

Los Fantasmas que nos Persiguen: Judicialización del Arbitraje: ¿Un Problema Latente o Superado?

Sherin Limas Calderón*

Resumen:

El presente artículo versa sobre la situación de la actividad arbitral en nuestro país y cómo su desarrollo se ve afectado por el fenómeno de la judicialización. Primero, se cuestiona la jurisdicción atribuida al arbitraje. Seguidamente, se analizan las teorías de la naturaleza del arbitraje y su importancia. Finalmente, se desarrolla en qué consiste la judicialización y su repercusión en el arbitraje.

Palabras clave:

Arbitraje– Judicialización – Jurisdicción –Extrapolación

Abstract:

This article is about the situation of the arbitration activity in Peru and how this development is affected by the phenomenon of the Judicialization. In the first part of the article, it questioned the jurisdiction attributed to arbitration. In the second part it approaches the theories of the nature of arbitration and its importance. Finally, it concludes with the concept of the judicialization and its impact on the arbitration.

Keywords:

Arbitration –Judicialization– Jurisdiction– Extrapolation

Sumario:

1. Introducción – 2. ¿Jurisdicción arbitral?– 3. La importancia de la naturaleza jurídica del arbitraje en la Judicialización– 4. Judicialización del Arbitraje en el Perú– 5. Comentarios Finales – 5. Comentarios Finales

* Estudiante de décimo segundo ciclo de carrera en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión de Relaciones Públicas de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

1. Introducción

Muchos dicen que si existe una historia de éxito en el Perú, esta es el Arbitraje. También se habla de un vertiginoso desarrollo del mismo desde el año 1996, en el que se promulgó la primera ley en la materia: "Ley General de Arbitraje" hasta hoy en día, con la dación del Decreto Legislativo N° 1071 "Ley de Arbitraje"; es evidente que el número de arbitrajes asciende exponencialmente. Bajo un análisis superficial del estado de la cuestión del arbitraje en el Perú, se afirmarían que si los operadores económicos deciden arbitrar sus controversias, es porque el arbitraje funciona bien, por lo que no es raro que entusiastas aseveren que es un éxito, al menos en términos cuantitativos. Sin embargo, la cantidad no determina la calidad y tampoco nos permite evaluar la eficiencia del arbitraje, por lo que será importante, realizar un análisis exhaustivo sobre el desenvolvimiento del arbitraje en nuestro sistema jurídico¹, en los propios operadores del arbitraje y sobre todo en la práctica arbitral.

Lo positivo: en términos legislativos, nuestra Ley de Arbitraje es moderna, ya que está basada en la Ley Modelo de UNCITRAL, por lo que permite que un arbitraje se desarrolle de una manera adecuada y eficiente. Por otro lado, en términos de jurisprudencia, podemos afirmar, con reserva de ciertas excepciones, que los tribunales ordinarios, es decir los del Poder Judicial tanto como el Tribunal Constitucional, han optado por seguir la línea de respetar la independencia del arbitraje, reconociendo sus principios básicos como es el *competence-competence* entre otros, y así evitar el intervencionismo judicial pasado.

Lo negativo: Se viene anunciando, desde la década pasada, un fenómeno gestado en la propia práctica arbitral, el mismo que tiene la potencialidad de contravenir directamente contra los beneficios principales del arbitraje, ya que frente al desconocimiento de cómo debe funcionar el arbitraje y lo que realmente es, se tiende a

extrapolar no solo las normas aplicables, sino los usos y costumbres de un proceso ordinario, lo que desvirtúa al arbitraje en perjuicio de su eficacia y adecuado desarrollo. En palabras de Cantuarias:

*"El gran problema del Perú es que no sabemos arbitrar. No tenemos la menor idea y lo que hacemos es duplicar el absurdo sistema judicial peruano con todas sus taras, con todos sus puntos muertos, con todas sus tonterías. Eso no es arbitraje"*²

Este fenómeno es denominado "Judicialización del Arbitraje"; no es originario del país, ya que se puede advertir que es un problema de la mayoría de naciones latinoamericanas. En el presente artículo postulamos que la Judicialización del Arbitraje hace referencia no solo a la *procesalización*³, sino a la *constitucionalización*⁴ y *jurisdiccionalización*⁵ del arbitraje, ya que encontramos a estos como "sub-fenómenos" o temas conexos al principal que es el de la Judicialización.

En el Perú, podemos advertir que la Judicialización se manifiesta a todo nivel.

Al nivel legislativo, se viene promoviendo proyectos de ley⁶ que carecen de toda lógica en materia arbitral. Se trata de iniciativas legislativas que ignoran la figura del arbitraje y sobre todo su funcionamiento. Como ejemplo: un reciente proyecto de ley presentado por el Congresista Becerrilque claramente fue una reacción irreflexiva e impulsiva que se produjo a propósito de los acontecimientos delictivos de la Red Orellana⁷. También, el Poder Ejecutivo ha venido cambiando las reglas de juego en el "arbitraje administrativo"⁸, pretendiendo modificar los convenios arbitrales ya firmados y en plena ejecución, lo cual sin duda también produce un efecto negativo para el desenvolvimiento correcto del arbitraje. Como ejemplo reciente, está el Decreto legislativo N° 1224 "Ley de Asociaciones Público-privadas, el cual obliga a los Tribunales Arbitrales a la incorporación de los Organismos Reguladores a los arbitrajes

1 Entiéndase Sistema Jurídico como el conjunto que agrupa nuestro ordenamiento jurídico, la Jurisprudencia y la Doctrina, el mismo que encuentra aplicación en una sociedad determinada.

2 CANTUARIAS, Fernando. Entrevista al doctor Fernando Cantuarias sobre críticas al actual funcionamiento del arbitraje en el Perú. En Ius 360. Lima, 2015. Disponible: <http://www.ius360.com/privado/arbitraje/dr-fernando-cantuarias-sobre-el-arbitraje-en-el-peru-hemos-trasladado-al-arbitraje-la-manera-judicial-de-resolver-los-casos/>

3 Entiéndase *procesalización* como la aplicación de normas procesales y/o costumbres propias de un proceso ordinario, es decir de un proceso llevado bajo la lupa de un código procesal.

4 Entiéndase *constitucionalización* como el reconocimiento por la Constitución al Arbitraje para que este se desenvuelva.

5 Entiéndase *jurisdiccionalización* como el hecho de que se considere al arbitraje como una jurisdicción.

6 Entre ellos podemos destacar el proyecto propuesto por la congresista Rosa Mávila, proyecto de ley que buscaba incorporar al árbitro en el tipo penal de prevaricato, como si fuera un juez. Asimismo, Gustavo Rondón, propuso que el árbitro, en el marco de una arbitraje en contrataciones públicas, sea considerado como un funcionario público y que las audiencias que se realicen sean públicas.

