

ACERCA DE “ARBITROFOBIAS” Y “ARBITRALITIS”*

Entrevista a Ignacio Suárez Anzorena** y Alejandro Garro***

Es indudable que el arbitraje ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas como mecanismo de solución de conflictos. La mayor rapidez que ofrece, la especialidad y tecnificación del mismo, así como la mayor seguridad que da a la protección de inversiones internacionales, son algunos ejemplos de por qué es preferido en el ámbito del comercio internacional.

A continuación presentamos interesantes entrevistas realizadas a dos de los mayores expertos en arbitraje de habla hispana en el mundo, quienes visitaron Lima en el mes de octubre para presentarse en el “Primer Seminario Internacional de Arbitraje” organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

* La entrevista a Alejandro Garro fue realizada por Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, mientras que la entrevista a Ignacio Suárez fue realizada por Milagros de Pomar, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Ambas entrevistas fueron realizadas sobre la base de preguntas preparadas por la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos especialmente a Víctor Madrid, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sin cuya ayuda hubiese sido imposible la realización de las presentes entrevistas.

** Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Consejero especial de Clifford Chance, Londres, e integrante de los grupos de Arbitraje Comercial Internacional y de Derecho Internacional.

*** Master en Derecho por la Universidad del Estado de Louisiana. Doctor de Derecho por la Universidad de Columbia. Profesor de Derecho Adjunto y Senior Research Scholar del Parker School of Foreign and Comparative Law de la Universidad de Columbia.

1. ¿Cuáles son las principales ventajas que el arbitraje brinda frente a la resolución judicial de los conflictos?

SUAREZ: Si nos referimos al campo internacional, la primera ventaja del arbitraje que merece ser señalada es que permite una planificación más eficiente en materia de resolución de disputas. Ello significa que cuando en una transacción internacional se incluye un acuerdo de arbitraje, las posibilidades de que la disputa sea resuelta por quien uno pactó, es decir, por un tribunal arbitral, son más altas que cuando uno pacta otros mecanismos de resolución de controversias. Ello es así porque el acuerdo arbitral está protegido por convenciones internacionales como la Convención de Nueva York. En tales convenciones se establece que cuando un juez de los más de ciento cuarenta países miembros se encuentra con una transacción que tiene una cláusula arbitral debe, como regla, inhibirse de conocer en el asunto. La Convención de Panamá tiene efectos similares en el ámbito interamericano. Pero el dato importante es que no hay ningún tratado internacional que establezca un deber semejante frente a un pacto de foro judicial como “tribunales de la ciudad de Lima” o que unifique pautas en materia de jurisdiccional internacional de los Estados, con los alcances de, por ejemplo, la Convención de Nueva York.

Esto genera problemas prácticos importantes. Cuando en un contrato internacional que tiene puntos de conexión con varios Estados no se planifica jurisdicción; es decir, cuando uno no pone nada, hay altos riesgos de que una disputa relativa a su ejecución termine siendo resuelta por tribunales inesperados, ya que puede suceder que los distintos Estados involucrados en la contratación se consideren con jurisdicción sobre la base de elementos distintos de la relación contractual internacional, como domicilio de las partes o lugar de ejecución del contrato, etcétera. Ello se presta a que las partes especulen con esta situación y procuren llevar la disputa a la jurisdicción que perciben como más favorable en razón de sus normas procedimentales, sus normas sustanciales o la ubicación de los activos de la contraparte. Esto se suele llamar “secuestro jurisdiccional”, una variante del “*forum shopping*”, y es muy disruptivo de las relaciones entre las partes, y muy costoso e ineficiente ya que puede derivar en juicios paralelos en distintas jurisdicciones. Pero hay que señalar también que incluso cuando se pacta jurisdicción en los tribunales de determinado país, sigue habiendo riesgos de que los tribunales de otro país también se consideren con jurisdicción pese a que hay un pacto de foro, en razón de normas internas sobre jurisdicción exclusiva u otro tipo de criterios.

En este sentido, el arbitraje permite una planificación de jurisdicción eficiente si uno lo compara tanto con

el pacto de foro nacional como, por supuesto, con los gravísimos problemas que se pueden plantear ante la omisión absoluta en materia de calificación de jurisdicción. Desde este punto de vista, el arbitraje hace más probable que la disputa sea resuelta de la manera que las partes originalmente planearon.

La segunda ventaja importante del arbitraje, especialmente en el campo de las transacciones internacionales, es que transmite una percepción de neutralidad que no existe en igual medida cuando se somete una disputa a tribunales judiciales, y con mayor razón cuando se trata de los tribunales judiciales del Estado de una de las partes o, más aun, cuando una de ellas es una dependencia gubernamental. Desde este punto de vista, los agentes del comercio internacional perciben en el arbitraje una forma de evitar quedar expuestos a localismos en materia de resolución de disputas. Esto se aplica tanto a países como los nuestros como a otro tipo de países; es decir, si yo fuera un empresario peruano que hace negocios con una empresa en Houston, yo no querría como regla general quedar sometido a los tribunales de Texas. No se debe leer entonces en esta afirmación algún tipo de prejuicio regional sino simplemente una percepción que se aplica tanto cuando uno hace negocios en países como los nuestros como cuando uno hace negocios en países de otras latitudes.

