



Mario Reggiardo Saavedra^(*) y Fernando Liendo Tagle^(**)

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes

A practical approximation of the consolidation of arbitrations

“EL CRECIMIENTO DE NUESTRO ARBITRAJE SE BASA EN LA NECESIDAD DE EVADIR EL FORMALISMO, LAS DILACIONES, LA AUSENCIA DE CONOCIMIENTOS TÉCNICOS SOBRE NUEVAS INDUSTRIAS, LA CORRUPCIÓN E IMPREVISIBILIDAD QUE EXISTE EN BUENA PARTE DEL SISTEMA JUDICIAL. LA HERRAMIENTA PARA REDUCIR ESOS COSTOS Y ORDENAR LOS CONFLICTOS HA ESTADO DISPONIBLE EN EL PERÚ DESDE HACE VARIOS AÑOS, PERO ES RECIÉN DESDE NO MUCHO QUE EL ARBITRAJE SE EXPANDE Y PROFESIONALIZA EN NUESTRO PAÍS”.

Resumen: El presente artículo apunta a desarrollar un marco general de la consolidación de arbitrajes como institución jurídica del Derecho Arbitral, con el propósito fin de alcanzar su incorporación plena y una aplicación práctica en el contexto arbitral peruano. Así, el artículo compone los elementos fundamentales de la consolidación arbitral y aporta elementos para su empleo en base a investigaciones, laudos extranjeros, regulaciones y experiencias comparadas, aplicando análisis económico del derecho a fin de explicar sus efectos pragmáticos y beneficios. Desde un enfoque comparativo, interdisciplinario y trans-sistémico respecto a otras áreas del Derecho, los autores proponen que la consolidación de arbitrajes es una muestra de los desafíos que afronta la creciente, y cada más vez más compleja e intensa, actividad arbitral en el Perú. En suma, un artículo imprescindible para todos aquellos interesados en la práctica, armonización y perfeccionamiento del arbitraje en nuestro medio.

Palabras clave: Centros de Arbitraje - Consolidación - Operaciones legales complejas - Duplicidad de actuaciones - Contratos de *joint-venture* - Pretensiones conexas - Acumulación procesal - Complejidad arbitral

Abstract: This article aims to develop a general framework for the consolidation of arbitration as a legal institution of Arbitration, in order to achieve full incorporation and practical application in the context Peruvian arbitration. Thus, the article

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho y Economía por la Universidad de Hamburgo. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y Universidad del Pacífico. Socio de Benites, Forno & Ugaz Abogados. Miembro de la Asociación Civil IUS ET VERITAS.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Autor del libro: *Los precedentes vinculantes y su incorporación en el orden jurídico. Condiciones y perspectivas*. Lima: Ara, 2012.

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*



comprised the core elements of the arbitral consolidation and provides elements for use based on research, foreign awards, regulations and comparative experiences, applying law and economics to explain their pragmatic effects and benefits. From a comparative, interdisciplinary and trans-systemic respect to other areas of the law, the authors propose that the consolidation of arbitrations is an example of the challenges facing the growing and increasingly complex each more intense, arbitration activity in Peru. In summary, it's a necessary article for anyone interested in the practice, harmonization and development of arbitration in our country.

Keywords: Arbitration centers - Consolidation - Complex legal Operations - Duplicity of actions - Joint venture contracts - Related Claims - Procedural accumulation - Arbitral complexity

1. Introducción

El crecimiento del arbitraje en el Perú acentúa el fenómeno, ya afianzado en otros países y asentado en el ámbito de las relaciones económicas internacionales, en torno a la desjudicialización de la solución de conflictos y su traslado al sector privado. Esta tendencia se ve representada en el aumento considerable de laudos, publicaciones, eventos,

“LA CONSOLIDACIÓN EVITA LA DUPLICIDAD DE ACTUACIONES ARBITRALES Y CONCENTRA DISCUSIONES DISPERSAS CUYO LITIGIO INDEPENDIENTE GENERARÍA COSTOS ALTOS. LOS BENEFICIOS QUE REPORTA SEGUIR ARBITRAJES CONEXOS DE FORMA CONJUNTA SON MÚLTIPLES: DESDE LAS ECONOMÍAS DE ESCALA PARA LAS PARTES AL NO DUPLICAR AUDIENCIAS, ACTIVIDAD PROBATORIA, HONORARIOS Y GASTOS, HASTA PROCURAR UNA MEJOR EJECUCIÓN MÁS EFICIENTE DE LOS ACTIVOS DEL DEMANDADO, EVITAR EL COSTO DE LAS DECISIONES CONTRADICTORIAS SOBRE UNOS MISMOS HECHOS, E INCLUSO, AL TENER UNA COMPRENSIÓN MÁS AMPLIA DEL CASO, RESOLVERLO CON MAYOR ACIERTO”.

centros de arbitraje y sentencias judiciales que vienen a generar los inicios de un acervo propio del arbitraje en el Perú.

El crecimiento de nuestro arbitraje se basa en la necesidad de evadir el formalismo, las dilaciones, la ausencia de conocimientos técnicos sobre nuevas industrias, la corrupción e imprevisibilidad que existe en buena parte del sistema judicial. La herramienta para reducir esos costos y ordenar los conflictos⁽¹⁾ ha estado disponible en el Perú desde hace

(1) Thomas Clay desarrolló un amplio estudio sobre los orígenes del arbitraje y la condición jurídica del árbitro. Muestra cómo el arbitraje está en evolución constante desde hace miles de años a tal punto que persiste la controversia histórica sobre su



Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle

varios años⁽²⁾, pero es recién desde no mucho que el arbitraje se expande y profesionaliza en nuestro país.

Pero ahora también empieza una serie de nuevos problemas. Trasladar óptimamente mayores cargas de litigación al fuero privado, supone que el propio mercado de arbitraje pueda satisfacer de modo óptimo esta necesidad, a fin de procesar apropiadamente los problemas inherentes a la resolución de conflictos. A mayor carga, mayores nuevos problemas. De ahí que el crecimiento del arbitraje suponga la aparición de desafíos que la operadores debemos estar en condiciones de enfrentar y resolver.

Uno de los puntos que ha generado interrogantes se refiere a la consolidación de arbitrajes. Se están produciendo controversias complejas, con múltiples partes, pretensiones y cláusulas arbitrales que generan arbitrajes simultáneos y discusiones paralelas, pero entre los que existen enlaces y elementos de litigio compartidos. Para tales situaciones la consolidación de arbitrajes es un método apropiado para procesar la complejidad sobre el número de partes, resolver la materia discutida con un panorama más completo de los hechos y cuestiones jurídicas sustanciales, evitar la duplicidad de actuaciones, reducir costos de tiempo y dinero, así como obtener tutela jurídica consistente y uniforme. Sin embargo, la consolidación tiene todavía un desarrollo incipiente en nuestro medio.

La falta de respuestas se agrava cuando desde el propio arbitraje se quiere hacer un tajante y radical deslinde con las instituciones del derecho procesal, a fin de tener una institución propia que responda a las características particulares del arbitraje. Y existen buenas razones, para que sea así: sujetar el arbitraje a los criterios del proceso civil significaría, fuera

de un grueso error conceptual, embridarlo y frenar sus potencialidades. Pero a veces también un rechazo inmediato y ortodoxo de cualquier institución procesal, (la resistencia a la aplicabilidad de instituciones procesales lo evidencia) en nombre de una autonomía plenamente reconocida cuya pureza conceptual sería precisa proteger, puede resultar inconsecuente e incidir en el buen desarrollo de la práctica arbitral. Es necesario superar los recelos recíprocos y entablar un diálogo razonado y fructífero, con vasos comunicantes entre el arbitraje y el proceso civil, de modo que eventualmente las instituciones beneficiosas del arbitraje puedan ser trasladados al proceso civil, y viceversa.

