

## FORTALECIENDO EL ARBITRAJE EN EL PERÚ. HACIA UNA MÍNIMA INTERVENCIÓN ESTATAL Y LA PUBLICIDAD DE LOS LAUDOS

Jorge Pariasca Martínez<sup>1</sup>

### Resumen:

Mediante el presente trabajo, el autor nos ofrece dos propuestas para lograr que el arbitraje peruano sea más atractivo para el inversionista. La modificación del rol subsidiario estatal, es decir, el papel del Poder Judicial en la adopción de las medidas cautelares previas al arbitraje y la necesaria publicidad de los laudos arbitrales. La presente investigación no dejará de ser polémica para toda persona que se dedique al estudio del arbitraje.

### Palabras claves:

Arbitraje, rol subsidiario, rol complementario, rol revisor, medida cautelar, árbitro de urgencia, publicidad.

### Sumario:

I. Introducción. II. La autonomía del Arbitraje en el Perú: ¿autonomía plena o mínima intervención estatal? 2.1. La mínima intervención estatal actualmente permitida en el arbitraje Peruano. 2.2. El Rol Subsidiario actual del Poder Judicial. Propuesta de modificación. III. ¿Confidencialidad = Predictibilidad? Hacia la publicidad de los laudos. IV. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

La solución de conflictos que surgen entre los miembros de una sociedad es un aspecto importante dentro de las funciones del Estado dado su deber de mantener y garantizar el orden y la paz social. Tradicionalmente, el Estado cumple esta función por intermedio del Poder Judicial; sin embargo, este poder del Estado se ha visto desbordado por el número y la complejidad de los asuntos que los ciudadanos proponen<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Abogado, candidato a Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Docente universitario en la Facultad de Derecho de la USMP Lima y Filial Norte y expositor en la AMAG - Lambayeque. En la actualidad, viene cursando la Maestría en Derecho de Familia y de la Persona en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, Chiclayo.

<sup>2</sup> Investigación sobre el desarrollo y difusión del arbitraje en el Perú realizado por el Centro de Análisis de Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Publicado en: [www.pucp.edu.pe](http://www.pucp.edu.pe)

Estando así las cosas, el arbitraje se ha constituido como una sustracción legalmente autorizada de la jurisdicción estatal. Así, el Perú es el país de América Latina donde el arbitraje se ha consolidado con más fuerza y claridad. En los últimos diez años el avance de la práctica y cultura arbitral ha sido apreciable y la consolidación de la institución deja fuera de dudas que es ya toda una realidad<sup>3</sup>.

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, centros de arbitraje y sentencias judiciales que vienen a generar los inicios de un acervo propio del arbitraje en el Perú<sup>4</sup>.

En ese sentido, los inversionistas y los agentes económicos optan por el arbitraje, en gran medida, por sus reglas y características propias, que lo distinguen del proceso judicial y sus normas.

En efecto, el 27 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” una nueva ley de arbitraje (Decreto Legislativo 1071) que ha venido a sustituir a la Ley General de Arbitraje 26572, que rigió desde 1996.

Conocido es que la legislación anterior de arbitraje significó un avance en la práctica arbitral. Sin embargo, como señala la exposición de motivos de la nueva ley<sup>5</sup> después de 12 años de experiencia en la aplicación de la normativa, y con un mercado arbitral en pleno crecimiento, la regulación requería de ajustes. Además, el escenario para la expedición de un nuevo marco normativo era ideal. El Perú se encuentra en un auge económico y el nivel de interrelación con agentes internacionales se iba a incrementar con la entrada en vigor del acuerdo de promoción comercial con Estados Unidos.

---

<sup>3</sup> CASTILLO FREYRE, Mario y VASQUEZ KUNZE, Ricardo. *“Arbitraje: Naturaleza y definición”*. En: [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>4</sup> REGGIARDO SAAVEDRA, Mario y LIENDO TAGLE, Fernando. *“Una aproximación práctica a la consolidación de arbitrajes”*. En: IUS ET VERITAS. Nro. 45, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2012. p. 275.

