

Apoyo o asistencia jurisdiccional para la actuación de pruebas en los procesos arbitrales nacionales

José Zegarra Pinto

Abogado por la PUCP. Profesor en la Facultad de Derecho de la PUCP y la Universidad San Ignacio de Loyola.

Miembro de la Nómina de Árbitros de la Cámara de Comercio de Lima y el CONSUCODE.

Socio Principal del Estudio Tamayo & Zegarra, Abogados y Consultores.

El arbitraje es un medio alternativo para la resolución de conflictos que cada vez goza de mayor reconocimiento y aceptación en nuestro país. Se dice, que mucho de esto se debe a que el desarrollo de la institución se encuentra en manos de reconocidos profesionales de distintas especialidades; quienes en base a un proceso ágil y flexible buscan dar una rápida y adecuada solución a las distintas controversias que se ponen a su consideración. Nosotros creemos, que este proceso viene a ser la materialización del deseo de los particulares por decidir directamente sobre la manera de resolver sus conflictos, y por llegar a establecer cierta distancia con la actuación del Poder Judicial. Pues bien, a pesar de que existe dicha aspiración, también podemos apreciar que en la realidad no es posible que se produzca un total divorcio entre la justicia ordinaria y esta eficaz herramienta conocida como Arbitraje. Tal es el grado de importancia otorgado al arbitraje, que nuestra Constitución Política le otorga el calificativo de jurisdicción, lo cual si bien no compartimos, es algo que analizaremos y tomaremos en cuenta a lo largo del presente trabajo. Es así, que el árbitro al no tener las facultades de un juez, debe en algunos casos apoyarse en este último para poder realizar actividades tales como: asistir en la etapa probatoria del proceso

arbitral, ejecutar algunas resoluciones, e, incluso, disponer la ejecución forzosa del Laudo Arbitral.

Si bien es cierto que existe un enorme consenso, tanto de entendidos como por operadores del sistema arbitral, por hacer que la intervención del Poder Judicial sea la más reducida posible dentro del proceso arbitral, hasta el momento no se han producido los cambios legislativos necesarios que puedan permitir que se materialice dicha situación. La mejor muestra de lo antes señalado, la podemos verificar al momento de revisar el proyecto modificatorio de la Ley 26572, elaborado por la Comisión Reformadora de la Ley de Arbitraje; dicho documento y su exposición de motivos convalidan y refuerzan largamente lo antes expuesto.

A través del presente trabajo, buscamos exponer y analizar, de manera sucinta, el supuesto de hecho contemplado en el artículo 40º de la Ley General de Arbitraje -en adelante La Ley- el cual recibe la denominación de «auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas». Conforme desarrollaremos a lo largo de la investigación, este supuesto se encuentra referido a un caso de apoyo o asistencia al arbitraje², el cual junto con los casos de control del arbitraje son las maneras como finalmente se materializa la intervención judicial en el proceso arbitral.

- 1 La exposición de motivos y el proyecto modificatorio de la Ley General de Arbitraje pueden ser ubicadas en: <http://www.limaarbitration.net>. El trabajo realizado por la Comisión Técnica para la Revisión de la Ley N° 26572 conformada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS, constituye un trabajo interesante que recoge no solo experiencia de campo sino innovaciones aportadas por la legislación comparada.
- 2 Barona Vilar, Silvia. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de Diciembre) Primera Edición. Civitas. 2004. pp. 275-276: «...IV. Asistencia judicial en la prueba. El artículo 33 LA, bajo la leyenda «asistencia judicial para la práctica de pruebas», está acogiendo la posibilidad que los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación puedan solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, entendiendo por tal tanto la práctica de una prueba ante el tribunal competente como la adopción de medidas concretas necesarias para que la prueba se pueda practicar por los árbitros....».



