

**Mario Castillo Freyre**



## **ALGUNAS REFLEXIONES PARA EL AFIANZAMIENTO DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ**

### **1. INTRODUCCIÓN**

No cabe duda de que el desarrollo del arbitraje en el Perú ha representado un fenómeno único en América Latina. No existe otro país en nuestro continente en donde esta institución haya tenido un desarrollo tan rápido y vertiginoso.

Tal crecimiento ha obedecido a una serie de factores. El primero de ellos, el adecuado marco normativo que ha venido teniendo el arbitraje con la ley de 1992<sup>1</sup> (que derogó el vetusto esquema de cláusula compromisoria y compromiso arbitral que regulaba el Código Civil de 1984),<sup>2</sup> y las leyes de 1996<sup>3</sup> y del 2008.<sup>4</sup>

Todas estas normas han ido afirmando la institución y estableciéndole un blindaje y autonomía, lo suficientemente fuertes como para que el arbitraje se siga abriendo

camino en el Perú como medio eficaz de solución de controversias.

No cabe duda, además, de que un notorio componente del desarrollo del arbitraje está representado por las sucesivas normas de contratación estatal, que desde 1998<sup>5</sup> establecen la obligatoriedad de incluir convenios arbitrales en todos los contratos que el Estado celebra con particulares, para la provisión de bienes, servicios u obras.<sup>6</sup>

Esta efervescencia arbitral ha ido acompañada de un apreciable esfuerzo académico, en virtud del cual cada vez más personas escriben más sobre más temas arbitrales.

A la par, las revistas de Derecho se han ido poblando de artículos sobre arbitraje y han surgido diversas publicaciones de

MARIO CASTILLO  
FREYRE,  
Magíster y Doctor en  
Derecho, Abogado  
en ejercicio, socio  
del Estudio que  
lleva su nombre;  
profesor principal de  
Obligaciones y Contratos  
en la Pontificia  
Universidad Católica del  
Perú y en la Universidad  
Femenina del Sagrado  
Corazón. Catedrático de  
las mismas materias en  
la Universidad de Lima.  
Director de la Biblioteca  
de Arbitraje y de la  
Biblioteca de Derecho  
de su Estudio. [www.  
castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com).  
Ponencia pronunciada  
en el acto de  
incorporación como  
Miembro de Número de  
la Academia Peruana de  
Derecho.



<sup>1</sup> Ley General de Arbitraje, Decreto Ley N.º 25935.

<sup>2</sup> Artículos 1906 a 1922 del Código Civil.

<sup>3</sup> Ley General de Arbitraje, Ley N.º 26752.

<sup>4</sup> Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N.º 1071.

<sup>5</sup> Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N.º 26850

<sup>6</sup> Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas – RULCOP y el Reglamento Único de Adquisiciones – RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

carácter periódico, en soporte papel o magnético, dedicadas exclusivamente a temas arbitrales.

Es importante destacar también que desde hace ya varios años, diversas universidades del Perú incluyen al arbitraje como curso electivo en las currículas de sus Facultades de Derecho. Y si el camino de crecimiento del arbitraje continúa, tal materia terminará teniendo la condición de obligatoria.

Por lo demás, los volúmenes patrimoniales controvertidos en sede arbitral, han superado con creces aquellos otros controvertidos en el Poder Judicial, fortaleciendo el medio arbitral de tal manera que, a pesar de no constituir un Poder del Estado, ni tener organicidad, creo que puede empezar a hablarse de la existencia del denominado «Poder Arbitral».

Son múltiples las ventajas que ha ofrecido el arbitraje en los varios lustros que ya tiene de vigencia en nuestro país, especialmente, porque ofrece una justicia mucho más especializada que la justicia ordinaria y porque aquélla usualmente es más rápida y eficaz que esta última.

Sin embargo, no es propósito de esta ponencia resaltar las bondades del arbitraje, sino el ocuparme de cuáles son los problemas que presenta en la actualidad y cuáles serían los mecanismos para superarlos, en beneficio del arbitraje, de la justicia y de la sociedad peruana en su conjunto.

Considero que los principales problemas del arbitraje no se hallan en su regulación normativa, la misma que, como hemos señalado, ha venido evolucionando paulatinamente desde 1992, hasta llegar a la última ley del año 2008, que recoge las principales experiencias vividas por los tribunales arbitrales durante la vigencia de la Ley N.º 26572.