<sup>5</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque. *“La Nueva Ley de Arbitraje Peruana. Un nuevo salto a la modernidad”*. En: Revista Peruana de Arbitraje Nro. 7, Magna Ediciones, Lima 2008. p. 44

El legislador peruano ha tenido la influencia de la Ley Modelo de UNCITRAL expedida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en busca de la autonomía de la institución y las condiciones necesarias para una verdadera justicia entre particulares.

Esta influencia de normas elaboradas por la referida Comisión de las Naciones Unidas ha permitido que el arbitraje en el Perú sea visto como moderno. A esto hay que agregar el grupo cada vez mayor de árbitros y de abogados expertos en arbitraje; el número actual mayor de empresas e individuos que arbitran; un Estado que prácticamente arbitra todas las controversias contractuales con el sector privado; un Poder Judicial que, actualmente, ha entendido su rol revisor<sup>6</sup> y un Tribunal Constitucional, que, después de varios “pronunciamientos contradictorios” ha fijado un precedente (STC N° 0142-2011-PA/TC) para garantizar la autonomía del arbitraje, evitando el uso indebido del amparo.

En ese orden de ideas, es legítimo preguntarse: *¿Estamos ya preparados para asumir el reto de ser una sede arbitral mundial?*

Esta consulta que hace algunos años ni siquiera se me hubiera ocurrido es posible efectuarla hoy. Considero que el inversionista, desde ya, podría ver al Perú como una sede atractiva a la hora de pensar en un país relevante en el ámbito del arbitraje.

No obstante lo antes mencionado, por intermedio del presente artículo, me he propuesto coadyuvar al reto de la promoción del Perú como sede arbitral internacional con dos propuestas que considero ayudarían - aún más - en el desafío: 1) Modificar el rol subsidiario estatal en el arbitraje, y 2) la *predictibilidad* del arbitraje, mediante la publicidad de los laudos de los tribunales arbitrales.

Sobre la primera propuesta, es necesario mencionar que, en efecto, la autonomía arbitral nos demuestra que la ley de arbitraje como el Código Procesal Civil son dos estructuras distintas.

---

<sup>6</sup>CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Fortalecen arbitraje nacional e internacional”. En: Jurídica, Suplemento del Diario Oficial “El Peruano” Nro. 381, Lima 2011. p 32

Incompatibles. Justamente, las partes pactan o convienen el arbitraje en sus relaciones económicas para “huir” de la esfera judicial y de sus normas<sup>7</sup>.

Sin embargo, una manera “indirecta” (o de “contrabando”) de ingresar la norma procesal civil al arbitraje es por la vía de la subsidiariedad judicial estatal. La experiencia nos demuestra que, antes de constituido el tribunal arbitral, cuando el inversionista se encuentra en búsqueda urgente de tutela cautelar, se ve en la necesidad de acudir al Poder Judicial.

No solo eso. La parte peticionaria tendrá que someterse a sus reglas procesales para obtener la resolución que admita su petición cautelar. Y, posteriormente, por necesidad o porque simplemente el tribunal arbitral ya se constituyó, y la parte contraria (presuntamente afectada con la medida cautelar otorgada) reconsidera ante dicho tribunal la decisión judicial, la parte que promovió la medida pedirá al árbitro, por necesidad, que no modifique lo concedido por el juez hasta la emisión del laudo definitivo.

Por otro lado, sobre la segunda propuesta, considero que la mejor expresión de la autonomía arbitral es la generación de *predictibilidad* en los agentes o inversionistas que se sometan a las reglas del presente mecanismo de resolución de conflictos.

Sin más introducción, desarrollemos las dos propuestas mencionadas que fortalecen la normatividad arbitral, haciendo más atractiva nuestra sede.

## II. LA AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ: ¿AUTONOMÍA PLENA O MÍNIMA INTERVENCIÓN ESTATAL?

Que el arbitraje deba gozar de una amplia autonomía respecto del sistema judicial no parece una cuestión que pueda discutirse. Las partes, en el ámbito de sus derechos disponibles, estipulan que las controversias que a ellos se refieran serán resueltas por árbitros, desplazando de ese modo la intervención del Poder Judicial. Así, los que se someten a arbitraje expresan inequívocamente su deseo de no ser juzgados por los tribunales estatales<sup>8</sup>. Por ello, el arbitraje no puede confundirse ni subordinarse a la jurisdicción estatal.