7 Red Orellana, conocidos bajo ese nombre, fue un grupo criminal de testaferros que simulaban, mediante procesos judiciales y arbitrales, la transferencia de propiedades; apropiándose ilegalmente de inmuebles. Ello no hubiera sido posible de no tener la ayuda crucial de funcionarios públicos corruptos (registradores de Sunarp) que permitieron la inscripción de estas transferencias fraudulentas.

8 El término arbitraje administrativo es comúnmente usado para hacer referencia a los arbitrajes que resuelven controversias suscitadas en materia de contratación pública y contratos de gran infraestructura entre privado y el Estado.

en trámite en calidad de terceros coadyuvantes cuando en ninguna parte de la Ley de Arbitraje se menciona la coadyuvancia, siendo una evidente extrapolación del proceso civil. Como bien señala, en su columna en El Comercio, Bullard:

“Ahora, como no le gusta lo que él mismo redactó, quiere usar la ley para cambiarlo. Y para colmo usa una figura totalmente impertinente: “el tercero coadyuvante”. Como no le preguntaron a nadie que supiera de arbitraje, no sabían que en el arbitraje no existen ni terceros coadyuvantes ni litisconsortes ni nada parecido. Ello porque estamos frente a un contrato. Solo es parte en el arbitraje quien es parte en el convenio arbitral. Y lo organismos reguladores no lo son”⁹.

Como vemos esto es a grandes rasgos la manifestación de la Judicialización a nivel legislativo.

A nivel constitucional, el máximo intérprete de la Constitución viene considerando al arbitraje como un tipo de jurisdicción. Más adelante se desarrollará el problema que produce el considerarlo como tal. Si bien es cierto, el Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas sentencias la independencia del arbitraje, con el argumento de que nuestra Constitución lo “consagra” como tal. No obstante, considerar al arbitraje como una jurisdicción ha dado pie al control constitucional de derechos fundamentales sobre el laudo mediante la acción de amparo contra resoluciones judiciales. Aunque esta decisión ha sido declarada residual¹⁰, consideramos que no es adecuada ni amigable con el arbitraje.

Finalmente, a nivel de práctica arbitral, se advierte cómo los usuarios del arbitraje, ya sean las partes, los abogados, los árbitros y hasta las instituciones arbitrales, salvo contadas excepciones, han trasladado la práctica judicial al arbitraje.

Entonces, el fenómeno se centra en la instauración de conceptos procesales y prácticas judiciales, lo que a la larga solo desincentivará a que los agentes económicos opten por el sistema arbitral, ya que la mala práctica en el arbitraje genera costos innecesarios.

Lo que se pretende es puntualizar todos los factores que provocan este fenómeno en orden de combatirlos y poder seguir apuntando al desarrollo adecuado del arbitraje, aprovechando la gran herramienta que es la Ley de Arbitraje vigente y aboliendo la falta de cultura jurídica en materia arbitral desde las universidades.

Para realizar un adecuado análisis del fenómeno planteado, es relevante atender a un concepto previo al arbitraje y este es el de la administración de justicia para lo cual se desarrollará el concepto jurídico de Jurisdicción y el cómo está regulado en la legislación peruana.

Como segundo aspecto a desarrollar está la naturaleza jurídica del arbitraje y cómo es que ella influye de una forma determinante en el desenvolvimiento del arbitraje, tanto en la práctica arbitral como también en la relación que el arbitraje tiene con el Poder Judicial y con el Tribunal Constitucional.

Finalmente, se identificarán las manifestaciones del fenómeno de la judicialización y qué efectos negativos se derivan de esta problemática.

2. ¿Jurisdicción arbitral?

2.1 La Administración de Justicia en el Perú

La Constitución Política del Perú en su artículo 138 establece que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes”. Asimismo, el artículo 139 inciso 1 instituye como un principio la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

Al respecto, cabe indicar que es la Constitución la que considera que la administración de justicia “emana” del pueblo, es decir procede de los privados quien son los que componen el pueblo. Por lo que de entrada se descarta que la administración de justicia sea una actividad que necesariamente tenga que ser realizada por el Estado, ya sea mediante el Poder Judicial o cualquier otra institución pública. Claro que ello tiene sus matices, ya que hemos cedido libertad al Estado a cambio de orden social, por lo que es imprescindible reconocer que hay un límite respecto de algunos derechos de los cuales no podemos disponer conforme al derecho privado al menos en materia de elegir la mejor forma de resolución de conflictos para nuestras controversias.

Que la justicia se estatizara en algún momento de la historia, no puede implicar que le pertenezca *sui generis* y con exclusión de otras formas de administración de justicia, puesto que es incorrecto creer que si existen mecanismos alternativos de justicia es porque el Estado así lo considera y sino fuera por esa suerte de “venia”, sería imposible su desarrollo.

9 EL COMERCIO. *El metete parcializado*. Por Alfredo Bullard González. 10 de octubre de 2015. <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/metete-parcializado-alfredo-bullard-noticia-1847110>

10 Caso María Julia Exp. 00142-2011-PA/TC

Consideramos que la proliferación de mecanismos alternativos de resolución de controversias, nos lleva a considerar que la administración de justicia retorna a manos de los privados con sus debidas restricciones. Concordamos con Bullard quien señala que se trata de la desestatización de la administración de justicia: en sus palabras indica 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 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”*¹¹

Es sabido que en nuestro país, los particulares vinculados al comercio prefieren el arbitraje frente a otros mecanismos de resolución de conflictos, lo cual incluye el estatal, ello debido a los diferentes beneficios que ofrece. Sin duda uno de ellos, quizá el más importante, es el hecho de que el ordenamiento jurídico le otorga el laudo, producto final de un proceso arbitral, la calidad de cosa juzgada; siendo ello así, el arbitraje se convierte en una excelente forma de administrar justicia.

2.2 Jurisdicción

Nuestra Constitución no señala qué es lo que se entiende como jurisdicción. Por lo que el análisis partirá de entender el significado nominal de este término. El vocablo jurisdicción deriva de las locuciones latinas *iudicere* o *iudicio*, que significan decir o declarar derecho o imponerlo.

Al respecto, Domingo Orlando indica que en el lenguaje jurídico la palabra jurisdicción tiene diferentes acepciones: por un parte implica un espacio o ámbito territorial donde ejercen sus funciones los órganos del Estado, sean judiciales o administrativos. Por otro lado, este término

connota una prerrogativa, autoridad o poder de un órgano público, como calidad inherente al órgano. Finalmente, considera que también refiere a una función del poder del Estado: Poder Judicial¹².

