

LA RELACIÓN PARTES-ÁRBITRO

Volumen 19 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

La relación partes-árbitro

Luis Puglianini Guerra



ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA RELACIÓN PARTES-ÁRBITRO

Primera edición, agosto 2012

Tiraje: 1,000 ejemplares

© LUIS PUGLIANINI GUERRA, autor

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2012

Av. Arequipa 2327, Lince

Telfs. (511) 200-9090 / 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2012

Jr. Ica 435 Of. 201 - Lima 1 - Perú

Telefax: (511) 7197-628 / 7197-629

palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2012-07833

ISBN: 978-612-4047-80-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Páginas
Introducción	9
Capítulo I: ¿Qué es el arbitraje?	19
1. Las teorías que explican la naturaleza del arbitraje	21
1.1. Teorías publicistas o jurisdiccionalistas	25
1.2. Teorías privatistas o contractualistas	30
1.3. Teorías mixtas o eclécticas	35
2. Nuestra posición acerca de la naturaleza del arbitraje	39
3. El Arbitraje: Sumatoria de elementos	56
3.1. El ámbito contractual de la relación partes-árbitro	64
3.2. El ámbito procedimental de la relación partes-árbitro	67
4. La relación entre el contrato partes-árbitro y el procedimiento arbitral	76
Capítulo II: El contrato partes-árbitro	85
1. La relación contractual de los árbitros y las partes	93
2. Partes del contrato	110
2.1. Las partes del procedimiento	114
2.2. Los árbitros	134
5. ¿Prestación de servicios, locación de servicios, obra, mandato?	164

6. Características del contrato partes-árbitro	170
6.1. En cuanto al nombre o denominación y a su regulación o tipicidad	170
6.2. En cuanto a su estructura	171
6.3. En cuanto a su contenido o área	173
6.4. En cuanto a su autonomía	174
6.5. En cuanto a su formación o por sus efectos	174
6.6. En cuanto al tiempo	180
6.7. En cuanto a su rol económico	182
6.8. En cuanto a su función	182
6.9. En cuanto a los sujetos a quienes obliga	183
6.10. En cuanto a la prestación	183
6.11. En cuanto a la valoración	184
6.12. En cuanto al riesgo	185
6.13. En cuanto a su formación o negociación	186
 Capítulo III: El procedimiento arbitral	 187
1. Proceso y procedimiento	194
2. ¿Jurisdicción arbitral?	199
3. La relación procedimental de los árbitros y las partes	224
3.1. Partes	224
3.2. Tribunal Arbitral	226
3.3. Lógica de la relación procedimental	229
Conclusiones	235
Bibliografía	243

INTRODUCCIÓN

Desde hace unos años y en relación a controversias relativas a derechos disponibles (de acuerdo a ley),¹ se viene desarrollando en el Perú un medio de solución de controversias privado, voluntario² y alternativo al Poder Judicial³ (lo cual es reflejo de una tendencia seguida en muchas partes del planeta, sobre todo en lo que se refiere a cuestiones de orden comercial).⁴ Nos

¹ «Los conflictos intersubjetivos que con el arbitraje pueden solucionarse han de ser de naturaleza disponible, es decir, han de referirse a materias sobre las que las partes puedan disponer válidamente conforme a derecho [...]». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 29.

² «Esencial en el arbitraje es la voluntariedad; ‘el recurso a la institución arbitral presupone siempre un acto voluntario de sumisión a ella de las partes en conflicto’». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 30.

³ «En la actualidad se habla casi permanentemente de ‘crisis de la justicia’ o de ‘crisis de la administración de justicia’; el elevado número de asuntos que llegan a los tribunales da lugar a una enorme sobrecarga de trabajo que, debido a la escasez de medios tanto personales como materiales, se ve cada vez más acentuada sin que atisbe un halo de luz que ilumine el sinuoso camino hasta la obtención de la ansiada tutela judicial». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 24 y 25.

⁴ «Hoy ninguna controversia comercial importante en el Perú se resuelve fuera del arbitraje. Los convenios arbitrales en estos contratos son regla. El viejo y anquilosado ‘proceso civil’, como único medio para resolver controversias contractuales comerciales, es una especie en extinción. Y es bueno que sea así. En su lápida, al lado del ‘Que en Paz Descanse’, figura el nombre de ‘su homicida’: se llama arbitraje. Y figuran también las armas que se usó: la eficiencia y la eficacia, la especialidad y la confidencialidad, un sentido de justicia más ajustado a la realidad y, sobre todo, el sentido común». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro. «Why fix what is not broken?». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. XIV.

referimos al arbitraje.⁵ Las razones son diversas, por ejemplo, la existencia de un aparato judicial ineficiente⁶ y a veces corrupto, las ventajas comparativas⁷

⁵ «En este orden de ideas, puede definirse el arbitraje como la institución mediante la cual una o más personas (árbitros) resuelven un conflicto planteado por otras que se someten en forma previa y voluntaria a su decisión». ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil peruano*. Lima: San Jerónimo, 1989, vol. III, p. 310. «Entre las diversas definiciones de lo que se entiende por arbitraje se pueden mencionar la de la 'American Arbitration Association', que lo define como: 'La remisión de una disputa a una o más personas imparciales para una determinación final y obligatoria'». MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, p. 15.

⁶ Este fenómeno en el cual el arbitraje asume temas que normalmente se ven en el Poder Judicial no es novedoso, pues desde muchos años atrás se ha visto la necesidad de que el arbitraje apoye a la jurisdicción, sobre todo cuando estamos frente a un aparato judicial mal manejado:

«Regresemos tres cuartos de siglo. En junio de 1927, *The National Geographic Magazine* publicó un artículo que describía una reforma legal realizada en el imperio Manchu, que rigió durante la primera parte del siglo XVIII.

El emperador Kang-hsi decidió que las cortes debían ser tan malas como fuera posible, de tal forma que los súbditos tuvieran que arreglar sus controversias a través del arbitraje. En respuesta a una petición sobre corrupción judicial, decretó lo siguiente: 'Los procesos judiciales aumentarán dramáticamente si no se atemoriza a los individuos en relación con los tribunales. Deseo, por lo tanto, que aquéllos que tienen la posibilidad de acudir a los tribunales sin ninguna contemplación y, de tal manera, temerán la ley y se aterrarán de comparecer ante un magistrado. De esta manera [...] los buenos ciudadanos que puedan tener dificultades entre ellos mismos, las resolverán como hermanos enviándolas al arbitramiento de algunos ancianos o del líder de la comunidad. Para aquéllos que sean problemáticos, obstinados o discutibles, que se arruinen en las cortes de ley'. De esta manera, aparece la existencia de este mecanismo de solución de conflictos: la esperanza de evitar un sistema judicial pésimamente manejado». PARK, William W. «Naturaleza cambiante del arbitraje: el valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, n.º 2, pp. 11 y 12.

⁷ «La fórmula arbitral tiene a su favor: la confianza directa y personal en los árbitros, que no vienen impuestos; la rapidez en la sustanciación; la elección del lugar en el que habrá que realizarse; la facultad de elegir árbitros especializados a quienes las partes nombran directa o (en ciertos casos) indirectamente; pueden las partes establecer un particular procedimiento arbitral; se garantiza con mayor seguridad el secreto de lo que se discuta y resuelva; y el costo puede ser, en conjunto, significativamente menor que el que origina un juicio. [...]». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 34.

«Son muchas las razones que explican la demora en la Administración de Justicia. Una de éstas y además fácilmente comprobable, es la masificación de las causas en el Poder Judicial, debido a la cantidad de casos que se someten a su consideración». CANTUA-

de la institución arbitral⁸ (incluso frente a sedes judiciales más eficientes que la nuestra como la estadounidense⁹ o la europea¹⁰), entre otras razones por las que cada vez más personas prefieren confiar la solución de sus controversias intersubjetivas¹¹

RIAS SALAVERRY, Fernando. *Razones por las cuales el arbitraje es inevitable*. Lima, 2004. (<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeineitable.php>).

⁸ En la presente investigación utilizaremos el término «institución arbitral» para referirnos al arbitraje, debiéndose tener presente la distinción entre las instituciones que administran el arbitraje o también denominados centros de arbitraje.

⁹ «Encuestas y sondeos muestran un creciente descontento con todos los aspectos de la administración de justicia de los Estados Unidos, particularmente con los tribunales y el sistema penitenciario. Aún más importante, los ciudadanos recurren al sector privado, cada vez en mayor número, en demanda de servicios que, supuestamente, son 'incuestionablemente competencia del Estado'. La detección y prevención privada del crimen, el arbitraje y la mediación son sectores de rápido crecimiento en los Estados Unidos». BENSON, Bruce. *Justicia sin Estado*. San Francisco: Unión Editorial, 2000, p. 11.

¹⁰ «[...] La situación de 'crisis' que padece la administración de justicia le ha llevado hacia la búsqueda y potenciación de soluciones alternativas a la intervención jurisdiccional en la solución de conflictos intersubjetivos. Surgen así conceptos como justicia coexistencial, justicia no jurisdiccional, medios alternativos a la justicia del Estado, mecanismos de justicia alternativos al proceso judicial, y otras posibles que, en palabras de Almagro Nosete, provienen de las ideas contenidas en la expresión diversión alternativa. Su finalidad es eliminar los inconvenientes y dificultades del proceso jurisdiccional (formal y solemne) o aliviar la presión que en conjunto recae sobre la institución procesal clásica, tornándola ineficaz, mediante la creación o facilitamiento de otros medios de solución de conflictos (menos formales o solemnes). Es opinión bastante aceptada que los períodos de mayor auge de la institución arbitral coinciden con los de declive de los tribunales estatales, aunque no faltan opiniones discrepantes. [...]

La consideración del arbitraje como alternativa a la acción judicial ha sido puesta de manifiesto en la Recomendación n.º 12/1986 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que insta a los gobiernos de los países miembros para que tomen las medidas necesarias para potenciar al arbitraje como alternativa accesible y eficaz a la acción judicial». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 25 y 26.

¹¹ «Cuando se recurre al arbitraje se busca la solución de un conflicto (al menos potencial) y, en consecuencia, que las discrepancias surgidas o que puedan surgir entre sujetos serán resueltas y desaparezcan. Sabido es que el proceso judicial, desde un punto de vista sociológico, tiene por objeto la solución de conflictos, incluso se considera como fin esencial de la potestad jurisdiccional la resolución de las controversias jurídicas, pero precisamente al acudir al arbitraje se pretende evitar el proceso judicial, por lo que podemos calificarlo como medio alternativo al proceso

a un tercero,¹² privado,¹³ especializado,¹⁴ independiente e imparcial, en vez de dejar al juez que realice la función jurisdiccional como administrador de justicia en representación del Estado. Para estos efectos, nos parece ilustrativa la siguiente cita de Fernando Cantuarias Salaverry:

En ese sentido, son muy útiles una vez más las palabras de Cai-vano: 'Las dificultades con que tropieza el justiciable para acceder al sistema jurisdiccional clásico, han generado en los últimos tiempos una tendencia a la revitalización de formas arbitrales o auto-compositivas. Y ello tiene base filosófica, ya que si bien el juzgamiento de los litigios en general tiene importancia colectiva y, por consiguiente, carácter público, la mayoría de las controversias sólo afectan a los individuos entre los cuales se produce. En los casos particulares en que esto así ocurre, el Estado no puede desconocer a los interesados la facultad de disponer el sometimiento de sus derechos a quienes les merezcan mayor confianza.

judicial para solucionar conflictos intersubjetivos». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 24.

¹² «Dentro de los distintos medios de composición de los conflictos (autodefensa, autocomposición y heterocomposición) el arbitraje se incluye entre las fórmulas heterocompositivas, ya que la solución la proporciona un tercero que impone su decisión a las partes; no son éstas, sino el tercero, quien resuelve el conflicto, tomando una decisión a la que las partes quedan obligadas jurídicamente». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 27.

¹³ «La gente recurre al sector privado aun cuando parece que la policía y los tribunales están a su disposición, y es porque existe una creciente insatisfacción con los resultados que obtiene el sector público de sus esfuerzos por mantener el orden social». BENSON, Bruce. *Justicia sin Estado*. San Francisco: Unión Editorial, 2000, p. 13.

¹⁴ «Además, conviene tener presente que la institución del Arbitraje permite que actúen como árbitros expertos en la materia en discusión, a diferencia del proceso judicial en el que al juez prácticamente se le obliga a ser un 'todista'». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Razones por las cuales el arbitraje es inevitable*. Lima, 2004. (<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeinevitable.php>). «El juez es un funcionario y, como tal, alejado del mundo de los negocios. Su decisión estará basada sobre el sentido común, pero no puede pedírsele en la mayoría de los casos una necesaria especialización, que sólo tiene quien habitualmente y por profesión participa en el mundo de los negocios dentro del cual se desenvuelve la relación contractual de los conflictos». GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. «El arbitraje comercial internacional». En *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1997, n.º 1, p. 163.

Si una persona —en su esfera de libertad y autonomía de voluntad— puede renunciar a un derecho propio, parece un principio natural que pueda también entregar la suerte de su derecho a la decisión de un particular que le inspire confianza. La jurisdicción, en definitiva, no importa un ejercicio monopólico a través de los órganos del Estado; al ser una función establecida en el interés y protección de los particulares, éstos podrán, en el campo de los derechos que pueden disponer libremente, escoger un sistema privado...’.

Así, gracias a la consolidación del arbitraje, lograremos dos impactos significativos:

El primer impacto, como bien indican Peña Castrillón y Martínez Neira, es que ‘[c]onstituyendo el trámite arbitral un sucedáneo de la administración de justicia ordinaria, ésta se verá favorecida, dado que ayuda a descongestionarla, permitiendo así que los miembros de la rama jurisdiccional se ocupen de otros asuntos sometidos a su estudio’; en especial aquellos conflictos de interés general.

El segundo impacto, como bien explica Peña analizando para el efecto la realidad judicial de Chile que es similar a la nuestra, es que ‘[...] la utilización de mecanismos alternativos como el arbitraje, permite que los litigantes internalicen los costos de litigar [...]’.¹⁵

Así pues, el arbitraje es un medio de solución de controversias alternativo al Poder Judicial que se rige por sus propias reglas y principios, lo cual no debe ser olvidado:¹⁶

¹⁵ En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Razones por las cuales el arbitraje es inevitable*. Lima, 2004. (<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeinevitable.php>).

¹⁶ «Espíritu exigente, condenó las tendencias mercantilistas del mundo del arbitraje que desnaturalizan la esencia de esta forma de justicia. Se lamentó del olvido del espíritu de éste que asocia la flexibilidad de las formas y la solidez del razonamiento de fondo; estos elementos han sido a menudo sacrificados a favor del desarrollo de una técnica que ha perdido de vista los objetivos de la materia». JARROSSON, Charles. En

Cuando, en ejercicio de su libertad, las partes pactan un convenio arbitral, lo que están haciendo en buena cuenta es huir de la esfera judicial, de sus operadores y de sus normas, para trasladarse a una esfera arbitral con otros actores y otras reglas de juego. De manera que es un contrasentido salir de la jurisdicción de los jueces para someterse a la decisión de los árbitros, que actuarán con las mismas reglas judiciales. Ésta, es una grave distorsión en cualquier sistema arbitral y un camino seguro a la judicialización del arbitraje, con todas las consecuencias que ello supone.¹⁷

En este contexto, debemos señalar que nuestra investigación se circunscribe a analizar la relación partes-árbitro dentro del arbitraje nacional peruano y no en relación a un arbitraje internacional¹⁸ o de inversiones u otro que implique cuestiones particulares (como los arbitrajes relacionados a temas de contrataciones y adquisiciones del Estado, los cuales se rigen por una normativa y lógica particular); en otras palabras, desarrollaremos esta tesis en torno al denominado arbitraje comercial nacional, base y piedra angular del sistema arbitral peruano, toda vez que es justamente en este ámbito (en el comercial) en donde se puede observar el desarrollo histórico, práctico y teórico de la institución de arbitraje, aunque vale la pena precisar que esta institución históricamente se ha visto limitada y desnaturalizada por ciertas figuras jurídicas (sobre todo procesales) que no son propias de su naturaleza eminente-

Prefacio de la edición en español del libro de OPPETIT, Bruno. Teoría del arbitraje. Bogotá: Legis Editores, 2006, p. 12.

¹⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 23.

¹⁸ Al respecto, nadie duda de que en los últimos años el arbitraje internacional ha marcado el derrotero a seguir en relación a la institución arbitral; sin embargo, consideramos que si bien en el arbitraje nacional peruano hemos tenido un desarrollo vertiginoso (aunque éste no implique que sea del todo innovador), aún nos falta un gran tramo por recorrer para igualarnos a las grandes plazas del arbitraje internacional (sin perjuicio de que estamos dando pasos agigantados para llegar a tal nivel), por lo que primero debemos centrarnos en integrar y pulir nuestro sistema arbitral interno, para así poder equipararnos con el desarrollo alcanzado internacionalmente por otros países ubicados dentro y fuera de la región.

mente privada, conforme lo expresa Alfredo Bullard de una forma muy ilustrativa:

[...] De hecho el arbitraje (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes. Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. La cámara designaba a otros comerciantes (no a un abogado) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes.

Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. Los abogados, con nuestros complicados lenguajes, ‘latinazgos’ y exabruptos, no teníamos ‘vela en el entierro’. No había anulación ni ejecución de laudo, lo que hoy las leyes de arbitraje asumen, muchas veces de manera errada, como consustancial al arbitraje.

Y las cifras no mienten: donde el arbitraje ha sido ‘abandonado’ con flexibilidad, pragmatismos y simplicidad, por leyes adecuadas, está floreciendo, asfixiando al pesado y retórico Derecho Procesal incapaz de lidiar con controversias comerciales. [...].¹⁹

Sin perjuicio de lo señalado por Alfredo Bullard (respecto de lo cual estamos de acuerdo), qué duda cabe de que en la actualidad el arbitraje se desarrolla como una institución jurídica, la cual se encuentra enmarcada en torno a diferentes nociones y asimilada a otras instituciones jurídicas de naturaleza contraria o contradictoria (privada, pública y mixta), lo cual nos deja una duda sobre qué es el arbitraje.

¹⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Jurassic Park. El retorno de los dinosaurios arbitrales*.

Nosotros partimos de la idea de que el arbitraje es una institución de particulares y que se rige por el Derecho Privado, siendo que el arbitraje históricamente no fue concebido como una figura de Derecho Público o jurisdiccional; al contrario, fue un método eficiente de solución de controversias alejado del Estado y anterior a la formación de éste; por lo tanto, desde nuestra opinión, al igualarlo a la concepción publicista de jurisdicción²⁰ (de manera total o parcial), se está desnaturalizando a la institución arbitral.

En este punto, nos parece ilustrativo reproducir la siguiente cita de Marianella Ledesma:

Como se aprecia, la solución de conflictos puede hallarse bajo dos vertientes: la justicia estatal o la justicia privada. En el primer caso, ubicamos al proceso judicial como un instrumento de solución de conflictos, a diferencia de la justicia privada, en la que se recurre al manejo directo de conflicto. En este caso se privilegia el ejercicio de la autonomía privada, siempre que éste pueda ser sometido a la disposición de sus titulares, como la negociación, la conciliación, la mediación y la transacción, o delegando facultades a un tercero, para que sea éste quien resuelva el conflicto a través del procedimiento arbitral. En otras palabras, todo conflicto de intereses, para poder ser dilucidado,

²⁰ Esta concepción publicista del término «jurisdicción», es la que desarrolla tal término como un atributo propio del Estado o de su soberanía. Sin embargo, es pertinente precisar que existe una concepción no publicista de jurisdicción, mediante la cual se establece que la jurisdicción implica la facultad válida de emitir pronunciamientos que resuelvan controversias, sin que sea necesario que el mandato que pone fin a los litigios provenga de una autoridad pública y/o estatal. Es más, desde esta concepción, la jurisdicción es anterior a la creación del propio Estado y, por lo tanto, las autoridades estatales no son las únicas que pueden ostentar tal atribución; en tal sentido, se señala que el arbitraje (aun siendo netamente privado) siempre es jurisdiccional, sea o no reconocido por el Estado.

Al respecto, cabe precisar que en el desarrollo y análisis de esta tesis vamos a tomar sobre todo la primera concepción de jurisdicción señalada en el párrafo precedente (la concepción pública de jurisdicción), aun cuando no compartimos tal posición, atendiendo a que ésta es utilizada por nuestro Tribunal Constitucional, así como por una gran parte de los operadores jurídicos peruanos.

permite recurrir a la jurisdicción o a la acción directa de las partes. En este último supuesto se involucra al arbitraje a través del concierto de voluntades de los intervinientes, quienes van a delegar a un tercero la solución del conflicto. El arbitraje no está desligado de la actividad jurisdiccional; todo lo contrario, un repaso a la historia del proceso judicial nos permite ubicar los antecedentes de éste en la actividad de los árbitros. En opinión de Gómez de Liaño y Pérez-Cruz (2001:901), ‘es la forma de solución de conflictos que apareció primero en el tiempo, antes que se organice cualquier órgano jurisdiccional y que aparece legitimado por la propia voluntad de los interesados, de manera que, la misma facultad que cualquier persona tiene para decidir, disponer y transigir sobre cuestiones que en el campo del Derecho están a su libre disposición, esa misma facultad puede diferirla a un tercero’.²¹

En tal sentido, en el presente trabajo buscaremos desarrollar ciertos elementos jurídicos del arbitraje, para lo cual, previamente a evaluar la parte central de esta investigación (la relación partes-árbitro), debemos proceder a analizar en qué consiste la institución arbitral, cómo se compone y cuáles de sus elementos tienen implicancia en la relación partes-árbitro; luego, recién podremos analizar los dos ámbitos de esta relación. Nos referimos al ámbito contractual²² y al ámbito procedimental que existen en una relación partes-árbitro.

Finalmente, quisiera resaltar que éste es un trabajo teórico (pero, no por ello desvinculado de lo que sucede en la práctica), que busca enriquecer la discusión sobre el arbitraje y lo que esta institución implica; por lo tanto, más allá de lo que es aplicable actualmente en el Perú y

²¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 26 y 27.

²² En esta investigación utilizaremos sin ninguna distinción las denominaciones de contrato de dación y recepción del arbitraje, contrato partes-árbitro (el cual es celebrado entre las partes y cada árbitro), o cualquier otra denominación similar que se haya utilizado o se utilice en doctrina, al momento de hacer referencia al contrato que celebran las partes con los árbitros.

de lo que ha interpretado nuestro Tribunal Constitucional²³ respecto al arbitraje, la finalidad de esta investigación es incentivar un análisis crítico y discutir sobre la forma en que se define el arbitraje y, de esta manera, no dar por concluida esta discusión, pues ello ocasionaría el estancamiento de la reflexión jurídica, lo cual es contradictorio en una especialidad como la del Derecho, en donde la evolución y los avances se dan de manera constante.

