

La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino

Fernando Cantuarias Salaverry *
Jose Luis Repetto **

En el presente artículo, los autores analizan las diferentes teorías acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje y, en particular, la postura asumida por el Tribunal Constitucional peruano, que coloca al arbitraje en una situación peligrosa.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones. Árbitro nacional e internacional. Miembro del Board of Reporters del Institute of Transnacional Arbitration (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje, de la Association for International Arbitration (AIA), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT). Miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del Energy Arbitrators' list. Es co.autor de la Ley de Arbitraje peruana de 2008.

** Alumno de Décimo Primer Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Presidente del Consejo Directivo y Director de la Comisión de Edición de Forseti.

La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino

1. Introducción

Nadie pone en duda que el arbitraje se ha convertido en las últimas décadas en el mecanismo natural de resolución de disputas a nivel internacional¹. El Perú no ha sido ajeno a este fenómeno, que se ha generado en gran medida desde la promulgación de la Ley General de Arbitraje (Ley 26572) y el Decreto Legislativo 1071.

Esta "explosión" del arbitraje ha promovido a su vez una gran producción académica. Así, por ejemplo, se analizan temas tan interesantes y sofisticados como la incorporación de partes no signatarias, la ejecución de un laudo anulado en la sede y otros tantos temas como los que son abordados en este excelente número de la revista Forseti.

Sin embargo, a la par abordar temas tan interesantes como los arriba indicados, los autores creemos que en nuestro país abordar la problemática de la naturaleza jurídica del arbitraje lamentablemente resulta relevante, debido a que, como se verá más adelante, la postura asumida por nuestro Tribunal Constitucional deja mucho que desear.

En este trabajo, no queremos reproducir lo que ya se dijo en los excelentes libros de texto, o en lo que los profesores Cremades² y González de Cossío³ describen con mucho acierto en sus respectivos artículos publicados en *Lima Arbitration*. Queremos simplemente identificar las principales teorías acerca de la naturaleza jurídica del

¹ Los profesores Emmanuel Gaillard y Fernández Arroyo sostienen que: "En las últimas décadas, el arbitraje se ha convertido en el mecanismo de solución de controversias ordinario para una enorme cantidad de relaciones jurídicas yendo desde las más simples transacciones comerciales a las más complicadas relaciones entre inversores y Estado." Gaillard, Emmanuel y Fernández Arroyo, Diego, P, "Cuestiones claves del arbitraje internacional: Introducción". En: Gaillard, Emmanuel y Fernández Arroyo, Diego P. (ed.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Bogotá, 2013, p. 1.

Gary Born tiene una postura similar: "That perception has not diminished, but rather has been strengthened, during the past several decades. In the words of one distinguished academic: arbitration is the ordinary and normal method of settling disputes of international trade." Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer International Law, 2009, p. 68.

² Cremades, Bernardo, "El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española". En: *Lima Arbitration*, No. 1, 2005, pp. 185-220.

³ González de Cossío, Francisco, "La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico". En: *Lima Arbitration*, No. 2, 2007, pp. 200-214.

arbitraje, referirnos acerca de sus principales aciertos y problemas y contrastarlo con la teoría que prima en el Perú.

2. Las teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje

Antes de que el lector piense que este tema es poco útil o llegue incluso a pensar que este artículo girará en torno a una discusión bizantina, queremos destacar el por qué es importante y útil fijar posición acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje. Muchas de las discusiones acerca de la actividad arbitral y, sobre todo, aquellas vinculadas con la participación del Poder Judicial, dependen de cómo se entienda el arbitraje. Las soluciones prácticas están relacionadas a la concepción acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje.