En este artículo mostramos la problemática de la consolidación de arbitrajes como una discusión que podría solucionarse si se tomase en cuenta algunos criterios, al menos en el plano normativo ya desarrollados y probados con eficacia en la acumulación procesal. Y que no haría falta plantear problemas que ya han sido resueltos, al menos en su aspecto conceptual, por otras instituciones. Por lo menos, no plantearlos para dar las mismas respuestas. Realizar una incorporación razonada de la consolidación de arbitrajes, que tome en cuenta experiencias comparadas, puede ser una ocasión para fijar un marco interdisciplinario y trans-sistémico⁽³⁾ de discusión.

anterioridad o no a la justicia estatal. Así, el arbitraje no solamente sería una de las instituciones jurídicas más antiguas, sino también titular de uno de los desarrollos más constantes y privilegiados para regular conflictos, como su evolución histórica lo confirma. Cf. CLAY, Thomas. *L'arbitre*. Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Nouvelle Bibliothèque de Thèses. Paris: Éditions Dalloz, 2001.

- (2) En 1987 Fernando de Trazegnies mencionaba cómo la legislación peruana había conservado la institución del arbitraje de manera casi ininterrumpida, desde sus rudimentos contenidos en la legislación colonial española, su reconocimiento en el Derecho republicano con el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851 y en el Código de Procedimientos de 1911 hasta su inclusión en el Código Civil de 1984, bajo una consigna privatizadora, como un Título del Libro de Fuentes de las Obligaciones. Sin embargo, al mismo tiempo expresaba su relativa falta de utilidad, gravitación y operancia debido, entre otras razones, a la persistencia del doble acuerdo de cláusula compromisoria y el compromiso arbitral que producía un aplazamiento extremo para el solo inicio del arbitraje, panorama que la legislación arbitral posterior cambiaría. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Prólogo. En: LOHMANN LUCA DE THENA, Juan G. *El arbitraje*. Biblioteca para leer el Código Civil. Volumen V. 3era edición. Lima: Fondo Editorial PUCP. 1989.
- (3) DEDEK, Helge. y Armand DE MESTRAL. *Born to be Wild: The 'Trans-systemic' Programme at McGill and the De-Nationalization of Legal Education*. *German Law Journal*. No. 10. 2009; pp. 889-911.

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*

Examinaremos el sentido y práctica de la consolidación a fin de desarrollar un marco de comprensión inicial. Luego de un breve repaso sobre sus finalidades y las consecuencias económicas que genera, expondremos algunas ideas sobre cómo ponerla en marcha. Sin embargo, existe un elemento clave que decide la suerte de la consolidación, lo que está marcado precisamente por aquello que da vida al arbitraje: la autonomía de la voluntad. Será la voluntad compartida de las partes para consolidar, unida al acierto del tribunal arbitral para armonizar cláusulas, materias y procedimientos arbitrales, los que finalmente determinen los límites de la aplicación de la consolidación arbitral.

2. Composición y desarrollo de la consolidación de arbitrajes

Por la consolidación se reúnen dos arbitrajes en curso a fin de que las materias que contienen cada uno de los procedimientos, sean resueltas en un sólo laudo. La consolidación existe ante la multiplicidad de partes y contratos, propios de la creciente complejidad de la contratación y de las relaciones comerciales contemporáneas.

La Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo 1017 que norma el Arbitraje, tiene una regulación lacónica de la consolidación de arbitrajes. El artículo 39, que regula la demanda y contestación, se limita a indicar en su inciso 4 que: “Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas”. A su turno, los Reglamentos de los

principales Centros de Arbitraje nacionales no explican detalladamente la consolidación de arbitrajes⁽⁴⁾.

En un escenario simple, un arbitraje podría resumirse en la disputa en torno a pretensiones contradictorias de las partes; la ejecución de una prestación, la validez de un acuerdo o comportamiento contractual, el resarcimiento de un daño, donde las pretensiones de la demanda, y en su caso de la reconvencción, deberían ser resueltas en un solo laudo. Sin embargo, es frecuente que un mismo proyecto u operación económica comporte la existencia de una serie de contratos que se encuentren estrechamente interrelacionados entre sí, la existencia de una multiplicidad de partes relacionadas con las mismas operaciones y proyectos, o una serie de actos contractuales que se ejecuten en tiempos diversos, por ejemplo un *joint-venture*, consorcios, contratos de colaboración, subcontrataciones, financiamientos múltiples etcétera⁽⁵⁾. Usualmente se trata de relaciones unidas por contratos marco y acuerdos auxiliares, y cuando llega la disputa pueden existir múltiples reclamos a efectuar⁽⁶⁾. Es en tal contexto donde pueden proliferar distintas pretensiones, formuladas por distintos sujetos, que sin embargo están conectadas por elementos comunes. Pensemos por ejemplo

-
- (4) A excepción de AmCham y el Centro de Análisis y Resolución de Disputas de la PUCP que acogen sustancialmente en su reglamentos la regulación de la consolidación contenida en el anterior Reglamento Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, que, como veremos más adelante, por sí misma no brinda muchos elementos para una comprensión óptima.
 - (5) Como explica Aguilar Grieder: “Dicha generalización es debida a la complejidad creciente de las relaciones comerciales, lo cual provoca que la realización de un mismo proyecto implique frecuentemente una red de contratos diversos que se encuentran interrelacionados entre sí. Es también relativamente habitual que en estos supuestos se pacten cláusulas arbitrales, reproducidas en todos los contratos implicados (aunque puedan ser distintas unas de otras), o bien, que algunos de dichos contratos hayan incluido cláusulas arbitrales y otros no lo hayan hecho. La situación de una complejidad estrictamente personal en las operaciones mercantiles, también complica la bondad de la cláusula arbitral: garantes, subrogados, representantes aparentes, matrices/filiales”. AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La intervención de terceros en el Arbitraje Comercial Internacional*. En: *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*. No. 5, 2001; p.57.
 - (6) PYLES, Michael y Jeffrey WAINCYMER. *Multiple claims in arbitration between the same parties*. *International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 14. 50 years of the New York Convention*. ICCA International Arbitration Conference. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (editor) with the assistance of the Permanent Court of Arbitration, Peace Palace, The Hague. The Netherlands (Alphen aan den Rijn): Kluwer Law International, 2009; p. 437.



Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle

en un contrato de obra donde intervienen constructores, propietarios, sub-contratistas y futuros compradores; o en una operación de comercio internacional donde intervienen distintos sujetos y, por ejemplo, se produce el daño de unos bienes en un momento poco claro, con múltiples afectados y con múltiples posibles responsables. Para tales supuestos, de existir cláusulas arbitrales, cada interesado podrá iniciar un arbitraje contra aquel que considera responsable. Así, es posible que por unos mismos hechos; un accidente, la parálisis de una obra, una inejecución contractual de múltiples consecuencias, se inicien diversos procedimientos ante tribunales arbitrales distintos.

Para tales supuestos existe la consolidación. Ella permite reunir en un solo arbitraje las distintas pretensiones puestas en marcha. La razón de la consolidación radica, como veremos con mayor detalle, en: (i) permitir una mayor eficiencia al resolver disputas relacionadas en el marco de un solo arbitraje y (ii) evitar decisiones contradictorias al asentarse todas las disputas ante un único tribunal arbitral.