Estoy convencido de que los principales problemas del arbitraje en el Perú son problemas humanos y que los principales

obstáculos para que el arbitraje constituya el medio eficaz de obtención de justicia que todos queremos, están en la sociedad y en el medio jurídico en particular.

Dentro de tal orden de ideas, voy a ocuparme de los que considero son los principales problemas del arbitraje en el Perú.

## **2. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ**

### **2.1. La necesidad de que el arbitraje no sea representativo de la sociedad**

Cuando las encuestas de opinión consultan al ciudadano sobre la representatividad de las instituciones públicas, éstas generalmente salen reprobadas.

Ello ocurre con el Poder Ejecutivo, con el Poder Legislativo, y especialmente, con el Poder Judicial, contra el cual se centran muchas de las baterías de los encuestados y de la población en su conjunto, la misma que considera que este Poder del Estado concentra una serie de defectos y problemas de los que debería ser ajeno.

En ese sentido, siempre he considerado que, en realidad, los peruanos queremos que nuestras instituciones no sean representativas de la población.

Y no está mal que ello sea así, pero sí estaría muy mal el pensar que los problemas de nuestras instituciones públicas, son ajenos a la sociedad de la que forman parte.

Sería iluso pensar que tales problemas no son fielmente representativos de la sociedad, en la que también encontramos aquellos defectos que la propia sociedad critica en quienes la gobiernan o administran justicia.

Sin embargo, esta aparente contradicción no es reprobable, sino un indicador bastante ilustrativo de que la sociedad peruana, independientemente de compartir todos esos problemas, es consciente de que sus gobernantes deberían ser ajenos a ellos.

*Son múltiples las ventajas que ha ofrecido el arbitraje en los varios lustros que ya tiene de vigencia en nuestro país, especialmente, porque ofrece una justicia mucho más especializada que la justicia ordinaria y porque aquélla usualmente es más rápida y eficaz que esta última.*

Es decir, lo que ocurre es que la sociedad peruana quiere verse representada por personas que sean ajenas a tales problemas y que, por lo tanto, sean capaces de tomar distancia de ellos e intentar solucionarlos.

Sin duda, se trata de un fenómeno social y político muy interesante y que merecería ser estudiado, no sólo desde el punto de vista político o jurídico, sino desde las más diversas perspectivas.

### **¿Y qué hay del arbitraje?**

El problema de partida del arbitraje en el Perú, es que se enmarca dentro de una determinada sociedad y que, por consiguiente, no puede ser ajeno a las debilidades y amenazas que le plantea una sociedad con muchos problemas y un medio jurídico que también arrastra tales problemas y que - en gran proporción - los ha venido arrastrando a la justicia ordinaria.

En ese sentido, debemos apuntar a que el medio arbitral constituya una justicia verdaderamente particular y contribuir a blindarla desde todos los ámbitos en que sea posible.

Dentro de tal orden de ideas, debe importarle a la sociedad y al medio jurídico, en particular, que el arbitraje se salve de estos agentes contaminantes, ya que, tal vez, sea más factible y más rápido salvar el arbitraje que salvar a la justicia ordinaria, la misma que, a pesar de la existencia de notables y esforzados magistrados, debe cargar con muchos lastres que no permiten su liberación definitiva en camino de la justicia.

### **2.2. La designación de árbitros como abogados de parte**

Es, precisamente, fruto de los problemas que presenta el medio jurídico a que hemos hecho referencia, que existe en muchos abogados la tentación de que el arbitraje no sea una institución encaminada a lograr justicia, sino a obtener la razón, por más de que para tal efecto se tenga que recurrir a

métodos vedados por la propia institución del arbitraje.

El más directo y antiguo de estos métodos está constituido por la designación de árbitros para que cumplan la función de abogados de parte.

Como recordamos, el inciso 3 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje establece que «*los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo [...]».*

En tal sentido, las partes tienen libertad para establecer en el convenio arbitral el mecanismo que emplearán para el nombramiento del árbitro, ya sea que ellas mismas designen a los árbitros o lo haga una institución arbitral o cualquier tercero.

Sin embargo, hay que precisar que dicha libertad para establecer el mecanismo que mejor estimen, no puede quebrantar el equilibrio que debe existir siempre entre las partes.

En efecto, si bien la Ley de Arbitraje reconoce distintas formas de designación de árbitros, en todas esas formas es exigible que las partes guarden una posición igualitaria o equivalente, es decir, que ninguna de ellas sea favorecida en la elección del árbitro o árbitros que han de dirimir la contienda.