Por ejemplo, reconocer la validez de un pacto escalonado, dependerá en gran medida de la concepción de arbitraje que se tenga. Acatar o no una orden del Poder Judicial que dispone detener un arbitraje, también dependerá de la noción de arbitraje que tengamos. O incluso algo tan sencillo como que si un árbitro debe ser denunciado por prevaricato dependerá de la representación de arbitraje que tengamos. Y es que como bien señala Gaillard:

“En realidad las discusiones y soluciones prácticas a las que llegan diversos autores y operadores del campo del arbitraje internacional, a veces de manera consciente y en ocasiones de manera menos consciente, se alinean de conformidad con las particulares visiones del arbitraje internacional. A menudo los debates técnicos se manejan como disociados de los presupuestos o sustratos ideológicos que sustentan las diversas concepciones del arbitraje, ignorando que las respuestas a los mismos en realidad dependen precisamente de la concepción del arbitraje que se tenga. Es en este punto que la manera como se aprehende el fenómeno del arbitraje internacional tiene particular relevancia.”⁴

En efecto, mucho de lo que se derive del arbitraje depende de lo que se entiende sobre el arbitraje. Lo que se entiende sobre el arbitraje (las nociones o teorías) vienen a ser los cimientos. Mucho de lo que se construye depende de lo que entendamos sobre su naturaleza jurídica.

Y en el Perú esto es más claro. Todo nuestro sistema jurídico arbitral depende de la concepción que ha adoptado el Tribunal Constitucional, que como veremos más adelante, debe ser revisada a la brevedad. La actividad judicial, sobre todo en materia constitucional, se mueve a partir de lo que el Tribunal Constitucional entiende que es el

⁴ Gaillard, Emmanuel, “Las representaciones del arbitraje internacional”. En: Gaillard, Emmanuel y Fernández Arroyo, Diego P. (ed.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Centro de Estudios de Derecho, Economía y Política, Bogotá, 2013, p.12.

arbitraje. Por ello, la naturaleza jurídica es la clave. Y adoptar la naturaleza jurídica correcta es una tarea complicada que, sin embargo, no se puede ni debe evitar.

La doctrina suele identificar cuatro teorías que explican la naturaleza jurídica del arbitraje. Estas son: la teoría contractual, la jurisdiccional, la mixta o híbrida y la autónoma. Nos detendremos en cada una de ellas, identificando sus ventajas y problemas.

a. Teoría Contractual

La teoría contractual entiende que el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, tiene una clara naturaleza contractual (acuerdo de voluntades). Así, el arbitraje nace y se desarrolla a partir del contrato. En otras palabras, el arbitraje es hijo del contrato.

Como bien explica Gary Born:

“The “contractual” school of thought regarded arbitration as a form of contractual relations. (...) The contractualist school emphasized that arbitrators were not judges (since they performed no “public” function and exercised no powers on behalf of the state). In general terms, the contractualist school placed primary emphasis on the role of party autonomy in the arbitral process.”⁵

Al respecto, Lew, Mistelis y Kröll explican esta teoría:

“The (...) theory emphasises that arbitration has a contractual character. It has its origins in and depends, for its existence and continuity, on the parties’ agreement. The supporters of this theory deny the primacy or control of the state in arbitration and argue that the very essence of arbitration is that it is “created by the will and consent of the parties. The French Cour de cassation in *Roses* formulated the ratio of the contractual theory: “Arbitral awards which rely on an arbitration agreement, constitute a unit with it and share with it its contractual character.” Without subscribing to the idea that the arbitration award is a contract made by the arbitrators who act as proxies of the parties, the Cour de cassation stated emphatically that arbitration has a contractual starting point and that the award is, in principle, of contractual nature too. The real basis for the contractual theory is the fact that the whole arbitration process is based on contractual arrangements. Both the agreement and the award reflect the contractual character of arbitration. The origin of every arbitration is a contract. The parties agree to submit their disputes to arbitration; the state has no influence or control over this decision. If parties do not voluntarily honour the award, it may be enforced as a contract. For some scholars though, the arbitration award is not a contract but a mere joint act (*Gesamtakt*). According to others, the arbitration proceedings and the

⁵ Born, Gary, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 185.

award comprise only "a group of private contractual acts." In any event, modern or traditional versions of the contractual theory make a case for arbitration as an illustration of freedom of contract and an almost unlimited party autonomy, i.e. a private justice system."⁶

En el Perú, Alfredo Bullard es un ferviente defensor de esta teoría:

"Decíamos que el arbitraje es, finalmente un contrato. Lo que llamamos proceso arbitral no es otra cosa que la ejecución de ese contrato. Su origen es el acuerdo y no la delegación del Estado para administrar justicia, pues es falsa la percepción según la cual el origen de la justicia es estatal. Fue, como hemos dicho, privada y luego el sistema jurídico pretendió estatizarla. Por eso más que una delegación de la justicia estatal, el arbitraje es el retorno al origen privado del sistema de solución de controversias."⁷

El principal problema que identificamos con esta teoría, es que desconoce que el arbitraje también depende del reconocimiento estatal. En efecto, esta teoría desecha algo trascendental: la necesidad del respaldo del Estado. Si el Estado no reconoce el arbitraje, el laudo no tendría otro valor que el de un simple contrato.