La consolidación no es una institución reciente en el derecho arbitral comparado. Ha tenido un desarrollo consistente en otros contextos como parte de los métodos con que se cuenta para evitar la duplicidad de actuaciones arbitrales⁽⁷⁾. Es importante, pero no es la única. Se encuentra también con los derechos de intervención en un arbitraje en curso y de atracción (*joinder*) a fin incluir a una parte que guarde relevancia con los hechos. El arbitraje debe tratar la complejidad de las relaciones económicas y legales a fin de incluirlas en sus marcos de funcionamiento para una óptima resolución.

Los derechos arbitrales contemplan que la consolidación puede tener diversos orígenes: (i) por acuerdo entre las partes; (ii) por decisión de un tercero al que las partes autoricen (verbigracia: la institución arbitral); y (iii) por orden de un tribunal competente, el juez de la sede del arbitraje⁽⁸⁾.

La primera posibilidad es la que contempla nuestra legislación. La segunda posibilidad resultaría válida en nuestro contexto si la cláusula arbitral atribuye en los reglamentos de una institución arbitral, la facultad de consolidar arbitrajes (la consolidación se encontraría cubierta bajo el pacto en contrario contemplado en el artículo 6 de la Ley que entiende integrado a los acuerdos entre las partes a las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido). Sin embargo, la tercera opción, contemplada en la legislación arbitral de Países Bajos, Bélgica, en algunos estados de Estados Unidos de América o Australia, no es aplicable y resultaría inconveniente en nuestro contexto. La consolidación debe ser una institución practicada desde los tribunales arbitrales y no mediante la interferencia de los tribunales judiciales. Precisamente la modificación de nuestra legislación se dirigió a eliminar supuestos de intervención judicial innecesaria o indebida, como el caso del abolido nombramiento judicial de árbitro. No es difícil concordar con la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, cuando menciona que la protección del proceso arbitral contra toda injerencia imprevisible o perjudicial de un tribunal judicial es un elemento fundamental para las partes que elijan la vía arbitral, en particular, las partes extranjeras; así como las recientes modificaciones de las leyes de arbitraje muestran la tendencia a limitar la intervención judicial en el arbitraje, justificada porque las partes en un acuerdo de arbitraje adoptan deliberadamente la decisión de excluir

-
- (7) Solo referencialmente: LEW, Julian. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
REDFERN, Alan y M. HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ta edición. Sweet & Maxwell.
ADJOA HACKMAN, Nana. *The problem of arbitration and Multi-party/multi-contract disputes: Is court-ordered consolidation an Adequate response?* University of Dundee. *Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy* (referencia de 20 de octubre de 2012). Disponible en: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=30815>.
DERAINS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. 2da edición. 2005.
- (8) GONZALES DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Tercera Edición. México: Editorial Porrúa. 2011; pp. 375-377.

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*

la competencia judicial y prefieren la conveniencia práctica y la irrevocabilidad del proceso arbitral⁽⁹⁾. La decisión en torno a consolidar arbitrajes en curso debe recaer exclusivamente en las partes y ser armonizada por el tribunal arbitral.

Podemos pensar que la racionalidad de las regulaciones de otros países para autorizar la consolidación por orden judicial radica en el riesgo de fallos contradictorios en torno a unos hechos y cuestiones de derecho que resultan sustancialmente iguales o muy parecidas. Como se recordará, la existencia de contradicción en el derecho, que algo sea A y al mismo tiempo no sea A; que un acto o deuda sea inválida y al mismo tiempo válida, resulta un tipo de anatema, un riesgo de escándalo jurídico al que todos rehúyen. Por ello, y aunque el riesgo de contradicción entre fallos sea notorio y grave, consideramos que la posibilidad de la consolidación judicial de arbitrajes se encuentra totalmente vedada en nuestro ordenamiento. Todos los problemas que pueda comportar la consolidación en cuanto a la validez del procedimiento arbitral y del laudo deben ser resueltos *a posteriori*, mediante el recurso de anulación del laudo. Ello no solo porque así lo prevé el artículo 8⁽¹⁰⁾ de nuestra legislación, sino porque la consolidación debe ser una institución desarrollada desde el arbitraje y no impuesta externamente. Tal apuesta comporta riesgos como el de contradicción que deberíamos asumir si queremos que el arbitraje se desarrolle apropiadamente y sin mayores intervenciones judiciales que aquellas destinadas a proteger garantías arbitrales indispensables.

3. Fines de la consolidación

Para comprender el sentido y los fines de la consolidación, acudimos a los desarrollos de la acumulación procesal, pues sobre este tema es posible hacer un análisis paralelo entre lo

que sucede en sede judicial con lo que puede generarse en procedimientos arbitrales.

3.1 La acumulación de pretensiones mediante la reunión de procedimientos en curso

La teoría procesal ha desarrollado la existencia de diversidad de pretensiones y sujetos involucrados en una controversia, a fin de dar reglas que permitan una solución uniforme y el ahorro de recursos que involucran los litigios.

Los estudios tradicionales exigen identidad de sujetos, petitorio y causa de pedir para que se produzca un objeto procesal que genere vinculación y que clausure la posibilidad de entablar reclamos idénticos al mismo tiempo, los supuestos de litispendencia o, incluso, de excepción de convenio arbitral para arbitrajes iniciados, protegen tal cosa juzgada en formación. A falta de coincidencia de los elementos de la triple identidad, es posible que exista diferencia en algunos de sus elementos, pero sí identidad entre algunos de dichos elementos, es decir, la llamada “conexión” entre sus elementos. La característica de la pluralidad de objetos, es decir, que existan múltiples pretensiones distintas pero que guardan conexión entre sí, consiste en que cada uno de ellas puede dar lugar perfectamente a reclamaciones separadas y válidas⁽¹¹⁾. En este punto, no abordamos la denominada acumulación

(9) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006. Secretaría de la CNUDMI, Centro Internacional de Viena.

(10) Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga [...].

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

(11) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2001; p. 162.



Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle

subjetiva que, en realidad, viene a ser el litisconsorcio y está regido por sus propias reglas, que por cierto, en arbitraje se reproduce a través de las denominadas demandas contra terceros: atracción, intervención o demandas cruzadas.

Entre las formas de hacer frente a la pluralidad de objetos, conjuntamente con la acumulación originaria de pretensiones, la reconvencción, la ampliación de la demanda, las intervenciones de terceros con pretensiones excluyentes y el aseguramiento de pretensión futura, está la acumulación de procesos.

La acumulación de procesos es aquella en donde se produce la reunión de dos o más procesos iniciados por separado a fin de que se sustancien al mismo tiempo y se resuelvan en una sola decisión. Así, la discusión de varias pretensiones, surgida la complejidad de las relaciones sustanciales mencionada y que nos interesa respecto al arbitraje, se puede producir después de que se haya iniciado un procedimiento con una sola pretensión. A esta segunda posibilidad, la teoría procesal la denomina acumulación sucesiva de pretensiones. Se presenta cuando en el desarrollo del proceso, luego de la notificación de la demanda, se agregan otras pretensiones.

Para la teoría procesal esta acumulación es necesaria en razón de haber pretensiones conexas pero que no deberían ser divididas, ya que si son tramitadas separadamente pueden generar decisiones contradictorias. A ello se agrega que al unir sus tramitaciones se obtendrá, por una parte, un ahorro de recursos en la tramitación y, por otra, mayores garantías y facilidades para el juez que con los objetos procesales vinculados a la vista, esté en condiciones de resolverlos con mayor acierto⁽¹²⁾.