LEY 26572

Consideramos que la naturaleza del arbitraje trae implícita la idea o el deseo primordial de los particulares por buscar minimizar la participación del Poder Judicial en la resolución de sus conflictos. Hablamos de un proceso flexible, el cual como es lógico debe velar por el respeto a principios básicos tales como el de legalidad y el debido proceso. Sin embargo, podemos ver que a lo largo de La Ley, se han plasmado toda una serie de artículos en los cuales se posibilita la presencia de distintos tipos de supuestos de asistencia o control por parte del Poder Judicial. Al respecto, creemos que sí existen casos en los cuales se hace necesario e imprescindible contar con el apoyo o asistencia, en atención a la naturaleza del encargo, y en otros casos se podría incluso omitir, pero esto implicaría modificaciones legislativas que por el momento parece que no se van a producir³. Para el caso que nos convoca – asistencia jurisdiccional para la actuación de pruebas – consideramos adecuado y pertinente el apoyo que pudiese brindar la justicia ordinaria, lo cual va a permitir finalmente que la labor del árbitro sea lo más efectiva y eficiente posible.

Intervención del Poder Judicial

Antes de empezar con el análisis del artículo 40º, estimamos correcto que previamente debemos referirnos al artículo 4º de la Ley⁴.

En este artículo, podemos advertir que se hace la primera mención expresa a la intervención del Poder Judicial en el arbitraje. Asimismo, podemos observar, que se pone un especial énfasis en resaltar algo que ya hemos señalado en este artículo, es decir, a la aspiración de los particulares por una intervención exclusiva y excluyente del arbitraje con respecto al Poder Judicial. Sin embargo, se deja la posibilidad que, si es que lo desean las partes involucradas, puedan éstas desistirse del proceso arbitral y recurrir a otras vías: Poder Judicial, conciliación, mediación, entre otros.

Por otro lado, también se puede presentar el caso que, en cualquier etapa del proceso judicial, el Juez deba hacer prevalecer la voluntad de las partes y permitir que la controversia sometida a su conocimiento sea conocida y resuelta por un tercero, en este caso por un Tribunal Arbitral. La consecuencia jurídica, que al respecto se presentará, será el archivamiento del proceso judicial. Incluso, cabe la posibilidad que los medios probatorios que se actuaron en su momento, puedan llegar a ser utilizados por los árbitros en el proceso arbitral, dependiendo esto último de lo que finalmente decidan las partes⁵.

Es aquí donde nos surgen los siguientes cuestionamientos: ¿qué sucede si se celebra un convenio arbitral cuando ya hubo un pronunciamiento del Poder Judicial en primera instancia?, ¿Sería posible que el juez proceda con el archivamiento del proceso? Con respecto a este tema, consideramos que sí es posible que

3 Una clara muestra de lo antes señalado, lo encontramos en el **Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje**, el cual en su artículo 21º señala lo siguiente: «(...) 5. Si por falta de acuerdo entre las partes o falta de acuerdo entre los árbitros o entre varios demandantes o varios demandados o falta de designación por una parte no se llega a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en el lugar, la designación corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana...». Este artículo pretende que se modifique el actual artículo 21º de la Ley General de Arbitraje: «... Artículo 21.- Libertad de procedimiento de nombramiento.- (...) 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...». Como se puede observar, la modificación busca eliminar, en cuanto se pueda, la participación del poder judicial en el proceso arbitral.

4 **Ley 26572. Artículo 4.-** Intervención del Poder Judicial.- Salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral.

5 **Ley 26572. Artículo 17º.-** Si durante un proceso judicial, las partes formalizan voluntariamente un convenio arbitral sobre todas o parte de las pretensiones controvertidas en aquél, deben presentar al Juez un escrito conjunto con firmas legalizadas por el Auxiliar Jurisdiccional, adjuntando copia del convenio arbitral. A la vista de tal documentación, el Juez dispondrá el archivamiento del proceso, o la continuación del mismo respecto de las materias que las partes declaren no haber sometido a arbitraje.