²³ Cabe precisar que sin importar si compartimos o no la posición asumida por el Tribunal Constitucional, los abogados en el actuar profesional (y todos en general) debemos respetar y aplicar los preceptos constitucionales, conforme lo ha interpretado dicho colegiado. Sin embargo, ello no es óbice para dejar de crear nuevos foros de discusión, a fin de analizar y, eventualmente, lograr que se cambie una interpretación incorrecta que se pudiese haber realizado.

CAPÍTULO I:

¿QUÉ ES EL ARBITRAJE?

CAPÍTULO I: ¿QUÉ ES EL ARBITRAJE?²⁴

1. LAS TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

A continuación desarrollaremos las teorías (que nosotros consideramos más importantes) que buscan explicar la naturaleza del arbitraje, para luego tomar una posición que nos servirá de presupuesto a lo largo del trabajo que desarrollaremos.

Entre las tantas teorías tenemos en los extremos la teoría privatista o contractualista y la teoría publicista o jurisdiccionalista; y, en el medio, una serie de teorías eclécticas o mixtas.²⁵

²⁴ «Pero, ¿qué es el arbitraje? En simples palabras, el arbitraje es un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión.

En términos más acabados y jurídicos, Lohmann entiende que '[...] es arbitraje la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros que aceptan el encargo, la resolución de un cierto conflicto de derecho privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios sin previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades'. [...]. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 39.

²⁵ Además, debemos agregar que existe otra teoría, la *Teoría Autónoma* desarrollada por Madame Rubille, según lo señalan Ulises Montoya Alberti (*El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, pp. 36 y 37) y Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú (*El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 47 y 48). Esta teoría propugna que la naturaleza jurídica del arbitraje debe ser determinada teniendo en cuenta sobre todo su uso y finalidad, por lo que encuadrarlo dentro de figuras puramente contractuales o jurisdiccionales es un despropósito, toda vez que el ar-

Sin embargo, nos parece útil reproducir la siguiente cita de José María Roca, quien explica el origen de las teorías antes indicadas:

Con razón se ha dicho que ‘nuestro Derecho y, en general, el de todos los países que siguen el Derecho Romano, encuentran prejuizadas las instituciones con esa distinción arbitraria que secciona en dos regiones el mundo jurídico. Nos referimos a la división tradicional y más polémica de toda la ciencia jurídica que divide el derecho objetivo en público y privado’. ‘El planteamiento de la naturaleza jurídica del arbitraje sufre reflejamente de este estado de cosas porque, en esencia, lo que se discute es si pertenece a las concepciones normativas públicas o, por el contrario, a las privadas’.

En consecuencia, las dos principales tendencias que tratan de explicar la naturaleza del arbitraje son el resultado de esa división. Las tesis contractualistas representan la concepción privada o privatista del arbitraje; por el contrario, las tesis jurisdiccionalistas destacan las notas publicistas del arbitraje, pero, al mismo tiempo, la separación entre unas teorías y otras no es tajante, antes, al contrario, existen ciertos puntos de conexión que han dado lugar a las denominadas teorías intermedias.²⁶

En ese orden de ideas, expondremos brevemente en qué consiste cada teoría, para luego señalar a cuál de ellas nos adherimos y por qué no a las otras. En tal sentido, hacemos nuestra la siguiente exposición que realiza el profesor Fernando Vargas:

Para muchos tratadistas, basados en el carácter público que reviste la administración de Justicia como función primordial y exclusiva del Estado, el arbitramiento cae en el campo público y los árbitros poseen el carácter de verdaderos jueces que aunque transitorios, ejercitan la función jurisdiccional del Estado y

bitraje es una institución independiente, la cual existe ante la necesidad de crear los espacios necesarios para la solución de los conflictos fuera del aparato jurisdiccional del Estado.

²⁶ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 38 y 39.

dictan una verdadera sentencia. Es decir, le atribuyen al arbitramiento naturaleza jurisdiccional.

Para otros, el arbitramiento no tiene carácter público sino netamente privado. Su origen es convencional y los árbitros no son jueces sino simplemente particulares que no se encuentran investidos del carácter de funcionarios públicos encargados de administrar justicia en nombre del Estado, porque derivan su poder directamente de las partes. Su naturaleza, pues, es evidentemente contractual.

Estas dos posiciones que hemos señalado en términos generales son las predominantes en el campo de la doctrina. Pero, alrededor de ellas surgen otras muchas teorías que sin polarizarse, adoptan posiciones intermedias y mixtas y esgrimen nuevos argumentos.²⁷

Asimismo, para poder dar una aproximación a este tema, reproduciremos citas de Jaime David Abanto Torres, así como de Sara Feldstein de Cárdenas y Hebe Leonardi de Herbón, en las cuales dichos autores explican de manera general las diferentes teorías sobre la naturaleza del arbitraje y la acentuación de cada una de ellas:

- a. Teoría jurisdiccionalista: se basa en la consideración de la función de los árbitros como jurisdiccional, aunque sea con carácter temporal y limitado al asunto concreto sometido a su examen.
- b. Teoría contractualista: entiende que el arbitraje no es más que la manifestación de dos convenios o contratos. Por un lado, el convenio arbitral en virtud del cual las partes se comprometen a recurrir a un tercero o árbitro en caso de suscitarse algún conflicto, y en ese caso la resolución de éste deviene en obligatoria para las partes al haber sido aceptada previamente por ellas (contrato de compromiso). Y por otro

²⁷ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 27.

- lado, está la obligación que adhiere el tercero de resolver el conflicto con arreglo a derecho o equidad [...].
- c. Teoría intermedia o ecléctica: la cual armoniza todos los elementos en juego, aceptando por un lado la existencia de elementos contractuales en relación que vincula a las partes entre sí y éstas con el árbitro, y por otro reconoce un carácter jurisdiccional no tanto en la función que desempeñan los árbitros como en la eficacia que se le otorga al laudo (eficacia ejecutiva y autoridad de cosa juzgada).
 - d. Negocio jurídico impropio: entiende que el arbitraje surge de un negocio jurídico sin consecuencias propias del contrato, sino impropias de un ámbito funcional como es el procesal.²⁸

El arbitraje es la institución por la que las partes otorgan a árbitros la misión de dirimir sus controversias.

En esta noción aparecen los dos elementos que son fuente de teorías contrapuestas: la privatista o contractualista y la procesal o jurisdiccionalista.

El primer elemento a tomar en cuenta es la llamada autonomía de la voluntad que se traduce como la decisión voluntaria de las partes que eligen un medio, el arbitraje, que a través de la convención les posibilita elegir a los árbitros, la ley y el procedimiento útil para resolver sus diferendos. Asimismo, en muchos casos podrán acercarse, de común, a un centro especializado que les brindará el apoyo profesional que les aliviará de búsquedas e imprecisiones.

Mucho se ha dicho en cuanto a acentuar la autonomía de la voluntad, en lo contractual, cuando de arbitraje se trata. Mas, frente a otros han dedicado sus esfuerzos y esmeros a destacar el segundo aspecto: el jurisdiccional.

²⁸ ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 143.

El arbitraje les parece un tribunal de justicia. Y si ello es así, la voluntad de las partes pierde relevancia para erigirse el tribunal arbitral, el procedimiento, el laudo y los recursos en el motivo central y definitorio de esa actividad.²⁹

Habiendo señalado a grandes rasgos en qué consiste cada una de las teorías, procederemos a explicarlas con mayor detalle.

1.1. Teorías publicistas o jurisdiccionalistas

Aquí se señala que los árbitros son verdaderos jueces y desempeñan una función pública que la ley les encomienda, en vista de que «[...] es de la ley de donde deriva su poder de juzgar, a pesar de haber sido designados por las partes, designación que no puede tomarse en cuenta para analizar el carácter de la decisión final que es pública en cuanto ha sido pronunciada por verdaderos jueces».³⁰

Las características específicas de esta teoría son, a decir del profesor Fernando Vargas, las siguientes:

- 1) Los árbitros son jueces que realmente ejercitan actividad jurisdiccional del Estado. [...]
- 2) Los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha conferido a las partes la facultad de colocar en cabeza de ellos, y por mientras desempeñen sus funciones, una parte de la soberanía del Estado para que en desarrollo de ésta decidan obligatoria y definitivamente el conflicto que se ventila. [...]
- 3) El Laudo es una verdadera sentencia.

²⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 23.

³⁰ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, pp. 28 y 29.

- 4) La responsabilidad de los árbitros es idéntica a la que pesa sobre los Jueces del Estado. [...].³¹

A lo cual podemos agregar, en palabras del citado autor colombiano, el desarrollo de la posición de otro reconocido autor (Ludovico Mortara), el mismo que, de manera concreta, explica cómo los particulares no tienen capacidad de ceder un poder propio del Estado, como es la función jurisdiccional:

Ludovico Mortara, considerado como el mejor exponente de la teoría jurisdiccionalista, fundamenta sus puntos de vista, en varias consideraciones principales, a saber: no es el simple nombramiento que hacen las partes el que confiere a los árbitros su poder de juzgar, ya que ellos en su condición de particulares no podrían otorgar una facultad que ellas mismas de suyo no poseen.

Lo que ocurre, es que el arbitramiento existe porque la ley lo ha instituido, y ésta a su vez ha dado su autorización para que las partes, tomando un cierto grado de la soberanía inherente al Estado, confiere a los árbitros por medio del compromiso, el poder que es necesario para desatar la controversia con plena autoridad.³²

Asimismo, debemos tener presente que en estas teorías la equiparación del arbitraje a la jurisdicción viene de la mano con una notoria carga pública de sus actos, aunque tal carga va variando de intensidad según cada autor:

³¹ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 29.

³² VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 31.

Se incluyen en este apartado a aquellos autores que observando la correlación existente entre algunos elementos del arbitraje y de la jurisdicción, defienden la jurisdiccionalidad de aquél, argumentando la similitud entre la función de los árbitros y la del juez, entre efectos del laudo y la sentencia judicial, etc. [...]

Son numerosos los autores que se inclinan por la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, aunque según las diversas manifestaciones puede decirse que estas teorías oscilan entre la equiparación absoluta entre el árbitro y el juez profesional, hasta el simple reconocimiento como fallo judicial del laudo emitido por los árbitros, ofreciendo una amplitud de contenido que hace difícil la clasificación de las distintas manifestaciones.³³

De otro lado, debemos tener presente que según esta teoría, el interés más relevante no es necesariamente proteger la voluntad de las partes, sino el interés que tiene el Estado para mantener la paz social con una adecuada distribución de derechos según las normas que dicta; es en tal sentido que, siendo tan relevante este interés del Estado, se concluye que excepcionalmente los particulares (los árbitros) puedan ejercer la función jurisdiccional. A continuación, veremos cómo Roque Caivano desarrolla esta idea en torno a la discusión sobre la naturaleza del arbitraje:

La jurisdicción tiene por objeto, pues, la actuación de la norma en el caso concreto. Ante la inobservancia voluntaria por parte de quien ha efectuado con su conducta los intereses legítimos del otro, se torna necesaria la colaboración de un tercero imparcial que imponga la conducta a seguir, restableciendo el equilibrio inicial.

Por cierto que además del particular afectado, el Estado tiene un interés de asegurar la actuación de la ley para mantener el orden jurídico que él mismo ha creado. Incumbe al Estado garantizar a los ciudadanos un ámbito razonable de seguridad y estabilidad

³³ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 44.

en los derechos particulares; y para eso, uno de los instrumentos de que se valen son las normas.

Pero si una vez dictadas, se desentendiera de su aplicación concreta, no habrá cumplido cabalmente su objetivo. Es necesario que instaure métodos pacíficos para la asignación particular de los derechos contenidos en las normas, evitando que la fuerza o la violencia se conviertan en el sistema para la resolución de controversias. Por eso las normas deben ser preservadas como presupuesto básico a la necesidad de asegurar la convivencia de la sociedad.

La diferente postura que se asuma frente al tema de la naturaleza jurídica del arbitraje, dependerá de interpretar si ese interés del Estado acarrea la necesidad de que intervengan sus propios órganos, o si se satisface con la resolución de los conflictos por métodos pacíficos, no siendo necesaria su participación directa.

[...]

Los tribunales judiciales son así el órgano público natural –independizado de los otros poderes del Estado– que brindan a la sociedad el servicio jurisdiccional por cuenta del Estado. Queda por definir aún si ese servicio es de aquéllos que corresponde al Estado en forma exclusiva, o si puede ser encarnado por personas que no pertenecen orgánicamente a él, pues allí parten esencialmente las diferentes teorías que tratan de explicar la naturaleza del arbitraje.³⁴

Luego de ello, Caivano afirma que los árbitros tienen potestades jurisdiccionales:

Quienes propician la tesis opuesta [a la contractual] y creen que los árbitros ejercen una verdadera función jurisdiccional, se apoyan en el carácter público de la administración de justicia, en tanto es uno de los servicios que el Estado mismo debe garantizar. Si el propio Estado a través de sus leyes reconoce la posibilidad de los particulares de ejercer tales funciones mediante el

³⁴ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Villela Editor, 2000, pp. 93 y 94.

mecanismo del arbitraje, la naturaleza de la actividad de los árbitros no puede ser otra que la de la función que están llamados a desempeñar.

Los árbitros son jueces, pero no solamente porque las partes los hayan nombrado como tales, sino porque el Estado ha consentido en reconocerles ese carácter. No es sólo la voluntad de las partes la que atribuye jurisdicción a los árbitros. Es también el Estado, como titular de esa jurisdicción, quien lo posibilita a través de ordenamiento jurídico, bajo ciertas condiciones. El acuerdo arbitral opera así como el elemento a través del cual actúa la disposición legal que permite en forma general desplazar esa potestad, asignándola en forma específica a determinadas personas.

La cuestión en la que se basa la tesis contractualista pasa fundamentalmente por pretender que los órganos del Estado son los únicos que pueden ejercer jurisdicción. Pero olvidan que lo que califica a los jueces del Poder Judicial como órganos estatales no es solamente el ejercicio de la jurisdicción, sino su pertenencia estructural a uno de los Poderes del Estado. Por esa razón, no existiría impedimento alguno para que esas mismas funciones hayan sido delegadas por el Estado a favor de particulares, como cuando permite –y hasta fomenta– el uso del arbitraje.

Sin dejar de reconocer que el origen próximo de las facultades concedidas a los árbitros es el consentimiento de las partes apoyado por el principio de la autonomía de la voluntad, en un sentido lato, tienen verdaderas potestades jurisdiccionales, similares a las de un juez estatal. Sus laudos están revestidos de la misma e idéntica fuerza que las sentencias de los magistrados del Poder Judicial. Hacen cosa juzgada respecto de las cuestiones resueltas por los árbitros, y se les concede el carácter de título ejecutorio. La vía judicial para procurar el cumplimiento forzado es la correspondiente a la ejecución de sentencias judiciales.³⁵

³⁵ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Villela Editor, 2000, pp. 96 y 97.

Entonces podemos señalar que según esta teoría, la jurisdicción de los árbitros se deriva directamente de la ley (o incluso de la propia Constitución) que autoriza a los árbitros y no de la voluntad de las partes; en otras palabras:

Lo que ocurre, pues, es que la ley **instituye** los tribunales, pero no los **constituye**, tarea ésta que deja en mano de los particulares que quieren someterse al arbitramiento. El compromiso no hace cosa diferente de poner en movimiento la jurisdicción arbitral ‘que la ley establece en abstracto’ en forma tal, que siendo privado el acto de nombramiento del árbitro, una vez éste ha aceptado, ejerce la jurisdicción que la ley le ha conferido, como si fuera un Juez ordinario.³⁶

1.2. Teorías privatistas o contractualistas

Bajo estas teorías se niega al arbitraje cualquier característica jurisdiccional; siendo las siguientes sus características principales:

- 1) El arbitramiento tiene una naturaleza privada. Deriva de un acuerdo de voluntades entre las partes, que convienen en someter su diferencia a la decisión de los árbitros.
- 2) Los árbitros son particulares designados por las partes, que igualmente son personas privadas. El vínculo entre árbitros y partes, es privado y contractual.
- 3) El árbitro, en consecuencia, no ejercita acto jurisdiccional alguno, deriva su poder de la facultad que le han conferido las partes en virtud de un contrato, no tiene poder de coacción, es remunerado por las partes y, en fin, no es funcionario sino un individuo privado.
- 4) El laudo no es una verdadera sentencia, sino que deriva su obligatoriedad de la voluntad misma de las partes que han

³⁶ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 34.

querido someterse a ella. Es, pues, obligatorio por sí mismo, como son obligatorios los contratos. [...].³⁷

Asimismo, debemos agregar las palabras de Chiovenda sobre esta teoría (contractualista):

El compromiso implica, pues, una renuncia a que conozca de una controversia la autoridad judicial. Si una de las partes comprometidas cita a la otra delante del Juez, el demandado puede impedir el examen de fondo mediante la excepción de compromiso, que no es ni de incompetencia, ni de litispendencia, sino de renuncia al procedimiento de conocimiento judicial. Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es decir, al ser una resolución de controversias mediante un juicio ajeno, pero el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción, ni propia ni delegada; no actúa la ley, no la ejecuta, sus facultades derivan de la voluntad de las partes expresada en conformidad con la ley, su decisión (sentencia arbitral o laudo) es irrevocable por voluntad de las partes [...].

La opinión sostenida por algunos [...], que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etc.

[...] El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libres a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica

³⁷ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 35.

para la decisión sea preparada sin uso de poderes jurisdiccionales [...].³⁸

Por otra parte, nos parece ilustrativa la explicación que hace Roque Caivano en relación a las teorías privatistas de la naturaleza del arbitraje:

Las teorías que tratan de explicar la naturaleza del arbitraje desde una óptica contractualista ponen el acento en el carácter privado del instituto, tanto a lo que se refiere a su origen, cuanto respecto a la calidad de los árbitros. Se señala que éstos no son jueces, sino particulares que no revisten, por lo tanto, la calidad de funcionarios públicos, y que no administran justicia en nombre del Estado, sino por voluntad de las partes.

Su existencia y su actividad se justifican, por cuanto, siendo las cuestiones que se someten a arbitraje originadas en derechos disponibles para las partes, el Estado no puede privarles de la facultad de escoger un método para resolverlas. Pero, la efectividad de la decisión arbitral proviene del compromiso que ambas partes asumieron de acatarla, y no tiene, por ello, las características propias de una sentencia judicial.

Los árbitros obtienen sus facultades de la voluntad de las partes, y no de la ley, ya que siendo la función jurisdiccional una de las formas en que exterioriza la soberanía del Estado, y siendo esa soberanía un atributo indelegable, el legislador no podría concederle esa función a un particular. Si la facultad de juzgar es exclusiva del Estado, no podrá existir una delegación de ella a favor de un particular que no tiene las características propias de un funcionario público.

En el cumplimiento de una sentencia judicial tiene tanto interés el particular favorecido por ella como el Estado mismo, por cuanto emana de uno de los órganos que éste tiene establecidos para llevar a cabo la función pacificadora de restablecer el orden jurídico vulnerado por la conducta antijurídica. Es por esta

³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I, pp. 91 y 92.

razón que las normas le otorgan la posibilidad de obtener su ejecución forzada, como forma de hacer efectiva esa reparación. Mientras tanto, señala que el laudo arbitral obliga a las partes en la misma forma que lo haría un contrato, gozando de la protección jurídica inherente a estos últimos.

El vínculo que se crea entre el árbitro y las partes es eminentemente contractual, posible en virtud de la zona de autonomía de la voluntad que gozan los particulares; y por ello limitada solamente a cuestiones en las que no esté interesado el orden público.

Esta tesis encuentra un importante argumento en la falta de *imperium* del árbitro. La compatibilidad de ejercer coerción en los particulares para obtener el cumplimiento forzado de una determinada conducta, robustece la concepción de que el árbitro no ejerce una verdadera jurisdicción, pues cuanto ésta lleva implícita la fuerza coercitiva emanada del poder del Estado.

Si se parte de la concepción según la cual la noción de jurisdicción comprende la doble función de juzgar e imponer conductas —la cognición y la ejecución—, al faltar a los árbitros la segunda de éstas resulta coherente deducir de ello que su función nunca podrá revestir naturaleza jurisdiccional por carecer de uno de los elementos constitutivos.³⁹

Asimismo, a continuación vamos a reproducir el desarrollo que realiza José María Roca en relación a la teoría privatista:

La idea que preside las principales teorías privatistas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje es ‘equiparlo a un contrato privado, como una manifestación más de la soberanía y poder de disposición de las partes sobre sus relaciones jurídicas’, si bien hay quien acepta su analogía con el proceso, dado que en ambos la finalidad es solucionar litigios y ‘cierta equivalencia entre el tribunal estatal y el arbitral’. ‘Parten principalmente estas teorías del momento inicial del arbitraje: el contrato de compromiso’;

³⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Villela Editor, 2000, pp. 94-96.

‘del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, pueden ellas comprometerla en árbitros’, y así, en los supuestos en que es posible la disposición de sus derechos, pueden acordar que los conflictos sobre esos derechos disponibles sean resueltos por terceras personas, obligándose a aceptar la resolución que dichos terceros adopten, ‘y en esta manifestación lógica, y en absoluto primordial, de la autonomía negocial de las partes, que ninguna fuerza externa puede impedir sin ir contra la realidad e incluso caer en el absurdo’.

La conclusión principal a la que llegan los autores que defienden la tesis contractualista es que el arbitraje se sitúa necesariamente en el ámbito del derecho privado; ‘así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de Derecho Privado las relaciones que engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan’; ‘si quien nombra los árbitros y determina sus límites de oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del Estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas, sino privadas, que las relaciones entre éstos y las partes son relaciones privadas, juicio privado y no sentencia, el fallo que de ellos emana’.⁴⁰

Entonces, podemos concluir este punto señalando que según esta teoría los árbitros no ejercen jurisdicción,⁴¹ pues ésta es una facultad propia de la soberanía estatal,⁴² la cual no puede ser cedida a particulares y aun menos de manera abstracta, por lo que las partes al sustraerse

⁴⁰ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 40 y 41.