<sup>7</sup>RUBIO GUERRERO, Roger. “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones. En: THEMIS Nro. 53, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2007. p. 11

<sup>8</sup>CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque. *ob. cit.* p. 47

El régimen del Decreto Legislativo 1071, está concebido como un continente propio que opera de manera exclusiva y excluyente, mejor aún autosuficiente, para resolver dentro de sí todo el universo de posibilidades que puedan suscitarse en los arbitrajes<sup>9</sup>

El legislador peruano ha comprendido que una ley de arbitraje no consiste en regular el procedimiento ante los árbitros, sino en establecer las condiciones generales bajo las cuales el Estado admite la instauración de una justicia administrada por particulares y reconoce a sus decisiones el valor de la cosa juzgada, asimilándolas a las sentencias judiciales<sup>10</sup>.

El artículo 3° del Decreto Legislativo 1071 refleja la autonomía del arbitraje al establecer que *“los asuntos que se rijan por ella no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga”* (numeral 1°), así como que *“el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones”* (numeral 2°) y que *“el tribunal tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo* (numeral 3°).

Finalmente, el mismo artículo 3°, en su numeral 4°, concluye asegurando que *“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”* y que *“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”*.

Como vemos, la naturaleza “autosuficiente” o autónoma no puede ser total. Algún grado de control judicial de los laudos es inevitable. Veamos:

### **2.1. La mínima intervención estatal actualmente permitida en el Arbitraje peruano**

<sup>9</sup> SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *“Arbitraje y Proceso Civil ¿Vecinos distantes?: El debido proceso en sede arbitral.* En: IUS ET VERITAS N° 37, Revista editada por estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2008. p.42.

<sup>10</sup> *Ibidem.* p. 46

Son contadas las veces en las que el Poder Judicial brinda su apoyo o se relaciona con el arbitraje, ya sea de manera subsidiaria, complementaria y revisora<sup>11</sup>.

- a. Rol subsidiario: En aquellos casos en los que los árbitros no están en aptitud - legal o material – de decidir o ejecutar determinados actos, siendo imprescindible llenar este vacío en sus potestades a través del auxilio judicial. Este es el caso de las medidas cautelares anticipadas o preventivas al arbitraje que las partes pueden solicitar ante el Poder Judicial.
- b. Rol complementario: Se presenta en aquellos casos en los que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano judicial, evidentemente, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento espontáneo.
- c. Rol revisor: Esta intervención, implica la posibilidad de realizar un nuevo análisis del laudo, pero esta vez por parte de la autoridad judicial. Sobre este rol, resulta preciso resaltar que el rol de revisión judicial es “estricto”. Así, resulta difícil pensar que un sistema jurídico reconozca a un acto decisorio, cualquiera que este sea, la calidad de incuestionable, sino hasta después de ser objeto justamente de la actividad de revisión.

Decimos que este rol revisor es “estricto” estando a que en el Perú, a diferencia de la ley anterior (ley 26572) en el que coexistía los recursos de apelación y revisión, a partir de la dación del decreto legislativo 1071, se estableció como único medio de impugnación del laudo al recurso de anulación, el mismo que es solicitado si se alega y prueba alguna de las causales (listado) de anulación reconocidos positivamente por el legislador en el mencionado decreto (artículo 63). Así las cosas, queda claro que el régimen de revisión judicial del arbitraje es el régimen del recurso de anulación de laudo arbitral<sup>12</sup>.

<sup>11</sup>ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. “De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: Límites de su actuación”. En: THEMIS Nro. 53, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2007. p. 91

<sup>12</sup>ALVA NAVARRO, Esteban. “Arbitraje. La anulación del laudo”. Primera parte. Vol. 14. Mario Castillo Freyre, editor, Palestra Editores S.A.C, Lima 2011. p. 41

Conforme a los roles, se aprecia que la Ley de Arbitraje ha combinado una amplia autonomía del arbitraje con una adecuada dosis de supervisión judicial, siguiendo, principalmente, los principios contenidos en la Ley Modelo de Arbitraje Comercial de UNCITRAL<sup>13</sup>.

