

“Apuntes Sobre la Necesaria Relación Entre el Arbitraje y el Proceso Judicial”

Ana María Arrarte Arisnabarreta

Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Lima.
Árbitro de CONSUMODE, CCL, AMCHAM, entre otros.
Abogada Socia del Estudio Javier de Belaunde Abogados

I. Cuestión Previa: El Caracter Privado del Arbitraje como Elemento que Permite la Flexibilidad y Eficacia del Proceso

El arbitraje ha sido concebido como un mecanismo de solución de conflictos, alternativo a aquél originariamente previsto por nuestra Constitución Política, esto es, al Poder Judicial. En efecto, es este último el órgano estatal creado para dar cumplimiento al «poder-deber» de velar por la protección de un derecho fundamental como es el tener acceso a un órgano que otorgue tutela jurisdiccional efectiva¹, resolviendo conflictos de intereses e incertidumbres jurídicas. Pero veamos porqué surge la necesidad de contar con un mecanismo alternativo².

Para ello debemos tener presente que un proceso judicial se rige por disposiciones de derecho público, en tanto regulan la relación de los sujetos de derecho (justiciables) con el Estado (Poder Judicial), encargado de solucionar los conflictos e incertidumbres que surjan en una sociedad civilizada.

Ahora bien, tales disposiciones tienen un propósito central: garantizar que las partes involucradas en una controversia, cuenten con un debido proceso (derecho fundamental que implica entre otros aspectos: ser juzgado por la autoridad que sea competente, estar en aptitud de defenderse, de probar e impugnar); por

ello, nuestro ordenamiento jurídico ha dotado a la mayoría de dichas normas de procedimiento, de un carácter rígido, vinculante y de observancia obligatoria, sin que regularmente quepa la posibilidad de que las partes pacten un procedimiento distinto, propio³⁻⁴.

No obstante las buenas intenciones del legislador, debemos admitir que, en muchos casos, el tiempo que insume el cause de la solución de controversias siguiendo estas reglas de absoluta tutela al justiciable, pueden terminar siendo contraproducentes, e impidiendo la obtención de una decisión definitiva eficiente, esto es, que los costos de tiempo, esfuerzo y dinero invertidos, pueden volver inútil la solución brindada por el Órgano Jurisdiccional bajo el manto de un trámite procedimental impecable.

Frente a ello, surge el arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, que tiene su eje central en la voluntad de las partes, de modo tal que son éstas quienes 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, entre otros aspectos, de establecer el procedimiento que consideren más adecuado.⁵ Así, y sólo para poner un ejemplo, podemos indicar que las partes están en aptitud de limitar -y en algunos casos hasta renunciar- válidamente a determinadas garantías, como sería la impugnatoria

1 GONZALES PÉREZ enseña que «El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le «haga justicia»; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas».

GONZALES PÉREZ. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Ed. CIVITAS. 3ra. Edición. Madrid. 2001. Pág. 33.

2 En esta línea DE RUGGIERI señala: «el Estado, a quien corresponde exclusivamente como atributo de soberanía el organizar la defensa del derecho y el ejercer mediante órganos propios la función jurisdiccional, consiente a los particulares el que éstos sustituyan un Juez público por otro privado».

DE RUGGIERI citado por DE TRAZEGNIES. «Los Conceptos y las Cosas». En: El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español. Ed. Cultural Cusco S.A. Lima. 1989. Pág. 545.

3 FAIRÉN GUILLÉN señala: «Otras consecuencias del carácter público de las normas procesales, su inderogabilidad por voluntad de las partes, salvo algún caso concreto de tal «disponibilidad»».

FAIRÉN GUILLÉN. Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Ed. BOSCH. Barcelona. 1990. Pág. 59.

4 Cabe indicar que nuestro ordenamiento procesal sí ha previsto con carácter excepcional, determinados supuestos donde las partes pueden pactar algunas normas específicas de procedimiento, este sería el caso de la competencia territorial prevista en el artículo 25 del Código Procesal Civil, de la renuncia a recurrir y de la casación por salto contempladas en los artículos 361 y 389 respectivamente, del mismo cuerpo legal.

5 FAZZALARI, refiriéndose a la naturaleza privada del arbitraje indica: «La disciplina de tales procesos impone opinar acerca de su naturaleza privada, distinta de aquella, pública, de los procesos jurisdiccionales. En efecto. Tanto las partes como el árbitro están relacionadas por el vínculo contractual establecido en el compromiso arbitral (...) y desarrollan su papel en el plano privatístico (...). En particular, el árbitro no está por encima de los litigantes, como sucede en cambio, con el juez, en razón de la soberanía del Estado, de la cual él es un órgano: el árbitro ostenta, en el curso de arbitraje y al finalizarlo, unos deberes, pero se trata de deberes que se derivan no de una investidura del Estado, sino del contrato de «locatio operis» que lo vincula a las partes. Correlativamente, la actividad procesal de las partes envuelve facultades, poderes y deberes, cuyo contenido puede incluso reproducir las posiciones de las partes en el proceso



“Apuntes Sobre la Necesaria Relación...”

(específicamente nos estamos refiriendo al recurso de apelación y al recurso de anulación⁶, este último supuesto, es válido exclusivamente para arbitrajes internacionales), lo que no obsta a que se respeten preceptos mínimos que aseguren un debido proceso y se eviten situaciones de indefensión, agraviantes a las partes.

Por lo indicado, podemos concluir que la flexibilidad de las formas, viable en mayor medida atendiendo al carácter privado del arbitraje, constituye un aspecto medular y que puede resultar indiscutiblemente beneficioso para los justiciables.

No obstante lo señalado anteriormente, resulta indispensable que tengamos en cuenta que este principal atributo o fortaleza del arbitraje, puede a su vez convertirse en su «talón de Aquiles», si no se toman las medidas necesarias para garantizar su eficacia, como lo veremos a continuación.

II. La Otra Cara de la Moneda: El Carácter Privado del Arbitraje, hace Necesaria la Intervención Judicial

Si bien la sumisión al arbitraje implica contar con un procedimiento esencialmente dispositivo, en el que la flexibilidad y voluntad de las partes primen, es necesario no perder de vista lo siguiente:

Cuando las partes pactan un arbitraje, el ánimo que las inspira es esencialmente conciliador, suele ocurrir que el convenio arbitral se prevé en el contrato, esto es, en el inicio de la relación entre ellas, momento en el que no sólo existe un clima de armonía y de intereses comunes, sino que además prima el propósito de evitar cualquier tipo de confrontación, en síntesis el arbitraje se pacta en la lógica de voluntades confluyentes.