⁴¹ Definida, en palabras de Prieto Castro, como: «[...] la actividad del Estado para la realización del orden jurídico, por medio de la aplicación del Derecho objetivo». PRIETO CASTRO Y FERRANDIZ, Leonardo. *Cuestiones de Derecho Procesal*. Madrid, 1974, p. 22.

⁴² «Y esto es así, ya porque la función jurisdiccional es esencialmente función del Estado, ya porque la relación procesal es una relación de Derecho Público que interviene entre las partes y el Estado, en la constitución de la cual es extraño el acuerdo entre las partes». ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía., 1939, p. 313.

de la jurisdicción estatal y confiar su controversia a los árbitros, no realizan en ningún momento acto público que vincule al Estado con los árbitros y sus respectivas funciones (árbitros que, además, no cuentan con todos los poderes o facultades indispensables para ejercer la función jurisdiccional), siendo que ellos derivan sus facultades del acuerdo de las partes.⁴³

1.3. *Teorías mixtas o eclécticas*⁴⁴

Comenzaremos señalando que bajo esta teoría se intenta compatibilizar las dos teorías anteriores, pero la mayoría de veces se llega a conclusiones erradas, por lo contradictorio de sus premisas; y otras veces, recogen justamente inconsistencias de las otras teorías que querían superar:

Entre las dos posiciones expuestas jurisdiccionalista y contractualista, aparece una teoría intermedia, que rechaza lo que considera errores de las dos primeras y fusiona todo aquello que en una y otra estima acertado y ajustado al derecho. En ocasiones, partiendo de bases sentadas por los publicistas llega a conclusiones defendidas por los contractualistas y viceversa. Presenta gran variedad de opiniones, distintas entre sí, y en su afán por conciliar las diferencias existentes entre las corrientes predominantes, incurre en fallas que son lógica consecuencia del sistema ecléctico.⁴⁵

⁴³ «Se señala que los árbitros derivan sus facultades de las partes y no de la ley, porque ésta no podría concederles, en razón que siendo la soberanía indelegable y siendo el árbitro un particular, la ley no podría otorgarle al árbitro una facultad que es exclusiva del Estado. Él no es pues funcionario, sino una persona privada cuyas facultades provienen de un compromiso». MONTAÑA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, pp. 34 y 35.

⁴⁴ Un autor reconocido y que desarrolló la teoría mixta fue Francesco Carnelutti (*Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Uteha Argentina, 1944, vols. I y II).

⁴⁵ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 40.

Sin perjuicio de ello, a continuación enunciaremos algunas definiciones de la doctrina, a fin de observar la lógica de estas teorías:

En la doctrina española, hoy en día predomina, en lo que atañe a la naturaleza jurídica del arbitraje, la llamada tesis mixta, que supone acoger las dos grandes corrientes: las contractualistas (el arbitraje es un contrato) y las procesalistas (es una excepción procesal), de tal forma que se entiende de conformidad con dicha tesis mixta que el arbitraje es un contrato en su origen, pero sus efectos son jurisdiccionales.⁴⁶

Estas dos —encontradas— posiciones no tardaron en ir dando paso a una posición ecléctica, que asumía los componentes *iusprivatistas* y *iuspublicistas* del arbitraje, de manera que quienes defienden esta posición, por un lado, aceptan que en el nacimiento, el arbitraje es contractual, si bien en su desarrollo y conclusión —incluida su eficacia— es jurisdiccional.⁴⁷

[...] Incluso puede decirse que Prieto Castro defiende la teoría mixta, afirmando que ‘el arbitraje es, en su origen, un negocio de Derecho Privado, como creación de la voluntad de los particulares, pero procesal por las sujeciones y limitaciones a que esta voluntad es sometida (justamente para que produzca efectos procesales) y por las actividades de orden también procesal que hace surgir, en particular, el conocimiento del asunto por otras personas que termina en el efecto declarativo-vinculante y más tarde (si es preciso) ejecutivo del laudo de los árbitros.’⁴⁸

Entre las disposiciones expuestas, aparece una teoría intermedia que rechaza lo que considera errores de las dos primeras y fusiona todo aquello que de las dos considera acertado y ajustado al derecho.

⁴⁶ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Navarra: Editorial Arazandi, 2005, p. 68.

⁴⁷ BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2006, pp. 45 y 46.

⁴⁸ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 49 y 50.

El acuerdo arbitral, su forma y procedimiento están dentro del control exclusivo de las partes. El efecto legal de sus acuerdos y el carácter de ejecución del laudo dependen de las leyes de la jurisdicción a la que se someten.

En relación a esta teoría el Profesor Soucer-Hall en su reporte al Instituto de Derecho Internacional en 1952, sostiene que el arbitraje no puede estar más allá de cada sistema legal: tiene que haber alguna ley la cual pueda determinar la validez del acuerdo arbitral y la ejecución del laudo.

Igualmente, reconoce que el arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que el nombramiento de los árbitros y el procedimiento arbitral depende principalmente del acuerdo entre las partes. Así sostiene que los elementos contractuales y jurisdiccionales del arbitraje están indisolublemente ligados. Consecuentemente, define al arbitraje como: 'una institución jurídica mixta, *sui generis*, la cual tiene su origen, en el acuerdo de las partes y deriva sus efectos jurisdiccionales de la ley civil.

De acuerdo con esta teoría, el arbitraje basa sus elementos en la ley privada y pública; tiene aspectos procesales y contractuales. El acuerdo de arbitraje es un contrato y tiene que ser tratado como tal, su validez se determina por el criterio aplicable a los contratos.

El procedimiento arbitral, sin embargo, tiene que estar sometido a alguna ley nacional.⁴⁹

Con intención de armonizar ambas teorías se han alcanzado voces que señalan que 'si por una parte llega justificadamente a refutar la jurisdicción de los árbitros como negocio privado y, otra, se rechaza la posibilidad de asimilarla a la atribuida a los organismos del Estado, se establece, sin embargo, una estructura *sui generis*, que en la técnica se denomina 'jurisdicción arbitral'.

[...]

⁴⁹ MONTROYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, p. 35.

Así Cremades considera que se ‘constituye en algo más que un puro contrato para configurarlo en una verdadera jurisdicción. El contrato de arbitraje genera, en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, una jurisdicción privada, aunque sometida a efectos de legalidad al control de los jueces y tribunales’.

Otros opinan ‘que es una institución *sui generis*, de naturaleza mixta o híbrida, en la que conviven, como un todo indiscutible, el origen contractual del mismo y la teoría jurisdiccional que, en última instancia, explicará su aparición. En definitiva, una institución contractual por su origen y procesal por sus efectos’.⁵⁰

En ese sentido, existe un sinnúmero de teorías mixtas que buscan explicar la naturaleza del arbitraje.

La denominada teoría negocial-procesal es una de ellas. Esta teoría establece:

- d. Teoría negocial-procesal: Dado que el arbitraje resuelve cuestiones litigiosas a partir de la suscripción del convenio arbitral, se postula –en su origen– la existencia de un negocio jurídico impropio, no con las consecuencias propias de un contrato, sino con aquellas impropias de un ámbito funcional como es el procesal.⁵¹

Propugno que frente a las denominadas teorías contractualistas, jurisdiccionalistas y mixtas la naturaleza jurídica resolutive del arbitraje es de procedibilidad negocial.⁵²

Así, pues, Matheus y Lorca intentan independizar la teoría que sostienen de las teorías mixtas, al indicar que como el convenio arbitral que

⁵⁰ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN, *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, pp. 32 y 33.

⁵¹ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Reflexión sobre el Derecho de Arbitraje peruano». En *Página del Centro de Arbitraje AMCHAM Perú*. Agosto, 2003, n.º 3. (<http://www.amcham.org.pe/arbitraje/PUBLICACIONES/LAUDO/2003/numero3.htm>).

⁵² LORCA NAVARRTE, Antonio María. En el prólogo al libro escrito por MATHEUS, Carlos: *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Lima: Semper Veritas Ediciones, 2006.

da origen al arbitraje no es un contrato, pues sus efectos son procesales, es un negocio jurídico impropio, el cual surge de la voluntad de las partes (sin embargo, de todas formas se basa en un presupuesto privatista, aunque no reconozca la naturaleza contractual del convenio); y que si bien el arbitraje no es jurisdiccional,⁵³ es un proceso, razón por la cual el Estado debe velar por el respeto de las garantías procesales sustantivas y adjetivas (como si fuera un proceso judicial, se le reconoce un aspecto publicista);⁵⁴ con lo cual se demuestra que lo que los citados autores sostienen no es más que una forma de la teoría ecléctica, pues combina elementos de las teorías privatistas y de las teorías publicistas, teoría a la cual se le aplican las mismas críticas que a las demás teorías de esta misma clase (que son contradictorias o repiten los cuestionamientos de las teorías privatista o publicista).

2. NUESTRA POSICIÓN ACERCA DE LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Señalaremos en este punto que la institución arbitral es compleja, pues se encuentra conformada, por lo menos, por los siguientes tres elementos: i) el convenio arbitral; ii) el contrato partes-árbitros; y iii) el procedimiento arbitral (algunos autores nombran a este elemento como la parte «procesal» del arbitraje, pero dicha expresión debe ser tratada de manera figurativa, por la connotación pública que tiene el término «proceso», lo cual será materia de análisis en nuestro tercer capítulo).

⁵³ Sin embargo, es pertinente precisar que existen autores que sostienen una teoría mixta similar (que el convenio arbitral es un negocio jurídico con efecto procesal), pero reconociendo la naturaleza contractual del convenio arbitral, así como la naturaleza jurisdiccional del proceso; para mencionar un ejemplo, tenemos lo desarrollado por Bernardo Cremades («El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2007, n.º 6, pp. 18 y 19).

⁵⁴ Sin embargo, debemos señalar que, tomando como base el planteamiento de la teoría negocial-procesal, la cual niega la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, en estricto no podría tratarse de un proceso, pues según la doctrina procesalista, el proceso no es más que la herramienta mediante la cual los jueces ejercen la función jurisdiccional. A nuestro parecer, los citados autores, sostienen esto para poder superar la inconsistencia siempre presente en las teorías eclécticas.

Esta sumatoria de elementos conforman el arbitraje; así, pues, no podemos decir que el arbitraje es un contrato, ni un procedimiento (o un «proceso»), en vista de que dejaríamos de lado los demás elementos constitutivos del arbitraje; por lo tanto, lo más apropiado es decir que el arbitraje tiene una naturaleza contractual (pues, necesariamente existen dos contratos en la institución arbitral), jurisdiccional o mixta, según la posición que se defienda.

En este punto, nos parece pertinente tener en cuenta la opinión de José María Roca Martínez:

Por último, distintas razones me llevan a considerar inadecuado tratar de encuadrar el arbitraje dentro de alguna de las posiciones doctrinales clásicas. La propia terminología empleada no responde a unos conceptos claros y precisos; se equipara privado a contractual y jurisdiccional a procesal, y lo cierto es que tales equiparaciones, en modo alguno, pueden considerarse correctas; no existe inconveniente en atribuir naturaleza eminentemente privada al arbitraje y afirmar que debe ser objeto de estudio por el Derecho Procesal. En general, las teorías contractualistas encuentran dificultades para explicar los efectos producidos por el laudo, en concreto, la cosa juzgada y la ejecutividad. Desde planteamientos jurisdiccionalistas se lucha por olvidar el origen contractual y privado del arbitraje y la relación entre las partes y los árbitros, acudiendo a rebuscados razonamientos. Por último, las teorías intermedias o eclécticas se proponen conciliar ambos posicionamientos, con las dificultades que ello conlleva, incurriendo en contradicciones terminológicas (así habrá que considerar las expresiones jurisdicción convencional y jurisdicción privada).

En definitiva el arbitraje presenta una naturaleza jurídica propia, a la cual se llegará tras el análisis de sus distintos elementos.⁵⁵

⁵⁵ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 60.

Al respecto, si bien nosotros podemos opinar que la naturaleza del arbitraje es eminentemente privada, pues sus connotaciones son principalmente privadas, siendo además que sus elementos (el convenio arbitral, el contrato partes-árbitro y el procedimiento arbitral) son también privados, no compartimos la posición de igualar el arbitraje a un contrato, toda vez que en la institución arbitral no sólo se va a configurar un contrato, además, existe un elemento que en puridad no es un contrato, aunque dicho elemento (el procedimiento arbitral) es el efecto de la ejecución de otros elementos de la institución arbitral que si son contratos (el convenio arbitral y contrato partes-árbitro).

Sin perjuicio de lo antes indicado, procederemos a analizar y comentar algunos puntos particulares sobre las teorías que explican la naturaleza del arbitraje, a fin de determinar qué teoría (privatista, publicista o mixta) explica mejor la naturaleza de esta institución jurídica.

Cabe precisar que la potestad de solucionar sus propias controversias de manera privada, autónoma y autorregulada⁵⁶ (sobre todo si se trata de derechos de libre disponibilidad⁵⁷ de acuerdo a ley),⁵⁸ es un de-

⁵⁶ «Destaca profundamente esta ley el reconocimiento y la atribución de un amplio margen de libertad para la autorregulación a los particulares de un mecanismo de solución de sus propios intereses. Este amplio principio de libertad que representa la autonomía de la voluntad tiene un profundo valor normativo puesto que permite que, en el marco del nuevo contrato que se realiza, se establezca una decisión que tiene una validez específica para las personas que libremente han decidido someter sus desavenencias a la decisión de las personas por ellos mismos nombradas, teniendo para ellos valor normativo y decisión de cumplimiento su contenido». MALUQUER DE MOTES I BENET, Carlos J. En *Comentario al artículo 1 de la Ley de Arbitraje Española: Comentarios prácticos de la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 47.

⁵⁷ «El conflicto puede ser perjudicial al interés público o al interés privado, y ello es relevante por cuanto sólo los conflictos que afectan a materias de libre disposición de las partes (por tanto, con intereses privados en juego) pueden ser objeto de arbitraje. Destaca, por tanto, en ese momento, el aspecto privado de la institución». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 63.

⁵⁸ «Así pues, la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras

recho inherente a los particulares, el cual puede ser cedido a un tercero (como a un árbitro), quien debe ejercer las atribuciones que le ceden las partes, atendiendo a la voluntad de éstas y conforme a derecho; lo que significa que las potestades de los árbitros surgen de manera inmediata de la voluntad de las partes,⁵⁹ y no de la ley, pues es necesaria la intervención de la voluntad humana⁶⁰ (pero debemos tener presente que la ley, como fuente mediata de las obligaciones jurídicas, sí impone ciertas

palabras. La ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa, de cada Estado nacional —y no de la doctrina jurídica— sobre qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado». CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006, pp. 75 y 76.

⁵⁹ «Éste me lleva a adherirme al sistema que clasifica las fuentes de las obligaciones en inmediatas y mediatas, entendiéndose que estas calificaciones están referidas a la actuación de la ley, que bien crea la obligación inmediateamente, como efecto directo de la ley, o bien lo hace mediatamente, valiéndose de la ‘intervención’ humana. Dentro de esta concepción, son fuentes inmediatas o directas de la obligación, en primer lugar, la ley, cuando ella impone directamente la obligación (como en el caso de los llamados ‘contratos forzosos’), y en segundo lugar, los actos humanos a los cuales la ley le confiere el poder de crear obligaciones, como son los contratos, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 16 y 17.

⁶⁰ «Así, cuando el Código Civil dice que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, está confiriendo al contrato el poder de crear obligaciones, pero este poder emana de la ley. Resulta de esta suerte que, en el fondo, las obligaciones creadas inmediateamente por el contrato tienen su origen mediato en la ley. Como se ha visto en el caso del contrato, la ley, pese a ser el origen de la obligación, muchas veces no lo es directamente, o sea que la obligación no nace exclusivamente por efecto de la ley, sino que ésta busca otro elemento al cual asigna el poder de crear, modificar o extinguir la obligación.

Ocurre pues, que la ley no crea directamente la obligación contractual, sino que es necesaria la voluntad de las partes para que, poniéndose de acuerdo entre ellas, celebren el contrato y den, con ello, nacimiento a la obligación. De esta manera, la verdadera fuente de la obligación contractual, o al menos su única fuente inmediata, es el contrato». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 14.

limitaciones que deben ser respetadas por los particulares al momento de celebrar contratos, a fin de que surja y se mantenga el efecto obligatorio de tales pactos con el respaldo del *ius imperium* del Estado; ello, a fin de evitar abusos y proteger el interés social, público y ético de la sociedad en general).⁶¹

Si partimos por asumir que en toda interrelación intersubjetiva existen dos fuentes de regulación —la que emana de la voluntad de los particulares y la que proviene del Estado—, podemos colegir que los individuos, frente a sus discrepancias, van a recurrir necesariamente a dichas fuentes de regulación para definir las: no hay otra alternativa. Como correlato a ello, el ámbito en que se va a trabajar el conflicto puede ser privado o público, según la fuente de poder a la que se recurra por la solución.⁶²

En ese mismo sentido, debemos precisar que el hecho de que los artículos 59 del Decreto Legislativo n.º 1071 y de la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) hayan reconocido que el laudo tiene efectos o valor de cosa juzgada, respectivamente, tuvo como fin darle una mayor fuerza obligatoria (diferente a la fuerza ejecutiva⁶³ que tiene el laudo

⁶¹ «El principio de la autonomía privada contractual, aplicado sin traba alguna, pronto empezó a encontrar en sí mismo su propio germen de destrucción. La libertad jurídica, al verse enfrentada a una desigualdad económica, provocó el abuso en la contratación.

Pronto comprendió el Estado que no podía continuar concediendo a los particulares tanta libertad para regular entre ellos sus relaciones, lo que había ocasionado este abuso, y decidió intervenir más de cerca en la relación contractual para intentar equilibrar las posiciones, estrechando así el campo de la autonomía privada.

Este nuevo rumbo se ha plasmado entre nosotros en el artículo 1355 del Código Civil actual, según el cual la ley, por consideraciones de interés social, público y ético puede imponer reglas o establecer limitaciones al contenido de los contratos. Se presenta así el fenómeno del dirigismo contractual». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 27.

⁶² LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 17.

⁶³ Tenemos que hacer una distinción entre lo que es la fuerza obligatoria del laudo y la fuerza ejecutiva del mismo; sobre el particular, Ugo Rocco al momento de hablar de la sentencia (y sin perjuicio de las diferencias que existen entre una sentencia y un

arbitral al ser reconocido por el Código Procesal Civil como un título ejecutivo),⁶⁴ toda vez que implica que no se pueda discutir nuevamente

laudo, lo cual será profundizado más adelante) señala lo siguiente respecto a dichas fuerzas:

«Otra distinción se hace entre fuerza obligatoria (autoridad de cosa juzgada) y fuerza ejecutiva (ejecutoriedad o posibilidad de ejecución de la sentencia).

[...]

Si, pues, el concepto de declaración es distinto del de ejecución, distintas serán necesariamente la fuerza obligatoria de la sentencia que se liga a la relación procesal de declaración, y la fuerza de la sentencia, que enlaza a la relación procesal de ejecución.

[...]

Ciertamente, las partes en tanto adquieren ventajas por la decisión obtenida, en cuanto no pueden obtener ya una nueva, y en tanto se sujetan a la misma, en cuanto saben que, cerrado el estadio de conocimiento, sólo resta proceder a la ejecución. Por otra parte, si no fuese necesario y absoluto el instituto de la cosa juzgada, el procedimiento de ejecución se reduciría, en todo caso, a un procedimiento de ejecución provisional». Rocco, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía., 1939, pp. 308-310.

⁶⁴ Al respecto, el artículo 688 del Código Procesal Civil establece cuáles serán los títulos ejecutivos (judiciales y extrajudiciales):

Código Procesal Civil

Artículo 688.- Títulos ejecutivos

Sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos de naturaleza judicial o extrajudicial según sea el caso. Son títulos ejecutivos los siguientes:

1. Las resoluciones judiciales firmes;
2. **Los laudos arbitrales firmes;**
3. Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley;
4. Los Títulos-Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
5. La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia;
6. La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido;
7. La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta;
8. El documento privado que contenga transacción extrajudicial;
9. El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual;

sobre el fondo de la controversia, obteniendo de esta manera una decisión final e incuestionable que es obligatoria para las partes. Sin embargo, si bien darle tal calidad al laudo demostró una voluntad de dar mayor seguridad al arbitraje, creemos que tal atribución reconocida legalmente fue innecesaria, pues el laudo, a diferencia de la sentencia, es obligatorio y definitivo entre las partes, pues éstas se obligaron a ello.⁶⁵

10. El testimonio de escritura pública;

11. Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo.

En relación a la noción de título ejecutivo, nos parece ilustrativa la explicación que realiza Eugenia Ariano, quien nos explica cómo fue evolucionando dicha noción, hasta llegar a los ordenamientos modernos:

«En los ordenamientos modernos, para entrar a la ejecución se requiere de un ‘título’, concebido cual condición necesaria y suficiente para iniciar y proseguir la ejecución hasta su meta (la satisfacción del ejecutante). Nosotros no somos la excepción. Allí está el artículo 688 del Código Procesal Civil (CPC) que zanja la regla de que para ‘promover’ una ejecución se requiere —sí o sí— de un título.

Pero, ¿qué es un título ejecutivo? La doctrina contemporánea, tras mil disputas, ha llegado a una ‘conclusión escéptica’: no es posible dar una noción unitaria y atípica de título ejecutivo. De ello hace eco Montero Aroca, cuando señala que ‘el título no es una categoría. Documentos de título ejecutivo son los que el legislador quiere que sean; atendiendo a razones de oportunidad política, el legislador atribuye a determinados documentos la calidad de título ejecutivo y nada más. Un concepto atípico o general carece de utilidad. Se debe hacer una enumeración (siempre *numerus clausus*), pero no buscar una noción’.

Por tanto, queriendo dar una ‘noción’ (que más que una noción es una descripción) que tenga en cuenta nuestro ordenamiento positivo se puede decir que el título ejecutivo es un documento al que la ley reconoce la calidad de tal (artículo 688 del CPC) en tanto tenga un derecho (de crédito) cierto y exigible (artículo 689 CPC). De lo que sí no se puede tener duda es que el título ejecutivo constituye la condición necesaria y suficiente para legitimar el inicio y prosecución de un proceso de ejecución. Es necesaria, porque sin él no hay ejecución posible; es suficiente, porque basta (o debería bastar) para que el órgano jurisdiccional adopte las medidas legales necesarias en la esfera del ejecutado para lograr la satisfacción del acreedor ejecutante, según ese ‘programa’ de ejecución que es el título mismo». ARIANO DEHO, Eugenia. «Comentario a la décimo primera disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo II, pp. 125-127.

