

¿Cómo Defender la Jurisdicción Arbitral Pactada Frente a las Cautelares y a los Amparos?

Manuel Villa-García N.

En Perú el Tribunal Constitucional ha consagrado una nueva etapa dentro de cada proceso arbitral, y este es el proceso de amparo que puede plantearse luego que el Poder Judicial se pronuncie sobre el recurso de anulación.

La creación y la consagración constitucional de la Jurisdicción Arbitral fue producto de la necesidad de contar con un medio alternativo de solución de controversias.

En efecto, ante la gran carga procesal de nuestras cortes, el Arbitraje nació como una alternativa para todos aquellos que necesitaban resolver un conflicto de intereses de forma legal, rápida y eficiente. Así, un conflicto sometido a Arbitraje podía ser resuelto en un plazo promedio de seis meses.

Sin embargo, últimamente, algunos Procesos Arbitrales han sufrido una serie de ilegales intervenciones por parte de algunos Magistrados del Poder Judicial que pretenden desconocer su Jurisdicción. Así, mediante este tipo de ilegales intervenciones, los Procesos Arbitrales son suspendidos por un tiempo indeterminado o los Laudos Arbitrales no pueden ser ejecutados.

A lo largo de la presente exposición, señalaremos algunas de las formas en las cuales el Poder Judicial ha intervenido en la Jurisdicción Arbitral y plantaremos las alternativas que todo litigante puede utilizar para defender dicha Jurisdicción.

El Poder Judicial, aliado del Arbitraje para que éste sea exitoso

Para que un Proceso Arbitral sea exitoso, en muchos casos, requerimos de un aliado muy importante: el Poder Judicial.

La Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, establece claramente los supuestos en los cuales, aún cuando las partes incorporen una Cláusula Arbitral a sus contratos, las partes tendrán que acudir al Poder Judicial.

Al respecto, cabe mencionar algunos supuestos que determinan la intervención del Poder Judicial:

- En la celebración de un Convenio Arbitral, durante la tramitación de un Proceso Judicial, disponiendo el Juzgado, el archivamiento de éste si el Convenio Arbitral incluye todas las materias en litigio.
- En la designación de un Árbitro: cuando las partes no se hayan sometido a un Reglamento de un Centro de Arbitraje y una de ellas incumple con la designación de un Árbitro.
- En la designación del Presidente del Tribunal Arbitral (que se da en el mismo caso que el ejemplo anterior): cuando los dos Árbitros nombrados por las partes no se ponen de acuerdo para designar al Presidente.
- En el caso de Árbitro Único: cuando igualmente las partes no se hayan sometido a un Reglamento de un Centro de Arbitraje, y las partes no se ponen de acuerdo para designarlo.
- En el caso que un tercero o un Centro de Arbitraje, al cual las partes se sometieron, no cumple con designar a el o los árbitros dentro del plazo establecido.
- En la recusación de un Árbitro: cuando las partes no se hayan sometido a un Reglamento Arbitral.
- En la actuación de una prueba.
- En la ejecución de Medidas Cautelares.
- En la tramitación del Recurso de Anulación (o Apelación, si se hubiera pactado).
- En la ejecución del Laudo Arbitral: cuando la parte que ha perdido el proceso se niega a cumplir con lo dispuesto en dicho Laudo.

Como se puede apreciar, la Institución Arbitral requiere, necesariamente, del Poder Judicial ya que complementa y coadyuva a la eficiencia y eficacia de cada proceso.

Es evidente entonces que si la intervención del Poder Judicial no se realiza de forma rápida e inmediata, y respetando la Jurisdicción Arbitral consagrada en la Constitución, los arbitrajes se dilatarían innecesariamente volviéndose totalmente ineficientes.

No debemos perder de vista que la institución arbitral se dio como consecuencia que resultaba imprescindible crear un mecanismo alternativo de solución de controversias para descongestionar en parte el Poder Judicial.

La intervención del Poder Judicial en la Jurisdicción Arbitral: Dos casos emblemáticos

Como es de conocimiento de la opinión pública, la independencia de la Jurisdicción Arbitral ha sido vulnerada por una minoría de Magistrados del Poder Judicial.

Dos casos emblemáticos de este abuso son los casos de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. y de Aristocrat Technologies Inc., las cuales a través de la publicación de avisos en diversos medios de prensa, tuvieron que luchar contra esta situación.

Pero meditemos un poco: ¿qué piensan los inversionistas y empresarios de nuestro país y/o del extranjero cuando leen en los diferentes diarios los avisos de Minera Sulliden Shahuindo S.A.C. o de Aristocrat Technologies Inc.?