La pregunta que nos surge es: *¿Es necesario seguir regulando el rol subsidiario del Poder Judicial?*. Soy un convencido que podemos modificar el mencionado rol, favoreciendo - aún más - la autonomía del arbitraje. Nos explicamos:

## **2.2. El Rol Subsidiario actual del Poder Judicial. Propuesta de modificación**

Como hemos adelantado, el Rol Subsidiario permitido por la actual ley de arbitraje es el rol del Poder Judicial en la adopción de las medidas cautelares previas al arbitraje (tutela cautelar *ante causam arbitratum*). Es decir, la adopción de las medidas cautelares en sede judicial, cuando los árbitros no se encuentran en aptitud de decidir o ejecutar sus actos, antes de la instalación del tribunal arbitral.

Para entender mejor nuestra propuesta, analizaremos las medidas cautelares en el arbitraje peruano.

### ***Las medidas cautelares (intra causam y ante causam) en el arbitraje peruano.***

Estando a la demora natural de todo proceso o actuación arbitral, la denominada “justicia cautelar”<sup>14</sup> en el arbitraje desempeña un papel relevante, por la necesidad de cubrir de forma efectiva la laguna temporal (*ratione temporis*) que se produce entre los hechos que motivan el arbitraje y la decisión final de fondo.

En ese orden de ideas, nuestro sistema, influenciado por la ley modelo UNCITRAL, contempla la adopción de medidas cautelares, busca el real aseguramiento de la decisión final que emitirá el tribunal arbitral.

Así, el Decreto Legislativo 1071, en su artículo 47º, precisa lo relacionado con las medidas cautelares y le otorga competencia a los árbitros (una vez constituido el tribunal arbitral) para dictar medidas cautelares. Reza el citado artículo que una vez constituido el tribunal arbitral, a

<sup>13</sup> *Ibidem*. p. 46

<sup>14</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. “Arbitraje y justicia cautelar”. En: Revista de la Corte Española de Arbitraje, vol. XXII. 2007, p. 24. Versión electrónica en: [www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitraje\\_cautelar.pdf](http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitraje_cautelar.pdf)

petición de cualquiera de las partes, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del laudo. Para dichos efectos, el solicitante de alguna medida cautelar deberá convencer al tribunal arbitral que de no otorgarse la medida cautelar es probable que se produzca algún daño, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, en caso de ser esta otorgada y que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere<sup>15</sup>.

En resumen, a las partes en un arbitraje, como a los propios árbitros, les corresponde una “labor creativa” al momento de solicitar y conceder una medida cautelar, ya que deberán ceñirse fundamentalmente al aseguramiento de la decisión definitiva sobre la base de evitar un daño actual.

Lo cierto es que este razonamiento no resulta similar para las medidas cautelares promovidas antes de la instalación del tribunal arbitral.

Mientras que la ley de arbitraje peruana define y desarrolla los lineamientos para que los árbitros puedan conceder medidas cautelares; por el contrario, en cuanto a las medidas cautelares antes de la constitución del tribunal arbitral, la ley solo las “autoriza”, mas no desarrolla su tratamiento.

En efecto, revisada la ley, queda sumamente claro que nuestra normatividad solo “autoriza” las medidas cautelares anteriores a la constitución del tribunal arbitral, al fijar en el artículo 8°, numeral 2°, la competencia de los jueces que conocerán y adoptarán, en su caso, dichas medidas<sup>16</sup>. En tal caso, en la práctica, ante el citado vacío, cuando una de las partes interpone alguna medida cautelar anticipada antes de la constitución del tribunal arbitral la promueve ante el Poder Judicial y con las reglas del Código Procesal Civil.

Es decir, el inversionista que pactó convenio arbitral para evitar que su controversia fuera conocida por el Poder Judicial, al encontrarse ante una situación de probable daño que pudiera hacer ilusorio el futuro laudo, tendrá que recurrir al Poder Judicial e insertarse (al menos, temporalmente) en nuestro sistema judicial, con lo que todos conocemos (demoras,

---

<sup>15</sup> Ver: Ley Modelo de UNCITRAL.