El Juez no puede objetar el convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el Artículo 1º. Puede también requerir a las partes para que precisen su contenido, o para que aclaren los puntos que considera oscuros.

Los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral con el valor que los árbitros les asignen, salvo pacto expreso en contrario contenido en el convenio arbitral.

el Juez proceda con el archivamiento del mismo, pues si bien no existe norma expresa, esto no imposibilita que el juez, al igual que ocurre en el caso de la transacción judicial⁶, permita a las partes decidir con respecto a la manera como pueden darle fin a su conflicto.

No está demás señalar, que en el artículo 4º también se utiliza el concepto «jurisdicción arbitral», que como sabemos, se debe a partir de lo señalado en el artículo 139º de nuestra Constitución Política⁷; lo cual compartimos en el extremo que se logra reconocer, merecidamente, la importancia que goza este medio alternativo de resolución de conflictos. Sin embargo, discrepamos de la calificación que se le otorga al arbitraje como jurisdicción.

Es imprescindible mencionar que la doctrina nacional y extranjera sostiene una interesante y antigua discusión con respecto a la naturaleza del arbitraje; por un lado hay quienes apoyan la calificación del arbitraje como un contrato; otros la conciben como una jurisdicción; otros dicen que se trata de una combinación de ambas posturas; pues en resumidas cuentas podemos decir que existen posiciones muy serias y fundamentadas que apoyan una u otra posición. Al respecto, consideramos pertinente traer a colación lo señalado por **CASTILLO FREYRE**⁸:

«...Entonces, ¿de qué estamos hablando finalmente? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje si hemos anatemizado la tesis contractualista y condenado la jurisdiccionalista o procesalista? ¿significa esto acaso que el arbitraje no tiene naturaleza contractual ni jurisdiccional? Todo lo contrario. El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando este nace, permitido por la ley, para el propósito

ad hoc querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito ad hoc. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje. (...). De ahí es que nosotros rebauticemos la tesis en cuestión como Teoría Realista del Arbitraje (...).

Al respecto, y en concordancia con lo expuesto, nosotros consideramos que mal hace nuestra Constitución en utilizar el término «jurisdicción arbitral», dado que cuando se analiza lo que se debe entender por «jurisdicción», podemos fácilmente comprender que el arbitraje no se encuentra inmerso dentro de lo que la doctrina entiende por dicho concepto. Sobre el tema, y en concordancia con la Teoría Realista del Arbitraje, consideramos que dicha institución posee un fuerte componente contractual, debido a que es producto de la autonomía de la voluntad de las partes, y al ser esta fuente de derecho es por lo cual que su proceso y decisión final (componente jurisdiccional) gozan del correspondiente amparo legal, para nuestro caso de amparo constitucional. No se trata de un supuesto de jurisdicción tal cual señala la doctrina en general⁹, ya que carece de un elemento esencial conocido como imperium, es decir la potestad de hacer cumplir y ejecutar sus decisiones. Asimismo, podemos apreciar que las decisiones que tomen estos particulares -denominados árbitros-, pueden ser sujetas a determinado tipo de control, el cual como hemos señalado se trata de los casos de control del Poder Judicial, los que se pueden llegar a materializar a través de los recursos de anulación o casación que pueden interponerse frente a lo resuelto en un Laudo Arbitral. Por esta razón, si se tratara de una

6 Código Procesal Civil. Transacción judicial. Artículo 334.- Oportunidad de la transacción.-

En cualquier estado del proceso las partes pueden transigir su conflicto de intereses, incluso durante el trámite del recurso de casación y aún cuando la causa esté al voto o en discordia.

7 Constitución Política del Perú. Artículo 139º.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 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 Castillo Freyre, Mario y Vásquez Kunze, Ricardo. «El Juicio Privado: La Verdadera reforma de la justicia». Palestra. 2006 – Noviembre. pp. 47 – 48.