La tercera ventaja del arbitraje es el *expertise*. El arbitraje permite que la disputa sea resuelta por profesionales familiarizados con la materia. Todos sabemos que hay jueces evidentemente preparados, con un gran dominio del Derecho, pero, hoy en día, la sofisticación de los negocios hace que ciertas industrias tengan tecnicismos y prácticas altamente complejas y que, por razones de tiempo y recursos, pueden ser extremadamente difíciles de asimilar para jueces que tienen un volumen de causas muy grande y que no tienen experiencia práctica en la industria del caso. De esta manera, lo que permite el arbitraje es que la disputa sea resuelta por expertos en la específica materia con la que ésta se relaciona.

La última ventaja importante del arbitraje, en lo que hace a la esfera internacional, es que un laudo arbitral como producto normativo es de mucha más fácil ejecución en la esfera internacional que una sentencia judicial. Esto ocurre porque a diferencia de lo que sucede en el campo de reconocimiento de ejecución de sentencias judiciales, los laudos arbitrales están cubiertos por uno de los instrumentos más exitosos del Derecho Internacional contemporáneo que es, como ya dijimos, la Convención de Nueva York. Es decir, si yo tengo un laudo arbitral dictado en un país miembro de la Convención que, como decía, son alrededor de ciento cuarenta países, sé que mi laudo

sólo puede ser resistido en su ejecución sobre la base de limitadas causales, estando la carga de la prueba en la parte ejecutada. En cambio, en materia de sentencias judiciales no existen instrumentos internacionales de tal cobertura, por lo cual uno tendría que ir país por país a ejecutar la sentencia según las reglas de reconocimiento de ejecución de cada uno de los países, las cuales suelen ser bastantes más dificultosas que las que exige la Convención de Nueva York para el reconocimiento de ejecución de laudos arbitrales. En general, suelen poner la carga de la prueba en el ejecutante, pueden tener una lista de causales de resistencia más amplia y a la vez puede ser que exijan un doble *exequatur*, es decir, que antes de iniciar el trámite de ejecución y reconocimiento en el país, uno tenga que obtener una declaración de los tribunales originales diciendo que la sentencia es definitiva y vinculante en el país de origen.

Hay otras ventajas más, pero que son comunes al arbitraje doméstico y al internacional, relacionadas con cuestiones de costos, celeridad y confidencialidad. Este último aspecto es de particular importancia y merece un breve comentario. El arbitraje garantiza en general que las materias que sean debatidas por un tribunal arbitral permanezcan en ese seno y no sean objeto de escrutinio público, salvo que se verifique algún tipo de recurso judicial posterior. Sin embargo, un arbitraje no se ventila en un expediente de acceso público como sucede en el campo de las jurisdicciones nacionales. Este tema puede ser muy importante por muchas razones; algunas partes no quieren que el mundo sepa que hay una disputa grave entre ellas por razones comerciales, o muchas veces se pueden estar ventilando aspectos relativos a secretos industriales o a cuestiones comerciales cuya divulgación podría ser extremadamente dañina para los intereses de las partes. Sin embargo, quiero hacer notar que en el arbitraje bajo tratados de inversión hay una tendencia importante a hacer más transparente y abierto al procedimiento, como está sucediendo en casos bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, más conocido como NAFTA, o como probablemente ocurra en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en un futuro próximo.

En pocas palabras, hay muy buenos motivos para entender por qué los agentes del comercio internacional se inclinan hacia el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas. En este sentido, es importante tener en cuenta que, como sucede en la física, nada se pierde, todo se transforma; quiero decir con esto que perfectamente un Estado o una parte local puede imponerle a su contraparte internacional los tribunales locales si la otra parte lo acepta. Yo no descarto que en situaciones

determinadas, por las razones que sean, una parte extranjera acepte someterse a las cortes locales. Eso de por sí no tiene nada de malo, pero lo que es probable es que si la contraparte internacional es un peruano en Texas o un texano en Perú cargue a sus costos contractuales los riesgos que asume como consecuencia de someterse a los tribunales locales. Es decir, para dar un ejemplo, si el valor de un bien es "x", pactando un arbitraje internacional, el valor del bien será "x + 1" pactando tribunales locales, por el simple hecho de que el riesgo tiene un costo y este costo se carga a los precios.

GARRO: La respuesta en principio tiene que destacar las dificultades en crear un Poder Judicial confiable, eficiente y ágil. El problema de la ineficiencia del Poder Judicial es una de las razones por las cuales el arbitraje, la conciliación y la mediación se van imponiendo como métodos alternativos más populares, pero no la única. El arbitraje, la conciliación y la mediación muchas veces son aconsejables por el hecho de que son métodos más aptos y más idóneos para solucionar determinado tipo de conflictos, aun cuando el Poder Judicial funcionara muy bien. Aun en ese caso, las partes pueden beneficiarse de que el conflicto sea resuelto por un mediador o por un árbitro, dentro de un contexto más conciliatorio. Es por eso que quería destacar que es "una" de las razones, nada más.