Es más, sin el respaldo del Estado, estamos seguros que las actuaciones arbitrales difícilmente culminarían en un laudo. En efecto, no es difícil imaginar que una de las partes iría al Poder Judicial cada vez que quisiera paralizar el arbitraje. Basta con ver como son los arbitrajes en los países que no siguen los principios de la Ley Modelo UNCITRAL para comprobar la ineficacia del arbitraje.

Algo de lo criticado a esta teoría es expuesto de manera muy acertada por los profesores Reisman y Richardson:

"Anarchic or libertarian impulses may lead some to look nostalgically back to phenomena like private dispute settlement arrangements in medieval merchant associations and "Pie Powder" courts at the medieval fairs. Those who wish to think of arbitration without any role for government can say that these medieval arbitrations were truly independent of the state; they may also point to the felicitous fact that most contemporary international arbitration awards seem to win voluntary compliance. But how much voluntary compliance with adverse awards would occur if there were no courts in the background poised to enforce them? As for those courts, how willing would they and the governments (whose instruments they are) be to co-sign a "blank check" for enforcement if their own public interests were not assured? Arbitration tribunals and national courts are certainly

⁶ Lew Julian D. M. y Mistelis, Loukas A., *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 77-78.

⁷ Bullard, Alfredo, "¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación". En: *Revista Internacional de Arbitraje*, julio - diciembre 2013, p. 61.

very different but they are inseparable. How they are joined is the essential, the existential question of all forms of arbitration.”⁸

Como se comprobará más adelante, si bien estamos convencidos que la autonomía de la voluntad es clave en el arbitraje, éste solo puede ser el punto de partida, pero no de llegada. En otras palabras, esta teoría peca al no considerar el respaldo del Estado.

b. Teoría jurisdiccional

En el polo opuesto se encuentra la teoría jurisdiccional del arbitraje. Los defensores de esta postura, consideran que el arbitraje no depende de la voluntad de las partes, sino de la voluntad del Estado. Entienden que el arbitraje nace del reconocimiento del Estado. Éste ser soberano y plenipotenciario es quien delega a los particulares la facultad de solucionar sus conflictos. Sin reconocimiento estatal y sin una adecuada regulación sobre la intervención judicial en el arbitraje, este último no se desenvolvería. En ese sentido, se concluye que el arbitraje es una jurisdicción porque la Constitución o la ley así lo establecen.

Justamente sobre este particular, Lew, Mistelis y Kröll afirman que:

“The jurisdictional theory relies on the state power to control and regulate arbitrations which take place within its jurisdiction. The interpretation and application of the law and the determination of disputes is a sovereign function normally exercised by national courts established by the state for that purpose. Parties can only submit to arbitration to the extent expressly allowed or accepted implicitly by the law of the place of arbitration. According to the jurisdictional theory, the state allows within its territory privately administered justice systems (delegated justice or parallel justice) by way of assignment or tolerance. This follows from the legal effect which a state and its legal system attaches to an arbitration agreement and to an arbitration award. Consequently, arbitrators exercise a public function. The jurisdictional theory is based on the quasi-judicial role of the arbitrator, as an alternative to the local judge and with the acceptance of the local law. The increasing “judicialisation” of arbitration has been also addressed in scholarly writings. It is beyond doubt that arbitrators resolve disputes and that their decisions are final and binding. In the absence of the agreement to arbitrate, these disputes would be referred for determination in the national courts. The jurisdictional theory is summarized as follows: It follows that the arbitrator, like the judge, draws his power and authority from the local law; hence the arbitrator is considered too closely resemble a judge. [...] The only difference between judge and arbitrator is that the former derives his nomination and authority directly from the sovereign,

⁸ Reisman, W. Michael y Richardson, Brian, “The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration”. En Albert Jan van den Berg (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series, Volumen 16, Kluwer Law International, 2012, pp. 17-18

whilst the latter derives his authority from the sovereign but his nomination is a matter for the parties.”⁹

El principal problema de esta teoría, es que no reconoce que la autonomía de la voluntad de las partes (principio fundamental en la contratación moderna y que es fruto de la libertad de todos los sujetos) es esencial para el nacimiento de la institución del arbitraje y para la aplicación de muchas de las reglas que requiere para su correcto funcionamiento (por ejemplo, libertad de regulación del procedimiento).