9 Al respecto nos parece conveniente citar lo expuesto en el Diccionario Jurídico OMEBA: «Esta noción (...) ha sido desarrollada por muchos autores considerando sumariamente sus elementos integrantes, a saber: notio, que es la facultad de conocer en todos los asuntos atribuidos a los órganos judiciales y que presupone, desde luego, la de citar a la parte (vocatio) para que comparezca a defenderse y la de realizar las notificaciones propias a esos fines, etcétera; iudicium que es la decisión o fallo que pone fin al litigio o causa y, finalmente, el imperium, consistente en la potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones judiciales...».



«jurisdicción» en el sentido pleno del término no se presentarían las excepciones antes descritas. El hecho que las partes decidan con respecto a la manera como pueden resolver sus diferencias, no implica libertad absoluta alejada de ningún tipo de control, que como es de esperar, recae en este caso en el Poder Judicial, titular de la función jurisdiccional.

Para finalizar la idea expuesta en el párrafo anterior, debemos advertir que nuestro análisis tiene como objetivo abordar sólo una de las acepciones al término jurisdicción, con esto nos referimos a entender a la jurisdicción como la potestad de administrar justicia¹⁰.

Al desarrollar este tema, no podemos dejar de mencionar lo señalado por el **Tribunal Constitucional**, que entre las principales ideas que despliega con respecto al arbitraje y el alcance de la actuación de los árbitros, sostiene lo siguiente¹¹:

«...12. (...) Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros – incluida autoridades administrativas y/o judiciales – destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes...»

Como se puede verificar, nuestro máximo órgano de control de la constitucionalidad, reconoce de manera expresa las facultades que poseen los árbitros en el ejercicio de sus funciones, por lo que claramente se infiere que se les reconoce las mismas potestades que son inherentes a un juez ordinario. Para el Tribunal Constitucional, los árbitros son jueces. Esto último es algo con lo cual diferimos totalmente, fundados en lo antes expuesto así como en lo que desarrollaremos en las siguientes líneas. Por lo tanto, consideramos adecuado proceder a desarrollar el tema que nos convoca, es decir, el auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas dentro del proceso arbitral.

Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas

Antes de empezar con el análisis del supuesto en mención, consideramos pertinente señalar que para el caso que nos convoca no debería ser utilizado el término «auxilio» sino simplemente «apoyo» o «asistencia». En el caso del «auxilio», el concepto se halla referido a la colaboración que se produce entre jueces, y como veremos más adelante esta denominación no responde al supuesto materia de estudio¹². Consideramos que la denominación exacta en este caso sería: Asistencia o Apoyo Jurisdiccional para la actuación de pruebas.

Este supuesto se encuentra referido a todos aquellos casos en los cuales el árbitro, o las partes interesadas con aprobación del Tribunal, desean la actuación de determinado medio probatorio¹³. En resumidas cuentas, se

10 Es así, que se puede verificar que hay distintas acepciones al término jurisdicción. Al respecto, nos parece adecuado citar lo señalado por Roberto Alfaro Pinillos, quien luego de brindar su concepto de jurisdicción, conforme a como hemos abordado en nuestra exposición, señala también lo siguiente: «... [jurisdicción]... Territorio en el que el Juez ejerce sus funciones. También se define como el conjunto de atribuciones que corresponde a un Juez en una materia y en cierta circunscripción territorial...». En: «Diccionario práctico de Derecho Procesal Civil». Gaceta Jurídica. Primera Edición. 2002. pp. 514.

11 <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06167-2005.HC.html>.