Con relación a ello, para Nicola Picardi, la jurisdicción aterriza en el poder estatal:

*“El axioma de la jurisdicción como atributo de la soberanía está, entonces, destinado a saldarse, de un lado, con el principio de estatalidad del procedimiento, y, del otro, con la concepción del juez funcionario del Estado. En efecto, si la jurisdicción es el ejercicio de un poder soberano, el Estado puede investir a un juez sólo como su funcionario que, como tal, puede desplegar la autoridad del Estado mismo. (...) Dado que se trata de una actividad monopolizada por el Estado, la disciplina del proceso se encuentra comprendida en el ámbito del derecho público y se le atribuye un carácter rígidamente estatal”*¹³

Es importante señalar que la definición del término jurisdicción resulta compleja, así lo indica Orlando: “No es factible dar una definición absoluta de jurisdicción válida para todos los tiempos y todos los pueblos, por ser diferente las maneras de formulación del derecho y los métodos de juzgar, pero como nuestro régimen encaja dentro del mecanismo de la legalidad, dicha noción debe ser emitida según él”¹⁴.

Ahora podemos redondear dos grandes ideas respecto al término, la primera es que la jurisdicción implica el poder absoluto de aplicar el derecho y la segunda es que el Estado lo otorga principalmente a los jueces. Por lo que si hay “algo” que ejerce la función jurisdiccional, será el Poder Judicial, ya que es en principio quien tiene la jurisdicción.

Siguiendo la teoría clásica de división de poderes, la jurisdicción se entiende bajo una conexión con el Poder Judicial, en palabras de Picardi:

“La jurisdicción hoy aparece, por tanto, configurarse como un poder independiente, difuso y profesional. Poder difuso no sólo porque es atribuido a todo juez, sino también en el sentido que a su ejercicio son llamados a participar- no siempre en posición de imparcialidad- todos los operadores judiciales, así como sus auxiliares. Poder profesional, en tanto los operadores judiciales encuentran su propia legitimación en la base cultural, en la preparación

11 BULLARD, Alfredo. *El Dilema del Huevo y la Gallina: El carácter contractual del Recurso de Anulación*. En Revista Derecho & Sociedad N° 38. Lima. 2012, p.19.

12 ORLANDO, Domingo. *Jurisdicción y competencia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Segunda Edición. Colombia. 1994, p. 26.

13 PICARDI, Nicola. *La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Ediciones Communitas. Lima. 2009, p. 240.

14 ORLANDO, Domingo. óp. cit. p. 42.

*profesional que les califica y les hace capaces de dar- cada uno por sí mismo, pero siempre con plena independencia- la "respuesta correcta" al caso sometido a su examen"*¹⁵

Por lo que, atendiendo a lo que establece nuestra constitución, podemos concluir que se habla de jurisdicción siempre que exista un poder soberano atribuido para aplicar el derecho, y es evidente que el poder soberano es el del Estado. Es así que la función jurisdiccional se rige bajo el principio de unión y exclusividad, y está evidentemente delegada, en preeminencia, al Poder Judicial. Cabe anunciar que ello no excluye a otros tipos de jurisdicciones siempre que estas emanen o existan respecto a una atribución directa del poder del Estado.

2.3 ¿Jurisdicción arbitral?

Como ya se había enunciado, la jurisdiccionalización es un sub fenómeno de la Judicialización del arbitraje. Consiste centralmente en considerar al arbitraje como un tipo de jurisdicción. Como ya habíamos indicado y ahora citando a Caivano:

*"La jurisdicción es un concepto con fuertes connotaciones públicas y generalmente asociado a la idea del Estado. Como este crea el Derecho y tiene el deber de asegurar el cumplimiento efectivo de las conductas impuestas por las normas, se razona que si la función jurisdiccional interesa al conjunto de la sociedad, es lógico que se ejerza a través de los órganos del Estado"*¹⁶

Es por ello que consideramos que, al igual que Chiovenda y Betti, el arbitraje no es una jurisdicción y que los árbitros no ejercen función jurisdiccional. Este fenómeno se ha visto propiciado centralmente porque el Tribunal Constitucional ha declarado que el arbitraje es una jurisdicción¹⁷, arguyendo que la Constitución literalmente lo señala como tal, sin embargo, no ha analizado los efectos de considerarlo como tal.

En lo concerniente a los efectos negativos, que provoca entender al arbitraje como una jurisdicción, es el hecho de que se equipare la

figura del juez con la del árbitro. En palabras de Monroy: "El arbitraje no puede constituir una expresión de la jurisdicción (...) porque el árbitro es incapaz de desarrollar funciones de carácter público. Si así fuera, se quebraría el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y hasta donde sabemos en ninguna parte del mundo se postula ello"¹⁸.

Al respecto, cabe indicar que existe, como ya ha sido enunciado, un proyecto de ley que postulaba agregar al árbitro en el tipo penal del prevaricato; lo cual resulta inconcebible, tal como lo apunta Bullard:

*"El prevaricato sanciona a un funcionario público (el juez o el fiscal) porque ha recibido un nombramiento estatal para administrar justicia. Pero el árbitro es un privado nombrado por las partes y unido a ellas por una relación contractual. No cumple ninguna función pública y un error durante la prestación de su servicio está sujeto al contrato que celebró y no a la entrega de una potestad estatal. Por supuesto que si el árbitro comete un delito (estafa a las partes, participa en un esquema para privar ilegítimamente de patrimonio a terceros, se corrompe para resolver, etc.) puede ir preso, como le ha ocurrido a varios de los cómplices de Orellana. Pero es un delito diferente que se ajusta a la naturaleza de su condición."*¹⁹

Otro efecto negativo, es que al atribuirle jurisdicción a los árbitros, se da lugar a la pregunta ¿deben aplicar control difuso? Hoy en día, la doctrina está dividida.

Hay quienes consideran que sí. Así lo señala César Landa "Si en el marco del ejercicio de sus funciones los árbitros son requeridos o advierten incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma de inferior jerarquía, tendrán el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sean contrarias a la Constitución"²⁰.

A contra posición, Lorenzo Zolezzi señala que:

"(...) el arbitraje no puede considerarse función jurisdiccional desde el punto de vista del orden jurídico contemplado como un todo. En primer

15 PICARDI, Nicola. óp. cit. p.245.

16 CAIVANO, Roque. *Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje*. En Revista Peruana de Arbitraje. 2006, p.111.

17 En Sentencia de Expediente N° 6167-2005-PHC/TC, Fundamento 12: El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139° de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de "no interferencia" referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros –incluida autoridades administrativas y/o judiciales– destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

18 MONROY, Juan José. *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Arbitraje online, año IV, N° 7. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Perú, 2006.