<sup>16</sup> Artículo 8°, numeral 2°, del Decreto Legislativo N° 1071: Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el Juez sub-especializado en lo comercial o, en su defecto, el Juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Adicionalmente, la norma refiere del numeral 4 al 6 del artículo 47° la remisión del expediente cautelar promovido ante el Poder Judicial una vez constituido el tribunal arbitral. Sin embargo, eso no responde a la necesidad de regular las medidas cautelares anticipadas a la constitución del tribunal arbitral.

principalmente) y tendrá que ceñirse a una de las “típicas” medidas cautelares específicas fijadas en la norma procesal civil.

Imaginemos una medida de embargo concedida con antelación por el juez competente. Una vez instalado el tribunal arbitral, deberá remitirse el expediente al referido tribunal, que luego de abocarse al mismo y, si así lo considera pertinente, podrá asegurar las actuaciones arbitrales hasta la emisión del laudo respectivo, con dicha medida judicial.

Es decir, si el tribunal arbitral se pronuncia favorablemente sobre la medida cautelar judicial como la más adecuada para asegurar las actuaciones arbitrales (por lo general, rechazando el recurso de reconsideración de la parte contraria) la citada medida cautelar seguirá su cauce protector o asegurador hasta la emisión del laudo definitivo, lo que en teoría resultaría una conversión: de *ante causam* a *intra causam*.

#### ***“Desprocesalizando” la medida cautelar ante causam***

Como lo señala la literatura pertinente, el efecto de cosa juzgada que tienen las decisiones arbitrales, justifica que el Poder Judicial, obligado por el legislador a ejecutar compulsivamente los laudos arbitrales como si se tratase de sus propias sentencias, se reserve una cuota de supervisión<sup>17</sup>.

Entonces, resulta entendible que dicha supervisión estatal sea del laudo (rol revisor). Adicionalmente, el Estado cuya facultad de *imperium* es ineludible, presta su auxilio al servicio de los árbitros (rol complementario). Sin embargo, creemos que no tiene justificación o sustento el rol subsidiario.

En primer término, porque consideramos que, mientras la medida cautelar concedida por los árbitros, es una influencia directa de la ley marco internacional UNCITRAL y tiene un completo desarrollo en la ley de arbitraje peruana, las medidas cautelares previas judiciales no son desarrolladas por la ley de arbitraje peruana y tienen como amparo o sustento normativo de las partes el Código Procesal Civil, siendo este un claro ejemplo de interferencia normativa del citado código en un sistema que no le corresponde.

---

<sup>17</sup>REISMAN, W. Michael, *Systems of Control in International Adjudication and Arbitration. Breakdown and Repair*, Duke University Press. 1992, p. 139. Kerr, Michael, “Arbitration and the Courts”: The UNCITRAL Model Law”. *loc. cit.*

En ese sentido, creemos que el legislador pudo (y puede) haber desarrollado plenamente la tutela cautelar *ante causam arbitratum* o permitir que los tipos de medidas cautelares en el arbitraje regulados expresamente en el artículo 47° de la ley resulten aplicables para las medidas cautelares judiciales anteriores a la constitución del Tribunal arbitral. Así, se obligaría normativamente al juez a aplicar la norma especial de arbitraje.

Recordemos que el esfuerzo por “desprocesalizar” al arbitraje no se da solo en un cambio de lenguaje en el que destaca la exclusión de las palabras jurisdicción arbitral o proceso arbitral en la nueva ley<sup>18</sup>.

***“Desjudicializando” la medida cautelar ante causam: El árbitro de urgencia o procedimiento precautorio prearbitral.***

Consideramos también que el legislador pudo (y puede) “desjudicializar” la medida cautelar *ante causam* o rol subsidiario. Para ello, puede valerse también de la influencia internacional.

En efecto, sobre la base de la normativa de la Cámara de Comercio Internacional de París, nuestra legislación debería fijar la posibilidad de que las partes, antes de la constitución del tribunal arbitral, que busquen o pretendan evitar algún daño inminente, puedan, vía acuerdo previo, designar a un tercero o árbitro de urgencia” (en vez recurrir al Juez) que tendrá la potestad de ordenar medidas provisionales solicitadas por una o más partes del contrato.

Esto es lo que la Cámara de Comercio Internacional de Paris denomina “Procedimiento precautorio prearbitral” o, como se conoce en Estados Unidos de Norteamérica como “árbitro de urgencia” y está especialmente pensado para aquellos casos en que con urgencia deben tomarse medidas provisionales.