12 http://www.ujcm.edu.pe/diccionario/buscar.php?meta=leter&dic=econo_juridi&q=auxilio%20jurisdiccional «...Auxilio jurisdiccional: Consiste en la colaboración que están obligados a prestarse, entre sí, los órganos jurisdiccionales españoles, en la realización de todos los actos que sean necesarios en los procesos y asuntos de que conozcan. Los tribunales están obligados a prestarse auxilio en las actuaciones que, habiendo sido ordenadas por uno, requieran la colaboración de otro para su práctica. Se solicitará el auxilio judicial para las actuaciones que hayan de efectuarse fuera de la circunscripción del tribunal que conozca del asunto, incluidos los actos de reconocimiento judicial, cuando el tribunal no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad que le concede esta Ley de desplazarse fuera de su circunscripción para practicarlas. (...) El auxilio se presta mediante exhortos, cartas órdenes y suplicatorios. Este auxilio puede ser internacional cuando un tribunal español precisa que se practique alguna actuación fuera de España (por un tribunal del país del que se trate) o, a la inversa, cuando un tribunal extranjero necesita, para impartir justicia, la realización de algún acto en España...».

13 (Arbitraje Nacional) Ley 26572. Artículo 40.- 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

trata de un caso de apoyo que brinda el Poder Judicial al proceso que pudiera estar realizando cualquier Tribunal Arbitral. Como podemos observar, al igual que sucede con cualquier juez o tribunal ordinario, un tribunal arbitral puede verse inmerso en las mismas situaciones y circunstancias que son propias de cualquier juez. El pedir que se practique una inspección en determinado lugar, que se tome una testimonial, entre otros casos, son supuestos de hecho que fácilmente se le pueden presentar a un tribunal arbitral, y que en virtud a lo expuesto en el artículo 40º de la Ley, se puede solicitar el apoyo del juez ordinario para realizarlos.

Cuando revisamos la Ley, podemos ver que en el «Capítulo Cuarto – Del Proceso Arbitral» se desarrolla de manera adecuada y suficiente todo lo referido a medios probatorios en el arbitraje. Es así que encontramos, incluso, normas que permiten la delegación de facultades por parte del tribunal arbitral en alguno de sus miembros (artículo 38º), y la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia (artículo 39º). El supuesto de hecho de nuestro tema de estudio, y conforme ya señalamos, se ubica en el artículo 40º de la Ley. No está demás señalar, que para el caso del arbitraje internacional, el correlato a este artículo se encuentra desarrollado en el artículo 116º de la Ley.

Al analizar el artículo en mención, hemos podido distinguir 2 (dos) supuestos en los cuales se puede llegar a solicitar este tipo de apoyo o asistencia jurisdiccional. Estos son los siguientes:

Primer Supuesto: Cuando se requiere practicar un determinado medio probatorio y por determinada circunstancia no lo puede practicar directamente el tribunal arbitral; y,

Segundo Supuesto: Cuando se requiere la

comparecencia de un testigo dado este no comparece por propia voluntad.

Primer Supuesto

En el caso del literal a), podemos citar supuestos tales como: el llevar adelante la absolución de un pliego interrogatorio, llevar a cabo una inspección, entre otros. Como se puede ver, se trata de un árbitro que solicita a un juez llevar adelante la actuación de un determinado medio probatorio. Es en estos supuestos, en los cuales consideramos necesario referirnos a un principio de naturaleza procesal, se reviste de enorme importancia, especialmente cuando se aborda el tema de la actuación de medios probatorios. El principio al cual nos referimos, es el que se conoce en doctrina como: **principio de inmediatez**.

A manera de desarrollar el concepto antes expuesto, nos parece adecuada citar la definición que al respecto desarrolla BUSTAMANTE ALARCON¹⁴:

«...El principio de inmediatez implica, además, que el juez que ha presenciado y participado de la actuación del material probatorio, que ha oído a las partes y apreciado sus conductas procesales, sea el mismo que dicte la resolución que resolverá la pretensión o defensa, especialmente si ésta es una sentencia...».

Cuando hablamos del principio de inmediatez, no solo nos referimos a un simple y llano desarrollo teórico, la mejor prueba de ello la encontramos en nuestro Código Procesal Civil, el cual en su artículo V del Título Preliminar y el artículo 50º, de manera expresa señalan que el juez que iniciara la audiencia de pruebas será aquel que deberá concluir con el respectivo proceso¹⁵.