⁶⁵ «Pero una cosa es decir que la voluntad individual es decisiva para el ejercicio de la función jurisdiccional de parte del Estado, y otra que del acuerdo de las partes de-

Sobre este particular, resultan pertinentes las palabras de Roca Martínez:

[...] La finalidad última del arbitraje es la solución pacífica del conflicto, y ello se produce, normalmente, con el pronunciamiento de una decisión que se denomina laudo arbitral. Con el pronunciamiento del laudo concluyen los árbitros sus actuaciones, ya que carecen de poderes o facultades para imponer coactivamente su cumplimiento a las partes; sin embargo, 'podrá obtenerse su ejecución forzosa ante el Juez [...]'.¹

La LA establece que el laudo firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada, utilizando esta atribución como argumento a favor de la jurisdiccionalidad del arbitraje. Al respecto considero convenientes las siguientes puntualizaciones. La expresión cosa juzgada refleja los efectos jurídico procesales que el proceso judicial produce, 'que no es otra cosa que la fuerza que en derecho se otorga a los resultados procesales', y que trata de impedir que se vuelva a tratar sobre lo ya resuelto, bien mediante recursos dentro del mismo proceso (cosa juzgada formal), bien fuera del mismo, prohibiendo el nacimiento de un nuevo proceso sobre el mismo objeto (cosa juzgada material); es, por tanto, un mecanismo de 'certeza y seguridad jurídica pues se consigue la estabilidad de las decisiones judiciales que por esencia han declarado la certeza del derecho allí donde había conflictos o incerteza'. El artículo 37 de la LA no establece que el laudo arbitral produzca cosa juzgada (efecto reservado a las resoluciones jurisdiccionales), sino que reclama para él una eficacia idéntica a la cosa juzgada: se podría hablar de una ficción, por cuanto el laudo firme actúa como si

pende el resultado del proceso». Rocco, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía., 1939, p. 314.

«Consiguientemente, y siempre dentro de la órbita de eficacia contractual, existe un deber jurídico, con el correlativo derecho, de cumplir con lo que el laudo disponga. Y esto es así porque, en definitiva, al someterse a él por anticipado, las partes han asumido su contenido dentro de sus respectivas voluntades jurídicas». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 166.

produjera efectos de cosa juzgada (efectos idénticos, sin ser cosa juzgada).

Por otro lado, ¿se refiere este artículo a la cosa juzgada material, a la cosa juzgada formal o a ambas? En mi opinión, se ha tratado de destacar innecesariamente el carácter vinculante del laudo, su irrevocabilidad y, fundamentalmente, su irrecurribilidad [...].

[...] Así, el carácter vinculante del laudo deviene de la voluntad de las partes en el convenio arbitral, ya que éste ‘deberá expresar la obligación de cumplir tal decisión’ [...]; en previsión de que la obligación asumida por las partes respecto a la decisión de los árbitros no sea cumplida voluntariamente, la ley posibilita su ejecución forzosa considerando el laudo como título ejecutivo extrajurisdiccional; una vez notificado es irrevocable, por cuanto únicamente pueden corregirse errores de cálculo, de copia tipográfica o similar y aclararse algún concepto oscuro u omisión del laudo (artículo 36.1); no es posible un conocimiento simultáneo de la misma cuestión por órganos jurisdiccionales y arbitrales porque el convenio arbitral impide a los tribunales conocer las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que se alegue la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, del mismo modo que, dictado el laudo, no es posible plantear de nuevo el asunto ante los tribunales, ya que previamente han excluido dicha posibilidad al obligarse en el convenio a cumplir tal decisión [...]; tampoco es posible impugnar el contenido del laudo en vía jurisdiccional, permitiéndose, únicamente, su anulación en los casos previstos en la ley [...].⁶⁶

De otro lado, que se le reconozca al laudo una fuerza ejecutiva especial a cualquier otro acto jurídico, no significa que la institución arbitral sea de naturaleza procesal, sino que el legislador le quiso dar garantías adicionales para que la ejecución forzosa del laudo pueda ser solicitada por la parte vencedora (pues, las partes se han obligado a no seguir discutiendo sobre el fondo de tales controversias, sin perjuicio del recurso

⁶⁶ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, pp. 69-71.

de anulabilidad del laudo, en el cual no se discutirá sobre el fondo de la controversia) acudiendo al órgano que sí puede ejercer el *ius imperium* del Estado, es decir, el Poder Judicial:

Para Herce Quemada 'el arbitraje no es un proceso, aunque cumpla una finalidad análoga al mismo, ni siquiera un procedimiento judicial, ya que en él no interviene un juez propiamente dicho, sino un procedimiento privado sustitutivo del proceso civil'. 'La fuerza vinculante del laudo arbitral arranca de la voluntad misma de los interesados al someterse previamente a la decisión de los árbitros' y 'aunque en nuestro derecho se equipara la eficacia del laudo arbitral a la sentencia, teniendo fuerza ejecutiva sin necesidad de homologación judicial, no se trata de un acto procesal, sino de un acto privado'.⁶⁷

En ese sentido, que el laudo sea un título ejecutivo no significa que su fuente sea necesariamente jurisdiccional, pues: 1) Existen otros títulos ejecutivos que tienen el mismo reconocimiento, sin que su fuente sea jurisdiccional;⁶⁸ y 2) Justamente en esta etapa (de ejecución) se puede observar que los árbitros no ejercen jurisdicción, pues es el Poder Judicial el único que puede ejecutar de manera forzosa (*executio*) lo decidido por los árbitros.

Al respecto, podemos inferir que el arbitraje es un mecanismo mediante el cual las partes pactan que el órgano jurisdiccional no conozca y no decida sobre una controversia que implique materias de libre disposición (entonces, podemos decir que el arbitraje es una excepción a la jurisdicción en estos temas, pero eso no significa que

⁶⁷ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 44.

⁶⁸ «[...] no siempre a la ejecución debe preceder la cognición judicial: en determinados casos se puede proceder a la ejecución sin necesidad de realizar precisamente un proceso de cognición judicial, como es la conciliación extrajudicial, donde las partes han definido consensualmente el derecho, o el caso del arbitraje». LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo III, p. 353.

sea una jurisdicción de excepción), mas no en relación a la ejecución forzosa de lo decidido.⁶⁹

Por otra parte, es adecuado que nuestra ley actual, así como la anterior, se cuide de no decir que el laudo es una sentencia,⁷⁰ pues ambos son resultado de diferentes mecanismos de solución de controversias.⁷¹ La sentencia es obligatoria, en la medida de que haya sido emitida por

⁶⁹ «[...] los laudos arbitrales firmes también constituyen títulos de ejecución porque los árbitros, sean de derecho o de equidad, no cuentan con *imperium* para ordenar la ejecución del laudo que emitan, pues ello sólo es monopolio de la actividad jurisdiccional». En LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo III, p. 355.

⁷⁰ A diferencia del error cometido en la regulación que alguna vez llegamos a tener, que calificaba al laudo como una sentencia; al respecto, compartimos la opinión de Guillermo Lohmann:

«Los artículos 565, 570, 572, 573 y 575 del Código Procesal califican al laudo de sentencia. Según ello, en aplicación del 1145 del mismo Código, su ejecución correspondería a los propios árbitros. Pero, eso no es correcto; no cabe tan laxa lectura de las reglas mencionadas. Me parece que la palabra sentencia es impropia en sede arbitral. Es claro que los árbitros no gozan de poder ejecutivo, y precisamente ésa es una de las notas por las cuales considera que carecen de genuina jurisdicción. Tanto por la naturaleza del arbitraje como por el alcance de la misión que las partes encomiendan a los árbitros, éstos no gozan ni del poder real ni del poder jurídico para imponer con carácter forzoso la ejecución de su decisión como sentencia». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 167.

⁷¹ La distinción normativa entre sentencia y laudo ha sido alcanzada en el arbitraje gracias a todas las personas que abogaron por la independencia y desjudicialización del arbitraje, lo cual no sólo se vio en nuestro país, sino que también fue un tema que se ha visto en diferentes partes de Latinoamérica:

«En un pasado no muy lejano, los arbitralistas latinoamericanos de la época tuvieron que enfrentarse a los procesalistas, quienes, con Código de Procedimiento Civil en mano, aseguraban que el arbitraje no era más que un procedimiento judicial especial más, lo que los llevaba al error de asimilar el árbitro al juez y el laudo arbitral a una sentencia judicial con todas las consecuencias que de ello derivan. Esa discusión fue superada de manera favorable para el movimiento arbitralista». DE JESÚS O., Alfredo. «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2008/2009, n.º 3, p. 156.

un órgano estatal competente⁷² (el cual ejerce función jurisdiccional en representación del Estado):

La sentencia de un Juez no vale porque las partes la consientan *a posteriori*, pero tampoco *a priori*: la sentencia de un Juez vale en cuanto órgano del poder público que liga al súbdito, '*velis nolis*', con o contra su voluntad.⁷³

Mientras que un laudo es obligatorio entre las partes y pone fin a sus controversias de manera definitiva, pues éstas pactaron eso previamente (por lo que ellas mismas también podrían acordar, luego de emitido el laudo, no respetar todo o parte de éste):⁷⁴

⁷² «[...] la fuerza de obligar que el Juez imprime a sus decisiones no la extrae de la voluntad de los sujetos que a él acuden, sino de la voluntad coactiva de todo el ordenamiento jurídico y especialmente de aquellos órganos públicos que se pronuncian autárquicamente frente a otros sujetos». GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, pp. 21 y 22.

⁷³ GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 22.

⁷⁴ «[...] Desde planteamientos jurisdiccionalistas, es probable que la equiparación entre sentencia y laudo lleve a la consideración de que una vez que los árbitros pronuncian el laudo, éste escapa del control de las partes, en el sentido de que no pueden ignorarlo y hacer caso omiso de su contenido, acudiendo a los órganos jurisdiccionales o, incluso, acordando un nuevo arbitraje. Si, por el contrario, el arbitraje es considerado como manifestación esencial de la autonomía de la voluntad, la solución puede ser muy distinta; nada impediría que un nuevo acuerdo de las partes dejase sin efecto el arbitraje pactado. En nuestro país, Rivero Hernández admite la posibilidad de que las partes prescindan de la decisión arbitral, suscribiendo íntegramente la tesis de Schizzerotto. En su opinión, 'la decisión arbitral, el laudo, es una respuesta o una solución que dan los árbitros a la controversia planteada por las partes. Éstas tenían un conflicto de intereses que las enfrentaba y encargan su solución a un tercero, asumiéndola anticipadamente (artículo 5). Mas, como afecta a intereses privados y disponibles de aquéllas, ¿qué les impide prescindir de esa decisión y, si no les gusta, transigir entre ellas, o renunciar una a sus derechos a favor de la otra, o cualquier solución distinta? Creo que no hay ningún inconveniente. Tampoco puede haberlo, por idéntica razón, para que las partes ignoren por completo el laudo, si están de acuerdo en ello (por cualquier causa) y, prescindiendo de la solución dada por los árbitros, opten por ir a un nuevo arbitraje o incluso a la jurisdicción ordinaria a dirimir sus diferencias'. ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 74 y 75.

[...] si el árbitro puede imponer su parecer a las partes, es porque las partes han aceptado primeramente esa decisión, así, el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, no de su sujeción, porque si bien el resultado no es para ellos libre '*in effectu*', ha sido libre '*in causa*' y tiene, por tanto, fuerza de obligar, porque ellos quisieron que se les obligara.⁷⁵

El efecto de la decisión arbitral o laudo es vincular a las partes y ello como consecuencia de la voluntad expresa plasmada en el convenio obligándose a cumplir tal decisión.⁷⁶

En este punto resulta ilustrativo recalcar que el arbitraje históricamente no fue concebido como una forma de jurisdicción (en el sentido publicista del término). Al contrario, se desarrolló como un método eficiente de solución de controversias (utilizados sobre todo por comerciantes) previo al surgimiento del Estado;⁷⁷ además, su evolución histórica se dio de manera paralela al desarrollo de los poderes del Estado.

Así pues, durante su desarrollo no fue necesario equipararlo a la función jurisdiccional ni acudir al juez para que se haga efectivo lo resuelto, en vista de que «[l]a amenaza de ostracismo parece haber sido bastante severa y constituía un fuerte incentivo para someterse al arbitraje y aceptar sus decisiones»;⁷⁸ una explicación histórica del porqué el arbitraje se ve asociado con la jurisdicción y con las figuras procesales la

⁷⁵ GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 22.

⁷⁶ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p. 77.

⁷⁷ «Desde un cierto punto de vista, el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. En el Prólogo al libro de LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo: *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V.

⁷⁸ BENSON, Bruce. *Justicia sin Estado*. San Francisco: Unión Editorial, 2000, p. 37.

brinda Bruce Benson, quien narra lo acontecido en los Estados Unidos de América:

El arbitraje, y especialmente el arbitraje mercantil, es innegablemente un método privado de resolver conflictos, pero compite con instituciones de la Administración que pueden intentar suprimirlo. Después del cambio de siglo, los abogados empezaron a reconocer que suponía una amenaza al sistema público, el cual habían llegado a dominar. En 1915, el Colegio de Abogados de Nueva York nombró un comité para estudiar formas de aligerar de casos pendientes en los tribunales. El arbitraje acaparó la atención del comité, pero los abogados y los hombres de negocios querían cosas distintas. Los abogados preocupados por las críticas, estaban deseosos de mejorar su imagen pública, aunque sin perder clientes y manteniendo su control sobre la justicia. Los hombres de negocio querían rapidez y economía en la resolución de conflictos, y que los fallos estuvieran basados en la costumbre y en la práctica mercantil. No obstante, el Colegio de Abogados de Nueva York y la Cámara de Comercio aunaron esfuerzos para conseguir que se aprobara en 1920 una ley del Estado de Nueva York que declaraba vinculantes y al amparo de los tribunales de Nueva York los fallos de los arbitrajes. Desde entonces, todos los Estados restantes han aprobado leyes similares.⁷⁹

[...] Los empresarios, obligados a tener en cuenta la posibilidad de la apelación en los tribunales públicos, tuvieron que hacer sus procesos de arbitraje compatibles con la ley, incluida la materia procesal.

Algunos de los aspectos más atractivos del arbitraje se debilitaron enormemente a causa de la codificación legal del proceso. Concretamente, el arbitraje se ha convertido en un proceso mucho más complicado y 'legalista', abandonando su carácter sumario, está más pendiente de las normas emanadas de la administración y resulta más costoso. La administración no ha eliminado a su adversario, pero las leyes sobre arbitraje han limitado su competitividad.⁸⁰

⁷⁹ BENSON, Bruce. *Op. cit.*, 2000, p. 256.

⁸⁰ BENSON, Bruce. *Op. cit.*, 2000, p. 257.

Asimismo, el citado autor estadounidense explica unas de las acciones que se adoptaron a fin de dejar de utilizar el *boicot*, como medida de fuerza que utilizaban los comerciantes para obligarse entre ellos mismos a arbitrar sin la intervención del Estado, conforme se desprende de la siguiente cita que utilizan Bullard y Soto:

Con el tiempo los abogados contraatacamos. Por ejemplo, alrededor del 1920 en Estados Unidos, por *lobbys* de los colegios de abogados se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos, entonces la participación de abogados se incrementó dramáticamente. La representación con abogados frente a las tribunales arbitrales de American Arbitration Association (AAA) se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947. El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* [282 U.S. 30 (1930)] en el que se declaró como contrario a las normas antimonopolio, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o cumplir el laudo (calificándolo como *boicot* o negativa de trato concertada).⁸¹

Posteriormente, Benson manifiesta que las leyes que se promulgaron con la finalidad de «respaldar» al arbitraje, no son la razón por la cual el arbitraje es viable, posición que compartimos:

Muchos observadores argumentan que son precisamente esas leyes las que hacen viable el arbitraje. Por ejemplo, Landers y Posner sostienen que las cláusulas de arbitraje en los contratos son ‘eficaces, sólo porque los tribunales públicos las amparan; si no lo hicieran, no existiría una sanción efectiva para la parte que incumpliese el compromiso de someterse a arbitraje’. En otras palabras, el arbitraje privado constituye una alternativa a los tribunales públicos porque está respaldado por esos mismos tribunales públicos. Sin embargo, es posible demostrar la falsedad

⁸¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro. «Why fix what is not broken?». En *Comentarios a la ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. XV y XVI.

de esta sentencia. El desarrollo histórico del Derecho Mercantil muestra que los comerciantes pueden emplear el *boicot* como medida sancionadora. De hecho, el Derecho Mercantil internacional se mantiene y desarrolla sin necesidad del respaldo de una autoridad gubernamental coercitiva.⁸²

De otro lado, y en base a lo expuesto hasta este punto, debemos señalar que en el arbitraje no se da un proceso en sentido estricto (como instrumento utilizado por los órganos jurisdiccionales para administrar justicia), sino un procedimiento; además, debemos señalar que el procedimiento también existe en el proceso, motivo por el cual el arbitraje y el proceso comparten a veces una lógica o sentido lógico similar, pero no son lo mismo.⁸³

Sin embargo, la institución arbitral no tiene como uno de sus elementos al proceso, sino al procedimiento (no confundir estos conceptos que durante tantos años fueron considerados como iguales), toda vez que este último no tiene esa connotación pública que tiene necesariamente el proceso.

Por ello, cuando decimos que el árbitro es un juez o que el arbitraje es un proceso, nos encontramos, más bien en un terreno metafórico, que taxativamente científico. Estrictamente, rigurosamente hablando, el árbitro no es juez ni el arbitraje es un fenómeno procesal.⁸⁴

⁸² BENSON, BRUCE. *Justicia sin Estado*. San Francisco: Unión Editorial, 2000, pp. 256 y 257.

⁸³ «Es verdad que el proceso arbitral tiene similitudes de forma con el proceso público, en cuanto aporta [...], el elemento lógico de un juicio. En el proceso arbitral existen una materia controvertida, dos partes con pretensiones opuestas, un fallador que son los árbitros y una decisión proferida por el fallador. Es pues, un juicio en sentido lógico». En VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, pp. 51 y 52.

⁸⁴ GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 22.

Este último punto que hemos tratado es importante para el desarrollo que realizaremos más adelante.

Nosotros pensamos que la teoría más adecuada es la privatista (teniendo en cuenta los alcances en la presente tesis), toda vez que según lo desarrollado hasta este punto, las teorías publicistas o jurisdiccionalistas y las teorías mixtas quedarían desvirtuadas, pues las primeras asemejan al arbitraje con conceptos tales como «proceso» y «jurisdicción», lo cual es propio de una función del Estado, mientras que las segundas por intentar complementar dos teorías contradictorias, tarde o temprano entran en contradicción o recogen los errores atribuidos a las teorías publicistas.

Asimismo, estamos convencidos de que el arbitraje tiene como fundamento la libertad que poseen los particulares para decidir no someter sus controversias respecto de derechos de libre disposición ante los órganos jurisdiccionales, sino frente a un tercero privado:

Pero, para resolver los conflictos o contiendas entre particulares, existen diversos medios, pues, además de acudir a la intervención de los tribunales estatales (que es lo normal), hay veces que la solución se logra sacrificando una de las partes su posición, abdicando de su pretensión o de la resistencia que venía oponiendo a la prestación ajena, mediante la renuncia de su derecho; o las partes se hacen concesiones recíprocas para poner fin al litigio o para impedir que éste surja, por la transacción, o, sin ponerle fin, se conviene que las diferencias se resuelvan, no por los órganos jurisdiccionales del Estado, sino por un organismo extraoficial que se denomina arbitraje, pues el Estado, respetuoso con la libertad que concede a los ciudadanos para disponer de sus intereses, la lleva a sus últimas consecuencias, permitiendo a los particulares que la resolución de los litigios civiles en los que no haya implícito un interés público, se entregue por ellos, no a los tribunales estatales, sino a jueces privados, facultad consagrada en las legislaciones desde una antigüedad bastante remota [...].⁸⁵

⁸⁵ OGAYAR y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, pp. 63 y 64.

Concluiremos este punto tomando la cita de Tomás Ogayar y Ayllón, quien explica la lógica que vamos a seguir en este trabajo, en base a la teoría a la cual nos hemos adherido:

No cabe duda de que los compromitentes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de otras personas, por lo que el arbitraje, en su origen, es un negocio de Derecho Privado, un contrato que cae dentro del campo del Derecho de Obligaciones. Pero, este contrato no es suficiente para que surja el arbitraje; para ello es necesario que los árbitros designados acepten su nombramiento y se obliguen a desempeñar su encargo mediante otro contrato llamado de dación y recepción de arbitraje, pues sólo cuando tal aceptación existe nace la relación jurídica arbitral. De esa combinación contractual surge la institución del arbitraje, el que en su estructura ofrece la particularidad de encerrar dentro de sí un procedimiento, que no puede confundirse ni equipararse con el proceso.⁸⁶

3. EL ARBITRAJE: SUMATORIA DE ELEMENTOS

Sin perjuicio de lo antes señalado, nuestra opinión es que el reconocimiento de la función jurisdiccional del arbitraje (en el sentido publicista de este término, el mismo que implica una «delegación» o «autorización» del Estado y que es compartido por el Tribunal Constitucional⁸⁷ y parte de la doctrina),⁸⁸ reconocimiento respecto del cual no estamos

⁸⁶ OGAYAR y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, pp. 72 y 73.

⁸⁷ Posición del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC: «En sentido estricto, la función jurisdiccional debe entenderse como el fin primario del Estado, consiste en dirimir los conflictos interindividuales, que ejerce a través del órgano jurisdiccional mediante la aplicación de normas jurídicas».

⁸⁸ Entre los cuales tenemos a los siguientes autores que, en sus respectivas obras, sustentan la posición del arbitraje como ámbito jurisdiccional:

• CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo Vásquez Kunze. *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006.

de acuerdo, se refiere a una parte o ciertas actuaciones que se dan en el arbitraje (por ejemplo: el laudo, las medidas cautelares, la conducción de la etapa probatoria, etc.), que se ven desarrolladas en el procedimiento arbitral (entendido éste como las reglas, así como la secuencia lógica de actos que deben realizarse para componer un litigio o una controversia), siendo tal procedimiento sólo uno de los elementos de la institución arbitral (dejando fuera a otros elementos como el convenio arbitral y los contratos celebrados entre las partes y los árbitros), con lo cual, señalar solamente que el arbitraje es como un proceso judicial o que es un contrato,⁸⁹ no ayuda a ver realmente que esta institución está compuesta por una serie de elementos con características propias, las cuales de manera conjunta conforman un medio de solución de conflictos denominado arbitraje; al respecto, hacemos nuestras las siguientes citas de Lohmann:

El arbitraje en sí no es genuinamente un contrato, si bien se origina y descansa en unos acuerdos de voluntades. Tampoco es un proceso, aunque de un procedimiento formal puede a veces servir en la última de sus etapas. El arbitraje tiene un contenido, misión y organización exclusivos y peculiares. Es una rara avis del mundo jurídico. Consiguientemente, no pueden confundir-

• LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 53.

• VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3.

⁸⁹ «Dentro de las distintas manifestaciones doctrinales que defienden la naturaleza privada del arbitraje, se ha acudido a diferentes figuras jurídicas, siendo numerosos los autores que han equiparado el arbitraje a un contrato de derecho privado, incurriendo, como apuntara Fenech, en un error de planteamiento, ya que 'se acostumbra a determinar la naturaleza del arbitraje atendiendo, sobre todo, al llamado contrato de compromiso y a la relación existente entre las partes y los árbitros designados, que se perfecciona por la recepción o aceptación de éstos'. Olvidando aspectos tan importantes como el desarrollo de la actividad arbitral, el contenido de ésta o los efectos de la decisión». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p. 41.

Sin embargo, debemos agregar que si bien estamos de acuerdo con el arbitraje no es «un contrato», sí tiene una serie de elementos privados (entre ellos, algunos son contratos).

se su estructura, funcionamientos y eficacia globales o de cada uno de sus segmentos, con otras figuras jurídicas.⁹⁰

[...] en común es útil recordar o poner de manifiesto que el arbitraje, como muchas otras instituciones, está integrado o compuesto por una serie de elementos, en principio conceptuales de manera autónoma entre sí. Son elementos que actuando de consuno contribuyen a tipificar la institución, pero que según el predominio que individualmente se les conceda marcan de un modo determinante la visión del conjunto. El arbitraje, diría yo, es una suerte de mosaico en el cual cada pieza tiene su momento y su lugar, su valor y su función. Y el jurista, como el crítico de arte que admira el mosaico, puede sentirse inclinado a poner más o menos énfasis en cada pieza de la obra, o a su importancia o significado en conjunto.⁹¹

Así pues, compartimos la opinión del citado autor, en el sentido de que es un error no ver que el arbitraje tiene una serie de elementos que deben ser considerados,⁹² no debiendo dejarse de lado a alguno de éstos al momento de estudiar la institución arbitral.⁹³

⁹⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 39.

⁹¹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 42.

⁹² En este punto nos parece importante tener presente lo siguiente: «Dependiendo del concreto momento histórico vivido se ha procedido a remarcar uno o varios de los múltiples componentes de la institución arbitral, decantando, de este modo, la naturaleza de la misma a favor de una u otra categoría jurídica ya existente. No se olvide que en el nacimiento, desarrollo y terminación del arbitraje concurren una pluralidad de actuaciones de diversa naturaleza. Esa diversidad jurídica ha provocado amplias —y duraderas— discusiones doctrinales en torno a la naturaleza de la institución arbitral». BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2006, p. 41.

⁹³ «En nuestro país el arbitraje privado tiene que ser estudiado de una manera unitaria y global. El problema de la naturaleza del arbitraje puede desenfocarse cuando se ilumina en exceso o de modo desigual alguna de sus áreas, dejando otra u otras en la sombra». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para

Sin perjuicio de lo antes señalado, si vemos a la función jurisdiccional en su sentido clásico o publicista⁹⁴ (como facultad del Estado

leer el Código Civil Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 45.

«A través de las páginas anteriores ha podido comprobarse la complejidad del arbitraje, así como lo discutible de su naturaleza jurídica. [...] Todas estas actividades configuran una institución compleja, peculiar y de complicada ubicación en el panorama jurídico. Además, según se incida en alguno de los elementos con preferencia sobre otros, los resultados serán distintos; así lo puso de manifiesto Febech Navarro al criticar las formulaciones privatistas del arbitraje, como ya se ha indicado, pero sucede que ese mismo argumento puede ser utilizado contra quienes, como él, defienden su jurisdiccionalidad ya que, por lo general, suelen centrar su estudio en la función de los árbitros y en los efectos del laudo, olvidando otros aspectos. Sólo con un análisis conjunto del arbitraje, como fenómeno complejo, sin olvidar ninguno de sus elementos, será posible aproximarse a su naturaleza jurídica. Así lo ha considerado Almagro Nosete para quien ‘la naturaleza jurídica del arbitraje reclama un examen primero parcializado de los distintos momentos del mismo; y luego, global, que permite en atención al criterio del predominio resultante, determinar el encuadre del instituto’». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 58 y 59.

⁹⁴ «Precisamente la llamada función jurisdiccional o más específicamente, jurisdicción, es el poder-deber del Estado destinado a solucionar conflictos de intereses o incertidumbre jurídica en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas el logro de una sociedad con paz social en justicia». MONROY GÁLVEZ, Juan. «Conceptos elementales de proceso civil». En *La formación del proceso civil peruano (escritos reunidos)*. Comunidad, 2003, p. 176.

«[...] las notas jurisdiccionales ortodoxas poco o nada tienen que ver con el arbitraje. Aparte de que no se ve relación alguna entre el poder del Estado (incluso contra otra parte de él) y soberanía popular y un conflicto entre dos sujetos que quieren resolverlo sin otra intervención que la de un hombre de confianza, la labor de este tercero nunca será jurisdiccional en el sentido clásico de esta palabra. En efecto: a) desde un punto de vista subjetivo, la facultad decisoria de la contienda arbitral la ejerce un sujeto (o sujetos) que no forman parte de un órgano estatal, ni ha sido investido como juez (con poder que emana del pueblo), ni está constreñido a un orden jerárquico; b) desde el punto de vista del origen y causa de la intervención en un asunto contencioso, la labor arbitral descansa en la querida intención de los propios contendientes, siendo así que la intervención judicial reposa en el pedido de una sola de las partes o del Ministerio Fiscal; c) desde un prisma objetivo, no puede el árbitro decidir en otra materia que la exclusivamente sometida a su dic-

para administrar justicia, resolviendo los conflictos de los particulares y ejecutando lo resuelto, facultad que además es propia de su soberanía,⁹⁵ la cual es ejercida por sus entes públicos estatales y que implica: conocer el conflicto, ordenar la comparecencia de las partes, resolver mediante una sentencia, así como las facultades coercitivas y de ejecución), y visto el proceso como su herramienta para resolver los conflictos íntersubjetivos, nos «obliga, de paso, a no confundir jurisdicción con proceso y éste con procedimiento reglado, entendido como ordenada sucesión de trámites»,⁹⁶ jurisdicción, proceso y procedimiento son cosas distintas; en otras palabras, y sin perjuicio de las diferencias entre jurisdicción y proceso que no son materia de este trabajo, el arbitraje no es llevado a cabo por un funcionario público y el árbitro no tiene las facultades coercitivas para realizar la ejecución forzosa de un laudo (lo que significa que el arbitraje no implica función jurisdiccional, además de que no podría usar el proceso, entendido como la herramienta propia de la jurisdicción); sin embargo, si se vale de un procedimiento, a fin de que el árbitro pueda resolver las controversias que ante éste las partes le presentan. El procedimiento arbitral se regirá por una lógica similar a la procesal civil, pero con diferencias que no se deben olvidar.

tamen, siendo así que cualitativa y cuantitativamente posee el juez más amplias atribuciones; d) en lo que toca a la función, es labor del Juez Jurisdiccional ejecutar sus propias decisiones o las de instancias superiores, lo que el árbitro no tiene permitido en caso de incumplimiento de laudo por una de las partes». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, pp. 46 y 47.

⁹⁵ «[...] La actuación del juez tiene eficacia jurídica como emanación de la soberanía del Estado, hasta el punto que la fuerza de sus decisiones radica en ser órgano del poder público con o contra la voluntad de las partes, y sus sentencias valen, no por la aceptación de los litigantes, sino por la voluntad coactiva de todo ordenamiento jurídico, en virtud de la potestad de imperio que éste les concede». OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, pp. 207 y 208.

⁹⁶ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, pp. 47 y 48.

En atención a lo expuesto es que podremos apoyarnos de manera referencial en la teoría general del proceso⁹⁷ (sin que esto implique negar la naturaleza privada del arbitraje), toda vez que dicha rama del Derecho desarrolla cómo se desenvuelve un procedimiento⁹⁸ (lo que también vamos a ver en el proceso judicial, así como en la ejecución de determinados contratos, sobre todo de duración); tomar como referencia la teoría general del proceso será útil en la medida en que no desnaturalice la institución arbitral. Al respecto, compartimos el parecer de Jaime Abanto:

Es cierto que no todas las instituciones del proceso civil podrán transplantarse al arbitraje. Sin embargo, no perdamos de vista que aun el 'proceso privado' entre particulares, como el que podría darse para resolver controversias a nivel societario o asociativo, debe respetarse las garantías del debido proceso. Entonces, no debe extrañar que similares exigencias se realicen al procedimiento arbitral.⁹⁹

Podemos concluir en este punto, señalando que el arbitraje se encuentra conformado por tres elementos necesarios (el convenio arbitral,

⁹⁷ «[...] Así las cosas, la idea subyacente del presente libro es que, en materia de arbitraje, el Derecho Procesal es accesorio con relación al Derecho de las Obligaciones y del contrato en general». SILVA ROMERO, Eduardo. «El arbitraje examinado a la luz del Derecho de las Obligaciones». En Introducción del libro: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. xvii.

⁹⁸ «Sin embargo, nada de lo dicho debe conducir a una conclusión equivocada: que los estudios procedimentales no deberían existir porque son inútiles. La ciencia procesal se expresa pragmáticamente en los códigos, entonces la normativa es el complemento indispensable de los análisis teóricos sobre el proceso, algo más, es el dramático contacto con la realidad. Desconocer la existencia de una teoría del procedimiento es cometer el mismo error de aquel poeta que, enamorado de su arte, niega la existencia de la prosa». MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, p. 136.

⁹⁹ ABANTO TORRES, Jaime David. «El Arbitraje en las Sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del Amparo contra Laudos Arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 175.

el contrato partes-árbitro y el procedimiento arbitral),¹⁰⁰ los cuales, de acuerdo a lo desarrollado en la presente investigación, tienen una naturaleza privada; por lo tanto, el arbitraje es una institución de Derecho Privado, viéndola de manera conjunta o analizando a cada uno de sus elementos por separado, motivo por el cual la naturaleza de la relación partes-árbitro (la cual se desarrolla en los contratos que celebran las partes con los árbitros y en el procedimiento arbitral) es también privada.

Una explicación de cómo en el arbitraje se dan por lo menos dos contratos (convenio arbitral y el contrato de dación y recepción de arbitraje) y como el producto del procedimiento (el laudo) no es jurisdiccional (y, por lo tanto, privado) nos la da José María Roca Martínez al momento de comentar la normativa española (la cual guarda grandes semejanzas con la peruana):

En definitiva en el arbitraje se superpone un contrato principal (convenio arbitral) y un contrato que trae causa de ése (tradicionalmente denominado de dación y recepción de arbitraje), así como, eventualmente, otros acuerdos complementarios. El convenio arbitral tiene por objeto el sometimiento de cuestiones litigiosas a la decisión de árbitros (artículo 1 LA), produciendo los efectos de cualquier contrato (obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado —artículo 1.258 CC y 11 LA— destacando que entre estas obligaciones asumidas por las partes está la de cumplir la decisión de los árbitros —artículo 5.1 LA—) y los suyos propios (impide a los jueces y tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje —artículos 11.1, 53.8 y 1.464 LEC—). El convenio arbitral debe cumplir los

¹⁰⁰ «[...] es preciso conocer la estructura de esta institución. En ella hay que diferenciar, el convenio arbitral, el contrato de dación y recepción de árbitros y el procedimiento». GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 55.

«[...] El arbitraje como institución consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, el denominado contrato de dación y recepción del arbitraje (*receptum arbitrii*) y el procedimiento arbitral». BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 7.

requisitos exigidos por carácter general para cualquier contrato, así como los exigidos para dicha modalidad en la LA, ya que a ello se subordina la producción de sus efectos, tanto los generales como los específicos. Peculiaridad de este contrato es la necesaria intervención de terceras personas (árbitros), lo cual da lugar al contrato de dación y recepción de arbitraje, que trae causa del contrato principal, sin el cual no tiene razón de ser, y produce sus propios efectos (obliga a los árbitros a cumplir fielmente su encargo, incurriendo en responsabilidad por su incumplimiento —artículo 16 LA—). Los efectos vinculantes de la decisión arbitral son consecuencia del contrato principal ya que las partes se obligaron en él a cumplirla y la intervención de los órganos jurisdiccionales en la ejecución de dicha decisión se produce para dar cumplimiento a esa voluntad de las partes; no obstante, el cumplimiento de los requisitos exigidos en la LA para su formación convierten al laudo en un título ejecutivo extrajurisdiccional, y como tal deberá ser ejecutado, debiéndose basarse íntegra y absolutamente en el mismo, sin poder exceder siquiera mínimamente de su contenido [...]; por el contrario, si no se cumplen los requisitos, la decisión de los terceros tendrán efectos vinculantes si fuera aceptada por las partes después de emitida y cumpliera los requisitos generales de los contratos, pero no sería un laudo arbitral (artículo 3.2.).¹⁰¹

A continuación, procederemos a explicar por separado los dos ámbitos en que se desarrolla la relación partes-árbitros; luego indicaremos cómo es que se interrelacionan tales ámbitos.

Al respecto, debemos precisar que en algunos elementos de la institución del arbitraje sólo intervienen las partes¹⁰² (como en el convenio

¹⁰¹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 82 y 83.

¹⁰² Es pertinente precisar que en esta investigación cuando hagamos referencia al término «*las partes*», según el contexto, nos podemos estar refiriendo a las partes del procedimiento (que son las partes que están en conflicto, lo cual es el objeto del arbitraje, y que son parte además del convenio arbitral) y a las partes del contrato partes-árbitro (referidas, por un lado, a las partes del procedimiento y, por otro, a los árbitros).

arbitral o en la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, según corresponda a cada legislación), mientras que en otros intervienen las partes y los árbitros (como en el contrato partes-árbitros o en el procedimiento arbitral), pudiendo en estos últimos intervenir otros sujetos (por ejemplo, en el contrato podría intervenir además una institución arbitral o un secretario ad hoc, mientras que en el procedimiento, además de las personas antes señaladas, podría intervenir algún perito o algún testigo); sin embargo, en esta investigación tendremos presente sólo la relación partes-árbitros, la cual se desenvuelve en dos de los elementos del arbitraje, en el de contrato dación y recepción del arbitraje (ámbito contractual) y en el procedimiento arbitral (ámbito procedimental).

3.1. El ámbito contractual de la relación partes-árbitro

Comenzaremos señalando que:

Para que surja el arbitraje, es preciso que el compromiso no sólo se celebre, sino que es necesario que las personas a quienes las partes han designado para resolver las controversias existentes entre ellas, a cuya decisión se someten voluntariamente, acepten su nombramiento, así como el encargo que se les formula.¹⁰³

Así pues, además del acuerdo de las partes de querer escapar al proceso judicial para solucionar sus controversias (al cual la Ley General de Arbitraje y el Decreto Legislativo n.º 1071 han denominado «convenio arbitral»), se debe designar a las personas que se encargarán de solucionar tal controversia (a un tribunal arbitral que puede ser colegiado o unipersonal), y a su vez dichas personas deben aceptar el encargo que se les propone para que se pueda proseguir con el arbitraje:

- c) Causa legitimadora: Los árbitros están 'legitimados para actuar como tales desde que se conjugan el nombramiento y la aceptación del encargo. En ello consiste el denominado

¹⁰³ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil peruano*. Lima: San Jerónimo, 1989, vol. III, p. 326.

contrato de dación y recepción del arbitraje, mediante el cual quedan obligados los árbitros a la solución del conflicto. [...]

El nombramiento puede hacerse de diversas formas y por variadas personas, pero siempre es, en último extremo, la voluntad de las partes el elemento relevante de dicho nombramiento. [...]

En cualquiera de estos supuestos la designación de los árbitros tiene su origen en la voluntad de las partes. Ello no ofrece discusión cuando son directamente ellas las que realizan la designación. Cuando entre las partes y los árbitros aparecen terceras personas (físicas o jurídicas) o entidades interpuestas, la cuestión se complica; sin embargo, en tales supuestos se produce simplemente el traslado a terceras personas o entidades de la facultad de designarlos, asumiendo, en definitiva, las partes como propia, la designación que aquellas hagan.¹⁰⁴

En otras palabras, sin que las partes designen directa o indirecta a los árbitros o sin árbitros que acepten el nombramiento y encargo de solucionar la controversia existente entre las partes que celebraron el convenio arbitral, la institución arbitral no podrá cumplir su finalidad como medio heterocompositivo de solución de controversias intersubjetivas diferente al proceso judicial.

Así pues, de una lectura de la Ley General de Arbitraje (en la parte correspondiente a «Los Árbitros», Capítulo Tercero, Título Único de la referida Ley), así como del Decreto Legislativo n.º 1071 (artículo 32 concordado con lo establecido en el Título VII: «Costos Arbitrales»), podemos observar cómo normativamente se configura el contrato que Max Arias-Schreiber Pezet y Carlos Cárdenas Quirós, entre otros representantes de nuestra doctrina, denominaron contrato de dación y recepción de

¹⁰⁴ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 64 y 65.

árbitros,¹⁰⁵ contrato que es diferente al convenio arbitral celebrado entre las partes,¹⁰⁶ en el cual «[...] se entrecruzan las distintas promesas, y por virtud del cual están, de un lado, los otorgantes del compromiso, y de otro, los árbitros para prestar, éstos, su obra pacificadora y los compromitentes la remuneración a aquellos de sus servicios, normalmente».¹⁰⁷

A estos efectos, hacemos nuestra la siguiente cita de Eduardo Silva Romero:

4. De un lado, en todo arbitraje, las partes, por una parte, y los árbitros, por otra parte, celebran, la mayoría de las veces implícitamente, un contrato llamado por la doctrina francesa ‘contrat d’arbitre’, esto es, ‘contrato de árbitro’. De conformidad con los términos de este contrato, el árbitro se obliga –entre otras cosas–, a conducir el procedimiento arbitral y a dictar un laudo arbitral que dirima la controversia que opone a las partes, y las partes, a su turno, se obligan –entre otras cosas–, a financiar y sufragar los honorarios y gastos de los árbitros.¹⁰⁸

Así pues, las partes en cumplimiento del acuerdo que suscribieron (el convenio arbitral) deberán designar a los árbitros (según el mecanismo que hayan estipulado en el propio convenio o, en su defecto, en el reglamento de la institución a la cual se sometieron y, en última instan-

¹⁰⁵ Cabe precisar que dicha denominación fue utilizada cuando los citados autores comentaban las derogadas normas del Código Civil que regulaban al arbitraje; empero, el contrato que celebran las partes del procedimiento y los árbitros aún se configura en la actualidad, a pesar del cambio normativo.

¹⁰⁶ «Ese contrato es diferente al que celebran las partes para someter su conflicto a arbitraje. Se trata de un segundo contrato que vincula a las dos partes con él o los árbitros. Es bilateral, *intuito personae* y de confianza». JIJÓN LETORT, Rodrigo. «Independencia de los árbitros». En *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión: El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Editora Ediciones Magna, 2008, p. 345.

¹⁰⁷ OGÁYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 194.

¹⁰⁸ SILVA ROMERO, Eduardo. «Una obligación de dar: Los costos del arbitraje». En Introducción al Capítulo III del libro: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 705.

cia, según lo establecido en la ley aplicable), con la finalidad de que éstos guíen el procedimiento arbitral y resuelvan las controversias existentes; y, por su parte, los árbitros designados al aceptar el encargo, tendrán el derecho de exigir una contraprestación por realizar sus funciones.

Además, en este punto compartimos la opinión vertida por Celia Martínez Escribano, al momento de comentar el artículo 21 de la nueva Ley de Arbitraje española del año 2003:

En realidad, sigue existiendo a nuestro juicio un vínculo contractual con las partes de la controversia que responde a la estructura típica de esta clase de relaciones con prestaciones recíprocas. Así, los árbitros se obligan frente a las partes a cumplir fielmente con el encargo, y aunque el nombramiento lo realice un tercero, los árbitros no responderán ante el incumplimiento del encargo sino ante las partes, lo que nos induce a pensar que pese a la circunstancia del nombramiento, asumen la obligación frente las partes de la controversia y no frente a quien los designó. Y a cambio de esta actuación de cumplimiento del encargo, los árbitros percibirán de las partes unos honorarios en concepto de contraprestación.¹⁰⁹

En ese orden de ideas, podemos decir que «[e]l entrecruce de las voluntades de los compromitentes y los árbitros origina en consecuencia un contrato, el de dación y recepción de árbitros»¹¹⁰ o contrato partes-árbitro.

3.2. El ámbito procedimental de la relación partes-árbitro

El tercero de los elementos necesarios que configura el arbitraje, y que además es el otro aspecto de la relación partes-árbitro, es el procedimiento arbitral; en tal sentido:

¹⁰⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 382.

¹¹⁰ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil peruano*. Lima: San Jerónimo, 1989, vol. III, p. 330.

[S]upuesta ya la vinculación de las partes y el acceso al convenio del tercero no queda, como último elemento de la figura analizada, sino el desarrollo de las operaciones entre estos diversos sujetos para que pueda formarse y exteriorizarse el criterio dirimente del conflicto. La serie de operaciones que son necesarias para ello, y que, por su estrecha interdependencia constituyen un procedimiento en sentido riguroso: el verdadero procedimiento arbitral, son operaciones instrumentales, que proporcionan a los árbitros los medios necesarios para el cumplimiento de su misión, y operaciones finales que culmina en la decisión o laudo, mediante el cual, ateniéndose o no a los módulos del derecho positivo, se elimina el conflicto estableciendo la solución que ha de prevalecer sobre las diversas y contrapuestas opiniones de las partes.¹¹¹

Los sujetos principales que intervienen en el procedimiento arbitral son los árbitros y las partes, los cuales desarrollarán una serie de etapas procedimentales, basándose en una lógica de interacción similar a la lógica seguida en un proceso, sobre todo porque ambos (el proceso y el arbitraje) son mecanismos heterocompositivos de solución de controversias, pero con diferencias que se evidencian debido a la naturaleza privada del arbitraje.