19 EL COMERCIO. *Mamarracho*. Por Alfredo Bullard González. 22 de agosto de 2015. <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/mamarracho-alfredo-bullard-noticia-1834831?ref=flujo>

lugar, porque hay sectores importantísimos de la vida social que le son ajenos, como todo el Derecho Penal, los asuntos que tienen que ver con el estado civil (materia matrimonial, decaimiento y disolución del vínculo matrimonial, etc.), los relativos a las funciones de imperio del Estado (como toda la materia tributaria y regulatoria), y otros. En segundo lugar, porque no existe una jurisprudencia arbitral, es decir, todo un esfuerzo sistemático por unificar y sistematizar la aplicación y la interpretación del Derecho nacional, dotando al orden jurídico de la virtud de la predictibilidad, que es tan importante para el funcionamiento de la economía. Y, en tercer lugar, porque los árbitros no tienen iniciativa legislativa ni la obligación de dar cuenta al Congreso de la República y al Ministerio de Justicia de los vacíos y deficiencias legislativas que encuentren en el ejercicio de sus funciones, así como de las contradicciones e incompatibilidades constitucionales que sí poseen los magistrados”²¹

Nos adherimos a esta última postura, ya que consideramos, además de todo lo señalado por Zolezzi, que la jurisdicción de los tribunales judiciales tiene carácter imperativo y amplio, no tiene límites respecto de las materias que pueden someter a su decisión, salvo las establecidas por ley, a diferencia de las potestades de los árbitros que nacen por voluntad de las partes y están limitadas a lo que determinen las mismas.

Con ello no se pretende negar que el arbitraje deba tener un control por parte del ordenamiento jurídico respecto de su legalidad o validez, como bien apunta Gonzáles de Cossío:

“(…) el arbitraje no puede funcionar en un vacío. En algún momento, ya sea durante el procedimiento o al momento de la ejecución del laudo, será necesario obtener la asistencia de alguna judicatura para lograr ejecutar las resoluciones del árbitro. El motivo es claro: el árbitro carece de imperio. Por ende, no tiene la herramienta indispensable para hacer cumplir coercitivamente la decisión que ha emitido. Por ello, en ausencia de colaboración con la judicatura, la eficacia del arbitraje se vería mermada”²²

Al fin y al cabo, lo que pretenden las partes es conseguir, mediante el laudo, como producto final del proceso arbitral, efectos jurídicos que

puedan ser exigidos y respaldados por el sistema de justicia.

3. La importancia de la naturaleza jurídica del arbitraje en la Judicialización

Parte de la doctrina considera que determinar la naturaleza del arbitraje es un asunto inútil y baladí. No obstante, en nuestra realidad jurídica y social, resulta de vital importancia, ya que en nuestro medio los actores del arbitraje sufren el desconocimiento y/o confusión de lo que es el arbitraje. Al respecto, basta con verificar que son pocas las facultades de derecho las que incluyen en su currículo obligatorio el curso de arbitraje. Asimismo, podemos advertir que existen árbitros que son procesalistas (ello ahonda la marcada tendencia a extrapolar conceptos procesales al arbitraje), y por último, la gran mayoría de firmas de abogados, une el área de resolución de conflictos en uno solo sin atención al tipo de proceso en que se lleven, lo cual implica que un abogado que litiga en procesos judiciales también lo hace en arbitrales (en principio, ello no es necesariamente inadecuado, pero sí existe una marcada tendencia a aplicar conceptos, usos y costumbres del proceso ordinario al arbitral)²³. Y lo más dramático es que, salvo contadas excepciones, los jueces que supervisan la legalidad o validez del laudo, mediante el recurso de anulación de laudo, tampoco conocen el verdadero funcionamiento del arbitraje y ello repercute en el intervencionismo judicial al arbitraje.

Al respecto, Cantuarias y Repetto señalan que: “Muchas de las discusiones acerca de la actividad arbitral y, sobre todo, aquellas vinculadas con la participación del Poder Judicial, dependen de cómo se entienda el arbitraje. Las soluciones prácticas están relacionadas a la concepción acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje”²⁴.

Por lo tanto, resulta de trascendental importancia entender bien la figura del arbitraje, ya que como indican los autores enunciados: las nociones o teorías son los cimientos necesarios para un adecuado desarrollo y aprovechamiento de los beneficios del arbitraje.

3.1 Teorías de la naturaleza del arbitraje y la problemática de adscribirse a ellas

Existe una marcada tendencia respecto del desarrollo de tres teorías que explican la naturaleza

20 LANDA, César. *El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En Revista Themis N° 32. Lima, Perú, 1995.

21 ZOLEZZI, Lorenzo. *El arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la Función Jurisdiccional*. En Ponencias del Congreso Internacional De Arbitraje. Segunda Parte. Lima, Perú, 2007, p.103.

22 GONZÁLEZ De Cossío, Francisco. *El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica*. En <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/%20y%20JUDICATURA.pdf>. México, 2007, p. 4.

23 KUNDMÜLLER, Franz. *Es urgente “arbitralizar” al Arbitraje Peruano*. En Revista PUCP. Año III, N° 9. Lima, 2011, p. 60.

24 CANTUARIAS, Fernando y REPETTO, Jose Luis. *La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: Riesgos en el camino*. En Revista Forseti N° 1. Lima, Perú, 2014, p.99.

del arbitraje; hoy en día, son las que mayores adscritos tienen. Estas son: La teoría Contractual, jurisdiccional y mixta o híbrida²⁵.

3.1.1 Teoría Contractual

La denominación de esta teoría enuncia que para ella, el arbitraje es un contrato y el proceso arbitral es pues la ejecución del contrato. Para esta teoría el elemento central del arbitraje es el acuerdo de voluntades y es en base a él que el arbitraje funciona. Los árbitros tienen las prerrogativas dentro del proceso arbitral porque así lo han decidido las partes y no porque ejerzan función jurisdiccional.

Tal como lo advierten los autores Cantuarias y Repetto:

“El principal problema que identificamos con esta teoría, es que desconoce que el arbitraje también depende del reconocimiento estatal. En efecto, esta teoría desecha algo trascendental: la necesidad del respaldo del Estado. Si el Estado no reconoce el arbitraje, el laudo no tendría otro valor que el de un simple contrato. Es más, sin el respaldo del Estado, estamos seguros que las actuaciones arbitrales difícilmente culminarían en un laudo. En efecto, no es difícil imaginar que una de las partes iría al Poder Judicial cada vez que quisiera paralizar el arbitraje”²⁶.

La adscripción a esta teoría asiente una visión incompleta, ya que el acuerdo de voluntades es un elemento crucial para el entendimiento de lo que es el arbitraje y de cómo este funciona, sin embargo, es indudable que los efectos jurídicos otorgados al laudo por nuestro ordenamiento jurídico son los que, al final de cuentas, dan eficacia al arbitraje.

3.1.2 Teoría Jurisdiccional

Esta teoría centra su atención en los efectos jurídicos de “cosa juzgada” del laudo. Para los que se adscriben a esta teoría, el arbitraje opera válidamente gracias al “permiso” del Estado, siendo ello así anuncian que su nacimiento se gesta en el reconocimiento del Estado, centralmente en el otorgamiento de jurisdicción delegada por el mismo. Es por ello que para los seguidores de esta teoría, el arbitraje sin duda es una jurisdicción, equiparando sin reparos la figura del árbitro a la del juez.