Para la procedencia de dicha designación, las partes previamente deberían haber fijado dicha posibilidad en el convenio arbitral. De lo contrario, ante un posible daño que, posteriormente, haga imposible el laudo definitivo, estando a que no se ha instalado el tribunal, debería promoverse la solicitud cautelar ante el juez natural, como actualmente lo regula nuestra norma.

Procedimiento de designación del árbitro de urgencia

---

<sup>18</sup>SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. “Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (D.L. 1071)”. En: Revista Peruana de Arbitraje nro. 7, Magna Ediciones, Lima 2008. p. 85

Para el procedimiento de designación, no existirá problema en los casos en el que las partes pacten en el convenio arbitral la posibilidad del árbitro de urgencia y el arbitraje a desarrollarse sea institucional. Así, ingresada la solicitud por una de las partes o ambas partes, el presidente o el Consejo Superior de Arbitraje de la institución resolverá el pedido.

Sin embargo, en los casos de arbitrajes ad hoc y siempre que exista convenio arbitral que prevea la posibilidad de designar un tercero o árbitro de urgencia, se puede establecer legalmente que quien designe el árbitro de urgencia en esos casos, sea la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje.

Este árbitro de urgencia conocerá las circunstancias del caso de la forma más expedita posible y se le otorgaría la potestad de dirigir el procedimiento de la manera que éste considere más apropiada, incluido el derecho a tener acceso a todos los documentos que a tales efectos pueda considerar necesarios, así como a los lugares donde estime conveniente desarrollar una investigación.

El “tercero” podrá además convocar a las partes a que comparezcan ante él o ella en el menor plazo posible. Los resultados de sus investigaciones e indagaciones serán comunicados a las partes para sus comentarios. En todos los casos, éste árbitro de urgencia deberá asegurarse de que la parte en contra, de la cual la orden sería eventualmente tomada, haya tenido la posibilidad de enviar su contestación o comentarios.

Una amplia gama de potestades podrían ser concedidas. Por ejemplo, podrá ordenar medidas de conservación, medidas de restauración, o cualquier medida que estime necesaria para preservar o determinar una evidencia. También podría ordenar a las partes efectuar un pago debido o firmar o incluso entregar un documento<sup>19</sup>.

Bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París, no resulta claro si los árbitros de urgencia puedan decretar medidas cautelares como embargos y secuestros de bienes y activos. La doctrina ve en estas clases de medidas cautelares el ejercicio del *imperium*, del que solo gozan los jueces estatales. Siendo esto así, resultaría imprescindible en estos casos apelar al rol complementario, para que se nos brinde el auxilio ya comentado.

---

<sup>19</sup> <http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id5095/langtype1034/index.html>

En todo caso, el desacato de una medida cautelar será tomado en cuenta por el tribunal arbitral al momento de expedir el laudo definitivo. Como consecuencia de dicha conducta de desacato también podrá haber repercusiones negativas concretas y tangibles como lo es el análisis y la determinación de una condena por daños y perjuicios. Sobre el particular, Graham Tapia nos advierte que, en ocasiones, una resolución arbitral que ordena una medida cautelar incluye un texto “*educativo*” e “*informativo*” respecto de las consecuencias adversas para el caso de que la parte contra la cual se ordenen las medidas no cumpla con ella, siendo elemental no olvidar que, aunque la resolución en cuestión no incluya un texto similar, de todas maneras esas consecuencias estarán implícitamente previstas. Esta afirmación tiene su base en las amplias facultades del tribunal para conducir el procedimiento y valorar distintos elementos de prueba. Por ello, una medida cautelar se debe tomar muy en serio<sup>20</sup>.

### III. ¿CONFIDENCIALIDAD = PREDICTIBILIDAD? LA PUBLICIDAD DE LOS LAUDOS

Como mencionamos al inicio, soy un convencido de que todo inversionista busca seguridad jurídica o predictibilidad. Un laudo anticipado o fidedigno relacionado con su posible controversia permite a los inversionistas tomar decisiones respecto de sus negocios.