En general, la acumulación de procesos se ordenará cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos directos en el otro, así como cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se

pida exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencia con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes⁽¹³⁾. Dentro del concepto de incompatibilidad de decisiones no solo han de incluirse aquellos supuestos en los cuales resulte imposible observar al mismo tiempo los mandatos contenidos en las ambas decisiones, sino también en aquellos casos en los cuales las sentencias contengan fundamentos, ya sean fácticos o jurídicos, contradictorios entre sí. El objetivo, claro está, es lograr una tutela jurídica uniforme⁽¹⁴⁾, lo cual en la práctica importa la solución integral al conflicto.

En síntesis, la acumulación de procesos amplía el objeto del proceso, su actividad probatoria y los extremos de la decisión final. Para ello es requisito que en ambos procesos no exista sentencia. La regla universal es que el primer proceso iniciado atrae al segundo, se acumula en el que comenzó primero. Si se acumulan procesos que no estuvieren en la misma fase, uno fase de postulación y otro en fase probatoria, se dará celeridad al menos avanzado mientras se suspende el más avanzado hasta que todos los procesos se encuentren en el mismo o en el más similar posible estado.

La acumulación de procesos es obviamente el caso más parecido de la consolidación de arbitrajes. Existen, desde luego, otros tipos de acumulación de pretensiones, pero no resulta espacio para desarrollarlos en tanto no son propiamente supuestos de consolidación⁽¹⁵⁾.

(12) AREMENTA DEU, Teresa. *La acumulación de autos*. Madrid: Motecorvo, 1997; p. 46.

FONS RODRÍGUEZ, Carolina. *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, Barcelona: José María Bosch, 1998; p.110.

(13) En el fraseo del artículo 76 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000.

(14) AGUILAR GRIEDER, Hilda. *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; p. 42.

(15) Entre ellos solo haremos una breve mención a los siguientes: (i) Aseguramiento de pretensión futura. Se produce cuando en el mismo proceso iniciado contra el demandado, este plantea una pretensión contra un tercero que no es parte de la

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*

Lo sucinto de la legislación nacional sobre consolidación arbitral debería, a nuestro juicio, ser motivo para que las decisiones arbitrales al respecto no teman apoyarse en los desarrollos del derecho procesal. Consideramos que muchas de las preguntas que hoy en día se plantean ya han sido resueltas por alguna parte de la teoría procesal. Desde luego, se trata de un diálogo razonado y crítico entre disciplinas a fin de llegar a las mejores soluciones, no de una imposición.

3.2 Los fines y efectos concretos de la acumulación

Los estudios procesales coinciden en que la acumulación tiene dos fines: (i) hacer efectivo el principio de economía procesal y (ii) evitar fallos opuestos. Ello es correcto y queremos mostrar cómo los mismos fines de la acumulación son aplicables a la consolidación de arbitrajes. Además, pocas veces los estudios jurídicos tradicionales justifican con tanta precisión la existencia de una institución en consideraciones prácticas.

Los fines de la consolidación en el arbitraje coinciden, en este punto, totalmente con el objetivo económico del derecho procesal. De acuerdo a Robert Cooter y Tomas Ulen⁽¹⁶⁾, la regulación de las instituciones procesales debe buscar minimizar los costos administrativos del proceso y los costos provocados por los errores judiciales. El primer

supuesto se refiere a los costos en tiempo y dinero que genera un proceso no solo a las partes, sino también al órgano jurisdiccional que es financiado en buena medida con el dinero de los contribuyentes. La actividad jurisdiccional que genere un costo que se puede evitar, derrocha recursos escasos. En el caso del arbitraje dicho costo es asumido directamente por las partes o, eventualmente, por los mismos árbitros en caso de una mala regulación y/o fijación de sus honorarios.

Respecto al objetivo de minimizar los costos provocados por errores, la acumulación de procesos, como la consolidación, busca evitar el grave error de contradicción en las decisiones finales. Evitar una contradicción manifiesta entre laudos arbitrales, que un contrato sea válido y nulo en arbitrajes distintos al mismo tiempo o que alguien deba hacerse responsable por unos hechos de los que fue librado en otro arbitraje, es un costo que la consolidación procura reducir, pues de lo contrario se reduce la utilidad y seguridad brindada por la cosa juzgada.

relación jurídica inicial planteada por el demandante, en previsión de su eventual derrota respecto de la pretensión principal. Se provoca así la intervención del tercero a fin de que, confirmada la derrota respecto de la pretensión principal, se condene a dicho tercero a la indemnización al demandado. Imaginemos que A celebra con B un contrato por el cual el primero transporta un bien en beneficio del segundo. A su vez, B sub-contrata a C para que realice finalmente el transporte. Sin embargo, por una negligencia de C, el bien llega en malas condiciones a A. Por ello, A inicia un proceso de indemnización contra B. Como es muy probable que la pretensión sea declarada fundada, B decide demandar mediante aseguramiento de pretensión futura a C para que en el supuesto que se le condene al pago de la indemnización, C le pague a B la suma que esta pagará a A como indemnización. Así, en el mismo proceso, B se asegura un derecho de repetición contra C que es la responsable final del evento dañoso. Esta figura existe con el objeto de maximizar el uso de los recursos de litigación. Cfr. APOLÍN MEZA, Dante. *Sobre el llamado aseguramiento de pretensión futura en el proceso civil. Selección de Textos Derecho Procesal Civil*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008; p. 155. (ii) La Intervención Excluyente Principal. Acá el tercero interviniente plantea su propia pretensión, que resulta opuesta a la pretensión de la demanda original. La intervención principal del derecho moderno es una facultad del tercero concedida con el fin de prevenir el daño que, de hecho, podría recibir el tercero por la victoria de las partes del pleito principal, y también con el fin de evitar una duplicidad inútil de juicios y la contradicción de sentencias. Se da, por ejemplo, cuando existe un proceso de desalojo entre A y B, pero de pronto aparece C con una intervención excluyente principal a fin de plantear que el inmueble le sea restituido a él y no a A ni a B. Dado que en este supuesto la existencia del proceso entre A y B demuestra una controversia real sobre el objeto discutido en el proceso, es claro que en sede arbitral, este supuesto se podría dar mediante la participación de un tercero en el arbitraje. Cfr. CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho Procesal Civil*. Tomo II; Madrid: Instituto Editorial Reus, 1977, p. 672.

(16) COOTER, Robert y ULEN, Tomas. *Derecho y Economía*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998; pp. 476-478.



Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle

Desde una perspectiva económica, el que varias pretensiones se discutan en un mismo proceso o arbitraje trae varias consecuencias. Estos efectos ocurren sobre todo en los casos de acumulación con litisconsorcio; varias pretensiones y varias partes:

- a) Economías de escala en los costos de litigio: La principal ventaja es el ahorro de recursos por el efecto de las economías de escala. Por ejemplo, Rosemberg sostiene que cuando varias víctimas tienen pretensiones de indemnización similares contra un mismo agresor, los procesos separados que cada uno inicie con frecuencia generan un amplio derroche de recursos en controversias duplicadas⁽¹⁷⁾. Las demandas separadas multiplican innecesariamente, por ejemplo, la inversión en medios de prueba. Un solo proceso iniciado por varios demandantes con sus pretensiones propias, reduce el esfuerzo repetido e incrementa los beneficios de una estrategia coordinada.