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.

(Arbitraje Internacional) Ley 26572. Artículo 116º.- Asistencia del Poder Judicial para la práctica 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 Especializado en lo Civil al que las partes se hubiesen sometido expresamente. En defecto de sumisión expresa, el del lugar del arbitraje. El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

14 Bustamante Alarcón, Reynaldo. «El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo». ARA. Editores. 1ra edición. Lima. 2001. pp. 267.

15 Código Procesal Civil.- Artículo V.- Principios de Inmediatez, Concentración, Economía y Celeridad Procesales.- Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad.



Luego de haber traído a colación el principio de inmediación, el artículo 50º del CPC y asumiendo lo señalado el Tribunal Constitucional con respecto a la asimilación de un árbitro como un juez, nos queda por responder una clara y evidente pregunta: ¿es posible que como árbitro pueda yo solicitar auxilio (asistencia o apoyo) jurisdiccional sin transgredir el principio y la norma antes citada? Al respecto consideramos, y ya lo señalamos líneas arriba, que mal se hace en asimilar la figura de un árbitro con la de un juez, no se trata de lo mismo. Los árbitros son terceros, neutrales e imparciales, que, en virtud a la autonomía de la voluntad de las partes, asumen la obligación de resolver la controversia o disputa de quienes los convocaron para tales efectos, labor que culmina una vez emitida su solución final – laudo arbitral–. Lo antes expuesto, difiere totalmente con lo que sucede con un juez ordinario, sus facultades para resolver el conflicto se deben a la facultad jurisdiccional que goza el Estado, y no se agota cada vez que se termina de resolver una controversia. Por lo expuesto, y a manera de responder nuestra pregunta, consideramos que no solo por habilitación de tipo legal (artículo 40º) sino por la propia naturaleza de la institución arbitral, es posible solicitar el apoyo o asistencia jurisdiccional para la actuación de distintos tipos de medios probatorios. Basamos nuestra respuesta en la siguiente afirmación: el árbitro no es un juez; y es por el hecho de no ser juez que es factible la figura del apoyo.

Asimismo, con respecto al tema del principio de inmediación en el proceso arbitral, consideramos que si bien el árbitro no es un juez, podemos decir con absoluta seguridad que dicho principio es respetado y es tenido en consideración por los árbitros a lo largo de todo el proceso. Cuando uno analiza cada una de las etapas del proceso arbitral, conforme lo desarrolla nuestra legislación nacional, se

puede fácilmente advertir que el respeto a dicho principio se muestra en la estrecha relación existente entre los árbitros con las partes, el conocimiento de los hechos materia del conflicto, y en general, con cualquier elemento que se presenta durante la tramitación del proceso. Dicho acercamiento es algo connatural al rol que cumple todo árbitro.

Segundo Supuesto

En este caso, es claro que nos referimos a todo aquel supuesto en el cual un testigo no desea acatar lo dispuesto por un tribunal arbitral, pero que en atención a la importancia de su declaración se decide solicitar el apoyo o asistencia de un juez, el cual una vez recibido y aceptado el encargo, podrá disponer lo necesario para cumplir con lo requerido.

A partir del análisis de este supuesto, podemos ver que también se refuerza nuestra posición con respecto a que la figura de un árbitro no puede ser asimilada a la de un juez. Si fuera el caso que el mandato dictado por el tribunal arbitral – comparecencia de un testigo – no se cumple, vemos que no existe ningún tipo de consecuencia por el actuar indebido de dicha persona. Cosa distinta ocurre, si el mandato fuese realizado por un juez, en esta situación nos encontraríamos frente a consecuencias de tipo civil¹⁶ y penal, tal es el caso del delito de desobediencia o resistencia a la autoridad¹⁷, el cual como bien sabemos va a producir que el renuente al mandato sea procesado y condenado por su actuar. Incluso la norma es específica en señalar que se trata de desobediencia a la orden impartida por un funcionario público, hecho que no se configura en el caso de un árbitro.