Sin embargo, cuando resulta necesario recurrir a dicho mecanismo de solución de controversias, esto es, poner en práctica el convenio arbitral pactado, el panorama es sustancialmente distinto, ahora existen

intereses encontrados, opuestos, y probablemente medie hasta desconfianza entre ellas. Por lo indicado, no resulta extraño, que alguna de las partes se niegue a someterse al arbitraje, pese a haberlo pactado libremente, o que habiéndose sometido a él, posteriormente no esté dispuesta a ejecutar el laudo arbitral, en tanto no le beneficie. Ahora bien, es en supuestos como éstos donde aparece lo que, en nuestra opinión, puede ser la principal falencia del arbitraje, y donde se hace palmaria la necesidad de vincular la actividad arbitral con la judicial.

En efecto, si bien nuestra Constitución Política del Estado, en su artículo 139^o, ha optado por recoger la tesis del carácter jurisdiccional del arbitraje⁷, le ha «quitado» dos (2) de sus atributos fundamentales:

i) El carácter firme, y en consecuencia inimpugnable, de sus decisiones; y ii) La potestad de hacerlas cumplir, aún usando la fuerza, en los supuestos que ello sea absolutamente imprescindible.⁸

Así, en materia arbitral ocurre lo siguiente: i) Las decisiones arbitrales no son necesariamente definitivas, últimas, en tanto son pasibles de ser cuestionadas, a través del recurso de apelación –si existe un pacto previo en este sentido–, o de anulación, ante el Poder Judicial, siempre que se presenten los supuestos legalmente previstos para ello; y ii) Los árbitros carecen de potestades coercitivas, es decir, no están en aptitud de hacer cumplir sus decisiones ante la reticencia de las partes, debiendo recurrir al Poder Judicial a solicitar su intervención con el propósito de lograr la ejecución forzosa de sus mandatos.

Como podemos advertir, el carácter esencialmente privado del arbitraje tiene como contrapartida, condicionar su eficacia a la intervención judicial, cuya función principal en ese caso será velar porque se cumpla aquello que las partes de manera previa y voluntaria acordaron.

jurisdiccional, pero también se distinguen porque no están insertas en un proceso estatal y por no estar sujetas a los poderes coercitivos del juez». FAZZALARI, Elio. «Instituzioni di Diritto Processuale». CEDAM. Padova. 1989. Pág. 323 (Traducción libre).

6 Específicamente en materia impugnatoria, la Ley General de Arbitraje, en su artículo 60^o dispone lo siguiente en lo que respecta a los arbitrajes nacionales: «Artículo 60^o.- Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia, cuando se hubiera pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. (...)» (El subrayado es nuestro)

Asimismo, en relación a los arbitrajes internacionales señala lo siguiente:

«Artículo 126^o.- Renuncia al Recurso de Anulación.- Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio o residencia habitual en el Perú, se podrá acordar expresamente en el convenio arbitral o en un documento escrito posterior, la renuncia a interponer recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a uno o más de las causales dispuestas en el Artículo 123^o. (...)» (El subrayado es nuestro)

7 «Art. 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

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

8 AMARAL SANTOS indica: «La jurisdicción comprende tres poderes: el de decisión, el de coerción y el de documentación (...) El poder de coerción se manifiesta flagrantemente en el proceso de ejecución, cuando se trata de compeler al vencido al cumplimiento de la decisión». (...) AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. Ed. Saraiva. Vol. 1. 21 Edición. 1999. Pág. 71. (Traducción libre).

III. Momentos en los que Resulta Necesario la Intervención del Poder Judicial para lograr la Eficacia del Arbitraje:

1. Advertida la necesidad de vincular o interrelacionar la actividad arbitral con la judicial, precisamente para lograr la eficacia de la primera, podemos sostener que -en líneas generales- ésta se presenta de manera muy clara, al menos en cinco (5) momentos específicos: *i*) la formalización o instalación de un Tribunal Arbitral; *ii*) la obtención y/o actuación de medios de prueba; *iii*) la obtención y/o ejecución de medidas cautelares; *iv*) la impugnación del laudo, a través de los recursos de apelación (cuando ello hubiese sido pactado) y de anulación; y *v*) la ejecución del laudo frente a la reticencia de la parte obligada a cumplirlo.

2. Ahora bien, la intervención judicial se puede presentar bajo las siguientes modalidades⁹: *i*) subsidiaria; *ii*) complementaria; *iii*) de colaboración, y *iiii*) de revisión.

A continuación analizaremos cómo opera cada una de ellas en nuestro sistema jurídico (arbitral y judicial).

2.1. La intervención subsidiaria.- Se presenta en aquellos casos en los que existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros decidan o ejecuten determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío

-en cuanto a sus potestades-, a través del auxilio judicial¹⁰.

Algunos casos de esta modalidad de intervención son:

- a. *Negativa a formalizar el arbitraje, pese a existir un convenio arbitral*.- Veamos, qué ocurre si las partes han pactado que el Tribunal Arbitral se conformará por tres (03) miembros, para lo cual cada una de ellas debe designar un árbitro, y entre éstos últimos, elegirán al Presidente del Tribunal, no obstante, una vez surgida la controversia, una de las partes se niega a designar su árbitro, o - coloquémonos en otro supuesto con iguales consecuencias-, habiéndose nombrado a los árbitros de parte, éstos no llegan a ponerse de acuerdo respecto de la designación del tercer miembro y Presidente del Tribunal.

En estos casos, y en la medida que las partes no hayan acordado una opción distinta, como sería -por ejemplo- el sometimiento a alguna institución arbitral que cuente con un reglamento en el que se prevea la actividad por realizar en este supuesto¹¹⁻¹², será necesario recurrir al Poder Judicial a fin de que éste supla la voluntad de las partes o el acuerdo de sus árbitros, de ser el caso, para hacer viable el pacto de sometimiento a arbitraje.

Ahora bien, resulta pertinente indicar que el juez, al momento de realizar tal designación, no sólo deberá verificar que la persona a nombrar cumpla con los requisitos legalmente establecidos para este propósito,

9 En este rubro del análisis seguimos a la profesora CHOCRÓN GIRÁLDEZ (Los Principios Procesales en el Arbitraje. Ed. BOSCH. Barcelona. 2000. Págs. 197 y ss); sin embargo, la clasificación desarrollada por ella, ha sido adecuada a lo que nosotros consideramos correspondiente, y le hemos incorporado rubros propios de nuestro sistema arbitral, como es el caso de la intervención de colaboración, en la que pese a que en la vía arbitral es perfectamente válida la realización de determinados actos, en tanto la ley autoriza que éstos puedan ejecutarse también en la vía judicial.

10 CHOCRÓN GIRÁLDEZ define en estos términos el carácter subsidiario de la intervención judicial: «Se da en aquellos casos en los que la relación se produce como consecuencia del desacuerdo de las partes sobre un concreto aspecto del arbitraje o cuando los árbitros no pueden realizar por sí mismos determinados actos».

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, María Encarnación. Ob.cit. Pág. 197.