Asimismo, cabe resaltar que las características fundamentales que debe tener todo árbitro son su imparcialidad e independencia.

Es así que debería constituir una sana práctica arbitral la de designar como árbitro a alguien en cuyo criterio confíe la parte, y no a alguien que sea un dependiente de esa parte.

Esta situación es lo suficientemente grave, al extremo de que muchas veces uno se encuentra frente a tribunales arbitrales, en donde la decisión se sabe que será tomada por el presidente del tribunal

*El más directo y antiguo de estos métodos está constituido por la designación de árbitros para que cumplan la función de abogados de parte.*

arbitral, pues desde el momento de la constitución de dicho tribunal, se conoce cuál será el sentido de los votos de los árbitros de parte.

Esta práctica pervierte notablemente el arbitraje y, por ello, debiera ser desterrada.

### **2.3. La designación de presidentes vía mecanismos de presión o poco transparentes**

Si bien la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N.º 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), regula el procedimiento para elegir al presidente del tribunal, dicha regulación es supletoria, de tal manera que los árbitros gozan de la más absoluta libertad para proceder a efectuar tal designación.

No obstante, los mecanismos de designación del presidente del tribunal no están exentos de las deformaciones a que hemos hecho referencia en el punto precedente.

Una de las situaciones más comunes que se aprecian en la vida práctica, es cómo algunos árbitros de parte, se presentan con una o dos cartas bajo la manga, de nombres de personas cuyo nombramiento se trata de forzar.

En tales casos, y sin poner en tela de juicio las condiciones profesionales o morales de alguien a quien uno no conoce, lo que corresponde es decir que no, o sea, no aceptar a esa persona como presidente del tribunal.

La elección del presidente constituye, sin duda, un acto de confianza, un acto de fe en alguien en quien uno confía. Sería un despropósito, entonces, escoger como presidente a una persona desconocida de quien no se tenga referencias previas.

Como se puede comprender, es muy fácil negarse a designar a alguien a quien uno no conoce.

Pero, las cosas se complican cuando el árbitro de la otra parte viene con el nombre de alguien a quien uno sí conoce.

En estos casos el asunto es más difícil, pues, incluso, uno podría plantearse la posibilidad de que la relación con esa persona se deteriore si llegara a tomar conocimiento de que uno se niega a elegirla como presidente

Pero el tema también tiene matices, pues habrá ocasiones en las cuales el nombre propuesto sea el de una persona intachable. Y otros casos, en donde el propuesto genere algunas dudas.

Creo que una sana política en este sentido debería pasar por descartar a la persona sobre la cual uno tiene dudas.

En estos temas hay que aplicar la vieja frase de Descartes: «en la duda, abstente».

Considero que en los casos relativos a elección del presidente del tribunal arbitral, debe haber un juego lo más limpio y transparente posible.

En este sentido, lo ideal sería que ambos árbitros traigan al debate una lista, conteniendo los nombres de las personas en quienes ellos confiarían el cargo de presidente; y, confrontándolas, vean si existen nombres en común.

Por otra parte, considero que también debería desterrarse la mala práctica de llevar en consulta los nombres del eventual futuro presidente.

En otras palabras, transmitir a la parte que lo ha nombrado, los nombres de aquellos árbitros que el otro árbitro de parte propone para presidente.

Esa práctica no abona precisamente, a favor de la independencia de ese árbitro de parte.

Estimo, incluso, que en casos como éstos, el árbitro que le propuso algunos nombres,

*La elección del presidente constituye, sin duda, un acto de confianza, un acto de fe en alguien en quien uno confía. Sería un despropósito, entonces, escoger como presidente a una persona desconocida de quien no se tenga referencias previas.*

podría legítimamente retractarse de su propuesta, o exigir que el otro árbitro proceda a designar en ese mismo momento al presidente del tribunal

Cuando como árbitro de parte uno observa en el otro árbitro demasiadas reticencias a efectos de designar al presidente del tribunal, es mejor no proceder a designar al presidente y someter su designación al órgano que corresponda

En síntesis, queremos resaltar la importancia de la designación del presidente del tribunal arbitral, y creemos que todo mecanismo de seguridad y la preservación de las reglas de transparencia y equidad en dicha designación, resultan absolutamente indispensables para preservar las bondades del arbitraje.