Entonces, los comerciantes deberían estar en la posibilidad de conocer que leyes se aplicarán en casos similares al suyo o como resolverá el árbitro peruano su controversia. Como vemos, cuando me refiero a publicidad, transparencia, predictibilidad, únicamente me refiero a los laudos arbitrales, pues, en estricto, a las actuaciones arbitrales sólo podrán acceder las partes.

Como lo ha referido la literatura, la doctrina se divide entre “publicistas” y “confidencialistas”<sup>21</sup>. En el arbitraje aún nos encontramos con la política del “secreto”, y así lo señala taxativamente el artículo 51° del Decreto Legislativo 1071. Sin embargo, considero que el arbitraje es un mecanismo de resolución de conflictos y, como tal, de cierta manera asume obligaciones frente a la sociedad.

La publicidad ayudaría a los inversionistas y a la ciudadanía en general. En este último caso, estando a la especialidad de los árbitros, cabe la probabilidad de generar verdaderos precedentes mediante laudos arbitrales, lo que podría ayudar incluso al sistema estatal.

<sup>20</sup> PERALES VISCASILLAS, Pilar y TORTEROLA, Ignacio. *Nuevo Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado*, Legis, Argentina 2011. p. 266.

<sup>21</sup> TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. “*Confidencialidad o publicidad en el arbitraje*”. En: <http://consensos.pucp.edu.pe>

De esta manera, se otorgarían a los árbitros laudos anteriores con una rica reflexión que facilitará sentar precedente o “jurisprudencia” arbitral<sup>22</sup>. El enorme esfuerzo de los árbitros al solucionar un determinado caso merece tener una repercusión en beneficio de la sociedad. También la publicidad de los laudos desincentiva a los “malos” árbitros (que aún hay en todos lados) de expedir pronunciamientos variados o con un pobre nivel académico.

El profesor *Fernando de Trazegnies*, manifiesta que en el plano internacional, en 1985, la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, permitía a su secretario, la publicación de los laudos, eliminando los nombres propios. También, en 1995, la Alta Corte de Australia, en el caso *Esso versus Plowman*, fue quizá la que primero sostuvo que la confidencialidad no era inherente a los procesos arbitrales<sup>23</sup>.

De manera más reciente, es factible ubicar los laudos del arbitraje – CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) en su página web<sup>24</sup>, con consentimiento de las partes, a tal punto que estos laudos se usan como jurisprudencia o como modelo de razonamiento en los arbitrajes de inversión.

En el Perú, la publicidad de los laudos no es ajena en el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. De una manera ordenada, año tras año se publican, en su página web,<sup>25</sup> los laudos arbitrales relacionados con la materia.

Por ello considero que la publicidad de los laudos arbitrales debería estar normada en nuestra ley de arbitraje como regla general, y, solo como excepción, la confidencialidad, estando a que existen individuos que aún alegan que por razones comerciales no desean que se conozcan sus controversias.

---

<sup>22</sup>TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de. *ob. cit.*

<sup>23</sup>*Ibid.*

<sup>24</sup><http://icsid.worldbank.org>

<sup>25</sup><http://www.osce.gob.pe>

#### IV. CONCLUSIONES

Como se afirma en la literatura, debemos conservar y promover la autonomía del arbitraje como institución, como disciplina y como instancia de resolución de conflictos ante la interferencia de las normas del proceso civil y las interferencias judiciales en el proceso arbitral<sup>26</sup>.

En ese orden de ideas, nuestra propuesta de modificar el rol subsidiario del Poder Judicial en el arbitraje resulta válida. La influencia internacional del denominado “árbitro de urgencia” o “tercero”, resulta siendo una buena alternativa para “desprocesalizar” y “desjudicializar” las medidas cautelares anticipadas en el arbitraje.

Por otro lado, las decisiones o laudos arbitrales deben ser publicitados, pues ello expande la *predictibilidad* y, en definitiva, la seguridad jurídica. Con esto se fortalece la autonomía del arbitraje y se generaría mayor certeza en los precedentes de los mismos árbitros y una doctrina relevante en dicha materia.

Nuestras propuestas, ayudarán a fortalecer la normativa autónoma del arbitraje que es vista, desde ya, como moderna.

---

<sup>26</sup> RUBIO GUERRERO, Roger. *ob. cit.* p. 13