11 Así por ejemplo, el artículo 24 del Reglamento Procesal del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, ha previsto el siguiente mecanismo específico de designación de árbitros ante la falta de nombramiento por las partes o a falta de acuerdo para designar al Presidente, por parte de los árbitros nombrados.

«Artículo 24º.- En caso de no haberse producido la designación de uno o más árbitros, corresponde al Consejo Superior de Arbitraje efectuar la designación, entre los integrantes del Registro de Árbitros del Centro.

En caso que las partes no hubieran previsto el procedimiento de designación o hubieran delegado ésta en el Centro, la Secretaría General solicitará la designación al Consejo Superior de Arbitraje, el que la realizará entre los integrantes del Registro de Árbitros del Centro.

El Consejo Superior de Arbitraje, en casos excepcionales y debidamente fundamentados, podrá designar como árbitro, cuando le corresponda, a una persona que no integra el Registro de Árbitros del Centro.»

12 Por otro lado, tratándose de entidades del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. No. 083-2004-PCM) ha previsto que las controversias en las que éstas se encuentren involucradas, deberán ser resueltas mediante una conciliación o arbitraje, en éste último supuesto, ha establecido lo siguiente respecto de la designación de árbitros:

«Artículo 280º.- Designación

En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje organizado y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente:

1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para respuesta, las partes tienen diez (10) días hábiles para ponerse de acuerdo en la designación del árbitro. Vencido este plazo, sin que se hubiese llegado a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar al CONSUCODE en el plazo de cinco (5) días, la designación de dicho árbitro.

2. Para el caso de tres árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y éstos dos (2) designarán al tercero, quien lo presidirá. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al CONSUCODE la designación del tercer árbitro dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

Las designaciones efectuadas en estos supuestos por el CONSUCODE se realizarán de su Registro de Neutrales y son definitivas e inimpugnables.»



sino que además deberá designar a quien cumpla con los requisitos establecidos por las partes, en el respectivo convenio evidentemente, esto en la medida que hayan previsto determinadas cualidades especiales¹³, como por ejemplo, profesión, años de experiencia, etc.

Lo mencionado anteriormente respecto de la intervención judicial respecto de la designación de árbitros rige en materia de arbitrajes nacionales, de conformidad con lo establecido en los artículos 21º y 22 de la Ley General de Arbitraje,¹⁴ sin embargo no es de aplicación a los arbitrajes internacionales, ya que para estos casos se ha establecido en el artículo 103¹⁵ que corresponde recurrir a una institución arbitral del lugar donde se acordó llevar a cabo el arbitraje y no al Poder Judicial, el que sólo podrá intervenir en la medida que las partes así lo hayan pactado expresamente¹⁶.

b. *La adopción de medidas cautelares judiciales previas a la instalación del Tribunal Arbitral.*- En este supuesto, resulta importante anotar que el peligro en la demora que legitima al justiciable a recurrir a la vía judicial a solicitar una medida cautelar previa al proceso arbitral, tiene características propias. Así el solicitante se debe encontrar ante una necesidad impostergable de tutela, de modo tal que si espera que el mecanismo alternativo pactado para dar solución a las controversias suscitadas, se encuentre operando,

esto es, se instale el Tribunal Arbitral y se declare abierto el proceso, existirá el peligro de que la decisión que se emita en el arbitraje carezca de toda eficacia, o que el solicitante de la medida cautelar se encuentre en una situación aún más perjudicial de la que está en ese momento.

Así por ejemplo, pongámonos en el supuesto de un contrato de obra pública que ha sido resuelto por causa supuestamente imputable al contratista, como consecuencia de esta resolución, la Entidad procederá a la inmediata ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento otorgada por el primero, además de estar en aptitud de contratar la continuación de la obra por un tercero.

En este caso, resulta sumamente probable que el tiempo que demore contar con un Tribunal Arbitral instalado, y en consecuencia, apto para emitir un pronunciamiento que impida provisionalmente la ejecución de la mencionada carta fianza o la contratación con un tercero, resulte no sólo perjudicial para el contratista, sino que además le produzca un daño irreversible, pues que cuando este pronunciamiento sea emitido en la vía arbitral, tal garantía ya habría sido ejecutada o ya se habría contratado la conclusión de la obra con un tercero de buena fe. En tal supuesto, se advierte que el «peligro en la demora» no sólo se presenta en el transcurso del

13 Refiriéndose a este tema, CAIVANO señala: «El juez, a quien se somete la designación del árbitro tiene una serie de atribuciones, pero también ciertas limitaciones. Como paso previo, es requisito de la competencia judicial para nombrar árbitros, que exista obligación de someterse a arbitraje; es decir, que haya un convenio arbitral cuya ejecución se pretende (...). Pero además, es preciso que haya un desacuerdo entre las partes sobre el nombramiento mismo, que puede ser expreso o tácito, el que se presume cuando una de las partes no haya prestado colaboración alguna o directamente se resista a que el árbitro sea nombrado. Una de las limitaciones del juez proviene de las reglas establecidas por la ley y las que las propias partes hayan convenido al celebrar la cláusula arbitral. Desde luego que el juez no puede designar árbitro a quien no reúne los requisitos legales. Pero también debe ceñirse a lo pactado, de manera que si por ejemplo en el convenio se estableciera la cantidad de árbitros, o una calidad específica en ellos, el juez debe designar árbitros con esas condiciones, sin que pueda apartarse de lo acordado por las partes, que tiene carácter vinculante para él». (El resaltado es nuestro)

CAIVANO, Roque J. Negociación, Conciliación y Arbitraje. Ed. APENAC. Lima. 1998. Pág. 278.

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

Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez.

En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurrido diez (10) días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez.

En todo supuesto de falta de designación del Presidente del Tribunal Arbitral, asumirá tal condición el árbitro designado por los miembros del tribunal arbitral.»

«Artículo 22º.- Incumplimiento del encargo.- Si el tercero a que se refiere el Artículo 20º, encargado de efectuar la designación de él o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de diez (10) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de él o los árbitros».