La acumulación permite las ventajas de la economía de escala al reducir por demandante el costo *per capita* de cada pretensión⁽¹⁸⁾. Las personas que demanden por separado tienen que pagar cada uno los análisis legales previos, los honorarios del abogado litigante, los peritajes, etcétera. La acumulación, en cambio, permite que los demandantes prorraten el costo de los gastos en aquellos casos donde los servicios no sean rivales⁽¹⁹⁾.

La economía de escala también beneficia al demandado porque minimiza los esfuerzos duplicativos preparando la defensa una sola vez para las cuestiones comunes. Es significativo el tiempo que ahorra el demandado asistiendo a una sola audiencia y no a una por cada proceso o arbitraje si los demandantes hubiesen actuado separadamente. El tiempo que ahorran también los distintos operadores jurisdiccionales, desde el juez que califica una y no

varias demandas, hasta el notificador que realiza una notificación y no varias. Ese tiempo puede ser utilizado por el órgano jurisdiccional en resolver otros casos o, simplemente, en usar el tiempo para sus intereses personales, lo que sin duda es también un beneficio para los ciudadanos. En el caso del arbitraje, si bien los árbitros cobran honorarios por cada procedimiento independiente, ello podría implicar un aumento innecesario de los costos para las partes.

La acumulación evita la ineficiencia de una misma controversia repetida en varios procesos o arbitrajes. La calificación de la demanda, las audiencias, la actividad probatoria, las notificaciones y la emisión de la sentencia o laudo solo ocurrirán una vez. Si bien la pretensión de cada demandante podrá tener particularidades en las que deba detenerse el juez o árbitro, la sentencia o laudo cuando analice los temas comunes se fundamentará en los argumentos de todas las partes, evitando así que se litigue en el futuro aquellos temas en procesos separados.

- b) Incentivos para invertir más en el litigio: Ganar un caso requiere de inversión en dinero, tiempo y a veces hasta salud. Para alcanzar el nivel de inversión óptimo, se debe tomar ventaja de la economía de escala generada mediante el prorrato de dicho gasto entre los demandantes. Las economías de escala generadas en una

(17) ROSEMBERG, David. *Avoiding Duplicative Litigation of Similar Claims: The Superiority of Class Action vs. Collateral Estoppel vs. Standard Claims Market*. Diciembre 2002. En: Harvard Law School, Public Law Research Paper, N° 44. Harvard Law & Economics Discussion Paper No. 394; p.2.

(18) ERICHSON, Howard. *Beyond the Class Action: Lawyer Loyalty and Client Autonomy in Non-Class Action Collective Representation*. En: University of Chicago Legal Forum, 2003; p.20.

(19) Se entiende como bien o servicio no rival a aquellos donde su disfrute puede darse por más de una persona en paralelo, como el alumbrado público o la música. En cambio, un bien es rival cuando el bien o servicio solo puede ser usado por una persona, como un pantalón o los zapatos.

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*

demanda planteada por varias personas, las incentiva a invertir más en el proceso o arbitraje, de modo que el prorrateo de los gastos comunes entre varios demandantes permite invertir en mejores abogados, informes técnicos, etcétera⁽²⁰⁾. Si un abogado patrocina solo a un demandante o a un pequeño número de estos, puede que sus clientes no logren asumir la inversión suficiente para ganar el proceso.

Esta inversión mayor aumenta además el valor esperado de la pretensión, al incrementar la probabilidad de éxito en el proceso. Imaginemos un caso donde la persona que demanda individualmente puede invertir 100 y con ello su posibilidad de éxito es de 50%. Si su pretensión es por 1000, entonces el valor esperado de su pretensión es de 500 (1000 por 50%). En cambio, si se junta con cinco personas y cada una invierte 100, contarán con 500 para pagar un mejor abogado y mayor material probatorio. De ese modo la probabilidad de éxito podría aumentar, por ejemplo, en un 80% y con ello el valor esperado de su pretensión individual pasaría a ser de 800 (1000 por 80%).

- c) Aumenta la capacidad de negociación frente a una transacción: Los demandantes que acumulen sus pretensiones en un solo proceso o arbitraje usualmente mejoran su capacidad de negociación para una eventual transacción. El impacto de la economía de escala en la capacidad de negociación es clara cuando cada demandante negocia por separado su pretensión de un monto menor al total acumulado. En estos casos las pretensiones de demandantes individuales tienen poco valor esperado en la negociación, debido a que por separado su fuerza es menor. Al demandado le conviene la vieja recomendación de Julio César “divide y vencerás”. En cambio, el valor esperado de las pretensiones individuales aumenta cuando son planteadas de modo acumulado en una demanda⁽²¹⁾.

Las economías de escala en las pretensiones acumuladas incrementan la capacidad de negociación. Esto puede

explicar por qué en países como los Estados Unidos de América, los demandantes obtienen mayores beneficios en transacciones dentro de una *class action*, en comparación con lo que reciben cuando demandan por separado⁽²²⁾. En las *class action* los demandantes obtienen pagos por montos mayores en las transacciones debido a que el demandado sufre el riesgo de un pago mayor total de una sola vez⁽²³⁾. Por ejemplo, si existe un 90% de probabilidad de que una demanda con pretensiones acumuladas por un total de 100 millones sea infundada, igual existe un 10% de probabilidad de que se pague dicha suma, lo que hace que el valor esperado de la pretensión sea de 10 millones (100 millones por 10%). Cuanta más alta sea la cuantía total demandada, aumenta el riesgo de insolvencia para el demandado, por lo que este puede querer eliminar dicho riesgo de perder 100 millones pagando por ejemplo 10 millones. Un gran negocio para los demandantes dada su baja probabilidad de éxito, por cierto.

Schwartz observa que si los demandantes actúan en procesos separados, los demandados tienen una especie de seguro al diluir el monto total en riesgos calculados individualmente. En estos casos, el riesgo de que todas las demandas individuales sean exitosas es menor y por tanto se reduce el riesgo de condenas que sumadas alcancen una cuantía millonaria que los pueda colocar en insolvencia. En consecuencia, los demandados serán menos adversos al riesgo y, por tanto,

(20) ERICHSON, Howard. *Op. cit.*; p.20.

(21) SILVER, Charles. *Class Actions – Representative Proceedings*. En: BOUCKAERT, Boudewijn y Gerrit DE GEEST (editores). *Encyclopedia of Law and Economics*. Volumen V. The Economics of Crime and Litigation. Cheltenham: Edward Elgar. 2000; p. 202.

(22) SILVER, Charles. *Op.cit.*; pp.202 y 203.

(23) SCHWARTZ, Warren F. *Long Short Class Actions*. Junio, 1999. En: Georgetown University Law Center. Business, Economics, Regulatory Law Working Paper. N° 219189; pp. 7 y 8.



Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle

ofrecerán menos dinero para transar a los demandantes individuales⁽²⁴⁾.

- d) Ejecución eficiente de los activos del demandado: Si la pretensión es fundada y el demandado no cumple con lo ordenado en la sentencia o laudo, debe pasarse a la ejecución forzada. Imaginemos ahora un caso donde varias personas pudieron demandar conjuntamente, pero cada una lo hizo por separado. Los primeros tomaron medidas cautelares sobre bienes cuya ejecución permite cancelar lo pretendido, mientras que los últimos tomaron embargos sobre bienes que una vez ejecutados no llegan a cubrir el monto de lo adeudado.

Esta situación se pudo evitar si todos demandaban en conjunto o acumulaban sus procesos para tomar embargos en beneficio de todos. Así se reducen los costos de solicitar y tomar medidas cautelares, como los de ejecutar forzosamente la decisión final. Se reduce el costo de la actividad en horas/hombre para los operadores jurisdiccionales, se reduce el costo de tasaciones y publicaciones, se evitan procesos de tercería de derecho preferente y demás situaciones generadas por la pugna entre varios demandantes que intentan ejecutar en diversos procesos los bienes escasos de un solo demandado.