Concordamos con Cantuarias y Repetto, en que el arbitraje es un contrato y como tal debe entenderse su carácter contractual, en palabras de ellos:

“El principal problema de esta teoría, es que no reconoce que la autonomía de la voluntad de las partes (principio fundamental en la contratación moderna y que es fruto de la libertad de todos los sujetos) es esencial para el nacimiento de la institución del arbitraje y para la aplicación de muchas de las reglas que requiere para su correcto funcionamiento (por ejemplo, libertad de regulación del procedimiento). Además, es sumamente riesgoso que se afirme que el arbitraje dependa de manera exclusiva de la voluntad del legislador. De ser ese caso, bastaría un simple cambio de las reglas de juego para que el arbitraje desapareciera y se convirtiera en un simple pacto sin mucho sentido”²⁷.

Asimismo, consideramos que la adopción de esta teoría genera más problemas que beneficios: al entender al arbitraje como una jurisdicción, se equipara el proceso ordinario con el arbitral, considerándolos como dos espacios en los que se ejerce jurisdicción- y caemos en el error de la jurisdiccionalización- es decir se equipara al juez con el árbitro y al laudo como una resolución judicial. Finalmente, como señalan los autores Cantuarias y Repetto: “también afectará, qué duda cabe, la manera como se deberán regular con mayor o menor libertad las actuaciones arbitrales, así como la intervención judicial en el arbitraje”²⁸.

3.1.3 Teoría Mixta Híbrida

Como bien señalan los autores mencionados en el párrafo anterior, esta teoría es una:

“(…) compatibilización de las teorías antes descritas. Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por el otro lado, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado, el arbitraje sería de poca utilidad. El arbitraje es pues para esta teoría un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales”²⁹.

Consideramos, al igual que los autores en mención, que esta teoría es la más adecuada para el correcto desenvolvimiento del arbitraje, permitiéndolo ser más eficiente y evitar una arbitraria e injustificada intervención del Poder Judicial.

25 Ídem, p. 100.

26 Ídem, p. 101.

27 Ídem, p. 103.

28 Ídem, p. 104

29 Ibidem.

Es importante reconocer que el elemento preponderante en el arbitraje es la voluntad de las partes, puesto que permite una correcta configuración del proceso arbitral. Sin embargo, la eficacia del arbitraje dentro de nuestro ordenamiento jurídico se debe a que legislativamente se ha optado por otorgarle al laudo la categoría jurídica de cosa juzgada.

Al respecto, y finalmente, cabe señalar lo que indica Bullard sobre el tema:

*“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 la naturaleza de cosa juzgada a una transacción. 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 cuáles son las reglas bajo las cuales funciona”*³⁰

3.1.4 Teoría a la que se adscribe el Tribunal Constitucional

Se puede constatar en la literalidad de sus fundamentos que el Tribunal Constitucional peruano ha hecho suya la teoría jurisdiccional. Al respecto, Cantuarias y Repetto comentan que: “El TC simplemente no se detuvo un momento alguno a analizar los pros y los contras de cada una de las teorías y simplemente de manera mecánica y poco reflexiva adoptó la teoría jurisdiccional”³¹. En efecto, el máximo intérprete ha señalado que el arbitraje es una jurisdicción independiente porque así lo establece la Constitución. Esto genera la pregunta: ¿y si la constitución no lo reconociera como una jurisdicción, no cabría el desarrollo del arbitraje en el país? Relativo a ello, Pablo Rey señala:

*“(…) la no consagración de la figura en el texto constitucional no parece presentar desventaja alguna a la hora de su inclusión y efectivo desarrollo en el plano legal. Las discusiones sobre la constitucionalidad del arbitraje han tenido lugar tanto en países en donde se reconoce el arbitraje en la Constitución como en países en los que dicho fenómeno no opera”*³²

Cabe señalar que son pocas las constituciones en Latinoamérica que reconozcan al arbitraje expresamente³³. En el caso peruano, se

cuenta que la incorporación del arbitraje en la Constitución, no fue un acto producto de la reflexión y debate de los miembros de la comisión constituyente. Muy por el contrario, se señala que la incorporación fue a pedido e insistencia del jurista Aramburú Menchaca, quien propuso darle “fuerza constitucional” al arbitraje con la intención de mostrar un ordenamiento jurídico más amigable para el desenvolvimiento del arbitraje, ya que para ese entonces la tasa de uso de este mecanismo de solución de controversias era mínima. Simplemente no se arbitraba.

Cabe reconocer que gracias a su incorporación, no le ha sido difícil al Tribunal Constitucional reconocer que el arbitraje goza de independencia y autonomía, lo cual ha evitado la intervención judicial en la mayoría de casos. No obstante, también ha propiciado la jurisdiccionalización del arbitraje y ello ha propiciado que se viabilice el amparo arbitral. En palabras de Cantuarias y Repetto:

*“La demostración más palpable de que la “factura” se ha pasado y que aun cuando por ahora las aguas se han calmado, el problema podrá volver en cualquier momento, es por ejemplo, la problemática de las acciones de amparo contra los laudos arbitrales.(…) el arbitraje es un contrato con efectos jurisdiccionales y que, por lo tanto, la única vía para atacar la validez de un laudo es el recurso de anulación previsto por las partes al momento en el que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, decidieron pactar el arbitraje”*³⁴.

Es un error grave adscribirse a la teoría jurisdiccional. Coincidimos, con los autores citados, en el problema y la distorsión de lo que ha sido denominado por la doctrina como amparo arbitral. Lamentablemente, el intérprete de la Constitución no solo ha admitido la revisión de laudos por medio de la acción de amparo, sino que, además, no ha realizado una línea jurisprudencial congruente y constante respecto de los criterios que determinan la procedencia del amparo contra laudo, sino que las diferentes cortes del Tribunal Constitucional han venido cambiando, agregando o quitando, los criterios señalados por la sala anterior. No obstante, y a pesar de que consideramos que no debe proceder de ninguna manera el amparo contra laudo, cabe resaltar que en el caso María Julia³⁵, se reconoce que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

30 BULLARD, Alfredo. *El Dilema del Huevo y la Gallina: El carácter contractual del Recurso de Anulación*. En Revista Derecho & Sociedad N° 38. Lima. 2012, p.18.

31 CANTUARIAS, Fernando y REPETTO, José Luis. *Ibidem*, p.108.

32 REY, Pablo. *El Arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latinoamérica: Un estudio sobre formalización y judicialización*. En Universitas N° 126. Colombia, 2013, p. 202.