En países donde el Poder Judicial atraviesa una gran crisis, como son la mayoría de países de nuestra región, el arbitraje cuenta, además, con un incentivo muy grande, el que derivar estas cuestiones al Poder Judicial directamente lleva un costo y un tiempo que muy poca gente está dispuesta a pagar. Así que la gente que puede va a recurrir al arbitraje, especialmente en el área comercial, por ejemplo, pero no exclusivamente en ella.

2. Los costos de acudir a un arbitraje son bastante elevados, por lo que el ciudadano común no tiene acceso a éste y tiene que conformarse con acudir al Poder Judicial. En un país de grandes desigualdades sociales como el Perú hay quienes sostienen que incluso la justicia para los que tienen dinero es mejor. ¿Qué implicancias tiene esto? ¿Resulta de algún modo injusto o discriminatorio que no todos puedan acceder a un arbitraje?

SUAREZ: No tengo ninguna duda de que el acceso a la justicia tiene que ser asegurado a toda la población pues está asociado a aspectos básicos de igualdad entre los ciudadanos. De ninguna forma puede concebirse una sociedad que funcione con justicia para pocos y falta de acceso jurisdiccional para muchos. Ahora, el

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

arbitraje es tan caro como las partes quieren que sea. Recordemos que el arbitraje es una figura contractual, por lo que no debería descartarse que las partes en los contratos pequeños entre ciudadanos comunes, de compra-venta de mercadería simple, u otro tipo de contratos cotidianos de menor cuantía, puedan acceder a un arbitraje razonablemente económico. Es simplemente cuestión de que cuando las partes pacten un convenio arbitral pacten centros de arbitraje o mecanismos *ad hoc*, teniendo en cuenta los posteriores costos del procedimiento.

Ahora, también se suele decir que el arbitraje requiere de una técnica procesal que se considera solamente en manos de gente sofisticada y preparada y que, por ende, los costos de representación son muy altos. Pero el arbitraje, en su potencialidad y utilidad, excede al prototipo de arbitraje entre grandes empresas, que es caro y sofisticado porque son operaciones complejas que involucran grandes sumas de dinero y, por ello, abogados bien remunerados y costos significativos. Yo soy el primer interesado en defender que los que hacemos arbitraje tenemos que ser muy caros porque somos muy sofisticados, pero en realidad no me parece que ello sea enteramente cierto, especialmente en el marco del arbitraje doméstico. En el campo de disputas internacionales sí pueden verificarse problemas más delicados de Derecho Internacional Privado y Público, y cuestiones relativas a la familiaridad con ciertas prácticas y reglas, y por ello hay una tendencia a la especialización en este campo legal.

Podríamos concebir otro escenario si las partes en los pequeños contratos tomaran como práctica pactar arbitrajes y hubiera mecanismos *ad hoc* o institucionales que transmitieran tranquilidad y certeza en materia de costos. Confieso que desconozco la infraestructura institucional en Perú para estos fines. Conozco la labor y el merecido prestigio de la Cámara de Comercio de Lima o del CONSUCODE, éste último en el ámbito de la contratación estatal, pero no estoy familiarizado con la forma de operación de otras instituciones del país.

Este es un tema de «cultura legal», y todavía, por desconfianza, desconocimiento, o, justamente, preconceptos sobre los costos del arbitraje, los pequeños contratos no suelen incluir este tipo de cláusulas.

Yo creo que el principal problema del arbitraje es la falta de difusión, y también el que existe el prejuicio de que el arbitraje es necesariamente caro. Esos serían los dos principales motivos de que no haya penetrado más profundamente en la cultura legal de nuestros países.

También puede ser que exista un tema ideológico que tiene que ver con la percepción en algunos sectores

del poder público, incluyendo algunos jueces, en el sentido de que el arbitraje es como una privatización de la justicia. Esto es un error de concepto. En las democracias liberales se reconoce a la voluntad de las partes como la principal fuente de obligaciones e incluso de la legitimidad del Estado. En este sentido, el arbitraje, como expresión de la autonomía de la voluntad, no puede ser privatizado por la simple razón de que siempre ha sido privado y respetado como tal. Sin perjuicio de ello, evidentemente hay supuestos, como la de contratación por adhesión, en los que el Estado obviamente debe ejercer una tutela de los sectores menos informados para evitar que se transforme en un instrumento de abuso. Pero dejando de lado supuestos como esos, en el marco de las relaciones contractuales ordinarias, me parece difícil concebir al arbitraje como algo que de alguna forma haga mella en el poder estatal.

GARRO: Es una crítica que he escuchado desde el comienzo a organizaciones gubernamentales (bien intencionadas), quienes cuando discutíamos los temas de arbitraje, en su época, me expresaron su preocupación porque el arbitraje condujera a la aplicación de una justicia de segunda, contra una justicia de primera (la justicia de segunda para los pobres y la de primera para quienes pueden solventar los costos del arbitraje). Por lo tanto, no me parece descabellada la pregunta, me parece importante la preocupación. De ahí que, a mi juicio, encontrando en el arbitraje un método alternativo de dirimir conflictos justo y en muchos aspectos más ágil que el Poder Judicial y más apto en muchos casos, yo propugno que el arbitraje se convierta en un método accesible a la población en general y para ello me parece irrito que sólo exista la posibilidad de nombrar árbitros para aquellos que pueden pagarlo. Considero que debería haber un sistema, por ejemplo, de tribunales de pequeñas causas y esos árbitros podrían estar subsidiados por el Estado, al menos en aquellos casos en que las partes no los puedan pagar. Los costos deberían ser proporcionales a la envergadura de la cuestión que se les somete.