Ahora nos corresponde desarrollar en qué consiste este ámbito; en primer lugar, debemos indicar que se inicia desde que el tribunal arbitral se entiende válidamente constituido,¹¹² conforme lo expresa el segundo numeral del artículo 27 del Decreto Legislativo n.º 1071, que a la letra indica: «Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considera válidamente constitui-

¹¹¹ GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial M. Aguilar, 1945, primer volumen, tomo II, pp. 1151 y 1152.

¹¹² Sin perjuicio de que este tema lo ampliaremos en nuestro tercer capítulo, creemos necesario señalar que el momento de inicio del procedimiento arbitral (que supone la intervención de las partes y del tribunal arbitral) no es el mismo para el inicio de las actuaciones arbitrales, pues este último se inicia con la petición de arbitraje, salvo pacto en contrario, conforme a lo establecido en el artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071.

do». Así pues, frente a un tribunal arbitral colegiado observamos que con la aceptación de cada árbitro se concluye un contrato,¹¹³ pero dichos contratos no se perfeccionan (y, por lo tanto, no surten efectos) sino es hasta la aceptación del último de los árbitros (el análisis de la conclusión y perfeccionamiento del contrato partes-árbitro será profundizado en el segundo capítulo).

Cabe precisar que nosotros no compartimos la opinión de que el procedimiento se inicia con la instalación del tribunal arbitral (salvo que ello se pacte expresamente). Nuestra opinión es que una vez perfeccionado el contrato partes-árbitro, los árbitros asumen plena competencia para dirigir el procedimiento y emitir pronunciamientos válidos y vinculantes, conforme lo establece el Decreto Legislativo n.º 1071,¹¹⁴ siendo además que dicha norma no impone la necesidad de que se lleve a cabo una audiencia de instalación ni mucho menos que ésta sea una formalidad para el inicio de las actuaciones a cargo de los árbitros, habida cuenta de que tal audiencia es sobre todo una costumbre (muy sana y útil, por cierto) de los árbitros y de los centros de arbitraje.

Si apoyáramos la tesis de que el procedimiento se inicia con la instalación y en ese acto además se celebra el contrato partes-árbitro, ello

¹¹³ «La doctrina moderna ha aceptado que entre las partes y los árbitros también existe una relación jurídica, de la cual nacen ciertas relaciones recíprocas entre ambos. De hecho, se ha sostenido que dichas obligaciones emanan de un contrato particular celebrado directamente entre las partes y los árbitros, que se perfecciona tan pronto como estos últimos aceptan el encargo de conocer y resolver la disputa que les ha sido sometida». CONEJERO ROOS, Cristián. «Los costos en el arbitraje internacional». En el libro: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 733.

¹¹⁴ Para citar algunos ejemplos, podemos ver los siguientes que establece expresamente la ley:

- La emisión de medidas cautelares (numeral 1 del artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 1071).
- El conocer y pronunciarse respecto a medidas cautelares concedidas previamente en sede judicial (numeral 5 del artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 1071).
- El requerimiento de anticipos de costos arbitrales, lo cual incluye a los honorarios de los árbitros (numeral 1 del artículo 74 del Decreto Legislativo n.º 1071).

significaría que podría presentarse la situación en la cual sin contrato partes-árbitro, y previo al inicio del procedimiento (pues aún no se ha instalado el tribunal), los árbitros podrían emitir pronunciamientos válidos y obligatorios para las partes, lo cual es contradictorio, en vista de que los árbitros participan en el arbitraje debido al contrato que celebran con las partes a fin de dirigir el procedimiento y emitir el laudo.

En relación a las reglas del procedimiento, el artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece lo siguiente:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

[...].

Así pues, podemos observar que la norma señala que en principio las partes tienen la posibilidad de establecer las reglas para que los árbitros lleven a cabo las actuaciones a su cargo:

Si por un momento nos fijamos en el procedimiento, éste también está presidido por la autonomía de la voluntad de las partes.
[...]

En definitiva, por iniciativa de la voluntad de las partes, y por su constante intervención en todo el proceso de arbitraje, la ley establece unas mínimas reglas procedimentales, que podrían englobarse dentro de las llamadas mínimas garantías de orden público, para contemplar siempre como esencial al acuerdo e intervención de las partes, al igual que cualquier configuración contractual.¹¹⁵

Sin embargo, si las partes no establecen tales reglas, los árbitros podrán establecerlas, teniendo como límite el deber de que tales reglas no impliquen un trato desigualitario entre las partes o que éstas no tengan la oportunidad suficiente de hacer valer sus derechos.¹¹⁶

El extremo de nuestra Ley de Arbitraje que regula libertad para fijar las reglas del procedimiento arbitral (artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071), ha merecido el siguiente comentario de Fernando Cantuarias:

1.4. Libertad en la regulación de las actuaciones

El artículo 34.1 de la LA reconoce en las partes, y en su defecto, en los árbitros, las más amplias facultades para determinar las reglas a las que se sujetará el arbitraje, teniendo como único límite la obligación de tratar a las partes con igualdad y darle

¹¹⁵ MALUQUER DE MOTES I BENET, Carlos J. *Comentario al artículo 1 de la Ley de Arbitraje española: Comentarios Prácticos de la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 48.

¹¹⁶ «Una reacción a la naturaleza cambiante del arbitraje ha sido el énfasis en el otorgamiento de una discrecionalidad procesal amplia de los árbitros. Éstos pueden conducir los procedimientos en la forma más adecuada, siempre y cuando respeten la misión arbitral y apliquen el tipo de justicia fundamental usualmente denominado ‘debido proceso’, en los Estados Unidos, y ‘justicia natural’, en Gran Bretaña, que incluye el derecho a ser juzgado por un tercero imparcial, como el que tiene cada parte a ser oída en condiciones de igualdad. [...]». En opinión de algunos, la falta de unas reglas procesales precisas constituye la fortalesa primordial del arbitraje, al permitir la creación de reglas apropiadas a cada controversia». PARK, William W. «Naturaleza cambiante del arbitraje: el valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, n.º 3, p. 15.

a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos —artículo 34.2—. Es más, este dispositivo —artículo 34.3— establece que si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes, por el tribunal arbitral o, en su defecto, en la LA, los árbitros podrán recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral, negando así cualquier posible (e indebida) aplicación de las normas del Código Procesal Civil peruano.

Con base en este principio de libertad plenamente reconocido, las partes y, en su defecto, los árbitros, podrán determinar el lugar del arbitraje —artículo 35—, el idioma del arbitraje —artículo 36—, las reglas sobre presentación de demanda y su contestación —artículo 39—, las audiencias —artículo 42—, las pruebas —artículo 43— y demás elementos necesarios para el buen desarrollo de un arbitraje.¹¹⁷

Al respecto, todos entendemos que la oportunidad para que el tribunal arbitral establezca las reglas aplicables al arbitraje que conducen, en defecto de las partes, se presenta al inicio del procedimiento (aunque la norma no lo indique expresamente); ello se podría realizar en un acto formal con presencia y aceptación de las partes (como la audiencia de instalación) o de cualquier otra forma que el tribunal considere pertinente (como, por ejemplo, simplemente notificando a las partes el documento que contenga las reglas). Sin embargo, también podrían darse tales reglas en un momento posterior al inicio del procedimiento, lo que sucede por ejemplo en algunos arbitrajes internacionales y extranjeros al momento que se emite acta de misión;¹¹⁸ en donde, luego

¹¹⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Algunos cortos apuntes acerca de la nueva Ley de Arbitraje peruana». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2009, n.º 10, pp. 28 y 29.

¹¹⁸ «En el caso de los arbitrajes bajo las reglas de la CCI, se tiene la particularidad que al iniciarse el arbitraje se redacta un 'acta de misión', documento en el cual se delimitan el conflicto y las materias en controversia. En la redacción de esta acta participan las partes y los árbitros designados. La delimitación de los términos en el acta de misión permite a las partes ir encontrando puntos en común durante su redacción y con ello la toma de nuevos acuerdos sobre las controversias que serán

de «la etapa postulatoria», el tribunal establece la materia controvertida e informa a las partes cuáles son las reglas aplicables en adelante, entre otras cuestiones (sistema similar que aplica la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en los arbitrajes que administra).

El procedimiento arbitral culminará normalmente con la emisión del laudo arbitral. Sin embargo, el procedimiento podría culminar en un momento diferente en caso: (1) exista rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo; (2) las partes hayan otorgado a los árbitros facultades de ejecución conforme al numeral 1 del artículo 67 del Decreto Legislativo n.º 1071; (3) las partes no cumplan con el pago de los gastos arbitrales y el tribunal decida dar por concluidas las actuaciones arbitrales; (4) las partes lleguen a un acuerdo que pone fin a sus controversias y, por lo tanto, también al procedimiento de manera anticipada, sin solicitar a los árbitros que den a dicho acuerdo forma de laudo; (5) las partes acuerden la conclusión de las actuaciones arbitrales, sin haber llegado necesariamente a un acuerdo sobre el fondo de la controversia; (6) el procedimiento no acaba con la emisión de un solo laudo, cuando el tribunal arbitral ha decidido resolver la controversia emitiendo laudos parciales; (7) frente a la no interposición de la demanda o desistimiento de la misma (y de la reconvención, de ser el caso); (8) cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.¹¹⁹

materia de arbitraje, lo que implica implícitamente una modificación del primigenio convenio arbitral». SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Comentario al artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 186.

¹¹⁹ En este punto, nos parece pertinente reproducir el razonamiento seguido por Hugo Sologuren Calmet, quien desarrolla varios de los supuestos antes indicados:

«1.2. Funciones del árbitro una vez que termina el arbitraje

El tribunal arbitral o el árbitro único cesarán en sus funciones con la emisión del laudo y, de ser el caso, con alguna actuación posterior de conformidad a lo señalado en el numeral 1 del artículo 60 del Decreto Legislativo:

[...]

Con relación a cuándo el tribunal arbitral cesa en sus funciones, puede no parecer tan claro cuándo es que este hecho se produce en el tiempo, ya que la LA señala que esto sucede con la emisión del laudo, pero luego se precisa que pueden solicitarse las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, de lo cual se entiende que cesarían con la resolución de tales asuntos, pudiendo crear la confusión de si las actuaciones se terminaron con la emisión del laudo o con la resolución de las solicitudes de las partes.

A los efectos de aclarar cualquier eventual confusión, preciso que este cuestionamiento está claramente contemplado en la propia LA, artículo 60, inciso 1. Nos explicamos, las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que resuelve la controversia. Recordemos que la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo forman parte del laudo conforme lo señala el numeral 2 del artículo 58 de la LA [...].

Asimismo, comparto la opinión expuesta por el doctor Mario Castillo Freyre al hacer mención a las solicitudes *ex post* del laudo a las que se refería la LGA:

‘Dentro de las obligaciones de los árbitros una vez emitido el laudo están la corrección e integración de laudo, así como la aclaración del mismo solicitada por las partes. Si bien temporalmente éstas se producen *ex post* laudo, lo cierto es que lógicamente son indesligables de él y, en nuestra opinión, más allá de lo que pueda o no decir la Ley, forman parte de él’.

En el caso de que ninguna de las partes formule alguna de estas solicitudes, las funciones del tribunal arbitral, se entienden terminadas con la emisión del laudo.

Todo lo anteriormente dicho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67 del mismo cuerpo normativo que prevé dos casos puntuales: el primero, contemplado en el inciso 1, que en estricto constituye una prórroga de competencia cuando por acuerdo de las partes o por estar previsto en el reglamento arbitral aplicable el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones; y, el segundo, contemplado en el inciso 2 que establece que el tribunal arbitral cesará en sus funciones cuando estime necesario o conveniente la intervención de la fuerza pública, para los efectos de la ejecución del laudo. En este caso particular, no incurre en responsabilidad y debe entregar a la parte interesada, a costa de ésta, copia de los actuados para que recurra a la autoridad judicial competente.

De conformidad a lo regulado por el artículo 54 del Decreto Legislativo n.º 1071, es posible que el tribunal arbitral decida la controversia en tantos laudos parciales como le parezcan pertinentes. [...]

Sobre el particular, se deberá entender que cesarán las funciones del tribunal arbitral cuando emita el último laudo parcial, definiendo el último extremo de la controversia.

1.3. Terminación de las actuaciones por orden del tribunal arbitral

Adicionalmente a lo anterior y estando por el numeral 2 del artículo 60, el tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones en determinadas situaciones especiales como:

Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.

Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.

Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Respecto al literal a) del numeral 2 del artículo que es materia del comentario, es claro que si el demandante no tiene interés en proseguir con el arbitraje y, en tal sentido, decide desistirse de su demanda, correspondería que el tribunal arbitral ordene su terminación. Pero, previamente, el tribunal deberá poner tal situación en conocimiento de la otra parte, la que podrá oponerse a la terminación del proceso si acredita un interés legítimo que sea reconocido por el tribunal.

Es frecuente el caso en que se ha formulado una reconvencción en el arbitraje, situación en la cual no se podrán dar por terminadas las actuaciones arbitrales. Si se produce el desistimiento de la demanda, sin oposición de la otra parte, se terminarán las actuaciones en lo referente a la demanda, mas no en cuanto a la reconvencción.

Por otro lado, debemos considerar que en algún momento se podría haber pretendido el uso indebido del artículo de reglas de interpretación para entender que al igual que por el desistimiento de una demanda se debía ordenar la terminación de las actuaciones, la misma debería suceder supuestamente con una reconvencción. Es decir, si el reconviniente se desiste de su reconvencción, se podría haber pretendido la terminación de las actuaciones, lo cual no tiene sentido alguno.

Para este supuesto la LA ha previsto la situación, ya que en el literal d) de su artículo 6 señala que:

Artículo 6.- 'Reglas de interpretación.

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

[...]

d) Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el inciso a) del artículo 46 y en el inciso a) del apartado 2 del artículo 60'.

Tal cual así lo expresa la LA, no en todos los casos deberá entenderse que cuando se hace referencia a la demanda, se debe entender la reconvencción [...].

Se ha establecido una excepción a la regla del numeral 2 del artículo 60, porque sería ilógico que las actuaciones arbitrales terminaran cuando, por ejemplo, la parte demandada se desiste de la reconvencción, ya que aún existiría una demanda presentada.

En lo concerniente al literal b) del artículo 60, evidentemente, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes que dirige al arbitraje, éstas pueden ponerle fin cuando así lo estimen conveniente, sin expresar motivo alguno, ya que la ley no lo ha requerido. Simplemente, las partes deberán manifestar su voluntad de terminar las actuaciones arbitrales y el cese de las funciones de los árbitros.

4. LA RELACIÓN ENTRE EL CONTRATO PARTES-ÁRBITRO Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Como hemos podido observar en los puntos anteriores, los árbitros y las partes se relacionan bajo dos ámbitos; así pues, primero establecerán una relación contractual y luego una relación procedimental. Esto se debe a la particular constitución de los elementos de la institución arbitral.

Pero, alguien se podría hacer válidamente la pregunta de ¿por qué no es sólo una relación contractual o sólo una relación procedimental?; y la respuesta se desprende de lo desarrollado hasta este punto, pues el arbitraje como medio privado y heterocompositivo de solución de controversias intersubjetivas, necesita inicialmente una serie de pactos (contratos) previos, en los cuales las personas que intervendrán se pongan de acuerdo con discutir alguna controversia en la vía arbitral, así como a las reglas que se aplicarán (o la forma como serán determinadas posteriormente).

Así pues, sin el contrato de dación y recepción del arbitraje, las partes y los árbitros no podrían desarrollar el procedimiento arbitral, pues es con este contrato que las partes y los árbitros se obligan a que el

El literal c) del artículo 60 regula dos situaciones. Primero, autoriza al tribunal arbitral a dar por terminadas las actuaciones arbitrales y el cese de sus funciones cuando advierta que la continuación es innecesaria. Segundo, autoriza a lo mismo cuando sea imposible que se continúe con ellas.

Por ejemplo, una de las situaciones en las que será innecesario continuar con el arbitraje será el caso en que las partes hayan efectuado una conciliación o una transacción.

El segundo caso se produce cuando no es viable continuar porque simplemente hay imposibilidad física y jurídica que impide que se prosiga con el arbitraje». SOLOGUREN CALMET, Hugo. «Comentario al artículo 60 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 674-679.

arbitraje pueda continuar y llegue a cumplir su finalidad; asimismo, de nada sirve que las partes y los árbitros se pongan de acuerdo en todo respecto a cómo seguir con el arbitraje, si es que no le sigue una serie de actos procedimentales, en donde con la guía de los árbitros, se terminará el procedimiento normalmente con la emisión de una decisión que ponga fin a la controversia entre las partes (el laudo arbitral).¹²⁰

En conclusión, cada uno de los ámbitos de la relación partes-árbitro resulta necesario para que la institución arbitral cumpla su fin de resolver conflictos sobre materia de libre disposición entre los sujetos en una sociedad; además de que cada ámbito se desarrolla con una lógica distinta, lo cual hace necesario reconocer que son dos ámbitos en los cuales se relacionan las partes con los árbitros, y aunque los mismos se encuentran íntimamente relacionados, son diferentes.

En vista de la configuración de los elementos del arbitraje, es necesario que el ámbito contractual y el ámbito procedimental interactúen, pues sin contrato de dación y recepción del arbitraje no se puede desarrollar el procedimiento; y sin procedimiento arbitral, no sirve de nada el referido contrato. Al respecto, nos parece ilustrativa la siguiente cita de Feldstein y Leonardi, quienes al momento de enunciar las teorías contractualistas, precisan que el contrato partes-árbitro y el procedimiento pertenecen al derecho sustantivo privado y, además, que este último implica la ejecución de las obligaciones contractuales:

Se toma en consideración el origen del arbitraje. Él surge del pacto o convenio arbitral, se arguye que ‘del mismo modo que las partes pueden transigir la controversia, pueden ellas comprometerla en los árbitros’.

¹²⁰ Sin embargo, debemos tener presente que también se podrían emitir varias decisiones en el tiempo que pongan fin a la controversia por partes, toda vez que nuestro ordenamiento regula expresamente la facultad para que los árbitros emitan laudos parciales.

También sostienen que ‘así como es privado el negocio jurídico del que los árbitros derivan sus facultades, así es privada la función, y son de Derecho Privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes. Del mismo modo lo es el laudo que dictan’. El mismo autor entiende que aquél que nombra los árbitros y delimita sus competencias obra en interés personal —o privado—, por tanto las funciones de los árbitros son funciones privadas. Del mismo modo son privadas las relaciones entre árbitros y partes y privado será el juicio que desarrollen así como su resultado: el laudo. En general, bajo esta teoría se mantiene que se trata, dentro del derecho sustantivo, de una modalidad del contrato que encierra dentro de sí un tracto procedimental.¹²¹

Así pues, tenemos que sin el ámbito contractual no existiría, por ejemplo, el momento en el cual las partes encargan a los árbitros la solución de sus controversias; mientras que el procedimiento (que es donde vemos el ámbito procedimental de la relación partes-árbitro) será el «[...] encadenamiento de hechos por el que se cumplen los dos contratos, de compromiso y dación de arbitraje [...]»;¹²² en otras palabras, será el momento en el cual se van a ejecutar las obligaciones que nacieron del contrato partes-árbitro, así como las obligaciones surgidas del convenio arbitral.

Al respecto, Fernando Vargas señala que el contrato de arbitraje (al cual nosotros hemos denominado contrato de dación y recepción de arbitraje o contrato partes-árbitro), es el acto «[...] constitutivo de las relaciones mediante las que se establecen entre los árbitros y las partes en discordia»;¹²³ sin este acto no se podría desenvolver el futuro procedimiento, pues

¹²¹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 26.

¹²² GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 155.

¹²³ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 142.

el vínculo entre el árbitro y las partes «[...] nace, gracias al contrato de arbitraje, que será entonces, aquél en cuya virtud una persona se obliga a servir de árbitro entre otras que, a su vez se obligan a remunerarle sus servicios».¹²⁴

Asimismo, el citado autor colombiano señala lo siguiente en relación a los efectos del contrato de dación y recepción del arbitraje:

[...]

2) Produce obligaciones a cargo de ambas partes, así:

- a) Respecto de los árbitros, la obligación de éstos será la de decidir la controversia, es decir, la de emitir el Laudo Arbitral, luego de un proceso de conocimiento, con imparcialidad, lealtad e independencia, y en conformidad con las facultades, instrucciones y demás términos, impuestos por el compromiso y la ley.

[...]

- b) Son obligaciones de los compromitentes, pagar a los árbitros sus honorarios (salvo el ejercicio gratuito del cargo) y reembolsarles los gastos que hubiesen tenido que efectuar en la actuación [...].¹²⁵

En este contexto, nos parece pertinente reproducir la siguiente cita de Silvia Barona:

[...] Y de ahí surge la pregunta —ya— clásica: ¿qué es esencial en el arbitraje: la voluntad de las partes, la libertad de someterse al arbitraje, sin la cual no es posible hablar de arbitraje, o la función de los árbitros de solucionar el litigio planteado y ofrecer el

¹²⁴ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, p. 142.

¹²⁵ VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis presentada para optar el grado de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964, pp. 147 y 148.

ordenamiento jurídico en cauce —el proceso— para su ejercicio? ¿Puede haber arbitraje sin convenio? ¿Puede haber arbitraje sin proceso? ¿Puede haber laudo con efectos de cosa juzgada sin el ejercicio de la función heterocompositiva de los árbitros por medio del proceso?

Todas las respuestas a las cuestiones planteadas conducen a la misma solución; no es posible un arbitraje sin alguna de las piezas que se han expuesto [...] efectivamente en el arbitraje coexisten componentes contractuales, [...] y procesales.^{126 127}

En conclusión, del ámbito contractual de la relación partes-árbitro (complementado por el convenio arbitral, el reglamento de alguna institución arbitral, de ser el caso, y las normas legales aplicables) van a surgir las obligaciones y reglas que permitirán el desarrollo del procedimiento arbitral, en donde los árbitros podrán cumplir su prestación consistente en dirigir un procedimiento y finalmente solucionar las controversias entre las partes.

En ese orden de ideas, procederemos a explicar cómo es que interactúan los dos ámbitos desarrollados a lo largo de este trabajo, pues no hay duda de que interactúan; la cuestión es ¿cómo?

Nuestra posición consiste en que los ámbitos se cruzan o tienen una conexión implícita, pues en uno (en el ámbito contractual) se crean las obligaciones y, en el otro (el ámbito procedimental), se ejecutan; ésta es la opción que nos parece más acertada y la mejor manera de demostrarlo será mediante ejemplos.