*La razón fundamental que motivó este cambio en la legislación obedeció a la celeridad, en la medida de que se consideraba que los tribunales ordinarios demoraban demasiado en proceder a efectuar tales designaciones.*

#### **2.4. La designación supletoria de árbitros por parte de las Cámaras de Comercio**

Como todos sabemos, la Ley de Arbitraje ha establecido un nuevo mecanismo para la designación supletoria de árbitros, en defecto de designación por las partes, y en defecto de elección del presidente por los árbitros de parte.

Como se recuerda, anteriormente dicha labor estaba conferida por ley a los jueces civiles

La razón fundamental que motivó este cambio en la legislación obedeció a la celeridad, en la medida de que se consideraba que los tribunales ordinarios demoraban demasiado en proceder a efectuar tales designaciones.

El medio arbitral en su conjunto acogió de manera mayoritariamente favorable esta modificación legislativa, no obstante lo cual, tal cambio no estuvo exento de algunos cuestionamientos.

En ese sentido, el principal cuestionamiento al respecto es de orden constitucional, en la medida de que si las partes preferirán recurrir a un arbitraje ad-hoc y no a uno

administrado por la Cámara de Comercio de la localidad, esto obedecerá a múltiples razones, entre ellas, a que podrían no confiar en dicha Cámara de Comercio.

No obstante, la Ley de Arbitraje ha establecido el apartamiento de la jurisdicción ordinaria (el acudir al juez para la designación supletoria de los árbitros) y la realización de las funciones antes mencionadas por las Cámaras de Comercio

Considero atendible la observación de orden constitucional, mas no estoy convencido de la inconstitucionalidad de este procedimiento, sobre todo para aquellos casos en donde los convenios arbitrales se han celebrado con la vigencia de la actual Ley de Arbitraje, que ya contempla este mecanismo.

Pero lo que me preocupa es el mecanismo de designación supletoria que lleven a cabo las Cámaras de Comercio.

He dicho reiteradas veces —en múltiples artículos y conferencias— que el principal activo del arbitraje está en la confianza que las partes tengan en la institución y, específicamente, en los árbitros que dirijan el proceso.

Esa confianza debe estar presente también en las Cámaras de Comercio, que cumplen la delicada función de designar supletoriamente a los árbitros

En ese sentido, las Cámaras deberían proceder de la manera más transparente posible a efectuar tales designaciones.

Eso significa que la designación supletoria debe ser un acto derivado del azar, y no de la decisión del órgano de gobierno en materia arbitral de la Cámara de Comercio de la localidad

Esta afirmación tiene base legal, pues el artículo 25 de la Ley de Arbitraje, establece en su inciso 5, que la Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las

medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

Y por si fuera poco, el inciso 6 del referido artículo 25, se encarga de subrayar que, en el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento, siguiendo su procedimiento de designación aleatoria, por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.

No me cabe duda de que las Cámaras de Comercio podrían decidir designar a un determinado árbitro con carácter supletorio, dadas sus notables cualidades personales, pero también dicha elección podría obedecer a un favoritismo personal o, incluso, podrían haber sido influenciadas por alguna de las partes en conflicto

En ese sentido, el mecanismo más transparente sería que todos los árbitros que reúnan las condiciones establecidas por el respectivo convenio arbitral, por el reglamento de la institución y por la propia ley, entren en un sorteo que se realice en presencia de las partes del proceso y, supletoriamente, es decir, si al menos una de ellas no asistiese, en presencia de notario público

Por lo demás, las propias Cámaras - y cualquier otro órgano que tenga esta función - deberían evitar que los funcionarios que trabajan en ellas elaboren ternas o nóminas reducidas, con el propósito de que se hagan sorteos dentro de tales listas.

Decimos esto, en la medida de que sería muy fácil manipular el contenido de tales nóminas y, al final, aunque se procediera a efectuar un sorteo en presencia de las partes o de notario público, lo único que se estaría legalizando sería una injusticia, que seguramente marcaría el curso y resultado del futuro proceso arbitral.

Lamentablemente, la Ley de Arbitraje no contempla la prohibición que sí establece el Código de Ética del OSCE, aprobado mediante Resolución N.º 258-2008-CONSUCODE-PRE, en el

sentido de impedir que los funcionarios de dicha institución, presten servicios de secretaría arbitral en procesos ad-hoc.