Evidentemente muchos se preguntarán si es aconsejable someter sus contratos de millones de dólares, a la Jurisdicción Arbitral, en el caso de una eventual controversia.

Sin duda, y a pesar de la existencia de estos dos casos emblemáticos que ejemplifican lo que no debe ocurrir con la Jurisdicción Arbitral, consideramos que, como abogados, debemos responder esta interrogante recomendando a nuestros clientes que establezcan en sus contratos una Cláusula Arbitral.

Estos dos casos, que han afectado notablemente la Jurisdicción Arbitral del Perú, han surgido, lamentablemente, por la actitud complaciente de algunos Magistrados del Poder Judicial. Sin embargo, hay que reconocer que en última instancia, las sentencias que vulneraron la Jurisdicción Arbitral fueron revocadas por la Corte Suprema del Poder Judicial o por el Tribunal Constitucional.

Las Cautelares, los Amparos y los Procesos Penales iniciados contra los Procesos Arbitrales y/o los Árbitros

No hace mucho, a través de los avisos publicados en la prensa por Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., y por Aristocrat Technologies Inc., se dio a conocer a la opinión pública la existencia de múltiples Medidas Cautelares y Procesos de Amparo, iniciados en contra de los Procesos Arbitrales tramitados por dichas compañías.

Algunos Magistrados del Poder Judicial, a través de los mencionados Procesos Cautelares y de Amparo, dispusieron ilegalmente, la suspensión de estos arbitrajes.

Inclusive, en el caso del arbitraje tramitado por Minera Sulliden Shahuindo S.A.C., se inició un proceso penal contra los árbitros.

Como resultado de este atropello a la Jurisdicción Arbitral, el 4 de julio de 2005, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú, el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Cámara de Comercio Canadá – Perú, la CONFIEP y el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía, se unieron para publicar un Comunicado a la Opinión Pública, en el Diario El Comercio manifestando su “preocupación sobre la vigencia plena de la institución del Arbitraje en el Perú y su incierto futuro”.

La reacción de la Corte Suprema del Poder Judicial fue inmediata y el mismo 4 de julio de 2005, emitió el Oficio Circular N° 005-2005-P-CS-PJ, que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de agosto de 2005. A través de este Oficio, la Corte Suprema se dirigió a todos los Presidentes de las Cortes Superiores de nuestro país y solicitó “que la intervención de los órganos jurisdiccionales se produzca en los casos taxativamente prescritos en la Constitución del Estado, Ley General de Arbitraje N° 26572 y, demás disposiciones legales sobre la materia; esto, a efecto de evitar colisiones innecesarias”.

Sin embargo, algunos Magistrados del Poder Judicial siguieron actuando de forma ilegal y atacando la Jurisdicción Arbitral.

La OCMA y la Especialidad del Magistrado

Es evidente que aquellos Magistrados que emiten sentencias que vulneran la Jurisdicción Arbitral son Magistrados complacientes con los demandantes o que han incurrido en un grave error.

¿Qué puede hacer un litigante en estos casos?

Un primer paso es recurrir a la Oficina de Control de la Magistratura del Poder Judicial (en adelante OCMA).

La función de la OCMA es proteger y salvaguardar al litigante contra todo aquel Magistrado que no actúe correctamente.

Lamentablemente en algunos casos se cumple el dicho popular “otorongo no come otorongo” por la forma particular en la que está conformada la OCMA o las Oficinas Distritales de Control de la Magistratura (en adelante ODICMAS).

Nos explicamos. Es común y frecuente que un Magistrado que viene despachando normalmente en su Juzgado, al inicio del año judicial, (coincidentalmente con el cambio de Presidente de Corte Suprema y de Presidente de cada una de las Cortes Superiores), sea trasladado a la OCMA o a las diversas ODICMAS, y que al término de dos años, dicho Magistrado, usualmente, regrese a su Despacho de origen.

La consecuencia es lógica, ningún Magistrado puede controlar con total imparcialidad e independencia si al cabo de un tiempo va a ser controlado por otros.

Por ello, somos de la opinión que cuando la Ley Orgánica del Poder Judicial establece las Especialidades en Derecho Civil, Familia, Contencioso Administrativo, La-

boral, Penal y ahora también la Sub Especialidad en Derecho Comercial así como la Sub Especialidad en Derecho Constitucional, debería crearse la Especialidad de Control.

En consecuencia, todo Magistrado que ingrese a la OCMA o a las ODICMAs del Poder Judicial, deberá permanecer siempre dentro de dicha Especialidad (a no ser que por causa justificada, sustenten el cambio).

De esta manera, con seguridad veríamos en muy corto tiempo un cambio sustancial en este organismo del Poder Judicial, lo que sería de gran ayuda para todos los litigantes y en especial para aquellas personas que pactan Cláusulas Arbitrales.