33 Como por ejemplo Colombia, Costa Rica, El Salvador, Paraguay y Perú.

34 CANTUARIAS, Fernando y REPETTO, José Luis. *Ibidem*, p.108.

respecto al amparo arbitral han sido disímiles y se propuso un precedente vinculante el cual traza nuevos criterios específicos de procedencia de amparo contra laudo y presupuestos de no procedencia.

Asimismo, consideramos trascendental que se determine que el recurso de anulación de laudo es una vía idónea e igualmente satisfactoria³⁵ para salvaguardar la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, con énfasis en los derechos que se ejercen dentro de un proceso. Otro aspecto positivo de este precedente constitucional es el hecho de haber establecido que en el amparo contra laudo, en ningún caso, se podrá revisar el fondo del laudo; sin duda ello fortalece la efectividad del arbitraje.

Sin embargo a todo lo expuesto, lo negativo es que el Tribunal Constitucional no descartó rotundamente la procedencia del amparo, por lo que estableció tres supuestos de procedencia de amparo contra laudo. Aún así sea residual, consideramos que estos supuestos siguen siendo innecesarios, debido a que con el recurso de anulación de laudo atiende a las mismas preocupaciones plasmadas en los supuestos, tal como se pueden observar en el siguiente cuadro:

Supuestos de procedencia de amparo contra laudo	Protección mediante causales previstas en el recurso de anulación de laudo
Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional	Artículo 63 inciso C de la Ley de Arbitraje → Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo. Artículo 57 de la Ley de Arbitraje. - Normas aplicables al fondo de la controversia. 1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.	Artículo 63 inciso C de la Ley de Arbitraje → Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo. Artículo 57 de la Ley de Arbitraje. - Normas aplicables al fondo de la controversia. 1. En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.
Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° de la Ley de Arbitraje.	No se puede imponer los efectos del laudo a un TERCERO que no firmó el convenio. Artículo 63 inciso C de la Ley de Arbitraje → Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

Finalmente, este precedente también se adscribe sin un mayor análisis a la teoría jurisdiccional del arbitraje, lo cual, como ya hemos señalado, resulta perjudicial: se ha determinado que los árbitros puedan ejercer control difuso porque ejercen jurisdicción y ya vimos que ello no es así.

4. Judicialización del Arbitraje en el Perú

Si el arbitraje no logra desarrollarse adecuadamente según los estándares que impone la doctrina, los cuales se consideran inherentes a este- como la eficacia, flexibilidad, celeridad y economía- ello puede ser producto de la distorsión que sufre el arbitraje, la misma que es producida por el fenómeno de la judicialización.

El problema de la judicialización se manifiesta de diversas formas: en las iniciativas legislativas de los legisladores, mediante la propuesta o dación de leyes que equiparan el sistema de justicia estatal con el arbitraje, pretendiendo aplicar conceptos y figuras propias del derecho procesal civil. También, se advierte que parte de la doctrina y, en mayor frecuencia, la jurisprudencia judicial entiende y afirma que el arbitraje es un tipo de jurisdicción. Y como producto final, el fenómeno de la judicialización se encuentra en la propia práctica arbitral. Como bien señala Roger Rubio:

“En nuestro caso, la judicialización del arbitraje es una reacción de la cultura legal frente al desarrollo de una institución eficiente para resolver controversias, con la finalidad de domesticarlo o atraparlo bajo cánones o patrones conocidos. De un lado, se propicia el traslado irreflexivo de las instituciones procesales a un proceso arbitral con la finalidad de entrapar u obstruir el desarrollo del arbitraje o con el único ánimo de usar las únicas reglas de juego que se conocen para dilatar un proceso. De otro lado, cuando las soluciones de la ley arbitral o las decisiones de los árbitros no satisfacen los intereses de las partes, se promueve una intervención judicial no prevista en la norma con la misma finalidad de entrapar u obstruir el arbitraje. Estas dos vertientes de la judicialización del arbitraje son la mayor amenaza a la funcionalidad del sistema”³⁷

Centralmente se postula que la judicialización se produce en la jurisdiccionalización, la constitucionalización y la procesalización del arbitraje.

35 Sentencia del Expediente N.º 00142-2011-PA/TC

36 Sentencia del Expediente N.º 00142-2011-PA/TC, fundamento N.º 20 literal a). Tribunal Constitucional. Lima. Perú

37 RUBIO, Roger. Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. En Revista Themis N.º 53. Lima, Perú. 2007, p. 8

4.1 Jurisdiccionalización

Como ya se observó en el capítulo anterior, la jurisdiccionalización tiene un efecto adverso al arbitraje, porque entiende erradamente que el arbitraje es una jurisdicción atentando, en principio, contra la figura del árbitro. Los peligros de este sub fenómeno es que se equipare el papel del árbitro con el del juez, propiciando que se aplique al árbitro lo mismo que al juez: ya sea en materia de requisitos legales para su ejercicio, acciones disciplinarias, padrón y registro de los mismos – como se pretende realizar en materia de arbitraje administrativo-, entre otros que lo único que hacen es quitarle versatilidad, especialización y flexibilidad al arbitraje. Asimismo, entender al arbitraje como una jurisdicción ha propiciado que se equipare a el laudo con una resolución judicial, lo que ha llevado al ya mencionado amparo contra laudo.

4.2 Constitucionalización

Parte de la doctrina considera que la mención del arbitraje en nuestra Constitución, ha permitido o incentivado el desarrollo del arbitraje en el país, ya que ha funcionado como límite de la intervención judicial; así como señala Alfredo De Jesús:

“La consagración constitucional del arbitraje o de un derecho al arbitraje nunca ha sido necesaria para el desarrollo del arbitraje comercial internacional ni de ninguna otra institución jurídica. Sin embargo, ya que los países latinoamericanos han decidido hacerlo, no vemos por qué no darle la bienvenida. Ella manifiesta, de forma expresa y al más alto nivel, que la promoción del arbitraje tiene un rango de política pública en los Estados en cuestión. Pero más aún porque la elevación de esa política pública de promoción del arbitraje a rango constitucional no ha sido simbólica.”³⁸

Por ejemplo, en el Perú, se consignó al arbitraje en la Constitución con la única intención y objetivo de promover el arbitraje entre los particulares. Intención que se concretó con la dación de la Ley General de arbitraje (1996) y la Ley de Arbitraje (2008). Sin embargo, consideramos que la constitucionalización es un fenómeno adverso al arbitraje, ya que ha servido de sustento para que muchos autores y operadores jurídicos postulen que el arbitraje está permitido porque nuestra constitución lo permite. Además, la constitucionalización repercutido en la jurisdiccionalización, puesto que conjuntamente

entienden al arbitraje como una jurisdicción reconocida por la mención constitucional. Esto último ha provocado que se equipare la figura del juez con el árbitro y que se consienta el amparo contra laudo.