En el caso de las Cámaras de Comercio, la ley debería prohibir, (para los arbitrajes en que ellas intervengan en designaciones supletorias de árbitros), que los funcionarios de los Centros de Arbitraje de las propias Cámaras presten servicios de secretaría arbitral en los procesos que no sean organizados y administrados por dichas instituciones; e impedir el mecanismo de designar supletoriamente para un arbitraje ad-hoc, a alguien cercano a las personas de la institución, a efectos de que este árbitro proceda a proponer e inducir la elección como presidente del tribunal arbitral ad-hoc, de aquel funcionario que lo puso en la nómina y que al final, seguramente, también forzó su designación supletoria

Estas consideraciones, obviamente, se aplican - mutatis mutandis - a cualquier Centro de Arbitraje, sea de la naturaleza que fuere

## **2.5. Las sociedades secretas en el ejercicio profesional**

Recuerdo que la primera vez que actué como abogado de parte en un arbitraje, fue defendiendo a unos clientes en 1998.

Nosotros, como correspondía, designamos como nuestro árbitro a una persona absolutamente intachable, cuya designación no fue cuestionada y quedó firme.

Nuestra contraparte designó como árbitro a un alto funcionario de la propia compañía, quien, por decoro, no aceptó el encargo.

Acto seguido, nombró como árbitro de parte a otro abogado, quien tenía su propio Estudio

Pero, dio la casualidad de que, hurgando en Registros Públicos, descubrimos que este abogado tenía una sociedad anónima - prácticamente secreta - dedicada a actividades jurídicas, junto con el alto

*Por lo demás, las propias Cámaras - y cualquier otro órgano que tenga esta función - deberían evitar que los funcionarios que trabajan en ellas elaboren ternas o nóminas reducidas, con el propósito de que se hagan sorteos dentro de tales listas.*

funcionario de la empresa que no había aceptado desempeñar el cargo de árbitro, quien ejercía la profesión en otro Estudio.

Es decir, en apariencia, ambos ejercían la profesión en Estudios independientes, pero en la realidad, fuera de sus actividades en esos Estudios, compartían un negocio común: otro Estudio de Abogados.

Éste es el típico caso de una sociedad secreta, pero no siempre tales sociedades secretas son susceptibles de ser identificadas o descubiertas, habida cuenta de que la inmensa mayoría de ellas son sociedades de hecho, en las que se comparten trabajos, se comparten recomendaciones, se comparten designaciones como árbitros, se comparten consultas profesionales, a pesar de que — formalmente— ambas personas no tienen relación profesional alguna

Es importante resaltar estos casos, pues tal práctica resulta en extremo peligrosa, en la medida de que cuando uno designa a un árbitro o a un presidente de tribunal, se busca que esta persona guarde distancia e independencia con respecto a los otros dos árbitros

Es evidente, entonces, que si se hubiese sabido tal vinculación, lo más probable es que no se habría designado a tal persona como presidente del tribunal arbitral, pues existiría una proclividad en ella (dada la sociedad o comunidad de negocios existente) para favorecer los intereses de una de las partes.

La equidistancia del presidente de un tribunal arbitral con respecto a ambos árbitros de parte, garantiza su imparcialidad.

## 2.6. La infracción a la confidencialidad durante el desarrollo del proceso arbitral

Es práctica habitual en los procesos arbitrales, que las partes pacten el deber de confidencialidad, el mismo que se extiende, no sólo a los árbitros y las partes del proceso, sino también al secretario arbitral, a los asesores de las partes y de la institución arbitral, a los abogados informantes o asesores externos, a los peritos y a todas aquellas personas que, de una u otra forma, hubiesen tenido conocimiento del contenido total o parcial del proceso.

Es evidente también que este deber de confidencialidad cesa si es que el laudo arbitral fuese objeto de impugnación, vía el recurso de anulación del laudo.

En tal sentido, muchas veces causa sorpresa leer en los diarios o revistas, informaciones relativas a procesos arbitrales en curso, cuyo contenido resultaría imposible que haya sido redactado solamente por periodistas, sin la ayuda de vital información proporcionada por alguna de las partes

Si bien he cuestionado en algún trabajo anterior la absoluta confidencialidad de los laudos arbitrales,<sup>7</sup> sí estoy de acuerdo en que, mientras dure el proceso, debe regir dicha confidencialidad.

No cabe duda de que uno de los factores que debe evitarse en el desarrollo de todo proceso arbitral, es el de la injerencia de la opinión pública, la misma que, a mi juicio, resulta muy influyente en el caso de los procesos que conoce el Poder Judicial, en donde muchas veces los magistrados resuelven más en función del juicio de la población, que del de la Historia.