Además, se maximiza el valor de los bienes del demandado, de modo que no solo los demandantes pueden cobrar la mayor suma posible, sino que aumenta la posibilidad de que quede un remanente de la ejecución que pueda ser entregada al demandado, como producto del ahorro de recursos en la ejecución forzada de la sentencia. El efecto en la maximización del valor de los bienes del demandado es el mismo que el de los procedimientos concursales cuando un deudor entra en insolvencia.

- e) Especialización de labores: Las personas que opten por demandar en conjunto también obtienen las ventajas que implica la especialización de labores. Usualmente será solo uno de los demandantes el que haga el seguimiento al abogado y al proceso, el que asista a las audiencias y realice las coordinaciones. Quien se ofrezca a realizar dicha labor generará el ahorro en recursos para los

demandantes que tengan una actitud pasiva.

Esto incluso dejará a dichos demandantes en una mejor posición de la que hubiesen tenido si personalmente hubiesen tenido que realizar dichas labores en sus procesos individuales⁽²⁵⁾, ya que el demandante que se ofrece a supervisar el caso suele ser una persona que es abogada o tiene los recursos de dinero o tiempo para hacerlo con holgura.

4. Los criterios para consolidar arbitrajes

La disposición de la Ley de Arbitraje peruana sobre consolidación no aporta muchos elementos para saber cómo emplearla. Se limita a indicar que el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas, si no existe pacto que lo autorice. ¿Eso quiere decir que las partes tendrán un derecho ilimitado a consolidar arbitrajes sin que exista un estándar o criterios más o menos razonables en cuanto a su procedencia? Como regla general, sí. Pero no siempre.

La consolidación evita la duplicidad de actuaciones arbitrales y concentra discusiones dispersas cuyo litigio independiente generaría costos altos. Los beneficios que reporta seguir arbitrajes conexos de forma conjunta son múltiples: desde las economías de escala para las partes al no duplicar audiencias, actividad probatoria, honorarios y gastos, hasta procurar una mejor ejecución más eficiente de los activos del demandado, evitar el costo de las decisiones contradictorias sobre unos mismos hechos, e incluso, al tener una comprensión más amplia del caso, resolverlo con mayor acierto.

(24) *Loc. Cit.*

(25) SILVER, Charles. *Óp. cit.*; p. 202.

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*

Imaginemos un contrato de consorcio, donde dos integrantes del consorcio inician una reclamación independiente contra un tercer integrante basada en el incumplimiento de las obligaciones que el contrato de consorcio imponía respecto a cada uno. En tal caso, podríamos estimar que el incumplimiento afectó a dos sujetos distintos que, bajo la cláusula arbitral del contrato de consorcio, iniciaron sus respectivos arbitrajes. Al ser el incumplimiento del contrato de consorcio respecto a dos integrantes una materia que los afecta por igual y que podría fundarse sustancialmente en los mismos hechos, la mejor solución sería consolidar los arbitrajes. Con ello, las partes reclamantes podrían acceder a todos los beneficios de la acumulación, disminuir el costo del litigio, aumentar la capacidad de negociación frente a una transacción, especializar labores, optimizar la ejecución de los activos del demandado, y se podría alcanzar una tutela jurídica uniforme.

Puede ocurrir también que existiendo un arbitraje respecto a un contrato, una parte inicie un arbitraje adicional respecto a un reclamo distinto pero que se encuentra bajo el mismo contrato a fin de ganar ventaja estratégica⁽²⁶⁾. Pensemos que en la ejecución de un contrato puede haberse originado una controversia sobre un punto específico, que no comporta una ruptura o conclusión del mismo. Así, una disputa sobre los alcances de una obligación contractual o la extensión de determinada contraprestación, que no impiden la continuación del mismo, podría ir a arbitraje. ¿Qué sucede si luego surge otra controversia relacionada a otro aspecto de la operación, en torno a la forma en que una de las partes ha dado fin al contrato o la liquidación del mismo? Tal controversia podrá ser llevada nuevamente al arbitraje. Quizá el escenario más probable es que sea el demandado del primer arbitraje el que, ante la imposibilidad de plantear una reconvencción o modificar una pretensión en curso, presente una solicitud arbitral, bajo hechos distintos pero conectados, para dar lugar a un arbitraje independiente. De hecho, es altamente posible que ante un primer reclamo con probabilidades de éxito, el eventual perdedor del mismo busque concentrar los puntos a su favor y explotar los puntos débiles de la contraparte a fin de contar con un contra reclamo que pueda compensar o

equilibrar la situación legal, y así el arbitraje sería el espacio para que se efectúe una liquidación de obligaciones finales. Para ello se iniciará un nuevo arbitraje y a fin de no generar la necesidad de constituir un nuevo tribunal arbitral, de concentrar la actividad probatoria, y no obtener fallos contradictorios, se deberían consolidar los arbitrajes.

Ahora bien, ¿cuándo se debe aplicar la consolidación? La práctica arbitral comparada pondera algunos elementos para determinar la procedencia de una consolidación de procedimientos arbitrables distintos. Entre ellos están: (i) que sean las mismas partes que estén relacionadas en cuanto al origen de la controversia; (ii) que tengan como origen o se ventilen los mismos hechos; (iii) que se ventilen los mismos puntos legales⁽²⁷⁾. A ello se agrega que, de forma muy general, en los arbitrajes que involucran varios contratos puede presentarse una sola solicitud de inicio de arbitraje para todos los contratos o pueden presentarse varias solicitudes. A nuestro juicio, el requisito de identidad de partes, hechos y puntos legales cobra más fuerza cuando, por ejemplo, las partes impugnan la validez o solicitan la interpretación de una misma cláusula contractual, pero en solicitudes de arbitraje distintas. En tal caso, al perseguir ambas solicitudes un mismo fin, el riesgo de contradicción se hace más evidente, y la procedencia de la consolidación sería manifiesta. En los supuestos de conexión de controversias, es decir, en supuestos donde no se produce una identidad plena pero sí controversias estrechamente conectadas en términos de hechos y puntos legales a ser analizados y resueltos, la consolidación sería la salida más eficiente.

(26) PAULSSON, Jan y Georgios PETROCHILOS. *Revision of the Uncitral Arbitration Rules*. Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris.

(27) GONZALES DE COSSÍO, Francisco. *Óp. cit.*; p. 576.



Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle

La jurisprudencia y estudios arbitrales arrojan algunas lecciones sobre el tema. En cuanto a los requisitos formales para que exista la facultad de consolidar arbitrajes están: (i) que los convenios de arbitraje estén firmados por las mismas partes; (ii) que lo soliciten las partes, ya que no es de oficio, aunque en ocasiones la institución que administra el arbitraje podrá informar a las partes de la posibilidad de consolidar a fin de economizar y reducir el riesgo de contradicción; (iii) que verse sobre la misma relación jurídica y/o económica; (iv) que los procedimientos estén en la fase oportuna, entendiendo por ella la fase anterior al laudo y que, en todo caso, el arbitraje más avanzado espera al atrasado⁽²⁸⁾; (v) que las partes aprueben la consolidación en tanto esta solo podría tener lugar con el consentimiento de las mismas⁽²⁹⁾. Esto último lo veremos con más detalle.