Sobre esto último, se habla de amparo arbitral lo cual infiere que el laudo es equiparable a una sentencia judicial; y no hay nada más equivocado, ya que el laudo no es como una sentencia judicial, es más lo único que comparte en común es su efecto de cosa juzgada al igual que una sentencia judicial definitiva. De otra manera, una transacción judicial –a quien la ley ha dado la calidad de cosa juzgada- sería también una sentencia judicial y, por ende, también sobre ella se podría interponer una acción de amparo. ¿Amparo de transacción judicial? Es evidente que la respuesta es negativa. No se pueden equiparar solo porque comparten el efecto jurisdiccional.

Además, cuando los particulares desean alejarse del sistema de justicia estatal –siempre que ello se les sea permitido, la consigna es evitar, en la medida de lo permitido, la intervención judicial. Como bien señala González De Cossío:

“Los particulares tienen una opción: cursar su problema vía arbitraje. Al hacerlo escogen un mecanismo uni-instancial que evita los yoyos procesales. Los amparos “para efectos”. La enorme cantidad de cosas que pueden hacerse para entorpecer un proceso. Y siendo que escogen un especialista de su confianza, la preocupación sobre la necesidad de control se reduce. Pero si los actos de los árbitros se someten a control constitucional, lo anterior no se logra. Nunca habrá opción. Las partes no podrán encausar un problema en forma diversa al litigio tradicional; siempre acabarán –lo quiera o no- en tribunales judiciales.”³⁹

Además, consideramos que la acción de amparo encuentra razón en otro tipo de intereses tutelables, en palabras de González De Cossío:

“Los juicios constitucionales son ideales para ciertos temas, para un género claro de problemas sociales. Usarlos para abordar otro tipo de males tiene por efectos propiciar otros problemas. En nuestro caso, se entorpecen los procesos arbitrales y se diluyen los procesos constitucionales. Irónicamente debemos usarlo menos, para tutelar más. El juicio de amparo debe abarcar menos actos reclamados, para evitar diluirse. Es una cuestión no solo de justicia, sino política pública.”

38 DE JESÚS, Alfredo. *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina*. En Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet. Colombia, 2008, p

39 GONZÁLEZ De Cossío, Francisco. *Procesos Constitucionales y procesos arbitrales: ¿Agua y aceite?* En Revista de Arbitraje PUCP. Año V N°5. Lima, Perú. 2015, p.79.

(...) Ello incluye no hacerlo aplicable a relaciones de coordinación, en especial arbitraje. Después de todo, se trata de relaciones horizontales donde leitmotif de los procesos constitucionales (poder público) no está presente, que es hecho aplicable voluntariamente por las partes, y que el núcleo de su decisión consiste en finalidad y uninstancialidad⁴⁰

Además, la existencia del recurso de anulación de laudo permite que de forma adecuada se realice un control judicial del laudo para que este pase a tener efectos jurídicos. Consideramos, que no se requiere de otro mecanismo para su inserción a nuestro ordenamiento jurídico. El recurso de anulación resulta, como lo señala Alfredo De Jesús:

“Se trata de un recurso altamente técnico diseñado para evitar que al ejercerse el control judicial sobre el laudo arbitral internacional, se desvirtúe uno de los objetivos del arbitraje comercial internacional: la exclusión de los tribunales estatales del conocimiento de la causa.”⁴¹

Carece de motivo instaurar nuevas formas de control de laudo, por lo que no se justifica el amparo arbitral. Entonces, se observa como la constitucionalización resulta un dolor de cabeza más para el desarrollo eficiente del arbitraje.

4.3 Procesalización del arbitraje: Proceso judicial y proceso arbitral

Este fenómeno afecta directamente a la práctica arbitral. Se advierte que el problema se centra en el cómo se arbitra y los factores recaen en los operadores del arbitraje, empezando por los árbitros, abogados, centro de arbitraje y otros.

La procesalización se da en el marco del desarrollo del proceso arbitral, en el cual las partes, por ignorancia o estrategia, aplican conceptos, figuras, usos y costumbres de un proceso judicial al proceso arbitral. Tal como lo señala Kundmüller:

“Lamentablemente, en la práctica, las partes y los abogados no siempre son conscientes de las características de la especialidad, pues muchas veces las ignoran o simplemente seguían por paradigmas procesales o administrativos donde los parámetros de gestión de procesos y

procedimientos son diferentes a los parámetros que rigen para el arbitraje.”⁴²

Asimismo, el autor advierte que muchas veces el problema también es de los árbitros:

“Lo que es peor, esta situación de desconocimiento también se extiende a muchos árbitros que paradójicamente cuentan con todo tipo de certificados, diplomas y acreditaciones e integran muchos registros, aunque no tienen la menor idea de lo que es el arbitraje ni los principios de independencia e imparcialidad.”⁴³

Es importante entender que el arbitraje sí implica un proceso pero este tiene sus propias reglas de juego y sus propias instituciones, las cuales se encuentran reguladas en la Ley de Arbitraje. No obstante, cabe hacernos la pregunta que ha dado a lugar a que se manifieste la procesalización y esta es: ¿ante un vacío de la Ley de Arbitraje, qué se aplica? Algunos operadores del arbitraje han optado por la aplicación supletoria del Código Procesal Civil en una clara tendencia a la procesalización del arbitraje y esto es un grave error, en palabras de Rubio:

“La norma procesal civil ofrece soluciones para un proceso civil, no para un proceso arbitral. (...) el rol de una ley de arbitraje y el rol de una ley procesal civil. En el primer caso, nos encontramos ante un marco legal que ofrece una estructura arbitral basada en la autonomía de las partes y en la discrecionalidad de los árbitros, y que les confiere la potestad de diseñar y controlar reglas del proceso acordes con las necesidades de cada conflicto en particular, con amplios márgenes de flexibilidad y garantizando la igualdad de las partes y el derecho de defensa; en el segundo caso, la ley procesal civil está estructurada, de manera general para todos los justiciables de la sociedad y para toda clase de procesos, en un sistema centralizado de resolución de conflictos donde las normas tienen el carácter de imperativas y garantistas del debido proceso.”⁴⁴

Este fenómeno perjudica la flexibilización del arbitraje.

En el arbitraje se aplica el acuerdo de las partes y en su defecto los árbitros tienen la facultad discrecional de aplicar las reglas que mejor consideren para el adecuado desarrollo del proceso arbitral en atención a los intereses de las partes. Así lo indica Bullard:

40 GONZÁLEZ De Cossío, Francisco. Loc. Cit.

41 DE JESÚS, Alfredo. Óp. Cit, p 27.

42 KUNDMÜLLER, Franz. *El arbitraje en Contratación Pública: (Des) confianza y Aporía*. En Revista Derecho & Sociedad N° 44. Lima, Perú, 2015, p. 264.

43 Íbidem.

