulación muestra, es que las cortes ordinarias debería visualizar su función como la de velar por el cumplimiento de un contrato (causales de Tipo II) y que el mismo o su ejecución se ajusten a las disposiciones legales aplicables (causales de Tipo I). Así algunas causales tiene que ver con que el contrato y su ejecución sean consistentes con la ley, y en otros que la ejecución haya sido consistente con el convenio. Pero en uno y otro caso, estamos ante problemas de naturaleza contractual que giran entre lo que la voluntad puede o no hacer y lo que la voluntad hizo.

7. Conclusión

La visión publicista del arbitraje ha causado mucho daño a su institucionalidad y la ha alejado de su naturaleza. La forma como visualizamos el recurso de anulación es una de las expresiones más claras de ese problema.

Pero el arbitraje es en su origen, en su esencia y, sostenemos en este trabajo, en su finalidad y ejecución, una figura contractual. Y ello incluye la

naturaleza de la acción de revisión del laudo por las cortes ordinarias, bajo el recurso de anulación.

El recurso de anulación, sostenemos, es una figura más consistente con una acción de naturaleza contractual, que con una figura de naturaleza procesal o de derecho público. Preservar esa naturaleza es una misión difícil en un mundo que ha tendido, principalmente por perspectiva procesalista de las cosas, a ver en el arbitraje una figura más jurisdiccional que contractual.

Lo que se ha pretendido en este trabajo es presentar que la apariencia de la anulación como una revisión jurisdiccional es fruto antes que de cumplir una función de revisión procesal, del orden de las cosas que impone el principio de inevitabilidad y de necesidad de autoejecución.

La secuencia de que viene primero, la ejecución o la anulación, se parece al dilema del huevo y la gallina, en el que el orden no debe confundir la naturaleza de las cosas: las acciones judiciales (recurso de anulación) para velar por la correcta ejecución del convenio arbitral se llevan a cabo luego de la ejecución del convenio no por que se trate de una instancia de revisión procesal, sino por que ello es necesario para preservar el principio de inevitabilidad, basado en la autoejecución del arbitraje ☒