Supongamos que usted es un campesino del interior del Perú cuyos derechos han sido violados, o sus contratos no han sido cumplidos, o alguien no le pagó los treinta soles que le debía, ¿qué diferencia sustancial existe entre eso y el problema de la EXON de que no le pagan un contrato de cinco millones de dólares? En nivel de justicia, ninguno, porque la injusticia que sufre ese campesino peruano es tan lesiva, aunque el monto sea tan irrisorio como el que estamos hablando, como al de la empresa a la que no le cumplen un contrato. Ambos casos deben tener una solución. Ahora, como la gran empresa está en condiciones de pagarlo, considero que la gran empresa debería pagar sus

propios árbitros y, por qué no, establecerse un sistema de disputa en el propio contrato, libremente pactado con la otra que lleve ante un árbitro su problema. El problema del campesino, que probablemente ni siquiera tiene un contrato por escrito y si lo tiene por escrito, no tenía asesoramiento para ver como calibraba el contrato, yo creo que la ley, en ese caso, debería suplir su falencia, otorgarle acceso a un sistema arbitral que sea de poco costo. Obviamente, probablemente no se necesita para resolver un problema de esa envergadura designar a un jurista que cobre sesenta dólares la hora, puede ser un abogado que preste sus servicios gratuitamente, *ad honorem* al Estado, para solucionar estos problemas. Yo creo que la buena noción del arbitraje implica también la regulación de un Estado que lo haga accesible a menores costos. Con el ejemplo que le acabo de dar me parece que es algo que podría ser posible.

3. En el Perú, la Ley General de Arbitraje establece que los arbitrajes pueden ser de Derecho o de conciencia. Serán de Derecho cuando los árbitros resuelvan la controversia con arreglo a la normativa aplicable y serán de conciencia cuando la controversia sea resuelta de acuerdo al conocimiento y leal saber y entender de los árbitros. Sin embargo, la citada norma no se pronuncia respecto de las normas que protegen el derecho al debido procedimiento en la aplicación de los arbitrajes de conciencia¹. ¿Considera usted que la aplicación de dichas normas debe ser imperativa incluso en los arbitrajes de conciencia?

SUAREZ: No tengo ninguna duda de que el arbitraje de conciencia no implica bajo ningún punto de vista una renuncia a los principios fundamentales del debido proceso. El hecho de que los árbitros estén apoderados para ajustar el resultado del procedimiento a lo que perciben como justo más allá de la pura legalidad no implica que las partes no tengan derecho a ser debidamente escuchadas y que no se respeten todos los aspectos básicos de la bilateralidad del proceso. De hecho, en la mayoría de las normativas que yo conozco, incluso en el caso de arbitrajes de conciencia, nunca se puede presumir la renuncia tanto a cuestionar judicialmente la extensión de los poderes de los árbitros como al cumplimiento y acatamiento de los principios básicos del debido proceso. El arbitraje de conciencia no es un cheque para la arbitrariedad sino simplemente

un acto de confianza en la integridad del juzgador para que, como decía, ajuste el resultado a la justicia más allá de la mera legalidad, pero siempre respetando los principios del debido proceso.

GARRO: La pregunta es muy pertinente ya que el arbitraje de conciencia es *aequo et bono*, el arbitraje de equidad, por “árbitros arbitradores”. Ese es un tema que inevitablemente conduce a la polémica porque, aun cuando el arbitraje sea de conciencia, es muy difícil desvincularse de ciertos parámetros para determinar qué significa dar a cabo con la solución. Es muy difícil desvincularse de principios básicos del Derecho. Ahora claro, estamos hablando entre abogados que llevamos una idea innata de que no existe la discrecionalidad absoluta; de que, en todo problema jurídico, para llegar a una solución justa, tenemos que usar cierto tipo de reglas. Por esto, el concepto de “arbitraje de conciencia” es, más que nada, una “llamada de atención” a la flexibilidad. Es decir, que por más que hayan principios jurídicos inherentes que uno vaya a utilizar, el arbitraje de conciencia está llamando la atención de que, como toda norma jurídica, se la puede morigerar con una dosis de equidad, de compasión, de comprensión, de justicia “salomónica”, digamos. Esto es una gran fuente de incertidumbre, de ahí que los arbitrajes donde están en juego cuestiones muy importantes, las partes raramente se van a inclinar por un arbitraje de conciencia y de ahí que la legislación española –a diferencia de la peruana– estipule que, en caso de silencio entre las partes, el arbitraje será de Derecho. Se podría decir que esto es un problema porque siempre vamos a depender de los abogados, sin embargo, no necesariamente es así en tanto yo puedo ser árbitro ingeniero, psicólogo, o maestro de obras (constructor), y haber sido designado por las partes como árbitro. En ese caso, cuando tengo que decidir cuál es el monto de los daños y perjuicios, si se debieron pagar intereses o no, o si hay un daño no pecuniario que corresponde pagar; como yo soy ingeniero y no tengo ni idea de esto, probablemente pueda llamar a un abogado como experto, perito. Así como yo, como abogado, no tengo idea de aspectos de ingeniería civil y voy a llamar como perito a un ingeniero.