Además, es sumamente riesgoso que se afirme que el arbitraje dependa de manera exclusiva de la voluntad del legislador. De ser ese caso, bastaría un simple cambio de las reglas de juego para que el arbitraje desaparezca y se convierta en un simple pacto sin mucho sentido.

Otro problema que plantea la teoría jurisdiccional del arbitraje, es el no reconocimiento de las cláusulas escalonadas de solución de controversias¹⁰, y esto no es un tema menor. A través de las cláusulas escalonadas de solución de controversias, las partes acuerdan que el conflicto será sometido a una mediación o a una conciliación (u otro mecanismo acordado), y que solo si no se llega a una solución en un plazo determinado de tiempo, recién se podrá iniciar el arbitraje. Si tenemos una concepción jurisdiccionalista del arbitraje, este pacto de mediación o cualquier otro paso previo convenido a realizarse antes del arbitraje no tendría mayor eficacia. Ello ya que, como el arbitraje es jurisdicción y nada puede impedir el acceso a la misma, ese pacto carecería de valor. Simplemente podría ser desechado.

Otro inconveniente es que se equipara al juez con el árbitro, lo que puede dar lugar a mil y un problemas, empezando con la forma como tradicionalmente se designa a un juez frente a la manera como se suele nominar a un árbitro, sus requisitos, ética, etc.

⁹ Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A., *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 73-74.

¹⁰ Berger apunta que: “Escalation clauses provide that, in the event of a dispute between the parties, dispute resolution is to proceed through a sequence of ‘multi-step levels’ of dispute resolution processes. Arbitral proceedings will not be initiated until the end of such sequence”. Klaus Peter Berger, “Law and Practice of Escalation Clauses”. En: *Arbitration International*, Volumen 22, Issue 1, Kluwer Law International, 2006, p. 1. También Carter sostiene que: An “integrated” or “multi-tiered” dispute resolution system is one in which parties to an agreement provide for several distinct stages in the handling of any controversies that may arise under the contract, generally with an intention that matters potentially will escalate from one tier to the next if not resolved. These escalating steps may include formal negotiation, followed by conciliation, followed if necessary by arbitration or, in some instances, court litigation.” James H. Carter, “Part I - Issues Arising from Integrated Dispute Resolution Clauses”. En: Albert Jan van den Berg (ed.), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond, ICCA Congress Series, 2004*, Volume 12, Beijing, Kluwer Law International, 2005, p. 446.

Por último, una teoría como esta también afectará, qué duda cabe, la manera como se deberán regular con mayor o menor libertad las actuaciones arbitrales, así como la intervención judicial en el arbitraje.

c. Teoría mixta o híbrida

En el medio de las dos teorías ya tratadas (y buscando evitar los problemas identificados), se encuentra la teoría mixta o híbrida. Consiste básicamente en una compatibilización de las teorías antes descritas. Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por el otro lado, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado, el arbitraje sería de poca utilidad.

El arbitraje es pues para esta teoría un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales.

Como bien indica Gary Born:

“More recently, commentators have advanced the theory that arbitration is “hybrid” or “mixed,” involving elements of both contract and jurisdiction. “Although deriving its effectiveness from the agreement of the parties, as set out in the arbitral agreement, [arbitration] has a jurisdictional nature involving the application of the rules of procedure.” This school offered comparatively little analysis as to what characteristics arbitration “should” demonstrate, focusing instead on the parties’ autonomy.”¹¹

En aquellos países en los que el arbitraje goza de buena salud, no ha primado una teoría netamente contractualista, ni tampoco una teoría netamente jurisdiccionalista (como la adoptada en muchos países sudamericanos). Lo que ha primado ha sido la teoría mixta. En efecto, esto es expuesto de manera acertada por los profesores Lew, Mistelis y Kroll:

“The mixed or hybrid theory **has become the dominant world-wide theory** as elements of both the jurisdictional and the contractual theory are found in modern law and practice of international commercial arbitration. According to the mixed theory we have a private justice system created by contract. It is also common that such a hybrid system exists de facto. This can be seen in cohabitation of the jurisdictional approach of the New York Convention with the contractual approach of French law. Thus, both the contractual origin and the jurisdictional function have an important influence on arbitration. An effect of the hybrid or mixed theory is to acknowledge the strong, though not overwhelming, connection between

¹¹ Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, p. 186.

arbitration and the place where the tribunal has its seat.”¹² (Énfasis agregado).

Del mismo modo, Fouchard, Gaillard y Goldman afirman que:

“The contractual relationship between the arbitrators and the parties cannot be reduced to a familiar category found in civil law systems. It shares the hybrid nature of arbitration itself: its source is contractual, but its object is judicial, and **authors worldwide are now virtually unanimous on that point.** Its judicial object must not be confused with the purely contractual consequences to which it gives rise.”¹³ (Énfasis agregado).

Nosotros consideramos que esta postura es la más acertada. En efecto, imaginemos por un momento, que no existe ley de arbitraje. Pues bien, en ese escenario, difícilmente el acuerdo de las partes podría impedir la competencia exclusiva del Poder Judicial. En otras palabras, es el marco legal el que sin duda alguna, al reconocer de manera expresa la autonomía de voluntad de las partes plasmada en un convenio arbitral, limita la intervención judicial. Y lo hace además con el reconocimiento legal de los principios kompetenz-kompetenz y separabilidad del convenio arbitral y con una adecuada regulación de la excepción de convenio arbitral, sin los cuales el arbitraje simplemente no podría funcionar o lo haría de manera menos eficiente.

Es más, una decisión de los árbitros (denominado laudo) que no tuviera la calidad de cosa juzgada, simplemente no tendría mayor eficacia, y ese reconocimiento requiere de un apoyo netamente normativo.

Pero, al mismo tiempo, es inadmisibles que no se reconozca la importancia significativa que tiene la autonomía de voluntad de las partes en la configuración del arbitraje y en el establecimiento de sus reglas que regularán las actuaciones arbitrales.

Por tanto, es correcto cuando esta teoría postula, con absoluta razón, que el arbitraje es un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales.

d. Teoría autónoma o deslocalizada

Según la teoría autónoma, el arbitraje se desenvuelve en un régimen independiente, libre y emancipado de cualquier ordenamiento jurídico. En otras palabras, tiene un carácter autónomo. Esta teoría fue desarrollada en 1965 por Rubellin-Devichi, quien sostiene que la naturaleza del arbitraje se puede determinar analizando las prácticas y los objetivos que persigue. Manifiesta que el arbitraje no se puede clasificar como exclusivamente contractual o jurisdiccional y que tampoco es una institución mixta.

¹² Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A., *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 79.

¹³ *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Gaillard, Emmanuel y Savage, John (eds.), Kluwer Law International, 1999, p. 606.

Al respecto, el profesor Emmanuel Gaillard, revela que:

"(...) the transnational vision goes one step further than the Westphalian approach to contemplate the states collectively, rather than individually. This representation recognizes the source of legitimacy of arbitration as rooted in the views developed collectively by the community of nations through instruments such as the 1958 New York Convention, the UNCITRAL Model Law and numerous guidelines which express a common view as to how an arbitration should be conducted so as to be recognized as a legitimate means of adjudication. In other words, in this vision, the source of validity and legitimacy of the arbitral process is found in the collective normative activity of states. This representation also corresponds to international arbitrators' strong perception that they do not administer justice on behalf of any particular state, but that they play a judicial role for the benefit of the international community".¹⁴

Lew, Mistelis y Kroll explican la diferencia entre la teoría mixta y la autónoma:

"(...) the autonomous theory is an enlightened development of the mixed theory. However, it has the added dimension of being in tune with the modern forms of non-national, transnational and delocalised arbitration, as it does not attach too much value to the seat of arbitration and its law."¹⁵