15 «Artículo 103º.- Designación de árbitros por el Juez.- Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una parte no actúa conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o los árbitros no pueden llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o un tercero, incluida una institución arbitral, no cumplan una función que se les confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar a la institución arbitral que ella señale, de conformidad con el primer párrafo del Artículo 102º, que adapte la medida necesaria, a menos que en el convenio sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

En todos los supuestos indicados en el Artículo 102 y primer párrafo de este Artículo, si las partes lo han pactado expresamente, el nombramiento se hará a instancia del Juez Especializado en lo Civil al que las partes se hubiesen sometido expresamente. En defecto de sumisión expresa, al del lugar donde debe realizarse el arbitraje, si se hubiera previsto. A falta de ello, el Juez Especializado en lo Civil del distrito judicial de Lima. En todos estos supuestos es de aplicación el Artículo 23º. Al nombrar un árbitro, se deberá tener debidamente en cuenta las condiciones requeridas para el árbitro en el convenio y se tomarán las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En caso de árbitro único o del tercer árbitro, se tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las partes.» (El subrayado es nuestro)

16 Esta disposición de nuestra Ley General de Arbitraje vigente, ha recogido la propuesta formulada por los doctores CANTUARIAS y ARAMBURÚ, quienes al comentar el artículo 93 de la Ley General de Arbitraje derogada, que establecía que a falta de designación de árbitros en los casos de arbitrajes internacionales, correspondía recurrir al Poder Judicial, proponen lo siguiente:

«Adicionalmente consideramos que (...) debería establecerse que en los arbitrajes internacionales la designación de los árbitros faltantes corresponderá

tiempo que dure el proceso hasta la emisión de una decisión definitiva, sino incluso en un momento anterior, que consiste en la imposibilidad de esperar la instalación del Tribunal, que sería el órgano regularmente encargado de resolver un pedido de esta naturaleza.

Así, se advierte la intervención subsidiaria del Poder Judicial, 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 que pueda encargarse de evaluar y eventualmente conceder lo pedido.

Al respecto, cabe indicar que, en lo que respecta a arbitrajes nacionales, nuestra Ley General de Arbitraje ha previsto en el artículo 79¹⁷ la posibilidad de solicitar medidas cautelares en la vía judicial, de manera previa al inicio del proceso arbitral, especificando que ello no implica renuncia alguna al pacto arbitral¹⁸.

Comentario aparte nos merece lo regulado sobre la materia en el rubro de arbitrajes internacionales, esto es, en el artículo 100¹⁹, que ha previsto la posibilidad de solicitar medidas cautelares en la vía judicial no sólo antes del inicio del proceso arbitral, sino incluso durante su trámite, lo cual en nuestra opinión, constituye un desacierto que además desnaturaliza el carácter de la intervención judicial en los arbitrajes.

En efecto, no se puede perder de vista que las partes pactaron que sus controversias no serían resueltas por la vía judicial, es decir libre y voluntariamente renunciaron a la vía originariamente prevista por el Estado para este propósito, y decidieron someterse a la decisión de los árbitros a quienes ellos mismos les atribuyeron la potestad de decidir sobre sus controversias.

“(...) el «peligro en la demora» no sólo se presenta en el transcurso del tiempo que dure el proceso hasta la emisión de una decisión definitiva, sino incluso en un momento anterior (...)”

La intervención del Poder Judicial resulta necesaria cuando no es posible, material o jurídicamente, recurrir al mecanismo pactado (arbitraje) para obtener una decisión al respecto; sin embargo, no existe ningún justificativo para que se recurra a la vía judicial estando expedito el mecanismo para lograrlo conforme a lo pactado. El rol del Poder Judicial, cuando el arbitraje ya se ha iniciado, no puede implicar la adopción de decisiones paralelas, sino por el contrario, debe limitarse a aspectos de ejecución y colaboración para garantizar el

respeto a lo pactado por las partes y a la eficacia de las decisiones del órgano arbitral.

2.3. La intervención complementaria.- Se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial²⁰.

a ciertas instituciones gremiales vinculadas al comercio internacional, como podrían ser las Cámaras de Comercio o a las Instituciones Arbitrales que operen en el país, y sólo en caso de que exista pacto expreso de las partes interviene el Juez. La razón de nuestra propuesta es muy simple: Cuando estamos ante la presencia de un arbitraje internacional, éste normalmente está referido a controversias surgidas de transacciones internacionales donde será necesario designar árbitros de diferentes nacionalidades. Siendo ello así, creemos que los jueces peruanos están incapacitados (por falta absoluta de información), para poder proceder de manera correcta al nombramiento de árbitros extranjeros que se encargarán de resolver controversias internacionales». CANTUARIAS, Fernando y ARAMBURÚ, Manuel Diego. El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras. Ed. Fundación Bustamante De la Fuente. Lima, 1993. Pág. 278-279.

17 En materia de arbitraje nacional, nuestra Ley General de Arbitraje dispone: «Artículo 79°.- Medida cautelar en sede judicial.- Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. A estos efectos serán de aplicación las disposiciones sobre Proceso Cautelar contenidas en el Código Procesal Civil, con la salvedad de que ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir a la otra parte el nombramiento de él o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración, dentro de los diez (10) días posteriores a dicho acto. Si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior o cumplida la exigencia el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, esta caduca de pleno derecho.»

18 Consideramos pertinente señalar que en materia del dictado de medidas cautelares nuestra legislación nacional ha marcado una pauta clara frente a aquellos ordenamientos –como el español, por ejemplo– en los que se considera que no se pueden dictar medidas cautelares ni siquiera cuando el proceso arbitral se encuentra en trámite, por considerar que si el árbitro carece de actividad ejecutiva, resulta jurídicamente imposible que pueda disponer la ejecución anticipada que conlleva una medida cautelar.

Ver LORCA NAVARRETE, Antonio María. Derecho de Arbitraje Español. Ed. Dykinson. Madrid, 1994. Pág. 370 y ss.

19 En materia de arbitraje internacional, la Ley General de Arbitraje contiene una disposición, en nuestra opinión, excesivamente permisiva: «Artículo 100°.- No será incompatible con un convenio arbitral que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas».

En efecto, al permitirse la adopción de medidas cautelares judiciales incluso durante el proceso arbitral, se ha abierto la puerta a una práctica indebida, en la medida que en nuestros país tenemos casos en los que se están concediendo este tipo de medidas no sólo en los arbitrajes internacionales, sino además en aquellos de carácter local, lo cual no sólo afecta la naturaleza subsidiaria de la intervención judicial, sino incluso el propio texto de la norma.

20 «Se produce en los supuestos en los que la intervención de la jurisdicción es requisito sine qua non para conseguir un determinado resultado: ahora bien, la intervención se produce no ya sobre el procedimiento arbitral sino sobre el propio laudo. Nos estamos refiriendo a dos casos específicos: la adopción de medidas cautelares y la ejecución forzosa del laudo».

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ob. Cit. Pág. 199.

Cabe indicar que discrepamos con la posición de CHOCRÓN GIRÁLDEZ, al limitar la intervención complementaria a los supuestos allí indicados, en tanto deja fuera otros actos procesales donde también es necesaria este tipo de intervención del Poder Judicial, como sería la actuación de determinados medios de prueba, en los casos que amerite el uso de facultades coercitivas.