Por lo tanto, respondiendo a la pregunta, cuando uno habla de arbitraje de conciencia a lo que se refiere es a que no debe haber un apego estricto a la norma jurídica, pero, aun cuando fuera de Derecho tampoco debe haber un apego estricto a la norma jurídica,

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

¹ Ley General de Arbitraje. Ley 26572. Publicada con fecha 03 de enero de 1996 en el Diario Oficial “El Peruano”. “Artículo 3. Arbitraje de derecho o de conciencia. El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia. Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso”.

porque toda norma jurídica viene interpretada, y uno no la puede interpretar divorciada de la equidad o de la justicia. Entonces, respondería diciendo que es un tema conceptual, teórico, pero en la práctica me parece difícil concebir que alguien llamado a decidir un caso por conciencia no vaya a preocuparse en fundamentar, aunque sea interiormente, si no lo tiene que hacer en el laudo, su decisión, para estar tranquilo con su conciencia, siguiendo parámetros jurídicos. No diré nada en el laudo, porque no estoy obligado a decirlo, pero inherentemente me va a preocupar.

Pongamos un ejemplo, supongamos que una parte se ha dormido sobre sus derechos y está haciendo un reclamo que pudo haberlo hecho dos años atrás y recién lo está haciendo ahora. Usted se va a debatir, como árbitro, entre rechazar el reclamo por haber prescrito o aceptarlo teniendo en cuenta que la parte contra la que se ha hecho el reclamo va a ser perjudicada porque la parte reclamante lo hizo con demora. Si el arbitraje es de Derecho, probablemente voy a tener que estar muy ligado a los términos de prescripción, pero aun dentro de los términos de prescripción, si yo veo que ha habido razones para demandar, me voy a fijar en si ha habido causales de suspensión o de interrupción de la prescripción, punto de partida, ¿cuándo comienza a “correr” la prescripción? Voy a tratar de morigerarlo, si yo veo que tiene razón la parte que reclama. La norma jurídica está inescindiblemente al lado de un criterio de equidad. Entonces, ¿qué quiero decir eligiendo un arbitraje sobre otro? Que si es de equidad, voy a poder decir en voz alta “estoy haciendo justicia” que no consiste necesariamente en aplicar estrictamente la norma jurídica. Pero si dijeran lo contrario y fuera de Derecho haría exactamente lo mismo, aplicaría la norma pero morigerada con la equidad.

4. Entonces, ¿es una cuestión de grados o en el fondo implica negar la distinción entre ambos tipos de arbitraje? ¿Se puede en un arbitraje de conciencia seguir las normas jurídicas?

GARRO: Yo le diría que es una cuestión de grados. No estoy negando la distinción conceptual, ella está en la legislación peruana y hay que aceptarla. Si usted me dijera que voy a legislar de nuevo, tendría mis dudas si aceptar la distinción entre equidad y Derecho como algo tan tajante. Pero ya que está, diría que inevitablemente es una cuestión de grados.

Así, como es una cuestión de grados, precisamente, como yo tengo la misión de decidir, en equidad, mi primera reacción va a ser tratar de ver en que medida el problema que tengo que resolver encuentra una solución, más o menos sensata en alguna norma jurídica que yo encuentre razonablemente aplicable.

Entonces, voy a decir que, como es de conciencia, probablemente no tenga yo la necesidad de fundamentarla en un artículo específico o en una doctrina en especial. Sin embargo, yo creo que mi fundamento, ya sea expresamente o implícitamente, dentro de mi conciencia, va tener en cuenta la norma jurídica y no veo que exista ninguna disposición que me prohíba a mi, árbitro en conciencia, fundamentar mi decisión en una norma o en una doctrina jurídica o en una jurisprudencia. Lo que obviamente yo no podré hacer, si el arbitraje es en equidad, es negarle razón a una parte o dársela, exclusivamente en base a una norma jurídica que pretenda dar una solución matemáticamente precisa a un problema fáctico determinado. Creo que el supuesto es más académico que real. En la vida real, las partes grises se dan mucho más frecuentemente.

5. Recientemente en el Perú, el Poder Judicial, a través de actuaciones que han sido seriamente cuestionadas, ha amparado pedidos de suspensión de procesos arbitrales o de suspensión de los efectos de laudos arbitrales. ¿Qué opinión le merece esta situación? ¿En qué supuestos considera correcta la intervención del Poder Judicial en procesos arbitrales? ¿Cuáles considera usted que son los principales peligros de dicha actuación?

SUAREZ: Hay que distinguir dos cosas; una cosa es la intervención del Poder Judicial o la suspensión de procedimientos durante el trámite del proceso arbitral y otra cosa es el involucramiento del Poder Judicial como consecuencia de los remedios legales que la normativa aplicable provee a las partes luego de que se haya dictado el laudo arbitral, sea en el marco de la revisión de laudos o de la ejecución de laudos extranjeros.