Un primer ejemplo en el que podemos señalar la conexión entre el contrato partes-árbitro (ámbito contractual) y el procedimiento arbitral

¹²⁶ Es pertinente recalcar que cuando se haga referencia a términos procesales, nosotros entendemos que se refieren a cuestiones del procedimiento arbitral y no de un proceso, según la posición adoptada en esta investigación.

¹²⁷ BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 48.

(ámbito procedimental), en el sentido de que el laudo pone fin al procedimiento, es justamente la forma como el árbitro finaliza la prestación a la cual se obligó, lo cual pondrá fin al ámbito contractual de forma definitiva; salvo en ciertos casos (como, por ejemplo, por algún reclamo de responsabilidad de los árbitros, porque el laudo sea anulado por alguna causal que implique retrotraer el procedimiento hasta el momento en que aconteció la causal de anulación o porque las partes han pactado la ejecución del laudo en sede arbitral). Esta opinión es compartida por Tomás Ogayar y Ayllón, así como por Manuel Diego Aramburú Yzaga, según se desprende de las siguientes citas:

5. Extinción de este contrato.- La Ley de Arbitraje no se ocupa de la terminación del contrato de dación y recepción de arbitraje, pero de su contenido, y de las reglas generales de la contratación, podemos establecer como causas de extinción las siguientes:

1.º Por su consumación, emitiendo el laudo que se pidió a los árbitros. La potestad arbitral que se les concedió termina con el cumplimiento de su misión, resolviendo las cuestiones que se sometieron a su decisión, por lo que al cumplir esta obligación fundamental se extingue el contrato.¹²⁸

[...] La emisión del laudo arbitral nos indica que el arbitraje ha llegado a su fin, es decir, se ha emitido el pronunciamiento que pone fin a la controversia y, por tanto, que los árbitros han cumplido el encargo que les fuera encomendado por las partes, concluyendo la función para la que fueron elegidos. En cierta medida, ello es correcto, puesto que el laudo por definición es el punto final del arbitraje, y conforme a la LA produce los efectos de cosa juzgada; digo que en cierta medida es correcto pues como hemos visto, aun después de emitido el laudo, es posible que los árbitros

¹²⁸ OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 204.

emitan resoluciones posteriores, que si bien no tienen por objeto modificar la esencia del mismo, pueden corregirlo, esclarecer su entendimiento y correcta ejecución.¹²⁹

Sin embargo, debemos precisar que lo que fenece son las obligaciones de los árbitros que nacieron del contrato partes-árbitro, y no el contrato en sí mismo, pues el contrato dejó de existir desde el momento en que cumplió su finalidad de crear, modificar, regular y extinguir obligaciones.¹³⁰

Otro momento o circunstancia que demuestra una conexión directa, será ante un eventual incumplimiento de las partes respecto a sus obligaciones relativas al pago de los gastos arbitrales; en estos casos, el numeral 3 del artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071, establece lo siguiente respecto al incumplimiento de pago de las partes de los anticipos de costos arbitrales que establezcan los árbitros:

3. Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra

¹²⁹ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. «Comentario al artículo 59 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 670.

¹³⁰ «Esta creencia debe ser puesta en tela de juicio. Tal como dicen acertadamente Messineo y García Amigo, hay que distinguir entre el contrato y la relación obligatoria que nace del contrato.

El contrato, como acto jurídico, es una manifestación de voluntad cuya razón de ser es crear la relación jurídica. Una vez cumplido este cometido, que se alcanza plenamente con la sola manifestación de voluntad (al menos en los contratos consensuales), el contrato deja de existir, porque ha terminado su rol.

Lo que subsiste es la relación obligatoria nacida del contrato, que es la que vincula a las partes y la que debe ser cumplida. [...]». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 36 y 37.

parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.

Regla similar que, con algunas variantes, es incorporada en las reglas aplicables en los arbitrajes *ad-hoc* e institucionales, a las cuales se someten libremente las partes. En este contexto, qué duda cabe de que en este caso existe una conexión entre el ámbito contractual (pues, se ha incumplido la prestación que estaba a cargo de las partes) y el ámbito procedimental (se pone fin al procedimiento).

Finalmente, queremos señalar que si bien los dos ámbitos de la relación partes-árbitro están íntimamente vinculados, la intensidad de tal vínculo dependerá de la forma como se hayan pactado las reglas del procedimiento en el contrato de dación y recepción de arbitraje (además de las reglas que se hayan estipulado en el convenio, y que rigen en el reglamento de alguna institución —de ser el caso— y en la ley).

CAPÍTULO II:

EL CONTRATO PARTES-ÁRBITRO

CAPÍTULO II: EL CONTRATO PARTES-ÁRBITRO

El contrato en general tiene como finalidad que las partes puedan crear, regular, modificar y extinguir sus propias relaciones jurídicas,¹⁹² todo ello en base a la autonomía privada:

Resulta así que la manifestación de voluntad que caracteriza al acto jurídico, se expresa en el caso del contrato como una manifestación de la voluntad común de las partes contratantes, que tienen que ponerse de acuerdo entre sí para que el contrato llegue a celebrarse.

En estas condiciones, el contrato es un acuerdo de voluntades destinado a crear una relación jurídica. Esto es posible gracias a la llamada autonomía privada.

Se entiende por autonomía privada al poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí.¹⁹³

¹⁹² «El ser humano se desenvuelve necesariamente en un mundo de relaciones con otros hombres, en coexistencia con otros (ser-con-otros), en continua interferencia intersubjetiva. Cada una de ellos procura realizar su propio destino personal en uso pleno de la libertad, libertad que no sólo privilegia los derechos y su ejercicio, sino que también impone deberes. Ambos, derechos y deberes, forman parte de las relaciones jurídicas». CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Autonomía privada, contrato y constitución». *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 59.

¹⁹³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La irretroactividad del contrato». En *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, n.º 25, p. 288.

Sin embargo, debemos tener presente que la autonomía privada debe ser ejercida respetando los límites que las leyes impongan:

De acuerdo con la tesis normativista, la autonomía privada debe ser entendida como la potestad de determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma general de carácter imperativo (artículo 1354 del Código Civil).¹⁹⁴

Al respecto y, en consecuencia con lo antes indicado, el artículo 1351 de nuestro Código Civil define al contrato de la siguiente manera:

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

En este caso, qué duda cabe de que las partes de un arbitraje y cada uno de los árbitros (quienes deberán ser agentes con la capacidad necesaria para celebrar este contrato) llegan a un acuerdo¹⁹⁵ con la finalidad de crear una relación jurídica patrimonial (en otras palabras, surgirán obligaciones —o se modificarán, regularán o extinguirán éstas— que deberán tener un objeto física y jurídicamente posible, así como una finalidad lícita),¹⁹⁶ en la cual los árbitros se comprometen a realizar una

¹⁹⁴ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La irretroactividad del contrato». En *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, n.º 25, p. 289.

¹⁹⁵ «[...] puede entenderse que el 'acuerdo' a que se refiere la definición de contrato contenida en el artículo 1351 del Código Civil debe ser considerado como uno de voluntades que, desde luego, ha de ser exteriorizado mediante la correspondiente declaración». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 54.

¹⁹⁶ Para explicar lo que implica una relación jurídica patrimonial como objeto del contrato, nos remitimos a las siguientes citas de Manuel de la Puente: «Juzgo ahora que la relación jurídica de que trata el artículo 1351 del Código Civil debe ser entendida como una conexión entre dos o más personas desde que está destinada a regular una conducta humana, pues las relaciones jurídicas son las relaciones de la vida social (o sea, entre personas) reconocidas por el Derecho objetivo. El elemento subjetivo de la relación jurídica está constituido por un doble sujeto: el sujeto activo (titular del derecho) y el sujeto pasivo (deudor). Es entre estos dos sujetos que se constituye algo (la relación jurídica). No es una situación de un sujeto

en relación a un objeto, como es el caso de los derechos reales. En estos derechos no existe un deudor, o sea no hay una persona especialmente obligada a facilitar al titular el ejercicio de las facultades que integran el derecho real. Me parece exagerada y artificial la teoría de Planiol, según la cual en los derechos reales también existe un deudor, que es toda la colectividad, obligada a respetar el derecho real.

Por otro lado, al ubicarse al contrato en el Código Civil dentro del Libro correspondiente a las fuentes de las obligaciones, es evidente que la relación jurídica creada por el contrato es una relación obligacional, que se produce necesariamente entre dos o más personas.

Finalmente, y para disipar cualquier duda, el artículo 1402 del Código Civil establece que el objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones, de tal manera que no es posible que la relación jurídica patrimonial que se crea, regula, modifica o extingue por el contrato sea otra cosa que la obligación. Pensar de otra manera significaría considerar que el contrato puede crear algo distinto de lo que constituye su objeto. Siendo la obligación, como se verá más adelante, un vínculo jurídico entre dos o más personas, la relación jurídica que constituye ese vínculo es también entre dos o más personas.

[...]

Puede afirmarse, por lo tanto, que la relación jurídica a que hace referencia el artículo 1351 del Código Civil es una relación subjetiva, o sea una relación entre dos o más personas. Como la relación jurídica es el género de otras relaciones (obligacional, familiar, sucesoria, etc.), si no fuera por la nota de patrimonialidad de la que también habla el artículo 1351, de lo cual se tratará en seguida, habría que pensar que el contrato es apto para crear cualquier relación jurídica entre personas, o sea tanto en el Derecho de Obligaciones, como en el de personas, el de familia y el de sucesiones.

[...]

Dado que, como se ha visto, la relación jurídica tiene carácter genérico, comprende dentro de sí varias relaciones especiales entre personas, como son las obligacionales, familiares, de cortesía, etc. Para precisar el ámbito del contrato, artículo 1351 del Código Civil señala que la relación jurídica creada por éste debe ser patrimonial. ¿Qué significado y alcances tiene el que la relación jurídica sea patrimonial?

No encuentro realmente mejores palabras que las de Díez-Picazo para contestar esta pregunta. 'Una relación jurídica es patrimonial, dice didácticamente este autor, cuando versa sobre bienes o intereses que posean una naturaleza económica. Los bienes y los intereses poseen naturaleza económica cuando pueden ser objeto de valorización. Esta valorización debe medirse de una manera objetiva, es decir, con independencia de cuál sea la postura o actitud del sujeto con respecto a los bienes en cuestión. Así, por ejemplo, aun cuando el interés del sujeto respecto del bien sea puramente sentimental o de afección, la relación jurídica será patrimonial siempre que el bien sobre el que recae, objetivamente considerado, posea valor económico'. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 72, 73, 82 y 83.

prestación a cambio de una contraprestación (retribución) que será asumida por las partes; en otras palabras, las partes y los árbitros se ponen de acuerdo para crear una relación jurídico-patrimonial, lo cual calza perfectamente en la definición de contrato que da nuestro ordenamiento legal.

Así pues, dicho contrato se celebra, como cualquier otro contrato, con el consentimiento, que es el entrecruce de las voluntades de las partes del arbitraje (designación) y de los árbitros (aceptación), de acuerdo a lo establecido en el artículo 1373 del Código Civil.¹⁹⁷

El referido contrato que celebran las partes con los árbitros, denominado por Carnelutti como contrato de arbitraje,¹⁹⁸ ha sido muy poco profundizado en nuestro país; sin perjuicio de lo antes señalado, tenemos representantes de la doctrina nacional¹⁹⁹ y extranjera²⁰⁰ que han tratado este ámbito de la relación partes-árbitro, lo cual nos brinda el soporte teórico para desarrollar la presente investigación.

En este punto nos parece importante mencionar que lo expuesto por la doctrina (cuando la regulación establecía la dicotomía entre cláu-

¹⁹⁷ **Código Civil**

Artículo 1373.- «El contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente».

¹⁹⁸ «Con el nombramiento y la aceptación se forma el contrato de arbitraje, el cual difiere del compromiso en la función y en la estructura; en la función, porque mientras el compromiso confiere a los árbitros la potestad de juzgar, del contrato provienen sus obligaciones y derechos en relación a las partes; en la estructura, porque mientras el compromiso pertenece al tipo de convención que se denomina acuerdo, la convención de arbitraje es un verdadero contrato: agréguese que es un contrato plurilateral, toda vez que se concluye entre cada uno de los árbitros y las partes.

Con el contrato de arbitraje los árbitros asumen obligaciones y adquieren derechos frente a las partes». CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, vol. I, p. 121.

¹⁹⁹ Por ejemplo: Mario Castillo, Ricardo Vásquez, Fernando Cantuarias, Juan Guillermo Lohmann, Alfredo Bullard y otros autores que han tratado este tema.

²⁰⁰ Por ejemplo: Jaime Guasp, Fernando Vargas, Tomás Ogayar, Phillippe Fouchard, entre otros autores citados a lo largo de este trabajo.

sula compromisoria y compromiso arbitral), sea nacional o extranjera, en relación al denominado «contrato de dación y recepción del arbitraje», puede ser utilizado para la presente tesis, pero siempre con una apreciación crítica; no cabe duda de que el cambio de la dualidad de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral²⁰¹ al pacto único que es el convenio arbitral, implica variaciones importantes en la regulación de la institución arbitral, que incluso han modificado las formalidades para el surgimiento de la relación contractual entre las partes y los árbitros. Pero, ello no ha significado que entre las partes y los árbitros deje de existir un contrato, en base al cual el árbitro se obliga a dirigir el procedimiento arbitral con la finalidad de resolver la controversia según las reglas correspondientes; mientras que las partes se obligan a una contraprestación monetaria por los servicios del árbitro.

Esto lo veíamos evidenciado en los artículos pertinentes de nuestra derogada Ley General de Arbitraje,²⁰² así como en nuestra actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071.²⁰³

²⁰¹ Justamente cuando se daba esta dualidad en las legislaciones peruana y española, autores como Lohmann y Guasp escribieron sobre el contrato de dación y recepción de arbitraje.

²⁰² **Ley General de Arbitraje**

Disposición general

Artículo 18.- «[...]»

La aceptación del cargo por los árbitros [...], otorga derechos a las partes para compeles a que cumplan el encargo dentro del plazo establecido, bajo pena de responder por los daños y perjuicios que ocasionen por su demora o por incumplir las obligaciones respectivas.

Remuneraciones

Artículo 19.- Los árbitros serán remunerados, salvo pacto expreso en contrario.

La aceptación del cargo confiere a los árbitros, así como a las instituciones arbitrales, el derecho de exigir a las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje».

²⁰³ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 32.- «Responsabilidad

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable».

TÍTULO VII

COSTOS ARBITRALES

Artículo 69.- «Libertad para determinar costos

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

Artículo 70.- Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

[...]

Artículo 71.- Honorarios del tribunal arbitral

Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

Artículo 72.- Anticipos

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, puede disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. En este caso, el tribunal arbitral sólo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje.
3. Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.
4. La decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación del depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. La misma regla se aplica a las reclamaciones excluidas del arbitraje por no encontrarse cubiertas con los respectivos anticipos.
5. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. En caso de ejecución arbitral,

Es en base a estas disposiciones, que consideramos existe un contrato entre las partes y los árbitros, pues se presenta un servicio o prestación que brindarán los árbitros y una contraprestación que las partes deberán asumir (aunque debemos reconocer que también es factible que no exista contraprestación, con lo cual el contrato sería gratuito; sin embargo, este tipo de supuestos no son objeto de la presente tesis), contrato que se encuentra regulado por las normas del Decreto Legislativo n.º 1071, según analizaremos a continuación.

1. LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE LOS ÁRBITROS Y LAS PARTES

En un contrato las partes se rigen por una relación de coordinación o cooperación,²⁰⁴ pues es un presupuesto que ambas partes tienen un

de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrán liquidarse honorarios adicionales.

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.
3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable».

²⁰⁴ «Por todo ello, si bien la persona está en aptitud de realizar sus aspiraciones, objetivos e intereses a través de la contratación, debe hacerlo necesariamente en armonía con las aspiraciones, objetivos e intereses a través de los otros.

Dentro de esta perspectiva, el contrato se convierte en un medio de cooperación social y se produce la que denominamos como 'humanización del contrato'. Ello implica concebir el contrato como un medio integrador, armonizador, cooperador de las relaciones sociales, no como vehículo de explotación, de imposición, de abuso, de una parte sobre otra. Así resulta exacta la afirmación de Mosset Iturraspe de que 'el contrato no puede ser el reino del egoísmo, del puro interés individual, sin poner en grave riesgo el bien común y la paz social'. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Autono-

interés que satisfacer (sea un contrato con prestaciones recíprocas o no); en base a dicho interés las partes contratan, con la finalidad de cooperar mutuamente y así poder satisfacer sus respectivos intereses, creando un vínculo obligatorio según los términos del contrato.²⁰⁵

En este punto, no nos queda duda de que las partes celebran contratos con los árbitros, a fin de que éstos resuelvan sus controversias, siendo que la voluntad de las partes de celebrar tales contratos en un futuro ha sido manifestada previamente, esto es, al momento de celebrar el convenio arbitral, por lo que dicho pacto (el convenio arbitral) es un requisito fundamental para que se celebre un contrato partes-árbitro y se instaure el respectivo procedimiento arbitral; sin embargo, debemos precisar que en base a un solo convenio arbitral se pueden iniciar varios arbitrajes y, por lo tanto, es posible celebrar varios contratos partes-árbitro (debiéndose tener en cuenta que por cada arbitraje se celebrarán tantos contratos como la cantidad de árbitros que intervengan en el mismo) y dar inicio a varios procedimientos arbitrales, lo cual puede ser observado, sobre todo, en los pactos arbitrales incluidos en relaciones jurídicas de larga duración como, por ejemplo, en un contrato de suministro o en el estatuto de una sociedad, toda vez que los efectos de la cláusula arbitral no necesariamente culminan con el fin de un procedimiento arbitral.²⁰⁶

mía privada, contrato y constitución». En *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 41 y 42.

²⁰⁵ «Puede ahora responderse la pregunta que constituye el título de esta charla: ¿Por qué se contrata? En el Perú se contrata porque el Estado ha delegado en los particulares el poder de vincularse entre sí, al establecer en el artículo 62 de la Constitución que las partes pueden pactar libremente los términos del contrato y al declarar el artículo 1361 del Código Civil que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ello. Si dos personas desean crear voluntariamente una relación jurídica obligacional de ineludible cumplimiento, el contrato se los garantiza». DE LA PUENTE Y LAvALLE, Manuel. «¿Por qué se contrata?». En *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 113 y 114.

²⁰⁶ «A lo largo de este capítulo hemos hablado de contratar el arbitraje. Porque, lo que en efecto se contrata es la obligación de que dos o más sujetos de Derecho se sustraigan a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Estado para resolver a través de

En tal sentido, tenemos que las personas que celebraron el convenio arbitral, y que frente a una controversia concreta van a dirigirse al arbitraje para solucionar su controversia, necesitan la cooperación de —por lo menos— un sujeto (un árbitro, en caso de tribunal arbitral unipersonal) que les brindará su servicio a cambio de una retribución patrimonial.

Al respecto, es pertinente precisar que el contrato que celebran las partes con los árbitros (suponiendo que se trata de un tribunal arbitral constituido por tres árbitros), en realidad implica tres relaciones obligatorias diferentes (tres contratos distintos), toda vez que las dos partes son las que contratan con cada uno de los árbitros.

Lo antes indicado puede ser verificado con los siguientes temas: (i) las obligaciones propias del contrato partes-árbitro, entre las cuales se incluyen los deberes de imparcialidad e independencia, las asume cada árbitro con ambas partes y no el tribunal arbitral como un colegiado; (ii) las partes asumen la obligación de pagar los honorarios de cada árbitro de manera personal y no al colegiado de manera conjunta; y (iii) en relación a los árbitros, si bien normalmente reciben una contraprestación igual para todos, nada prohíbe que se pueda hacer una diferenciación; así, por ejemplo, se puede pactar que al presidente del tribunal se le pague el doble que a los árbitros designados por las partes, lo que en el ámbito nacional es inusual, pero no imposible.

una jurisdicción privada los conflictos de intereses nacidos de una relación jurídica determinada. Así pues, el arbitraje en términos contractuales no termina necesariamente con la solución de una controversia resuelta a través de un arbitraje o proceso arbitral. Pues controversias pueden haber varias en el marco y en el tiempo de vigencia de un contrato principal con cláusula arbitral. Por tanto, varios pueden ser también los procesos arbitrales que les den solución dentro del arbitraje contratado en la cláusula. Y el que uno de los arbitrajes fenezca por haber cumplido su fin, no implica que se extinga la obligación contratada en la cláusula arbitral o contratos de arbitraje». CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006, pp. 62 y 63.

Asimismo, y atendiendo a lo antes indicado, debemos tener presente la posible responsabilidad (contractual)²⁰⁷ que deberán asumir los árbitros por sus actos, la cual es una responsabilidad divisible por los actos de cada árbitro (sobre todo, teniendo en cuenta que la prestación de cada uno de los árbitros es personal), debiéndose considerar además que tal responsabilidad es mancomunada, salvo pacto en contrario (ello, en razón de que en el Perú la solidaridad no se presume); además, no encontramos ningún supuesto en el cual los árbitros asumen una obligación y/o responsabilidad por los actos que realicen los otros miembros del tribunal arbitral.

Sobre la responsabilidad de los árbitros, nos parece pertinente reproducir la siguiente cita de Fernando de Trazegnies Granda (aunque cabe precisar que no estamos de acuerdo con el referido autor en la parte que equipara la responsabilidad de los árbitros con la de los jueces):

El artículo de la Ley que es materia de comentario indica como obligación, cuya infracción puede originar daños, al hecho de 'cumplir el encargo'. Debemos suponer que esta expresión significa llevar adelante el arbitraje y emitir un laudo. Pero, conforme a las normas sobre responsabilidad contractual, la infracción puede consistir en el no cumplimiento, en el cumplimiento defectuoso y en el cumplimiento tardío.

En caso del no cumplimiento es perfectamente claro (o parece serlo): el árbitro que, después de haber aceptado, se niega sin causa suficiente a llevar adelante el proceso o a participar en el laudo, está incumpliendo el encargo y, por lo tanto, debe responder por los daños que ello cause. El cumplimiento tardío parece ser también claro en tanto que se incurra en el incumpli-

²⁰⁷ «Responsabilidad. Los árbitros, desde el momento en que aceptan el encargo que se les hace de arbitrar una controversia, son responsables por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa, en el desarrollo de su actividad. Esa responsabilidad surge, según la LA, de la aceptación del encargo (mejor de la concurrencia de la oferta y aceptación), por tanto, su origen es contractual». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 68.

miento de los plazos establecidos para el arbitraje, fundamentalmente, el plazo para laudar.