En algunas decisiones, los tribunales internacionales han acogido como requisito adicional la pertinencia o conveniencia, *appropriateness*, de la consolidación. Ello hace referencia a lo idóneo de la consolidación para el arbitraje en el caso concreto y los derechos de las partes. Por ejemplo, si con la consolidación se reunirían materias en las que el deber de confidencialidad resulta esencial; por ejemplo, un caso relativo al secreto industrial de una compañía o de información sensible para las operaciones y prestigio de las partes, y una consolidación incide negativamente en la misma al colocar a un competidor directo de las empresas en el arbitraje donde se ventilan tales cuestiones, la consolidación colocaría a una de las partes en una situación de desventaja al no poder litigar el caso con las suficientes oportunidades y amplitud que tendrían sin la existencia de la consolidación. En otras palabras, la consolidación no podría prosperar si implica una reducción de derechos procesales o afecta las posibilidades de defensa de las partes.

Sin embargo, los requisitos anteriores no contemplarían supuestos mucho más complejos que pueden acontecer en la realidad. Imaginemos que en el marco de una operación de comercio exterior, se produce un daño de los bienes objeto de la transacción. El afectado A iniciaría su demanda contra el agente de importación B con el que tiene un contrato sometido a arbitraje. Sin embargo, es posible que este último considere que la responsabilidad es del transportista C y, en virtud del contrato sometido a fuero arbitral, inicie su propia reclamación a fin de que responda por tales hechos. C tendría quizá una póliza de seguro que la compañía de seguros D se niegue a activar e iniciaría su propio arbitraje. En tal caso, tendríamos a A, B, C y D con reclamaciones simultáneas y entabladas bajo distintas cláusulas de arbitraje, pero que se responden y se fundan sustancialmente en los mismos hechos. Para tales supuestos el primer problema a enfrentar consistiría en la desarmonía entre cláusulas arbitrales. Por ejemplo, en cuanto al tipo de arbitraje (de derecho o de conciencia), lugar e idioma del arbitraje. Para tales casos de grave desarmonía, la única forma en que podría darse la consolidación es mediante el acuerdo de todos los involucrados, que uniformice la forma y reglas en que deberá resolverse las pretensiones de cada parte. El consentimiento de los involucrados en someter toda la controversia obviamente superaría todos las dificultades que generan cláusulas

-
- (28) No existe una regla categórica en torno a la oportunidad y bien podría plantearse si debería poder hacerse antes de la fijación de puntos controvertidos o incluso en el cierre de la etapa de pruebas. Para tales casos, es posible emplear criterios como el evitar una demora excesiva o el perjuicio que injustificadamente se pueda producir a las partes. De cualquier forma, consideramos que la conocida flexibilidad del arbitraje debería ir dirigida a adaptar las particularidades de cada asunto con el fin de acelerar su tramitación, siendo la última oportunidad, en todo caso, el momento previo a la emisión del laudo.
- (29) En general, es admitido que la consolidación solo puede tener lugar mediante consentimiento de las partes, aunque no es un punto uniforme en el derecho arbitral comparado. La English Arbitration Act optó por el consentimiento, estableciendo como requisitos: mismo país, mismo derecho, mismas reglas procesales y que los tribunales hayan sido constituidos de la misma manera. Algunas decisiones sobre arbitrajes multipartes son *Société BKMI et Siemens c/ Société Ducto construction, Cour de Cassation francesa*. 7 enero 1992, *Czech Republic BV v The Czech Republic (Partial Award of 13 September 2001)*, y *Ronald S Lauder v The Czech Republic (Final Award of 3 September 2001)*.

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*

arbitrales distintas o la ausencia de las mismas y daría lugar a la consolidación. Pero el costo de poner de acuerdo a cuatro partes independientes puede ser alto. En caso no exista acuerdo, en un caso con cláusulas arbitrales tan disímiles no se podría forzar a las partes a ir más allá o fuera de cláusula arbitral, bajo sanción de nulidad del laudo, en virtud a la protección de la autonomía de la voluntad, no ser obligado a seguir un arbitraje a quien no se sometió voluntariamente en una cláusula arbitral previa. Ello conduciría por ejemplo a que un arbitraje *ad-hoc* que no contempla la consolidación, no pueda ser reunido con un arbitraje institucional regido por un reglamento o acta de instalación que sí lo contempla, si existe oposición de las partes. En todo caso, bajo la ley peruana o los reglamentos institucionales más usados en el Perú, el tribunal arbitral no tendría potestades para ordenar la consolidación de procedimientos arbitrales, salvo que las partes lo acuerden.

En este punto sí cabe una evidente distinción basada en principios: en arbitraje la mayoría de reglas de procedimiento que deben primar proceden de la autonomía de la voluntad de las partes, voluntad integrada también en actos posteriores y reglamentos arbitrales, no son imposiciones de derecho público. La acumulación procesal que resulta vinculante en cualquier reclamo, e incluso puede ser puesta en marcha contra la voluntad de una las partes, no se puede extender en el arbitraje a supuestos distintos de lo que partes preveían. En nuestra legislación arbitral, la consolidación forma parte de aquellos aspectos en que las partes pueden determinar las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones.

¿Y el riesgo de contradicción persiste? Por supuesto, pero en tales casos el objetivo de la consolidación, evitar la repetición innecesaria de pasos en los que se ventilen controversias conexas por parte de diferentes árbitros, que encarece la solución de las mismas y abre la posibilidad de decisiones contradictorias, encuentra una valla insuperable en el fundamento mismo del arbitraje: la autonomía de voluntad de someterse al mismo. Si se persiste en una consolidación sin que exista pacto o norma reglamentaria que la permita, es bastante obvio que la parte que se opone podría argumentar que fue llevada a un arbitraje donde la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se ajustaron al acuerdo entre las partes, y podría acudir a la anulación de laudo. La opción legislativa conduce a que las ventajas de la consolidación en el arbitraje queden básicamente en

función de la autonomía privada y, como tal, expuesta al acierto o error intrínsecos a la libertad de elección. Desde luego, si una parte rehúsa la consolidación deberá soportar todos los costos de su decisión, entre los que se encuentra, fuera de los costos arbitrales, la incompatibilidad de decisiones. Podría, por ejemplo, resultar vencedora del primer arbitraje y resultar desfavorecida del segundo arbitraje y, con ello, perder o reducir sustancialmente los beneficios del primer laudo.

En todo caso, a diferencia del proceso judicial donde una acumulación eficiente que no se produce genera costos que son asumidos, en el Perú de forma parcial, indirectamente por todos los contribuyentes, en el caso del arbitraje son las partes quienes asumen directamente el costo de no decidir la consolidación. En este último caso, el único inconveniente sería el de una consolidación eficiente que no se produce porque solo una de las partes se niega y la parte que sí buscaba la consolidación tendrá que asumir contra su voluntad los costos de dichos arbitrajes ineficientemente separados. En el Derecho Público la acumulación está determinada por el interés del Estado en disminuir los costos de la resolución de conflictos y no existe margen para escapar de ella. Las reglas de acumulación procesal, al ser normas imperativas, constituyen limitaciones obligatorias a los individuos para que formulen sus pretensiones y reclamos bajo reglas que procuran el ahorro de recursos escasos para el Estado y reducen la posibilidad de sentencias contradictorias. El objetivo pragmático del derecho procesal es dar certeza a las pretensiones en disputa a través de la cosa juzgada, que evite la acción directa y procure soluciones civilizadas, mediante un proceso con garantías mínimas a fin de obtener una tutela efectiva. En cambio, en el arbitraje la acumulación, en su versión de consolidación de arbitrajes, es una herramienta para potenciar un mejor funcionamiento de la



Mario Reggiardo Saavedra y Fernando Liendo Tagle

práctica arbitral, facilitar la resolución de la disputa y reducir los costos arbitrales (desde los costos de la defensa técnica invertidos en pruebas, actuaciones y abogados, los honorarios y gastos arbitrales hasta los factores de tiempo y coherencia en la resolución de la disputa). Las reglas de acumulación son básicamente facultativas y consensuales, forman parte de la libertad de regulación de actuaciones, y no se podrían imponer a las partes que las rechazan. Ellas asumen directamente todos los costos⁽³⁰⁾.