La suspensión de procesos arbitrales en trámite es una hipótesis que como regla general es preocupante. El arbitraje descansa sobre un principio fundamental que es el principio de *kompetenz kompetenz*, es decir de «competencia de la competencia». Esto quiere decir que son los árbitros los que deciden en primer lugar y sin posibilidad de cuestionamiento judicial durante la vigencia del proceso, cuál es el alcance de su propia jurisdicción; aunque la parte demandada alegue la nulidad del contrato que contiene un acuerdo arbitral o incluso la nulidad misma del acuerdo arbitral. Por supuesto, tal decisión es atacable judicialmente una vez que haya un laudo, de conformidad con las causales previstas en la legislación procesal que resulte aplicable al arbitraje, también llamada *lex arbitri*. Tal legislación es como regla la de la sede del procedimiento.

Si no se respetara este principio de *kompetenz kompetenz*, todas las ventajas de celeridad y eficiencia

del arbitraje se perderían, ya que las partes demandadas reticentes que quieren frustrar y estirar *ad aeternum* el procedimiento, cuestionarían la jurisdicción del tribunal ante los tribunales judiciales con la expectativa de suspenderlo hasta que haya decisión firme sobre el punto.

Si esto se permitiera, significaría la muerte segura del arbitraje ya que se transformaría en un mecanismo de solución de controversias de duración indefinida y sometido a los tiempos y circunstancias del Poder Judicial. Paradójicamente esto es lo que se pretende evitar al pactar arbitraje.

Vale señalar también, como dato preocupante, una tendencia en varios países del mundo a admitir lo que se llama *anti-suit injunctions*, que es el dictado de medidas de naturaleza generalmente cautelar por parte de jueces que ordenan a las partes o a los árbitros suspender procedimientos bajo amenaza de sanciones económicas o penales. Medidas con estas características han sido adoptadas por tribunales en países de distintas latitudes, y constituyen una práctica peligrosa que puede prestarse a abusos.

Otro tema distinto es el tema de revisión de laudos, porque esto implica una actuación judicial luego de culminar el procedimiento arbitral que desde el punto de vista funcional no presenta los mismos inconvenientes que se advierten cuando se pretende la interrupción del procedimiento arbitral. En materia de concederle eficacia a los laudos arbitrales es cierto que muchas veces hay jueces que suelen interpretar de manera demasiado amplia las restrictivas causales de revisión que proveen las legislaciones. Las legislaciones más avanzadas limitan las causales por las que uno pueda revisar un laudo a causales de nulidad, es decir, causales que versan sobre la legitimidad del proceso, tales como las jurisdiccionales o las relativas al debido proceso. Raramente las legislaciones modernas permiten una revisión de un laudo arbitral por la vía del control de sustancia, es decir, del control de corrección acerca de lo que fue la aplicación del Derecho o la interpretación de los hechos. Los remedios generalmente disponibles se basan en que el laudo carece de integridad procesal y no en que el laudo es incorrecto. La mera incorrección se soluciona eligiendo mejores árbitros la próxima vez y no revisando el laudo.

Sin perjuicio de que las causales de no ejecutabilidad o de nulidad suelen ser muy limitadas, tanto en la Convención de Nueva York como en la ley modelo de UNCITRAL, permiten que no se ejecute o que se anule, en uno y otro caso, un laudo que no es acorde con el orden público. Muchas veces ha sucedido que los jueces han usado tal noción para ingresar a aspectos

sustanciales del laudo bajo el argumento de supuesta afectación de tan indefinido parámetro, siguiendo una visión exageradamente expansionista de tal noción.

El inconveniente de expandir la noción de orden público, por ejemplo, en materia de reconocimiento de un laudo extranjero, es que se corre el riesgo de afectar el crédito de todos los agentes económicos de esa jurisdicción. Así, si una parte extranjera firma un contrato con un peruano que lleva una cláusula de arbitraje en París, por ejemplo, y la parte extranjera gana el caso y cuando viene a Perú un tribunal le deniega el reconocimiento de ejecución por razones de orden público, con base en una noción de orden público exageradamente localista y expansiva, el mensaje a los demás agentes económicos que hacen negocios con partes peruanas es el siguiente: Atención cuando uno firma un contrato con un peruano, aunque se pacte arbitraje internacional en el extranjero y obtenga un laudo favorable, corre el riesgo de nunca poder cobrarse sobre activos en Perú. Pero como yo decía antes, nada se pierde, todo se transforma. Lo que harán los agentes económicos internacionales cuando hagan negocios con un peruano es pedirle que pague en efectivo o que ponga garantías en el extranjero, o, alternativamente, le van a cargar los precios de la transacción para cubrirse del riesgo adicional. Y no va a importar demasiado que se trate del empresario peruano más cumplidor del universo, ya que el extranjero no va a poder determinar *ex ante* si su contraparte va a intentar beneficiarse de semejante sobreprotección en el futuro. Los justos terminan pagando por los pecadores.