Quienes conciben el arbitraje como autónomo, sostienen que el arbitraje se ha desarrollado para ser un sistema no nacional para resolver disputas comerciales. Los más acérrimos defensores de esta postura, consideran que el arbitraje puede vivir y desarrollarse sin reconocer importancia a los marcos legales locales (de allí que se afirme la existencia de arbitrajes deslocalizados o anacionales). En ese sentido, Lew Mistelis y Kroll agregan que:

"(...) they expected the arbitrators would be impartial and fair; they believed the ultimate award would be final and binding, and they presumed that it would be easily enforceable. Arbitration, organized the way they considered it appropriate, is how the parties have decided to determine disputes between them. National criteria are of little significance to the international commercial community, as national public policy and mandatory law has little influence on the day to day conduct of the international arbitration process. (...)

International commercial arbitration is a fact of life. It is used by the international business world because it can be, and has been, tailored for their particular needs. In its course, arbitration practice has been the catalyst for the development of new and less parochial national arbitration laws, and truly international instruments to regulate what happens in

¹⁴ Gaillard, Emmanuel, "International Arbitration as a Transnational System of Justice". En: van den Berg, Albert Jan (ed.) *Arbitration: The Next Fifty Years ICCA Congress Series 16*, Geneve 2011, Kluwer Law International, p. 67.

¹⁵ Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A., et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 80.

practice. It is the practice of arbitration rather than national considerations that now controls the arbitration framework. To meet the needs and expectations of the parties national and international laws have been amended. It is the process and its users, rather than the national interest and the law, that has determined the changes to international arbitration practice".¹⁶

Según Mistelis, la teoría autónoma es una evolución de la teoría mixta, que mezcla el carácter jurisdiccional y el contractual, pero que:

"(...) shifts the focus from the control that the law of seat of arbitration may exercise and the autonomy of parties to the business and legal level where parties agree to and participate in the arbitration process".¹⁷

Agregan Lew, Mistelis y Kroll, que esta es la teoría que inevitablemente dominará el arbitraje en el futuro:

"This theory which prevails today will inevitably dominate arbitration in the years to come."¹⁸

Sin embargo, esta teoría es en nuestra opinión acertadamente criticada por Reisman y Richardson, quienes sostienen que el arbitraje no puede ser autónomo y vivir en una nube, ya que no existe un sheriff internacional dedicado a ejecutar laudos, sino que el arbitraje está inexorablemente vinculado a las cortes judiciales nacionales:

"Parties initially agree to a jurisdiction for their arbitration in order to avoid the potential bias of a particular national court or courts which might have a predilection for its own national or affiliate. But arbitration is not an autonomous system, as we stated at the outset; its functioning is inextricably linked to national courts. Because there is no international arbitral sheriff to enforce an award, those same national courts that could be skirted in the earlier phases must then be recruited for enforcement once an award is rendered."

Nosotros creemos que esta teoría, pese a que su aceptación ha ido creciendo esencialmente entre los académicos, tiene como principal inconveniente aquello que mencionan Reisman y Richardson. El arbitraje ha proliferado en el mundo entero porque es un método eficaz de solucionar controversias. Y vale la pena hacer el énfasis en eficaz. La eficacia depende directamente del reconocimiento que tengan las

¹⁶ Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A., *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 81.

¹⁷ Lew, Julian D. M., Mistelis, Loukas A., *et al.*, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 81.

¹⁸ Reisman, W. Michael y Richardson, Brian, "The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration". En Albert Jan van den Berg (ed.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, ICCA Congress Series, Volumen 16, Kluwer Law International, 2012, p. 27.

actuaciones arbitrales y el laudo en las cortes. El arbitraje necesita del Poder Judicial. Por ello, quienes afirman que el Poder Judicial es enemigo del arbitraje están equivocados. Los malos jueces pueden ser enemigos del arbitraje, pero el arbitraje necesita del sheriff que haga cumplir el acuerdo de las partes y lo decidido por los árbitros. Y esto no entra en el análisis de la teoría autónoma.

3. Naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano

Vistos los aciertos y debilidades de cada una de las teorías, ha llegado el momento de verificar cuál es la teoría que ha sido adoptada en el Perú y si esta postura es la adecuada o si, por el contrario, el arbitraje en el Perú puede verse afectado en su correcto funcionamiento.