El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la *International Chamber of Commerce* brinda una reglamentación más precisa del problema de la consolidación, de hecho, una de las razones de la revisión de las reglas anteriores radicaba en el creciente número de casos que involucraban transacciones complejas y arbitrajes con multiplicidad de partes y contratos con intereses contrapuestos. Así, en su sección sobre arbitrajes multiplicidad de partes y contratos, se dispone:

“Artículo 10.- Consolidación de arbitrajes

La Corte podrá, a solicitud de una parte, consolidar dos o más arbitrajes pendientes bajo el Reglamento en un solo arbitraje, cuando:

- a) las partes hayan acordado la consolidación; o
- b) todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje; o,
- c) si las demandas en los arbitrajes son formuladas bajo más de un acuerdo de arbitraje, los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes surjan en relación con la misma relación jurídica, y la Corte considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles.

Al decidir sobre la consolidación, la Corte puede tomar en cuenta cualquier circunstancia que considere relevante,

incluyendo si uno o más árbitros han sido confirmados o nombrados en más de un arbitraje y, de ser el caso, si las mismas o diferentes personas han sido confirmadas o nombradas.

Quando los arbitrajes sean consolidados, lo serán en el arbitraje que haya comenzado primero, salvo que todas las partes acuerden lo contrario”.

Tal Reglamento se coloca en la posición del consenso entre las partes, opción de la ley peruana, y agrega que el tribunal podrá decidir la consolidación si todas las demandas en los arbitrajes sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje o, en caso las demandas arbitrales son formuladas bajo más de un acuerdo de arbitraje, los arbitrajes sean entre las mismas partes, las controversias en los arbitrajes surjan en relación con la misma relación jurídica, y el tribunal considere que los acuerdos de arbitraje son compatibles. Es decir, las reglas se dirigen a establecer las relaciones de semejanza y diferencia entre los arbitrajes en curso. Si existen puntos de conexión como el que las demandas sean formuladas bajo el mismo acuerdo de arbitraje o que respondan a la misma relación jurídica (es decir, que compartan elementos y estén conectadas por los hechos), la consolidación será procedente. Nuestra legislación ha cerrado la posibilidad de que tal decisión sea sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, a nuestro juicio, lo óptimo resultaría que la procedencia de la consolidación pase por cierto tamiz de análisis antes de que sea puesta en marcha.

(30) Dejamos la interrogante respecto a que si los beneficios de la acumulación en cuanto al ahorro de recursos y la prevención de decisiones contradictorias no debería formar parte de los mínimos inderogables que debe observar cualquier procedimiento arbitral para ser válido, lo que sería justificación suficiente para modificar la ley en cuanto a atribuir facultad al tribunal arbitral para que consolide procedimientos, solo a pedido de una de las partes, pese a la oposición de la contraparte (sobre todo, cuando se trate de una oposición manifiestamente carente de fundamento o claramente dirigida a entorpecer la resolución de la controversia). Como hemos visto, en algunas legislaciones es el juez el que consolida para evitar estos problemas. Por el momento, ello no es posible en nuestro ordenamiento positivo.

Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes *A practical approximation of the consolidation of arbitrations*

Waincymer y Pyles⁽³¹⁾ proponen algunas preguntas pragmáticas y criterios que pueden ser considerados por el tribunal arbitral en el ejercicio de su discrecionalidad, para resolver sobre la procedencia de la consolidación:

- ¿Cuán estrechamente conectadas están las dos disputas en términos de hechos? Si están lo suficientemente conectadas, entonces la facultad y el derecho a consolidar surgiría directamente de la cláusula de arbitraje y no a través de la simple discreción de un tribunal. Pero incluso las circunstancias que no encajan directamente en el convenio arbitral pueden tener diferentes grados de conexión con la demanda principal y tal examen resultaría preciso.
- ¿En términos de eficiencia, hay claros ahorros de costos dejados de incurrir al tener sólo un tribunal arbitral?
- ¿Hay cuestiones sobre las pruebas que serían mejor percibidas por un único tribunal, ya sea para evitar inconsistencia o para promover la confidencialidad?
- ¿Sería tanto justo como eficiente tratar de encontrar alguna forma de liquidación, compensación o *neteo* de obligaciones de pago finales entre las partes que puedan ser resueltas ante un único tribunal, en lugar de separar a éstas a través de más de un procedimiento?
- ¿Es la composición del tribunal adecuada para hacer frente a cada una de las cuestiones, tanto en términos de especialización así como en términos de costo-beneficio en cuanto al número de árbitros?

Como vemos, algunos criterios fundamentales son la intensidad en la conexión entre los hechos de cada uno de los casos, el ahorro

real de costos que conllevaría la consolidación, la corrección y el acierto que se tendría al exponer y valorar los hechos y pruebas ante un solo tribunal tanto a nivel de consistencia de decisiones como a efectos de preservar la confidencialidad, la oportunidad para que de existir reclamos concurrentes se efectúe una liquidación final de la relación económica y jurídica en un solo procedimiento, y finalmente determinar la idoneidad y competencia del tribunal para intervenir en el asunto.

5. Reflexión final

La consolidación de arbitrajes, como toda institución en el derecho, es una obra inacabada respecto a la cual no es posible predecir todos los eventuales supuestos de configuración. En este caso, la experiencia mostrará las necesidades de ajustar los esquemas legales de resolución de conflictos a los cambios acontecidos en las relaciones económicas. Es más, su desarrollo constante a nivel de arbitraje internacional, que incluso ha llevado a modificaciones normativas, muestra el desafío hacia las instituciones jurídicas estáticas de adaptarse y armonizar la creciente complejidad de la dinámica arbitral.

Al ser la consolidación un mecanismo que permite que dos o más arbitrajes sobre temas relacionados sean tratados en forma conjunta, esta resulta particularmente útil para casos multipartes o complejos. Su justificación tanto en términos de eficiencia, al evitar litigar en dos frentes con la consecuente la duplicidad de actuaciones arbitrales y el desperdicio de recursos de los involucrados, como en términos de consistencia al prevenir decisiones contradictorias y procurar la congruencia de la práctica arbitral, es plenamente aplicable a nuestro contexto y debería ser gradualmente incorporada. Nuestro objetivo fue mostrar algunos de los elementos que consideramos centrales para articular criterios más claros y precisos de su procedencia y aplicación, para lo cual es posible apoyarse en algunas fuentes de experiencias comparadas, desarrollos del derecho procesal, y sobre todo, altas dosis de sentido común. 

(31) PYLES, Michael y Jeffrey, WAINCYMER. *Multiple claims in arbitration between the same parties. International Council for Commercial Arbitration Congress Series No. 14. 50 years of the New York Convention. ICCA International Arbitration Conference*. En: JAN VAN DEN BERG, Albert (editor) with the assistance of the Permanent Court of Arbitration, Peace Palace, The Hague. The Netherlands (Alphen aan den Rijn): Kluwer Law International, 2009; p. 499.