GARRO: Es una pregunta muy importante en la práctica. Estratégicamente, comenzaré diciendo que la intervención judicial es, muchas veces, inevitable. Inevitable para complementar, ayudar y auxiliar al árbitro. Empezando por cuestiones de imperio que el árbitro no tiene; puede requerir el auxilio judicial para hacer comparecer a un testigo recalcitrante, hacer ejecutar una medida precautoria que las partes no pueden aplicar por sí mismas, en algunos sistemas jurídicos para designar árbitros, en otros para poder confirmar o revocar una decisión de los árbitros acerca de su propia competencia u otros aspectos. Así que, la intervención judicial es muchas veces inevitable.

Sin embargo, como usted bien dice, se corre el gran peligro que ese auxilio o complemento o cooperación del Juez se convierta en interferencia indebida, cosa que, en algunas jurisdicciones, ocurre con inusitada frecuencia. Jueces que en lugar de seguir el mandato de que un laudo arbitral no se puede "tocar", sino por las causales de anulación taxativamente dichas en la ley y tratado aplicable, entran a analizar el mérito de la cuestión y hacer una especie de revisión del laudo, cosa

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

que se da con frecuencia. Por lo tanto, respondiendo la pregunta, le diré que la cooperación judicial es inevitable, pero ofrece grandes riesgos, y los grandes riesgos muchas veces porque el Juez no entiende que si las partes se sometieron a un arbitraje, hay que dejar a los árbitros que armen el proceso, tomen sus propias decisiones y, solamente en casos patológicos, en que el árbitro ya no pueda actuar, o se encuentra ante una situación de gran arbitrariedad, solamente en esos casos excepcionales el Juez puede y debe intervenir, no en otros casos. Esto es muy difícil de hacerlo entender a jueces que no están entrenados en lo que es un arbitraje y en lo importante que es darle al árbitro, aunque sea en primera instancia, la oportunidad de decidir y después, si el árbitro pide ayuda o una de las partes pide ayuda, que es lo que finalmente puede ocurrir, el Juez decida prestarla solamente en aquellos casos en que se justifique.

6. Uno de los principales problemas que enfrenta el arbitraje es el monopolio por parte del Estado de la facultad de ejecutar sentencias. ¿Considera usted que sería recomendable adoptar alguna medida a fin de remediar dicha situación?

SUAREZ: Bueno, todavía no me he adherido a ninguna forma de anarquismo. Yo no soy de los que consideran que el Estado es un mal necesario. Yo creo que el Estado está legitimado, sobre todo en el marco de regímenes republicanos y democráticos, para tener el monopolio de la fuerza. Y es bueno que así sea.

En materia de arbitraje, los árbitros, como regla general, pueden ordenar medidas compulsivas e incluso medidas preventivas, pero carecen de facultades de ejecución o *imperium*. Considero que el mecanismo para superar esta problemática no pasa por trasladar o modificar el ejercicio de las funciones que legítimamente tiene el Estado, sino por crear una cultura legal en la que los miembros del Poder Judicial perciban al arbitraje no como una competencia sino como un producto de la autonomía de las partes que, como agregado, coadyuva a la fundamental misión de los jueces de administrar justicia. Uno puede concebir muchas variables procesales e institucionales para facilitar la ejecución de laudos y de decisiones arbitrales, pero creo que lo fundamental es fomentar una cultura de colaboración.

7. Siendo el arbitraje un mecanismo de resolución de conflictos voluntario, ¿considera válido que la Administración Pública, al igual que los particulares, pueda someterse al mismo bajo similares términos y condiciones?

SUAREZ: Yo creo que el arbitraje en materia estatal debe ser analizado sin llegar a posiciones extremas que

muchas veces suelen verse en los grandes enemigos de arbitraje o en los exagerados defensores del arbitraje. A veces uno se encuentra con quienes padecen de "árbifobia", sobre todo en materia de arbitraje con el Estado, y quienes padecen de "arbitralitis", que es una inflamación severa de la glándula arbitral que implica una excesiva confianza en la operación del arbitraje para cualquier escenario y para cualquier terreno. La mejor forma de defender y preservar la sustentabilidad del arbitraje es ser consciente de su utilidad, de su dimensión y de su funcionalidad, pues tiene también sus límites como consecuencia de ello. En materia de arbitraje estatal, desde el punto de vista práctico y hasta filosófico, no conozco argumentos razonables que se opongan a que se le utilice, especialmente en la esfera contractual.

Ahora, hay que hacer una importante clarificación. Yo considero que en el caso de arbitrajes con partes estatales donde están de por medio prerrogativas públicas o política económica, los árbitros deben actuar con un importante grado de deferencia cuando emiten una decisión. Esto no significa que un árbitro no pueda decidir que existió, por ejemplo, un incumplimiento contractual que tuvo como origen el ejercicio de prerrogativas públicas. Es decir, las consecuencias patrimoniales del ejercicio de prerrogativas públicas son como regla arbitrables.

También, en este campo, nada se pierde, todo se transforma. No es acertado, desde mi punto de vista, pensar que necesariamente es una ventaja que los contratos estatales se sometan a jurisdicción estatal local, ya que en definitiva lo que se percibe como una ventaja resultante de pactar foros "más amigables" o "más comprensivos" se termina pagando, en general más onerosamente, en materia de precios de contratación.