Así por ejemplo, se encuentran bajo este rubro, todos aquellos actos procesales arbitrales que requieran actividad coercitiva, esto es, el uso de la fuerza para su ejecución²¹. Así tenemos los siguientes:

a. La Actuación de los Medios Probatorios²²⁻²³

Consideramos pertinente hacer la salvedad que, en nuestra opinión, no cualquier actuación probatoria puede ser solicitada al juez, sino sólo aquellas en las que se requiere hacer efectivo un apercibimiento que implique el uso de potestades coercitivas de las que carecen los árbitros,²⁴ como por ejemplo, conducir a un testigo por la fuerza pública ante su reticencia al mandato arbitral.

b. La Ejecución de una Medida Cautelar²⁵

Reiteramos lo dicho anteriormente en el sentido que no toda ejecución de una medida cautelar se encuentra vedada en la vía arbitral, pues sería perfectamente válido que, por ejemplo, se cursen partes a Registros Públicos para anotar una demanda arbitral, entre otros supuestos en los que no se requiere propiamente el uso de la fuerza. Situación obviamente distinta se dará, por ejemplo, con el secuestro de un bien, el cateo, etc.²⁶

c. La Ejecución del Propio laudo Arbitral²⁷

Supuesto que consideramos de mayor trascendencia y utilidad práctica, pues constituye un aspecto esencial y determinante para la eficacia del arbitraje. Cabe precisar al respecto que nuestro ordenamiento ha previsto incluso la posibilidad de que las partes otorguen a los árbitros facultades de ejecución, sin embargo debemos recordar que ello no obsta a que la intervención judicial sea necesaria cuando resulte imprescindible hacer uso de atributos inherentes al *ius imperium* del Estado, como sería el caso de la ejecución forzada.

En los supuestos anteriormente mencionados, el rol complementario del Poder Judicial se advierte, en tanto es necesario primero que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del Órgano Jurisdiccional, evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento espontáneo.

Ahora bien, consideramos relevante dejar claramente establecido cuál es el límite de la intervención judicial en los casos donde lo que se pretende es la ejecución de decisiones arbitrales. Al respecto, debemos indicar que ésta no tiene como finalidad la emisión de una sentencia, ni la revisión de

21 En esta línea, PERLINGIERI, citando a MORTARA, señala «que se confía a los árbitros «el ejercicio efectivo de actos parciales de jurisdicción», es decir «de realizar actos de soberanía», solamente «la pretensión de ejecución forzada no puede ser sustraída» del control del Estado».

PERLINGIERI, Pietro. Arbitrato e Costituzione. Edizioni Scientifiche Italiane. Nápoles. 2002. Pág. 33. (Traducción libre)

22 CAIVANO, refiriéndose al tema probatorio en materia arbitral indica: «Para un tribunal arbitral, la materia probatoria es quizá una de las más delicadas, por cuando 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, Roque. Negociación, ... Ob. Cit. Pág. 263.

23 GÓMEZ DE LIAÑO, al comentar la intervención del Poder Judicial en materia de probatoria, considera que se trata de una actividad subsidiaria y no complementaria, como es la posición que nosotros asumimos. Textualmente señala lo siguiente:

«La calificación subsidiaria la justificamos nosotros sobre la base de admitir que corresponde, en primer lugar, a los árbitros hacerse cargo de la práctica de las pruebas y tan sólo en el supuesto de que se requiera la potestad y autoridad de la que se hallan revestidos los órganos judiciales y de la que carecen los árbitros («que no pueden efectuar por sí mismos» art. 27 LA), es cuando se puede solicitar el auxilio judicial que resulte necesario a fin de llevar a cabo la práctica probatoria. Desde ese punto de vista sí cabe calificar de relación regida por el principio de subsidiariedad la que entablan el arbitraje y la jurisdicción».

GÓMEZ DE LIAÑO, Francisco Javier. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ed. Tecnos. Madrid. 1991. Pág. 684.

24 El artículo 40 de la Ley General de Arbitraje, regula –aún cuando sin la claridad necesaria– la posibilidad de solicitar la ejecución de medios de prueba en la vía judicial; sin embargo, consideramos que deja abierta esta intervención a supuestos que escapan a los meros actos de ejecución, como se puede advertir del siguiente texto:

«Artículo 40º.- Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas.- El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la actuación de pruebas. Es competente el Juez de Paz Letrado o el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar la resolución, a elección del interesado. El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.»

25 Así, el artículo 81 de la Ley General de Arbitraje, regula la intervención judicial para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en arbitrajes nacionales, en los siguientes términos:

«Artículo 81º.- Medida cautelar en sede arbitral.- (...) Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el sólo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recurso ni oposición alguna.»

En materia de arbitrajes internacionales no hemos encontrado una disposición similar, lo que en nuestra opinión no obsta a que esto sea totalmente viable, en tanto de la interpretación conjunta de las normas que lo regulan se advierte el reconocimiento de este rol complementario del Poder Judicial, en los supuestos donde la jurisdicción arbitral no se encuentra en aptitud de realizar válidamente determinados actos.

26 CAIVANO, refiriéndose a los actos que, antes de la emisión del laudo, requieren el ejercicio de la fuerza para lograr su cumplimiento debido a la reticencia de las partes, señala: «Entendemos que debe tener igual tratamiento al de un oficio proveniente de un juez ordinario de otra jurisdicción. (...) Si bien las razones por las cuales ambos carecen de imperium son diferentes (el juez porque su jurisdicción está limitada a un territorio diferente; el árbitro porque la suya está privada de este atributo), la situación resulta desde todo punto de vista, equiparable, ya que las normas generales prevén el auxilio de los jueces que gozan de imperium para suplir esta carencia».

CAIVANO, Roque. Arbitraje. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000. Pág. 231

27 El artículo 83 de la Ley General de Arbitraje regula la ejecución de los laudos en los siguientes términos:

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

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 ha sido reservada al Estado.²⁸

Reiteramos, el propósito de este proceso será contribuir a que el mandato arbitral logre su eficacia a través de la satisfacción práctica de los derechos en discusión, más no generar certeza alguna respecto de lo decidido, pues ésta ya fue conferida por el laudo o, en general, por la decisión arbitral que requiere su ejecución forzada.

2.3. Intervención de colaboración.- En nuestra opinión, la regulación nacional en materia de actuación judicial en los procesos arbitrales, permite un rubro que denominaremos «de colaboración», aún cuando debemos de admitir que no lo consideramos correspondiente con el sentido restringido y limitado que debe tener la actuación jurisdiccional cuando las partes expresamente han optado por renunciar al mecanismo originario de solución de controversias, para someterse a la vía arbitral.

En estricto, se trata de supuestos en los que tanto la obtención de una decisión como su ejecución pueden ser conseguidas en el proceso arbitral, sin embargo la ley autoriza a que también pueda ocurrir en la vía judicial, sin que ello implique renuncia alguna al arbitraje.