*Éste es el típico caso de una sociedad secreta, pero no siempre tales sociedades secretas son susceptibles de ser identificadas o descubiertas, habida cuenta de que la inmensa mayoría de ellas son sociedades de hecho, en las que se comparten trabajos, se comparten recomendaciones, se comparten designaciones como árbitros, se comparten consultas profesionales, a pesar de que — formalmente— ambas personas no tienen relación profesional alguna.*



<sup>7</sup> Castillo Freyre, Mario. «La confidencialidad en el arbitraje». Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 8. Lima: Palestra Editores, 2009, pp. 287-298.

No olvidemos que los tribunales arbitrales también están integrados por seres humanos, y es innegable que la presión mediática puede afectar el sano juicio de muchos.

## **2.7. La confidencialidad después del laudo**

Uno de los aspectos que siempre se tuvieron como correspondientes a la confidencialidad del proceso, era la reserva del laudo, es decir que, como hemos señalado, si dicho laudo no se impugnaba ante los tribunales ordinarios, su contenido debía permanecer secreto.

No obstante, tanto la legislación como la doctrina, han empezado a horadar este alcance de la confidencialidad

En ese sentido, ya nos hemos pronunciado el doctor Fernando de Trazegnies, y quien les habla, en dos ponencias sustentadas en Congresos de Arbitraje.

No olvidemos que las normas sobre contrataciones del Estado, imponen al OSCE el deber de publicar los laudos arbitrales administrados por dicho organismo, o que se hayan instalado en él, a efectos de que sean de conocimiento del público que acceda a su página web.

Así, debería acelerarse el proceso para que todos los laudos que han recaído sobre arbitrajes, en donde se haya controvertido fondos públicos, sean publicados por el OSCE, incluso aquéllos que hubieren sido administrados por otros Centros de Arbitraje.

Estimamos que cuando se trata del dinero de todos, no hay confidencialidad que valga después de emitido el laudo.

Por lo demás, sostenemos que la publicidad de los laudos arbitrales contribuirá a que el medio jurídico y la sociedad en su conjunto puedan evaluar abiertamente el comportamiento de los árbitros y juzgarlos en función de sus decisiones

La publicidad de dicha información contribuirá a obligar a los árbitros a cumplir de manera más fidedigna con el deber de declaración, pues serán más públicos sus antecedentes en materia arbitral, los casos resueltos por ellos, las partes que los nombraron, los árbitros con los que compartieron el tribunal y, finalmente, el sentido de sus decisiones.

De otro lado, la publicidad de los laudos arbitrales, contribuirá de una manera muy generosa, a enriquecer el debate jurisprudencial y académico en el Perú

Muchas veces en el medio jurídico se oyen quejas acerca de la falta de desarrollo teórico de la mayoría de sentencias judiciales

Este fenómeno, sin duda, obedece a la excesiva carga procesal de los magistrados, quienes se ven impedidos, las más de veces, de ingresar a efectuar un análisis exhaustivo de los problemas jurídicos.

Ese problema no está presente en los tribunales arbitrales, ya que los árbitros son contratados para dicha función en particular, y, por más arbitrajes que tengan, carecen de la carga procesal de cualquier magistrado

En ese sentido, es frecuente encontrarse con laudos bastante extensos, en donde se hace un desarrollo pormenorizado de los problemas jurídicos que se presentan

Hay ocasiones en las cuales uno ha tenido la oportunidad de acceder a la lectura de laudos arbitrales que constituyen notables piezas jurídicas, cuyo conocimiento público está vedado por el deber de confidencialidad

Invito a quienes me escuchan, a imaginar cuán diferentes serían las discusiones en las aulas de Derecho y cuán enriquecedor sería el debate, si tuviera como objeto de estudio los principales laudos arbitrales que año a año se emiten en nuestro país.

*No olvidemos que las normas sobre contrataciones del Estado, imponen al OSCE el deber de publicar los laudos arbitrales administrados por dicho organismo, o que se hayan instalado en él, a efectos de que sean de conocimiento del público que acceda a su página web.*



No hay que olvidar que ésta también es jurisprudencia y, si bien la misma carece de algunas de las características que comparte toda la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, ello no obsta a que deba ser de conocimiento e instrucción pública.