Inclusive, podemos generalizar el comentario anterior, mencionando que los Magistrados que se desempeñan en una Especialidad específica no pueden ser cambiados a otra totalmente diferente porque se da el cambio de Presidente de Corte Superior. A manera de ejemplo, podemos mencionar que un Vocal de la Sub Especialidad en Derecho Comercial ha sido enviado a integrar la OCMA, y en consecuencia podríamos preguntarnos, ¿qué especialidad tiene?, ¿la de control o la de comercial?

Nosotros sustentamos que en un mundo globalizado y moderno como el que vivimos no caben Magistrados todistas, y por ello es esencial que el Poder Judicial empiece a cumplir lo que establece su ley orgánica.

En nuestro país no existen Magistrados realmente especializados. Para cambiar el Poder Judicial no siempre es necesario modificar las leyes, en este caso resulta necesario cumplir con la Ley Orgánica del Poder Judicial y respetar la Especialidad.

Al respecto, durante los primeros días de abril de 2007, diversos medios de comunicación han dado cuenta que en el Congreso de la República se ha aprobado el Proyecto de Ley de la Carrera Judicial, aún no promulgado por el Poder Ejecutivo, y que establece en sus artículos 36 y 37 lo siguiente:

“Artículo 36.- Derecho al mantenimiento de la especialidad

La especialidad de los jueces se mantiene durante el ejercicio del cargo, salvo que por razones de necesidad en el servicio de impartición de justicia se requiera el cambio de especialización.

El ingreso a una función especializada no impide postular a distinta especialidad. El juez puede recuperar su especialidad solamente cuando se produzca una vacante.

En el caso de crearse nuevas especialidades, el juez podrá solicitar su cambio de especialidad.”

“Artículo 37.- Determinación de la especialidad

La especialidad se determina por:

1. *La aprobación de los Programas de especialización impartidos por la Academia de la Magistratura;*
2. *la antigüedad en la especialidad durante el ejercicio de la función jurisdiccional;*
3. *el ejercicio de la docencia universitaria en la materia;*

4. *la realización de investigaciones y otros trabajos académicos similares, en la materia;*
5. *las publicaciones sobre materia jurídica especializada;*
6. *los grados académicos de la especialidad; y;*
7. *los trabajos desempeñados en materias afines.”*

El Poder de la Prensa

Sin embargo, consideramos que acudir a la OCMA no es la única opción que tienen los litigantes que se ven afectados por la tramitación de un Proceso Judicial ilegal que menoscaba la Jurisdicción Arbitral.

Los medios de comunicación son el último refugio al que puede acudir todo litigante luego que la OCMA y las ODICMAs no responden oportunamente ante las quejas planteadas.

La lucha titánica contra la corrupción y la defensa de la Jurisdicción Arbitral no hubieran sido posibles sin el Poder de la Prensa. Sin embargo, para ello, los litigantes deben invertir una considerable suma de dinero.

Lamentablemente, no todo litigante cuenta con recursos suficientes para afrontar una Campaña de Prensa, por lo que el objetivo a alcanzar sería que nadie tenga que recurrir a la Prensa para defender sus derechos.

El Tribunal Constitucional: La Defensa del Arbitraje consagrada en los Precedentes Vinculantes:

Por último, aquellos litigantes que necesiten defender la Jurisdicción Arbitral, pueden utilizar en su defensa los Precedentes Vinculantes dictados por el Tribunal Constitucional al expedir las sentencias en el Proceso de Habeas Corpus (Expediente N° 6167-2005-PHC/TC), del 28 de febrero de 2006, y en el Proceso de Amparo (Expediente N° 1567-2006-PA/TC), del 30 de abril de 2006, reafirmando que la batalla judicial emprendida para salvar la Estabilidad Jurídica, las Inversiones y la Jurisdicción Arbitral en el Perú, estuvo plenamente justificada.

En efecto, en la Sentencia expedida en el Expediente No. 6167-2005-PHC/TC, el Tribunal Constitucional consagró los siguientes Precedentes Vinculantes:

1. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, prevista en el artículo 2° inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139° de la propia Constitución. Así, la Jurisdicción Arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.

2. El Tribunal considera y reitera la protección de la Jurisdicción Arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones.
3. Reitera la plena vigencia del principio de la “kompetenz-kompetenz” previsto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje –Ley N° 26572–, que faculta a los Árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los Árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el Proceso Arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del Convenio.

El Tribunal Constitucional resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desee someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los Árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de Jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

4. El Control Judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los Recursos de Apelación y Anulación del Laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje.