Entendemos que la lógica de este tipo de intervención se orienta esencialmente a otorgar al arbitraje determinadas «facilidades» de actuación, que permitan asegurar de mejor manera su eficacia. Los supuestos -que en nuestra opinión, deben ser excepcionales-, serían:

a. La Intervención Judicial en la Actuación Probatoria

Nuestra Ley General de Arbitraje ha previsto, tanto en el arbitraje nacional²⁹ como en el internacional³⁰, la posibilidad de solicitar el auxilio judicial para la actuación de medios de prueba, precisando que esto puede ocurrir, tanto de oficio (a iniciativa del propio Tribunal) como ha pedido de parte, siempre que medie aprobación del Tribunal.

Ahora bien, salvo los casos de intervención judicial ante la imposibilidad de actuar un medio probatorio, por ser imprescindible para ello hacer uso de la fuerza -supuesto en el que nos encontramos ante la intervención complementaria como lo hemos analizado anteriormente-, en nuestra opinión, más allá de la autorización de la norma, no existe un sustento jurídico que haga «necesaria» la actuación del Órgano Jurisdiccional, por ello consideramos que el sustento de esta intervención no es otro que reducir costos de tiempo y esfuerzo en lo que respecta a la actuación de la prueba.

Así por ejemplo, se consideran supuestos típicos de este tipo de intervención judicial, cuando el medio de prueba se debe actuar fuera del ámbito geográfico donde se lleva a cabo el arbitraje; sin embargo, salvo por un tema de «ahorro de esfuerzo, tiempo y dinero», no encontramos un justificativo legal que así lo amerite.

En efecto, resulta pertinente recordar que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial en el que cada Juzgado tiene delimitada su competencia territorial, fuera de la cual no se encuentra en aptitud de realizar actos procesales válidos, en los procesos arbitrales, la competencia no tiene un límite territorial que restrinja la actividad de los árbitros, pues ésta es atribuida por las partes y únicamente podrá entenderse que tiene restricciones en la medida que ellas así lo hayan establecido expresamente. Por lo indicado, si las partes han otorgado a los árbitros la potestad para resolver determinada materia, corresponde al Tribunal la realización válida de los actos necesarios para lograr tal propósito, más allá del lugar donde éstos deban ejecutarse.

En atención a lo expuesto, estimamos que se deben sopesar al menos dos aspectos, antes de recurrir a solicitar este tipo de colaboración judicial. Así, mientras por un lado tenemos el ahorro de tiempo y esfuerzo que representaría para el Tribunal su desplazamiento hasta el lugar donde deba de realizarse tal actuación; por otro lado, tenemos un aspecto esencial como es la inmediación que debe existir entre el Tribunal y los elementos necesarios para crearse convicción sobre el tema decidendi. En nuestra opinión, es claro que este último aspecto debe primar en la decisión de los árbitros, debiendo delegarse la actuación de medios de prueba únicamente en casos sumamente excepcionales.

28 Ver CAIVANO, Roque. El Arbitraje. (...). Pág. 241.

29 «Artículo 40º.- Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas.- El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la actuación de pruebas. Es competente el Juez de Paz Letrado o el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar la resolución, a elección del interesado. El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.»

30 El artículo 166 de la Ley General de Arbitraje, referido a arbitrajes internacionales, contiene una disposición similar a aquella prevista para arbitrajes nacionales en el artículo 40, con la salvedad de que el juez competente para prestar el auxilio será sólo el Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o de aquél territorialmente pactado entre las partes.



b. El Dictado de Medidas Cautelares cuando el Proceso Arbitral ya se encuentra en Trámite

Como hemos adelantado anteriormente, al referirnos a la intervención subsidiaria, en nuestra opinión, este tipo actuación judicial tampoco es coherente con el hecho de que ya existe un Tribunal Arbitral instalado y apto para emitir un pronunciamiento respecto de un pedido cautelar, por lo que no consideramos que exista justificativo alguno para que este se solicite en la vía judicial. Evidentemente, ello no obsta a que la ejecución de la medida pueda justificar esta participación, en los casos que sea necesario el uso de coerción por el Estado. Por lo indicado, discrepamos abiertamente con que nuestro ordenamiento jurídico admita esta modalidad específica de intervención.

Cabe reiterar que nuestra Ley General de Arbitraje, no ha previsto esta posibilidad en materia de arbitrajes nacionales³¹. Sin embargo, esta duplicidad de tratamiento, aunado al hecho de que existen reglamentos de centros de arbitraje que autorizan esta intervención sin hacer distinción del tipo de arbitraje³², ha determinado que en varias oportunidades el Poder Judicial haya dictado este tipo de medidas cautelares, sin distinguir la naturaleza del arbitraje, ni el carácter restringido de su intervención, lo que en nuestra opinión constituye un franco desacierto.

2.4. Intervención revisora.- Este supuesto se configura por la posibilidad de solicitar un nuevo análisis del laudo, pero esta vez por parte de la autoridad judicial.

Este tipo de intervención debe entenderse como excepcional, toda vez que la decisión que recae en un proceso arbitral es, en principio, inimpugnabile³³⁻³⁴. En efecto, si bien la ley ha establecido mecanismos por medio de los cuales se concede la posibilidad de cuestionamiento judicial del laudo, éstos se encuentran limitados a situaciones taxativas y extraordinarias, atendiendo a las siguientes consideraciones: i) El sometimiento a la vía arbitral, implica una renuncia a interponer los recursos

que ordinariamente son admisibles contra una decisión emanada del Poder Judicial; ii) Siendo las partes quienes designan a sus árbitros o encomiendan esta función a una institución, es de suyo, que deben gozar de su confianza, por lo que mal podría dudarse de la justicia o 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, sólo caben aquellos recursos o remedios previstos en el ordenamiento

positivo, sin que quepa la posibilidad de que las partes habiliten un mecanismo diferente.³⁵

Ahora bien, las partes acceden a esta intervención revisora del Poder Judicial, a través del recurso de apelación –cuando así haya sido pactado por las partes³⁶-, y que tiene como finalidad obtener una nueva revisión de todo lo actuado o del recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración determinados vicios en el procedimiento o en el propio laudo, los mismos que se encuentran

“(...) recurso de apelación (...) tiene como finalidad obtener una nueva revisión de todo lo actuado (...) recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de determinados vicios en el procedimiento o en el propio laudo (...)”

31 El artículo 100 de la Ley General de Arbitraje ha regulado el tratamiento del tema cautelar mientras se encuentra en trámite el proceso arbitral para el caso específico de arbitrajes internacionales.

32 Así por ejemplo, el Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, dispone textualmente lo siguiente: «Artículo 78º.- No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un Tribunal Judicial la adopción de medidas cautelares ni que el Órgano Arbitral conceda esas medidas.» (El subrayado es nuestro) Como se advierte la norma antes citada, admite que en el caso de los arbitrajes que se siguen bajo las reglas del Centro de la Cámara de Comercio, los justiciables puedan «elegir» dónde solicitarán las medidas cautelares, aún en los casos de procesos arbitrales ya en trámite.