En este nivel de análisis nos vuelve a surgir otra interrogante, la cual es la siguiente: ¿qué hacer si un juez decide no brindar el apoyo o asistencia al tribunal arbitral que lo requiere?. En este caso vemos que la calificación de la pertinencia de la prueba recae sólo en los árbitros, y los jueces no tendrían por que

Artículo 50º (...) El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.

16 Código Procesal Civil. Artículo 232.- Efectos de la incomparecencia.-

El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el Juez para su declaración, sólo si lo considera necesario.

17 Código Penal.- Artículo 368.- Desobediencia o resistencia a la autoridad

El que desobedece o resiste la orden impartida por un funcionario público en el ejercicio de sus atribuciones, salvo que se trate de la propia detención, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

oponerse a la ejecución del mandato salvo que se trate de algo contrario a la ley. Sobre el tema nos parece sumamente pertinente señalar lo dicho por **CUBILLO LOPEZ**¹⁸:

«...consideramos con HINOJOSA SEGOVIA que los jueces no podrán valorar la pertinencia y utilidad de las actividades probatorias requeridas por los árbitros, sino únicamente su posible licitud...».

En el caso de nuestro ordenamiento, la Ley es clara en señalar expresamente que será el Juez quien deberá cumplir con lo dispuesto por el árbitro, bajo responsabilidad. Consideramos que los supuestos de oposición al cumplimiento del mandato del árbitro son factibles pero siempre y cuando se sustente de manera sumamente explícita en que recae la ilicitud alegada. Un ejemplo podría ser, el hecho de solicitar a un juez civil que oficie a la SUNAT a que brinde información con respecto a la cuantía y la fuente de las rentas, de un tercero que tiene cierta vinculación con una parte involucrada en un proceso arbitral¹⁹. En este caso, es evidente que se trata de una vulneración a la reserva tributaria de dicha persona, la cual goza del correspondiente amparo y protección legal. Así como éstos se podrían encontrar otros supuestos, pero como se pudo ver, se trata de supuestos claramente definidos, no sería factible que un juez se oponga a lo dispuesto por el árbitro, solo

basándose en principios o normas generales y no específicas, tal como vemos en el ejemplo planteado.

A manera de conclusión

Luego del breve análisis y exposición de los supuestos de hecho encontrados en el artículo 40 de la Ley General de Arbitraje, consideramos adecuado aventurarnos a brindar algunas conclusiones que esperamos sean de utilidad para el lector.

Se debe utilizar el término correcto para describir al supuesto contenido en el artículo 40º de la Ley. Por ello, creemos que el título del referido artículo debería ser: Asistencia – o Apoyo - jurisdiccional para la actuación de pruebas.

La naturaleza del arbitraje posee rasgos tanto de naturaleza contractual como de jurisdiccional. Así, es incorrecto calificarla de manera excluyente, por lo consideramos errado el afirmar que el arbitraje es una jurisdicción.

Un árbitro no puede ser equiparado con un Juez. Ello, debido a que el primero cuenta con un poder de naturaleza temporal, conferido por las partes para conocer un conflicto de interés específico, mientras que el segundo goza de facultades permanentes, inherentes a su calidad de magistrado judicial y que encuentran su justificación en la facultad jurisdiccional que posee el Estado. 

18 Cubillo López, Ignacio. «Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje». Coordinador: Rafael Hinojosa Segovia. Grupo Difusión. Barcelona. 2004. Pp. 163.

19 Constitución Política: Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

5.-A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga al pedido. Se exceptúan las informaciones que afecten a la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una Comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado. **Código Tributario. Artículo 85º.- RESERVA TRIBUTARIA:** «...Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtenga por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros.