Por su parte, el Control Constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5° numeral 4 del precitado código, no proceden los Procesos Constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un Laudo Arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un Proceso Constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho Laudo.

5. El Control Constitucional Jurisdiccional no queda excluido, sino que se desenvuelve *a posteriori* cuando se vulnera el derecho a la Tutela Procesal Efectiva o se advierte un incumplimiento, por parte de los propios Árbitros, de la aplicación de la Jurisprudencia Constitucional o los Precedentes de Observancia Obligatoria, los mismos que los vinculan en atención a los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional ha tratado de poner un límite al uso ilegal e indiscriminado que los litigantes estaban haciendo de los Procesos Judiciales para atacar a los Procesos y Laudos Arbitrales.

El aspecto negativo, si así podría llamarse, es que el Tribunal Constitucional, en las sentencias antes mencio-

nadas, ha consagrado una nueva etapa dentro de cada Proceso Arbitral, y este es el Proceso de Amparo que puede plantearse luego que el Poder Judicial se pronuncie sobre el Recurso de Anulación. De esta manera, encontramos que en todo Proceso Arbitral podrían existir hasta cuatro etapas que serían las siguientes:

- El Proceso Arbitral en sí,
- La Etapa de Impugnación (Recurso de Anulación o Apelación si hubiera sido pactado),
- El Control Constitucional (Proceso de Amparo), y
- La Ejecución del Laudo Arbitral.

El Poder Judicial y USAID: La Creación de la Justicia Comercial y su posterior Desarticulación

En el 2004, el Poder Judicial suscribió un convenio con el organismo “*United States Agency for International Development*” (o Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, en adelante USAID), para continuar con el Programa de Justicia auspiciado por ellos.

Con dicho objeto, USAID contrató al Centro Iris de la Universidad de Maryland, de los Estados Unidos de América, para implementar la ejecución del Programa de Modernización de la Justicia Comercial en el Perú.

Muchos fuimos convocados a diversas reuniones de trabajo con el objeto de implementar, de la mejor forma posible, los Juzgados Comerciales en nuestro país. En efecto, esto se logró a través de la expedición de la Resolución Administrativa de la Corte Suprema N° 006-2004-SP-CS, por la que se creó la Sub Especialidad en Derecho Comercial dentro de la Especialidad Civil de los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial, norma que se publicó en el Diario Oficial El Peruano el 2 de octubre de 2004.

Con gran éxito, en abril de 2005, los Juzgados Comerciales y la Sala Comercial empezaron a funcionar, logrando en muy poco tiempo, la total aceptación por todos, por su eficiencia, rapidez y fallos justos. Inclusive, el diario Gestión, el 17 de julio de 2006, publicó un artículo en el que da cuenta que los Juzgados Comerciales a dicha fecha habían resuelto el 85% de los casos recibidos.

Frente a este gran éxito, que podría haber servido para ir cambiando la percepción negativa que tiene la ciudadanía sobre el Poder Judicial, de una manera incomprensible, al inicio del presente año, se desarticuló completamente la Sala Comercial y se ha dispuesto que los Juzgados Civiles les remitan 9,000 casos pendientes de ejecución.

En estos momentos (abril de 2007), y como consecuencia de esa discutible decisión del Poder Judicial, lo que existe en los Juzgados y la Sala Comercial es un caos, reinando nuevamente la lentitud e ineficiencia.

Sugerencias

Como consecuencia de este Primer Congreso Internacional de Arbitraje, proponemos que los principales Centros de Arbitraje del Perú, designen a dos o tres representantes cada uno, y que todos en conjunto, soliciten una reunión de trabajo con el Presidente del Poder Judicial, así como con el Presidente de la Sala Comercial, para:

- a) Solicitar que se expida una norma que establezca la prohibición de interponer varias Medidas Cautelares Fuera de Proceso por una misma persona y por la misma materia, a nivel nacional.
- b) Lograr que se dé la máxima importancia para que el Poder Judicial se informatice a nivel nacional, facilitando el acceso de los justiciables, por Internet, a to-

dos los sistemas de reportes de procesos de todos los Distritos Judiciales, desde un solo lugar.

- c) Resolver urgentemente el caos que impera actualmente en los Juzgados y Sala Comercial.
- d) Crear dos Salas Comerciales adicionales para que sea posible resolver el mayor número de expedientes que tienen a cargo.
- e) Crear la Especialidad de Control en el Poder Judicial, así como se hizo con la Sub Especialidad en Derecho Comercial, para que la OCMA y las ODICMAs actúen cada día mejor.
- f) Implementar la Sub Especialidad en Derecho Constitucional que fue creada por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, por Resolución Administrativa N° 271-2005-CE-PJ, del 22 de diciembre de 2005.