33 Respecto de este punto, es pertinente tener en cuenta que la posibilidad de impugnar un laudo tiene tratamientos considerablemente distintos en las diversas legislaciones. Así por ejemplo, contrariamente a lo que ocurre en la legislación nacional, en la que la impugnación se encuentra restringida, incluso por la ley; en el caso argentino, uruguayo y paraguayo, la norma deja en libertad a las partes para que determinen sobre la posibilidad de recurrir el laudo, de este modo si éstas no lo prohíben expresamente, se entenderá que resulta procedente la interposición de cualquier recurso pasible de ser planteado contra las sentencias dictadas por el juez. Ver. PUCCI, Adriana. Arbitraje en los Países del MERCOSUR. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1997. Pág. 199 y siguientes.

34 No obstante lo señalado en el pie de página precedente, el profesor argentino GONZÁLEZ 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 un molde más flexible que el medio impugnativo clásico de corrección ante desvíos formales».

GOZÁLEZ, Osvaldo Alfredo. Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. Ed. Depalma. Buenos Aires. 1995. Pág. 201.

35 Ver BENETTI SALGAR, Julio. El Arbitraje en el Derecho Colombiano. 2da Edición. Ed. TEMIS. Bogotá. 2001. Págs. 210 y siguientes.

36 «Artículo 60º.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de la partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación.» (El subrayado es nuestro).

expresamente establecidos en la norma positiva. En este caso, el sustento de este rol judicial es recuperar para sí la función de garantizar la vigencia del derecho fundamental a un debido proceso arbitral³⁷.

Lo mencionado anteriormente, resulta trascendente si tenemos en cuenta que el sometimiento de las partes a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, no implica—ni podría hacerlo, si tenemos en cuenta que nos encontramos frente a un derecho fundamental— renuncia alguna al derecho a la tutela judicial efectiva, pues ello significaría el absurdo de considerar al arbitraje fuera del Estado de Derecho.

A continuación desarrollaremos muy brevemente los aspectos más importantes de los mecanismos que hacen viable este rol revisor por parte del Poder Judicial.

a. El Recurso de Apelación

Implica una nueva revisión, por parte del Poder Judicial, del íntegro —forma y fondo— de lo resuelto en la vía arbitral. Este segundo análisis de la controversia, determina que el Poder Judicial actúa como una segunda instancia, en la que se analiza nuevamente los fundamentos de cada una de las partes, los medios probatorios, el sustento de la decisión, la aplicación del derecho, la corrección del procedimiento, es decir, todo lo actuado en la vía arbitral.

Ahora bien, a efectos de entender la lógica con la que debe operar el Poder Judicial en estos casos, consideramos de utilidad precisar las siguientes características esenciales del recurso de apelación de laudos arbitrales:

- (i) El recurso de apelación no es consustancial al arbitraje³⁸, todo lo contrario, es un mecanismo excepcional, y sólo opera en la medida que exista un pacto expreso en este sentido, o que se encuentre previsto en el reglamento arbitral al que las partes se han sometido³⁹.
- (ii) La apelación puede darse ante el Poder Judicial (Corte Superior) o ante una segunda instancia arbitral. De existir duda respecto de cuál es la instancia revisora, se deberá entender que es una segunda instancia arbitral⁴⁰.
- (iii) La revisión comprenderá todos los aspectos del proceso arbitral, tanto de forma como de fondo, lo que implica incluso un análisis sobre la legalidad y razonabilidad de lo resuelto.
- (iv) Sólo cabe contra los laudos de derecho, en tanto en los laudos de conciencia difícilmente se podrán verificar los parámetros objetivos sobre los cuales el árbitro resolvió, pues el factor predominante de la decisión es el sentido de la equidad del árbitro, para lo cual aplicó su leal saber y entender, y no necesariamente las normas jurídicas.

b. Recurso de Anulación

A diferencia de lo que ocurre con la apelación, este recurso no da lugar a la intervención del Poder Judicial como una segunda instancia. Esto es, en ningún caso la revisión que se realice por esta vía, debe implicar un análisis del contenido del laudo⁴¹, es decir, no conlleva la posibilidad de emitir una decisión en sentido diverso al establecido en la vía arbitral⁴². En consecuencia, la

37 Así, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española de 1988 señala:

«(...) el convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental, consagrado en el art. 24 de la Constitución. Por ello, el título VII regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusta a lo establecido en la Ley. Junto con ello se ha introducido la posibilidad de anular el laudo cuando éste fuese contrario al orden público concepto que ha de ser interpretado a la luz de los principios de nuestra Constitución».

38 GONZAÍNI refiriéndose al principio de irrecurrencia del laudo afirma: «La revisión del laudo se observa como un acto desnaturalizado con los actos que le dan origen, porque si las partes encomiendan su problema a la decisión de otros en quienes confían, esa pérdida de fe no puede fundarse en la contingencia de una decisión que les resulta hipotéticamente desfavorable».

GONZAÍNI, OSVALDO A. Ob. Cit. Pág. 202.

39 Un ejemplo, más bien inverso respecto del sometimiento a reglamentos arbitrales en los que el recurso de apelación no ha sido previsto, lo tenemos en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que determina en su artículo 67 lo siguiente:

«Artículo 67.- De conformidad con la Ley, el laudo arbitral emitido y debidamente notificado es definitivo, tiene el valor de cosa juzgada y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, salvo que contra él se interponga recurso de anulación ante el Poder Judicial, en cuyo caso su exigibilidad queda suspendida. Si el Poder Judicial desestima el recurso de anulación, el laudo recupera su exigibilidad de pleno derecho y sin necesidad de resolución alguna.

En los arbitrajes regulados por este Reglamento, no cabe recurso de apelación.» (El subrayado es nuestro)

40 Lo mencionado, es coherente con la naturaleza misma del convenio arbitral, por el que las partes expresamente acordaron renunciar a la jurisdicción judicial originaria para someter la solución de sus controversias a la jurisdicción arbitral.

41 «El recurso de nulidad se mantiene genéricamente en todo tipo de formaciones arbitrales sin posibilidad de renuncia contractual.

La singularidad que reviste obedece al hecho de que no revisa las cuestiones de fondo que contenga el dictamen o laudo, sino tan sólo actúa de control sobre la legalidad de las formas predispuestas. (...)»

GOZAÍNI, Ob. Cit. Pág. 207.

42 MORALES MOLINA, refiriéndose a los alcances del recurso de anulación señala «Desde que se habla de anulación se excluye la posibilidad de una segunda instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo, sino la regularidad formal a través de las causales del artículo 672 (refiriéndose a la legislación colombiana), aunque la primera dependa del acto compromisorio».

MORALES MOLINA, Hernando. Artículo publicado en Derecho colombiano. Citado por BENETTI SALGAR, Julio. Ob. Cit. Pág. 214.



revisión no versará sobre el fondo de lo resuelto, sino que se limitará a verificar la validez formal y del procedimiento en el que el laudo ha sido dictado⁴³.