Pues bien, el Tribunal Constitucional peruano ha hecho suya la teoría jurisdiccional. Y fijémonos, además, en el lenguaje que utiliza:

“Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este Colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.”¹⁹

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional a partir de una simple y poco seria interpretación literal de la Constitución peruana de 1993, ha adoptado la postura jurisdiccional.

Debemos destacar que el Tribunal Constitucional ha tenido varias oportunidades en fallos posteriores al citado para, por ejemplo, aprender un poco más acerca del arbitraje y de las importantes opiniones doctrinales y jurisdiccionales que han adoptado con corrección la teoría mixta o híbrida, por ser la teoría que no sólo refleja lo que es el arbitraje, sino que, además, es la que mejor permite su eficiente funcionamiento. Sin embargo, nuestro TC simplemente no se detuvo en momento alguno a analizar los pros y los contras de cada una de las teorías y simplemente de manera mecánica y poco reflexiva adoptó la teoría jurisdiccional.

Si nos detenemos por un momento a identificar “la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen” (como así lo afirmó el TC en el fallo citado), nos daremos cuenta que el resultado no puede ser otro que mezclar la teoría contractual y la jurisdiccional y adoptar, en consecuencia, la teoría mixta o híbrida.

¹⁹ STC 6167-2005-PHC/TC

Dicho de otro modo, si nos guiamos por “la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen”, no llegaremos a otro lado que no sea que el arbitraje es un acuerdo (contrato) con efectos jurisdiccionales. Afirmar lo contrario es pretender tapar el sol con un dedo.

Por si ello fuera poco, el Tribunal Constitucional ha tenido la ligereza de afirmar que el artículo constitucional referido a la autonomía privada “tiene su origen y, en consecuencia, su límite” en la disposición constitucional que identifica los tipos de jurisdicción que existirían en nuestro país (entre ellos, la malamente llamada “jurisdicción arbitral”). Y frente a esto, la pregunta corresponde realizar es: ¿por qué el análisis no fue a la inversa? En ese sentido: ¿Por qué no se reconoció, como correspondía hacer, que el arbitraje se nutre decididamente de la autonomía de voluntad privada y que sólo en sus efectos tiene la naturaleza jurisdiccional que señala el artículo 139 de la Constitución?

Al no haberlo hecho de la manera indicada en el párrafo precedente y, en cambio, al haber abrazado sin tapujos la teoría jurisdiccional, el Tribunal Constitucional peruano ha abierto las puertas para que todos los problemas que hemos identificado al tratar la teoría jurisdiccional, puedan en algún momento pasarle la “factura” al arbitraje en el Perú.

La demostración más palpable de que la “factura” se ha pasado y que aun cuando por ahora las aguas se han calmado, el problema podrá volver en cualquier momento, es por ejemplo, la problemática de las acciones de amparo contra los laudos arbitrales.

Si bien nadie que aprecie el arbitraje podría estar en contra del precedente “María Julia”²⁰ en cuanto al fondo de la solución que finalmente adoptó el Tribunal Constitucional, de una simple lectura de las consideraciones de dicho fallo a la luz de la teoría jurisdiccional del arbitraje, se puede afirmar que así como se ha reconocido que el recurso de anulación es la única vía que corresponde apelar para atacar la validez de un laudo, también es posible –jurisdiccionalmente hablando- cambiar de la noche a la mañana la decisión adoptada.

En conclusión, en nuestra opinión el Tribunal Constitucional simplemente se ha enredado en su propia telaraña para tratar de solucionar un problema (el amparo contra un laudo) que él mismo creó al abrazar sin mayor análisis y reflexión la teoría jurisdiccional. Esto se pudo evitar afirmando correctamente que el arbitraje es un contrato con efectos jurisdiccionales y que, por lo tanto, la única vía para atacar la validez de un laudo es el recurso de anulación previsto por las partes al momento en el que, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, decidieron pactar el arbitraje.

Este y muchos otros problemas que previsiblemente enfrentará el arbitraje en el Perú en los próximos años, podrían ser razonablemente solucionados e, inclusive,

²⁰ STC 00142-2011-AA/TC.

eliminados de raíz, si es que el "cimiento" está firme: para ello se requiere que nuestra máxima instancia de justicia acepte que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional, sino que se trata de un contrato con efectos jurisdiccionales.