44 RUBIO, Roger. Óp. Cit, p, 24.

"(...) *aplicarán las reglas que integren los árbitros, para lo cual pueden inspirarse en los principios generales del Derecho, privilegiando los que se derivan de los principios, usos y costumbres del arbitraje. No hay ni un espacio, ni un resquicio, para meter el Código Procesal Civil, salvo, la voluntad de las partes o de los árbitros de incorporar esas reglas al arbitraje*"⁴⁵

Sin embargo, en la práctica arbitral peruana ello no se entiende así y se aplican las reglas, usos y costumbres judiciales como ejemplo podemos señalar que es usual que los árbitros tengan que correr traslado de cada uno de los escritos presentados por las partes, tal cual sucede en el proceso judicial. Otro ejemplo, es que tengan que admitir la demanda, cuando en la Ley de Arbitraje vigente no lo exige, ello también sería prueba de la procesalización del arbitraje⁴⁶.

Vemos como este sub- fenómeno termina acercando el proceso arbitral al judicial, en clara muestra de que nuestra práctica arbitral esta judicializada. Cabe solo reconocer que aún existe la necesidad, como lo señaló Franz Kundmüller, de "arbitrabilizar" al arbitraje peruano y entender el arbitraje, en palabras de Pablo Rey⁴⁷, en razón a lo que en él se hace, a lo que apunta y a cómo y por qué funciona de la manera en que lo hace.

5. Comentarios finales

La judicialización es un fenómeno que se desarrolla en la práctica arbitral y se convalida en la jurisprudencia de un Sistema Jurídico. Se puede advertir tres sub- fenómenos que la integran: lajurisdiccionalización, la constitucionalización y la procesalización del arbitraje, los mismos que limitan el correcto y adecuado desarrollo de un proceso arbitral. Asimismo, promueven que la práctica arbitral sea en realidad un mero traslado de los usos y costumbres judiciales al ámbito privado, restándoles las particularidades beneficiosas del arbitraje. Lo importante reconocer al arbitraje como una institución o disciplina de resolución de conflictos autónoma e independiente del sistema de justicia estatal. Entender que el arbitraje encuentra su único elemento central en el acuerdo de voluntades y que solo se vale de los efectos jurisdiccionales para su eficacia y vigencia dentro de un ordenamiento jurídico. Es necesario proteger su autonomía respecto de la intervención judicial- salvo lo previsto por ley que es el recurso de anulación de laudo- y respecto de

la tendencia de aplicar o extrapolar normas, usos y prácticas judiciales.

Frente a este fenómeno, proponemos que por un lado, todo operador del arbitraje –árbitros, abogados e instituciones arbitrales- antes de arbitrar, se informe sobre el Derecho Arbitral, así se evitará que se extrapolen prácticas procesales y/o judiciales al arbitraje. Y por el otro lado, los operadores judiciales-jueces del poder Judicial y el Tribunal Constitucional-además, de que entiendan el funcionamiento del arbitraje, también reconozcan al recurso de anulación de laudo como la única vía de control legal del laudo.

6. Bibliografía

BULLARD, Alfredo. 2012 *El Dilema del Huevo y la Gallina: El carácter contractual del Recurso de Anulación*. En Revista Derecho & Sociedad N° 38. Lima, Perú.

BULLARD, Alfredo. 2007 El arbitraje nacional en el Proyecto de reforma de la Ley General de Arbitraje. En Ponencias del Congreso Internacional De Arbitraje. Segunda Parte. Lima, Perú.

CANTUARIAS Salaverry, Fernando. 2015 Entrevista al doctor Fernando Cantuarias sobre críticas al actual funcionamiento del arbitraje en el Perú. En Ius 360. Disponible: <http://www.ius360.com/privado/arbitraje/dr-fernando-cantuarias-sobre-el-arbitraje-en-el-peru-hemos-trasladado-al-arbitraje-la-manera-judicial-de-resolver-los-casos/>

CANTUARIAS, Fernando y REPETTO, Jose Luis. 2014 *La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: Riesgos en el camino*. En Revista Forseti N° 1. Lima, Perú.

CAIVANO, Roque. 2006 *Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje*. En Revista Peruana de Arbitraje.

DE JESÚS, Alfredo. 2008 *La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina*. En Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet. Colombia.

EL COMERCIO. 2015 *El metete parcializado*. Por Alfredo Bullard González. 10 de octubre de 2015. Disponible: <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/metete-parcializado-alfredo-bullard-noticia-1847110>

45 BULLARD, Alfredo. El arbitraje nacional en el Proyecto de reforma de la Ley General de Arbitraje. En Ponencias del Congreso Internacional De Arbitraje. Segunda Parte. Lima, Perú. 2007

46 Ejemplos extraídos de CANTUARIAS, Fernando. Entrevista al doctor Fernando Cantuarias sobre críticas al actual funcionamiento del arbitraje en el Perú. En Ius 360. Lima, 2015

47 REY, Pablo. Op. Cit, p. 208.

2015 *Mamarracho*. Por Alfredo Bullard González. 22 de agosto de 2015. <http://elcomercio.pe/opinion/columnistas/mamarracho-alfredobullard-noticia-1834831?ref=flujo>

GONZÁLEZ De Cossío, Francisco. 2007 El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica. México. En <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/%20y%20JUDICATURA.pdf>

2015 *Procesos Constitucionales y procesos arbitrales: ¿Agua y aceite?* En Revista de Arbitraje PUCP. Año V N°5. Lima, Perú.

KUNDMÜLLER, Franz. 2011 *Es urgente "arbitralizar" al Arbitraje Peruano*. En Revista PUCP. Año III, N° 9. Lima, 2011, p. 60.

2015 El arbitraje en Contratación Pública: (Des) confianza y Aporía. En Revista Derecho & Sociedad N° 44. Lima, Perú.

LANDA Arroyo, César. 1995 *El arbitraje en la constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En Revista Themis N° 32. Lima, Perú.

MONROY Palacios, Juan José. 2006 *Arbitraje, jurisdicción y proceso*. En Arbitraje, año IV, N° 7. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Perú.

ORLANDO Rojas, Domingo. 1994 *Jurisdicción y competencia*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Segunda Edición. Colombia.

PICARDI, Nicola. 2009 *La Jurisdicción en el Alba del Tercer Milenio*. Traducción de Juan José Monroy Palacios. Ediciones Communitas. Lima, Perú.

REY, Pablo. 2013 El Arbitraje y los Ordenamientos Jurídicos en Latinoamérica: Un estudio sobre formalización y judicialización. En Universitas N° 126. Colombia.

RUBIO Guerrero, Roger. 2007 *Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones*. En Revista Themis N° 53. Lima, Perú.

ZOLEZZI Ibárcena, Lorenzo. 2007 *El arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la Función Jurisdiccional*. En Ponencias del Congreso Internacional De Arbitraje. Segunda Parte. Lima, Perú. ☒