Como hemos indicado anteriormente, detrás del recurso de anulación lo que se pretende es la protección de derechos fundamentales vinculados al orden público, es por ello que se establece de manera irrenunciable la posibilidad de este control judicial. En efecto, el recurso de anulación constituye un mecanismo de revisión indisponible por las partes, y como tal, no sólo se entiende que todo procedimiento arbitral cuenta con él, sino que resultará nulo todo pacto destinado a su eliminación o renuncia.

La intervención revisora del Poder Judicial, en este caso, deberá tener las siguientes características:

- (i) Constituye un mecanismo de control del derecho a la tutela jurisdiccional por el Poder Judicial, opera por mandato legal, tanto en arbitrajes de derecho como de conciencia.
- (ii) No implica un nuevo examen del contenido del laudo, sino del cumplimiento de los presupuestos de orden público que constituyen requisitos de validez establecidos por el ordenamiento positivo. Por lo indicado, sólo procederá por las causales establecidas en la Ley.
- (iii) La decisión judicial que resuelve el recurso de anulación, no podrá variar el sentido de lo decidido en la vía arbitral, no puede contener un nuevo pronunciamiento sobre el fondo, ya que respecto de esto el Poder Judicial carece de competencia,

al haber sido materia de renuncia expresa por las partes que se sometieron a la decisión arbitral.

- (iv) El pronunciamiento jurisdiccional respecto del recurso de anulación de laudo se rige por los principios de trascendencia⁴⁴, protección⁴⁵ convalidación⁴⁶ y conservación⁴⁷, que contempla la «teoría de la nulidad procesal».

IV. A Manera de Conclusión

En la práctica, de alguna manera todos los que hemos vivido –como árbitros o como partes– un arbitraje, hemos experimentado el desencanto de un mecanismo teóricamente más ágil y eficiente, diseñado para mejorar las posibilidades de obtener una «justicia pronta» en una sociedad en la que las relaciones sociales, comerciales y de consumo, hacen imprescindible que se llegue incluso a sacrificar ciertas garantías, en aras de una decisión eficaz.

Cierto es que estamos frente a un instituto relativamente nuevo, pero estimamos que un elemento importante en el diagnóstico del problema, se encuentra en los mecanismos de relación con el Poder Judicial. La falta de conocimiento de los principios que rigen el arbitraje y la ausencia de un procedimiento judicialmente adecuado para cumplir con estos roles (subsidiario, complementario, de colaboración y de revisión), contribuyen a entorpecer su idoneidad práctica.

Por lo indicado, un primer postulado que consideramos indispensable descartar es que el arbitraje

43 Al respecto nuestra Ley General de Arbitraje ha previsto:

«Artículo 61º.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73º. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad.

Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.»

44 El principio de «trascendencia» implica que la nulidad no existe en el mero interés de la ley, es decir, el mero incumplimiento de una formalidad no puede dar lugar a la nulidad de un acto procesal, ni siquiera en los casos que así lo establezca la ley, para ello será necesario que el vicio incurrido cause un perjuicio real a alguna de las partes, el mismo que además no podrá evitarse o repararse de otro modo. En síntesis: «no hay nulidad sin un perjuicio efectivo y cierto que deba ser evitado o reparado».

En esta línea CONDORELLI sostiene que, «se requiere que quien invoca el vicio formal alegue y demuestre que tal vicio le produce un perjuicio cierto e irreparable, que no puede subsanarse sino con el acogimiento de la sanción de nulidad».

CONDORELLI, Epifanio. Presupuestos de la Nulidad Procesal. En Estudios de Nulidades Procesales. Ed. Hammutabi. Buenos Aires. 1980. Pág.99.

45 El principio de protección es definido por CAMUSO en los siguientes términos: «La parte que hubiere dado lugar a la nulidad, no podrá pedir la invalidez del acto realizado».

CAMUSO, Jorge P. Nulidades Procesales. Ed. EDIAR. 2da. Edición. Buenos Aires. 1983. Pág.226.

Este principio resulta sumamente trascendente sobretodo en aquellos casos en los que el vicio para solicitar la anulación de un laudo arbitral se encuentra en su supuesta extemporaneidad. En estricto, para que esta causal proceda, será indispensable que la extemporaneidad sea imputable exclusivamente a los árbitros, pues si para ello fue determinante la actividad de entorpecimiento permanente de alguna de las partes, es claro que ésta no podía invocar la nulidad del laudo emitido.

46 MAURINO, define la «Convalidación o confirmación» como la renuncia de la parte a pedir la nulidad del acto que, de esta manera se subsana.»

MAURINO, Alberto Luis. Nulidades Procesales. Ed. ASTREA, 3ra. Edición. Buenos Aires. 1992. Págs. 54-55

Esta convalidación puede ser expresa, cuando la parte afectada se presenta y ratifica el acto viciado, con lo cual señala expresamente que no solicitará su sanción de nulidad. Asimismo, puede ser tácita cuando la parte legitimada para pedir la nulidad, si bien conoce del vicio procesal, no lo impugna sino que por el contrario realiza actos que demuestran que está dispuesta a sufrir sus efectos.

47 El principio de conservación tiene, en nuestra opinión, tres implicancias muy concretas: i) La nulidad debe ser considerada un remedio extraordinario, lo que implica que sólo puede ser declarada si el vicio no puede ser saneado de un modo distinto; ii) Debe ser aplicada restrictivamente, es decir sólo debe alcanzar a la parte del acto indefectiblemente viciado, tratando de procurar la eficacia del resto; y iii) Debe ser interpretado restringidamente, es decir, en caso de duda sobre la existencia del vicio, corresponde desestimar la nulidad y mantener la validez del acto.

se constituye en un mecanismo eficiente ante la inoperancia del Poder Judicial. Esto, en nuestra opinión, es una aseveración tan efectista como falsa.

El arbitraje, debido a su carácter esencialmente privado, con las ventajas y limitaciones que esto conlleva, requiere inevitablemente de la intervención judicial, por ello no basta con agilizar las normas de procedimiento arbitrales, sino que resulta imprescindible que se difunda en el Poder Judicial, cuáles deben ser los límites de su intervención en estos casos, pues de lo contrario, los arbitrajes no serán más que la antesala obligatoria del inicio de un

proceso judicial, con el consecuente gasto de tiempo, esfuerzo, y dinero, lo que genera desprestigio y desconfianza para ambas instituciones.

Por lo indicado, debemos concluir en que, para que el arbitraje opere como un mecanismo eficiente de solución de controversias, es indispensable la eficiencia conjunta del Poder Judicial, en la medida que conozca con precisión sus atribuciones y límites, sólo de esta manera, y en la medida que exista adecuadamente esta indispensable complementariedad, podremos afirmar que estamos frente a una institución que realmente «funciona» 