GARRO: Si es válido o no, eso está determinado en la misma legislación peruana que, ya sea al regular arbitrajes especiales o en las normas generales de la Ley General de Arbitraje, habilita al Estado a arbitrar. En primer lugar, nadie obliga al Estado a arbitrar así que si va a participar en un arbitraje va a ser por propia voluntad. Voluntad que se supone estará precedida de una discusión y la consideración sería de otras alternativas. Lo que no debería ser aceptable es que una vez que el Estado decida aceptar se le permita renegar de la palabra y pueda salir. Eso no creo que deba ser permitido.

Otra pregunta es si sería conveniente que el Estado pudiera someterse a arbitraje con la misma facilidad con que se somete a los tribunales de justicia, y como yo soy un creyente de que así como hay jueces buenos y malos, hay árbitros buenos y malos, y así como hay

arbitrajes buenos y malos, hay litigios buenos y malos, yo soy favorable al arbitraje. Creo que, en muchas circunstancias, le conviene al Estado arbitrar. Mi respuesta sería que no me parece mal que se convalide la facultad del Estado para someterse a arbitraje. Lo importante es que, si el Estado compromete su voluntad a arbitrar, cumpla su palabra.

8. Existe la prohibición de someter cuestiones de *ius imperium* a arbitraje². Sin embargo, la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo señala que sí se pueden someter a arbitraje actuaciones administrativas. Esto es un dilema cuando se presenta una controversia en el marco de la ejecución de un contrato de concesión, en el que habitualmente se dictan actos administrativos, pero que influyen en el desarrollo del contrato. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Debería permitirse que se sometieran actos administrativos al control de árbitros?

GARRO: A mi juicio, el árbitro, en la medida en que está facultado por una cláusula de arbitraje a expedirse acerca una determinada disputa, tiene el derecho y la obligación de expedirse sobre la validez o invalidez de un acto administrativo. No creo de ninguna manera que exista una prohibición intrínseca a que el árbitro se pronuncie acerca de si esa actuación es válida. Sin embargo, reconozco que es un tema sumamente controvertido que ha llevado a decisiones contradictorias. Probablemente se mencione que en la legislación peruana existen normas sobre arbitraje, además de la Ley General de Arbitraje, que disponen que ciertos tipos de cuestiones, tales como temas presupuestarios, no pueden ser sometidas a arbitraje.

Creo que es una contradicción eso que puede surgir, por ejemplo, en la controversia clásica acerca de si los árbitros pueden pronunciarse acerca de cuestiones de constitucionalidad. Yo estoy a favor de que se den a los árbitros esas facultades, porque si las partes van preocupadas ante los árbitros para un caso en particular, que no necesariamente va a tener validez para otros casos en el futuro, ni tampoco para terceros, ese árbitro tienen la obligación de ejecutar ese mandato que le han dado las partes. Y por qué voy a excluir la cuestión relativa a la validez de un acto administrativo, si para poder dirimir la disputa es necesario saber de antemano si ese acto es válido o no. Yo creo que no es sólo un derecho de los árbitros, sino una obligación

expedirse sobre dichos actos, en la medida en que en la cláusula arbitral se les otorgue dicha facultad. No hay ninguna razón valedera para que no lo haga. Que si es una cuestión de orden público, que si uno está acostumbrado a que sean jueces de la nación los que decidan esas cuestiones, yo estoy de acuerdo, pero esto implica ir en contra de los propios principios del arbitraje que es lo que estamos tratando de propugnar: hacer realidad la voluntad de las partes.

9. En nuestro país para aquellos casos referidos al reconocimiento de laudos extranjeros suele aplicarse la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (conocida como la Convención de Nueva York de 1958). Sin embargo, también ha suscrito la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (conocida como la Convención de Panamá de 1975), la misma que no suele ser utilizada. ¿A qué atribuye usted este fenómeno?

SUAREZ: Es cierto que Perú, como la mayor parte de países de la región, es parte tanto de la Convención de Nueva York como de la Convención Interamericana, y también es cierto que la normativa en materia de ejecución de laudos es idéntica tanto en una como en otra. Lo que me parece puede explicar este fenómeno es que, por razones de prácticas legales y razones económicas, haya habido un mayor número de casos relacionados con laudos emitidos en países que no son de la continente. Un gran número de transacciones internacionales relacionadas con la región contienen pacto de arbitraje con sede en París, Suiza o Londres, por ejemplo, lo cual implica laudos que no están cubiertos por la Convención Interamericana. De esta manera, creería que la explicación acerca de la mayor utilización de la Convención de Nueva York tiene que ver con la mayor cobertura geográfica de esta Convención, con la sedes de arbitraje que suelen ser pactadas, y, finalmente, con el volumen de inversiones y transacciones de origen no interamericano que se reciben en Perú y en la región. Es decir, hay más inversionistas franceses, españoles, ingleses o alemanes invirtiendo en grandes proyectos en Perú con cláusula de arbitraje internacional generalmente fijando la sede del procedimiento en Europa, que inversores argentinos o ecuatorianos con vocación de pactar sede en Buenos Aires o en Montevideo, por dar un ejemplo.

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

² Inciso 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje. Ley 26572. Publicada con fecha 03 de enero de 1996 en el Diario Oficial "El Peruano".