## 2.8. El control constitucional del arbitraje

Como último punto de esta ponencia, quiero abordar lo relativo al control constitucional del arbitraje.

Y no he dejado este tema para el final porque sea el menos importante, pues el mismo tiene importancia capital en esta materia.

En ese sentido, cabe recordar que hace algunos años, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 6167-2005-PHC/TC,<sup>8</sup> el Tribunal Constitucional de nuestro país, con muy acertado criterio, delimitó el control constitucional del arbitraje, estableciendo que el control de los tribunales de justicia, debía ser necesariamente, *ex post*, y no *ex ante*.

En ese sentido, en diversas sentencias muy significativas para esta área de la práctica jurídica, el Tribunal Constitucional estableció la imposibilidad de que los tribunales ordinarios de justicia, sea de la naturaleza que fueren, interfieran en el desarrollo de un proceso arbitral en curso, bajo responsabilidad.

Además, se estableció claramente que la única forma de impugnar el resultado de un proceso arbitral, era a través del recurso de anulación del laudo; y, ulteriormente, del recurso de amparo.<sup>9</sup>

Los principios consagrados en dichas sentencias, se vinieron aplicando rigurosamente durante varios años y ordenaron el arbitraje en el Perú, a la par que fomentaron su progreso y desarrollo. En ellos, además, se fundó el Decreto Legislativo N.º 1071, actual Ley de Arbitraje, la misma que contiene, en muchas de sus normas, los referidos principios establecidos por el Tribunal Constitucional, principalmente, el artículo 3 sobre principios y derechos de la función arbitral.

No obstante, en los últimos meses, el medio jurídico ha tomado conocimiento, con sorpresa, de dos resoluciones del Tribunal Constitucional,<sup>10</sup> que vulneran la solidez del arbitraje, al haber permitido que prospere una acción de garantía interpuesta contra un laudo arbitral, sin haberse agotado la vía previa, a través del proceso de anulación de laudo, y que se analice el valor de los medios probatorios que efectuó un Tribunal Arbitral.

Como ya lo manifesté en dos artículos publicados recientemente sobre estas sentencias del Tribunal Constitucional,<sup>11</sup> no puedo sino discrepar de ellas, en la medida de que constituyen serias amenazas para la seguridad jurídica de nuestro país y para la solidez del arbitraje, como jurisdicción contemplada por la Constitución Política del Perú.

Si bien se trata de sentencias emitidas por Salas del Tribunal Constitucional y no por el pleno del mismo, ellas no dejan de representar un peligro.

En tal sentido, esperamos que muy pronto el pleno del Tribunal Constitucional se pronuncie nuevamente, reiterando la

*El Tribunal Constitucional estableció la imposibilidad de que los tribunales ordinarios de justicia, sea de la naturaleza que fueren, interfieran en el desarrollo de un proceso arbitral en curso*



<sup>8</sup> Los fundamentos ns.º 8, 11, 12, 13 14, 17 y 18 de la referida sentencia, son vinculantes para todos.

<sup>9</sup> Cabe hacer referencia al Fundamento 4 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 04195-2006-AA/TC, en donde el Tribunal Constitucional estableció ciertas reglas, a efectos de determinar su ámbito de actuación, cuando conoce amparos contra laudos arbitrales.

<sup>10</sup> Nos referimos a las sentencias recaídas en los expedientes n.º 5311-2007-PA/TC y n.º 02386-2008-PA/TC.

<sup>11</sup> Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «Un cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje. Comentarios a la sentencia recaída en el expediente n.º 5311-2007-PA/TC». En: Revista Jurídica del Perú. n.º 105. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., noviembre 2009, pp. 27-40; y Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. «¿Otro cuerpo extraño y peligroso en el arbitraje? Comentarios a la sentencia recaída en el Expediente N.º 02386-2008-PA/TC». En: Diálogo con la Jurisprudencia. n.º 136. Lima: Gaceta Jurídica S.A.C., enero 2010, pp. 23-28.

senda trazada hace algunos años, de la que el Tribunal nunca se debió apartar.

### **3. CONCLUSIÓN**

Para finalizar, debo decir que la sociedad, el medio jurídico, el medio arbitral, en

particular, y el Tribunal Constitucional, deberían tomar nota de estas situaciones, a efectos de adoptar las medidas correctivas del caso, y fortalecer al arbitraje como medio alternativo a la justicia ordinaria y verdadero motor de una nueva forma de administrar justicia en el Perú.