Menos claro es el cumplimiento defectuoso. ¿Qué es lo que puede considerarse un defecto? ¿Podría una de las partes sostener que ha producido un cumplimiento defectuoso porque, a su manera de ver, no se ha adoptado la interpretación correcta de la ley aplicable? Nótese que esto puede poner en peligro el desarrollo del razonamiento jurídico del árbitro desde el momento que su interpretación puede ser entendida siempre por la parte perdedora como defectuosa o falsa. Y como en el Derecho, por su propia naturaleza, nos encontramos ante lo que los medievales llamaban ‘materia controvertible’, siempre habrá diferentes interpretaciones posibles. Es verdad que algunas pueden ser irracionales y deben ser descartadas; muchas otras tendrán un distinto grado de aprobación y dependen de las circunstancias y de la manera de pensar del árbitro. Pero, respecto de estas últimas, ¿dónde está el límite entre lo aceptable y lo defectuoso?

Es sumamente significativo destacar que la Ley peruana de Arbitraje, en el artículo comentado, ha sido muy clara cuando establece que los únicos factores de atribución, en el caso de responsabilidad de los árbitros, son el dolo y la culpa inexcusable.

Esta norma es particularmente importante para no dar apoyo a una estrategia intimidatoria con la posibilidad de demandas basadas en errores sin mayores consecuencias, pequeñas negligencias o simplemente diferencias de interpretación en materia controvertible. La ley ha querido ser muy severa y restrictiva, autorizando la reclamación de daños sólo en el caso gravísimo del dolo y, tratándose de negligencia, sólo cuando ésta es inexcusable.²⁰⁸

²⁰⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Comentario al artículo 32 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 373.

Al respecto, en torno a la adopción de las decisiones del tribunal arbitral, el numeral 2 del artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1071²⁰⁹ establece lo siguiente:

Artículo 52.- Adopción de decisiones

[...]

2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

En ese mismo sentido, y específicamente en relación a la emisión del laudo arbitral, el numeral 3 del artículo 55 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece lo siguiente:

Artículo 55.- Forma del laudo

[...]

3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

²⁰⁹ Cabe precisar que esta norma está incluida en el Título V: Laudo del Decreto Legislativo n.º 1071; sin embargo, consideramos que no debemos tener en cuenta sólo su ubicación para determinar a qué supuestos es aplicable dicha norma, toda vez que nosotros consideramos que una interpretación apropiada nos debe llevar a pensar que la misma es aplicable para todas las decisiones de los árbitros y no sólo para los laudos, por las siguientes razones: (i) Si interpretamos que el numeral 2 del artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1071 es sólo aplicable a los laudos, no existiría norma aplicable para las demás decisiones de los árbitros; (ii) Además, cabe precisar que existe otra norma aplicable específicamente para el supuesto de los laudos, la misma que se encuentra contenida en el numeral 3 del artículo 55 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Esta opinión es compartida por Guzmán Galindo: «La regla está establecida para el acto de la deliberación del laudo, sin embargo, podría aplicarse también a toda actuación arbitral, dado que viene a prescribir acerca del 'funcionamiento' del tribunal». (GUZMÁN GALINDO, Julio C. «Comentario al artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 589).

Así pues, de una lectura de las normas citadas, podemos observar que los árbitros deben votar en todas las decisiones que emita el tribunal arbitral, siendo que si el árbitro no está de acuerdo con la posición de los demás miembros del tribunal arbitral, deberá emitir su voto discrepante; de lo contrario, se entiende que se adhiere a lo que decide la mayoría o el presidente del colegiado, según sea el caso; la consecuencia de esto es que si la decisión del tribunal arbitral causara algún daño (ilegítimo) a alguna de las partes, sólo serán responsables los árbitros que hayan apoyado tal decisión (de manera expresa o tácita), no existiendo ninguna responsabilidad del árbitro que emitió su voto discrepante.

Esta opinión es compartida por Fernando de Trazegnies Granda, conforme se desprende de la siguiente cita:

En la mayor parte de los arbitrajes, el árbitro no es uno solo –aunque a veces puede suceder– sino un tribunal o panel compuesto por tres árbitros. La pregunta es: ¿responden estos árbitros solidariamente por los daños causados por el tribunal, dado que trabajan como un equipo? Como se puede apreciar, el tema de la responsabilidad solidaria de los árbitros aparece en tanto que problema cuando el arbitraje se lleva a cabo por un órgano colegiado (sic). No es el caso del arbitraje con tribunal unipersonal.

Si fuera de aplicación la responsabilidad extracontractual contestaríamos afirmativamente sobre la base de que la ley dispone que ‘si varios son responsables del daño, responderán solidariamente’, sin perjuicio de que quien pagó la totalidad de la indemnización pueda repetir contra los otros.

Sin embargo, hemos dicho que la ley peruana asimila la responsabilidad del juez a la contractual, al hablar de ella relacionándola a la inejecución de obligaciones. Y ciertamente la responsabilidad del árbitro se acerca más a la contractual que a la extracontractual que la responsabilidad del juez, incluso con mejores argumentos. Ahora bien, las normas sobre inejecución de obligaciones establecen que ‘La solidaridad no se presume.

Sólo la ley y el título de la obligación lo establecen de manera expresa’.

[...]

En el Perú, salvo que establezca un pacto expreso entre las partes o que la solidaridad figure en el Reglamento de Arbitraje de institución arbitral –ninguna de las dos cosas son legalmente imposibles– debemos considerar que los miembros de un tribunal arbitral tienen solamente responsabilidad mancomunada y que ésta se rige por las reglas de las obligaciones divisibles.

Adicionalmente a estas consideraciones, cabe señalar que los árbitros pueden evitar su responsabilidad al momento de aprobar el laudo, emitiendo un voto singular, distinto del de la mayoría que podría estar incurso en irregularidad inexcusable en la interpretación de la ley.²¹⁰

Asimismo, cabe precisar que el mecanismo o procedimiento de designación de los árbitros depende de la voluntad de las partes (conforme lo establece la primera parte del artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071), estableciéndose en la ley un mecanismo supletorio, en caso las partes no arriben a un acuerdo sobre este punto.²¹¹

En relación a la importancia del mecanismo de designación de árbitros, nos parece pertinente lo expresado por Cantuarias Salaverry:

Como bien indica Bachmaier Winter:

²¹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Comentario al artículo 32 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 377-379.

²¹¹ «El artículo bajo comentario consagra la libertad de las partes para configurar el procedimiento mediante el cual se designará al árbitro único o a los árbitros y prevé el procedimiento supletorio que habrá que seguirse en caso sea necesario». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario al artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 303.

‘[L]a designación de los árbitros es una de las actuaciones fundamentales de un arbitraje. La institución arbitral, su desarrollo y su eficiencia dependen en gran medida de la persona que actúe como árbitro. Entre las ventajas que tradicionalmente se han subrayado en el arbitraje como medio de resolver una controversia, se encuentra el elemento de la confianza del árbitro: no sólo en su honestidad o imparcialidad, sino también en su capacidad, competencia y discreción para decidir. Pero esa ventaja se convierte en factor de fracaso de la institución arbitral, precisamente cuando las partes no tienen confianza en quien ha de desempeñar la función arbitral. Por ello, la búsqueda de esos elementos que fundan la confianza [...] la legislación arbitral, como norma básica, permite que las partes efectúen libremente la designación de los árbitros o deleguen en un tercero de su confianza, incluida una institución arbitral, la ejecución de tal función’.²¹²

Existen diferentes mecanismos para la designación de árbitros, sobre todo cuando se tiene que constituir un tribunal colegiado; al respecto, Cantuarias Salaverry enseña que:

Como bien identifican Redfern y Hunter, existen diferentes métodos para designar a los árbitros, siendo los más comunes los siguientes:

Mediante acuerdo entre las partes;

Mediante su designación por una entidad gremial;

Mediante su designación por una entidad profesional;

Mediante su designación por una institución arbitral;

Mediante el método de listas;

Mediante el método de que cada parte nombra un árbitro y estos últimos designan al presidente del tribunal arbitral; y

Mediante su designación por el Poder Judicial.

²¹² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario al artículo 22 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 299-300.

De todos éstos, el más utilizado, sin duda alguna, es el método según el cual cada parte designa a un árbitro y entre los dos árbitros designados se nombra a un tercer árbitro que presidirá el tribunal arbitral.²¹³

De otro lado, en relación a las conclusiones a las que hemos arribado precedentemente, nos parece necesario precisar que en muchos convenios arbitrales se pacta que, surgida una controversia, el tribunal arbitral se encontrará constituido por tres árbitros, siendo que cada una de las partes tiene derecho a designar²¹⁴ a un árbitro en un plazo determinado y que estos dos árbitros posteriormente designarán al tercer miembro del colegiado (el presidente del tribunal arbitral);²¹⁵ empero, aun en estos casos, la relación se entabla entre las dos partes y el árbitro, y no entre cada parte y el árbitro que cada una designa, siendo que la voluntad de ambas partes de aceptar la designación que realice su contraparte (en la medida de que cumpla los requisitos legales y convencionales establecidos), así como la voluntad de aceptar la designación del presidente del tribunal, e incluso la voluntad de aceptar la designación que realice un tercero en defecto de las partes o de los árbitros, fue emi-

²¹³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario al artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 305 y 306.

²¹⁴ Nos parece acertada la siguiente precisión que realiza Guillermo Lohmann: «[En estricto —para ser claros y exactos desde ahora— no se trata de nombramiento o designación, sino de proposición de los nombres de los árbitros, que si aceptan la propuesta (artículo 27) y no fueran objetados por una o ambas partes o, excepcionalmente, por la institución administradora del arbitraje quedan instituidos como tales]». (LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Comentario al artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 289).

Al respecto, cabe precisar que en esta tesis estamos utilizando los términos «nombramiento» y «designación» en el sentido que normalmente se toma en cuenta en el ámbito arbitral, lo cual, en estricto, equivale a proponer árbitros, toda vez que es necesaria la aceptación de éstos para que asuman tal cargo.

²¹⁵ Siendo que, aun cuando no se pacte expresamente ello y no exista ningún acuerdo entre las partes al respecto, tal procedimiento de conformación del tribunal arbitral será el aplicable supletoriamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071.

tida de manera condicionada en el convenio arbitral (siendo el inicio del arbitraje y la designación de los árbitros las condiciones principales para que tal voluntad surta efectos), sin perjuicio del derecho que tienen las partes para interponer recusaciones.

Como prueba de lo antes indicado, podemos observar lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 22 del Decreto Legislativo n.º 1071:²¹⁶

Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros

[...]

4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.

De la lectura de la norma citada, podemos observar cómo la designación realizada por una de las partes deja de ser un acto que le importe sólo a dicha parte, convirtiéndose en un acto obligatorio y vinculante aun para ésta, desde el momento en que ha sido conocido por la otra parte; lo cual resulta lógico, toda vez que tal designación no la hace a título propio, sino en cumplimiento del procedimiento de designación establecido y a nombre de ambas partes, siendo tal designación una oferta al árbitro que vinculará a las partes posteriormente.

²¹⁶ «El apartado 4 del artículo bajo comentario dispone que una parte quede vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento, salvo acuerdo en contrario. Esta disposición pretende regular o, mejor dicho, acabar con una indeseable práctica: una parte designa a su árbitro y se lo informa a la otra parte. Esta última designa e informa a su contraparte acerca de quién es su árbitro, ante lo cual el primero decide ‘nombrar’ a un nuevo árbitro.

Conforme a la norma bajo análisis, esto simplemente no es más posible. Una vez una parte ha notificado a la otra el nombre del árbitro que ha designado, no cabe ‘sustituirlo’ por otro. Existe sólo una excepción: si el árbitro designado no acepta el encargo». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario al artículo 22 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 301.

Por este motivo, los árbitros deben aceptar el encargo frente a ambas partes, aun cuando hayan sido designados por una parte o por ninguna de ellas:

En realidad, sigue existiendo a nuestro juicio un vínculo contractual con las partes de la controversia que responde a la estructura típica de esta clase de relaciones con prestaciones recíprocas. Así los árbitros se obligan frente a las partes a cumplir fielmente con el encargo, y aunque el nombramiento lo realice un tercero, los árbitros no responderán ante él por el cumplimiento del encargo sino ante las partes, lo que nos induce a pensar que pese a la circunstancia del nombramiento, asumen la obligación frente a las partes de la controversia y no frente a quien los designó. Y a cambio de esta actuación de cumplimiento del encargo, los árbitros percibirán de las partes unos honorarios en concepto de contraprestación.²¹⁷

En ese sentido, para que los árbitros cumplan con aceptar el encargo, deberán cumplir también con los requisitos establecidos para cualquier aceptación contractual:

Por su parte, la aceptación, según la doctrina científica, precisa las condiciones siguientes: 1.^a Ha de ser pura y simple y corresponder exactamente a la propuesta. Si se la condiciona, no existe aceptación, sino un rechazo de la oferta y una contrapropuesta o nueva oferta a los primitivos proponentes, que exigirá la aceptación de éstos [...]. 2.^a Ha de dirigirse al proponente con la finalidad de celebrar el contrato. Y 3.^a Ha de hacerse dentro del plazo expresa o tácitamente concedido para ello.²¹⁸

Adicionalmente, cabe precisar que el hecho de que la voluntad de aceptar la designación que realice la contraparte, haya sido emitida al

²¹⁷ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 382.

²¹⁸ OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 195.

momento de celebrar el convenio arbitral, tiene como presupuesto que el mecanismo que se utilice para la designación de los árbitros no haya implicado poner en situación de privilegio a ninguna de las partes, pues si ello sucede, tal estipulación del convenio arbitral (así como las designaciones que se realicen siguiendo ésta) será nula, conforme lo indica el artículo 26 del Decreto Legislativo n.º 1071:

Artículo 26.- Privilegio en el nombramiento

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.

Al respecto, son pertinentes los siguientes comentarios de Fernando Cantuarias:

Como bien explica Bachmaier Winter, '[a]unque en el arbitraje no se desarrolla una potestad estatal, como es el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional también han de ser respetados en el proceso arbitral, y en particular en la designación de los árbitros, puesto que los laudos arbitrales, una vez firmes, revisten eficacia de cosa juzgada [...]. Por ello, la ley prevé un límite a la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de los árbitros, con el fin de que el modo con que ésta se realiza no se traduzca en una merma de la garantía de la imparcialidad. La exigencia del respeto al principio de igualdad entre las partes en el procedimiento de designación tiene como objetivo evitar que una de las partes decida unilateral o arbitrariamente quién ha de desarrollar la función arbitral, con el consiguiente riesgo para la posición imparcial del árbitro. En definitiva, esta norma constituye una concreción del principio de imparcialidad del tribunal arbitral, y ésta sólo queda adecuadamente garantizada si en la conformación del órgano decisor han intervenido ambas partes en igual medida'.

Como bien señala una vez más Mantilla Serrano, se vulnerará este principio cuando en un convenio arbitral se deje 'exclusivamente a la voluntad de una sola de las partes la selección del

árbitro [o de todos o de la mayoría de los árbitros que componen el tribunal arbitral]’.

Muy bien ¿y cuál es la sanción ante la existencia de un pacto como el identificado en el párrafo precedente? ¿La nulidad del convenio arbitral o la nulidad de la estipulación?

[...] como bien indica Bachmaier Winter, ‘a falta de una norma expresa que prevea la nulidad de todo el convenio arbitral, la ineficacia sólo debe proyectarse sobre la disposición que atente contra el principio de igualdad. Es la solución más acorde con las normas del CC sobre contratos y la más coherente en orden a mantener el desarrollo del arbitraje’.

Es más, en mi opinión, existe un argumento aún más poderoso para reducir la sanción a la estipulación: el acuerdo acerca del procedimiento de designación de los árbitros no es un elemento esencial del convenio arbitral. En consecuencia, si adicionalmente a los elementos esenciales del convenio arbitral, las partes incorporan una estipulación acerca del procedimiento de designación de árbitro que viola el principio de igualdad, pues corresponderá sancionar con la nulidad exclusivamente a ese pacto, pero sin afectar la validez del pacto de sometimiento a arbitraje.

Por último, ¿qué sucederá si finalmente el tribunal arbitral se constituye en violación del principio de igualdad?

Pues entiendo que aquí lo que corresponderá es que la parte afectada, según las circunstancias del caso en concreto, recuse a uno o más miembros del colegiado arbitral y, si aún así no se subsana el defecto, podrá invocarse contra el laudo el motivo de anulación previsto en el artículo 63(1)(c) de la Ley de Arbitraje.²¹⁹

²¹⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario al artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071». EN *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 303-305.

En ese mismo sentido, son ilustrativos los siguientes comentarios de Natale Amprimo:

El artículo 26 del Decreto Legislativo n.º 1071 resulta concordante, en primer término, con el artículo 23 del mismo dispositivo legal, por el que se regula el procedimiento de nombramiento de los árbitros, ratificándose la libertad que tienen las partes para acordar el procedimiento aplicable al nombramiento de los árbitros, pero precisándose que ello no puede significar que se vulnere el principio de igualdad.²²⁰

En ese sentido, si el tribunal fue nombrado de acuerdo al procedimiento convenido por las partes, que colocó a una de ellas en una situación de privilegio en la designación de los árbitros, el laudo que dicho tribunal arbitral emita podrá ser objeto de anulación, siempre que la afectada hubiese efectuado un reclamo expreso en su oportunidad ante el propio tribunal arbitral y éste lo hubiera desestimado. Esto último debido a que el inciso 2 del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 exige este reclamo previo ante el propio tribunal arbitral, como requisito de procedibilidad del recurso de anulación.

González de Cossío, al comentar los límites a la libertad de diseñar un método de constitución del tribunal arbitral, se pregunta si ¿cualquier ventaja estratégica debe interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación de los árbitros?; y si ¿la institución arbitral, la autoridad designadora de árbitros, al detectar la más ligera ventaja a favor de una de las partes, deben hacer caso omiso del método incluido en el acuerdo arbitral y aplicar el mecanismo previsto como supletorio en el reglamento o derecho arbitral? A continuación, señala que si las respuestas son positivas, cabría analizar si: ¿no invitaría ello a la invalidez del laudo, pues después de todo, se estaría dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes?

²²⁰ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Comentario al artículo 26 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 325.

Dentro la práctica internacional, es conocido un caso francés también citado por el mismo González de Cossío: el caso Dutco, que involucró un arbitraje multipartes en el que existían tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco), que contrataron para la construcción de una fábrica de cemento. En el contrato respectivo, del que las tres compañías eran partes, se incluyó un acuerdo arbitral CCI que contempló un tribunal arbitral de tres miembros. Dutco inició el arbitraje demandando, en conjunto, a BKMI y Siemens, y nombró su árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó a los demandados que designen un árbitro, lo que fue rechazado por éstos, argumentando que sus diferencias les impedían ponerse de acuerdo sobre un mismo árbitro. En vista de lo anterior, la Corte de Arbitraje de la CCI designó al árbitro y continuó el procedimiento, llegándose a emitir un laudo, que fue cuestionado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados sostenían que se trataba de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara su propio árbitro, de forma tal que participara de forma igualitaria en la constitución del tribunal arbitral. La Corte de Apelación de París rechazó la solicitud sosteniendo que no había habido violación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, en vista de que el acuerdo arbitral podía interpretarse en el sentido de requerir que dos de las partes designarán un árbitro único entre ellas. La Corte de Casación estuvo en desacuerdo y anuló el laudo, sosteniendo que el principio de igualdad de las partes en la designación del árbitro es un aspecto de orden público que no puede ser renunciado.²²¹

En tal sentido, podemos afirmar que la libertad de la que gozan las partes para establecer el mecanismo de designación del tribunal arbitral, tiene ciertos límites que se deben respetar para garantizar la igualdad entre las partes, así como la imparcialidad de los árbitros.

Asimismo, es pertinente precisar que la designación residual o en su defecto, que regulan los literales d) y e) del artículo 23 del Decreto

²²¹ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Comentario al artículo 26 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 328 y 329.

Legislativo n.º 1071²²² (la misma que está a cargo de las Cámaras de Comercio), es un mecanismo que se establece para asegurar la viabilidad de la ejecución del convenio arbitral y así se logre constituir el tribunal arbitral, aun con el silencio o la anuencia de alguna de las partes, sobre todo cuando estamos en arbitrajes *ad-hoc* en los que las partes no han establecido cómo subsanar esta situación.

Sobre este particular, Fernando Cantuarias realiza la siguiente explicación:

En el arbitraje *ad-hoc* las partes tienen libertad para establecer, si así lo desean, el método de designación de árbitros que mejor se acomode a sus intereses, siempre y cuando no se viole el principio de igualdad. Sin embargo, como ellas no cuentan con una institución arbitral que les administre su arbitraje, el método de designación que acuerden tiene que ser lo suficientemente inteligente y completo, a efectos de garantizar que el tribunal arbitral finalmente será nombrado en su integridad.

Una manera de lograr esa finalidad es incorporando en el pacto arbitral la intervención de terceros (denominados en doctrina

²²² **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 23.- «Libertad de procedimiento de nombramiento

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d. y e. de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

[...]

Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje».

como ‘entidad nominadoras’) a quienes se les difiere sea directamente o en caso alguna de las partes no colabore en la designación, la labor de nombrar a uno o más árbitros.

[...]

Por último, si el método elegido por las partes o, a falta, el dispuesto supletoriamente en este artículo, no culmina (por cualquier motivo) exitosamente en la constitución del tribunal o en la designación del árbitro único, el apartado d) de este artículo establece que la parte interesada puede acudir a la entidad nominadora residual de árbitros que, en este caso, serán las Cámaras de Comercio.

[...]

Ésta se trata de una respuesta legal singular, ya que en la gran mayoría de las legislaciones arbitrales del mundo se prevé que la entidad nominadora residual de árbitros será un juez.

Considero que ha pesado en la decisión del legislador la consolidación de la práctica arbitral en el Perú que comenzó en el año 1996 con la dación de la hoy derogada LGA y, especialmente, de la práctica arbitral en las Cámaras de Comercio del país. Además, la pobre performance que tuvieron los jueces como entidades nominadoras residuales de árbitros, tanto en el tiempo requerido para lograr las designaciones, como la incertidumbre acerca de las personas a ser nombradas para fungir como árbitros.²²³

2. PARTES DEL CONTRATO

Las partes del contrato implican a, por lo menos, dos personas (cada una, representando a un centro de interés), las cuales llegan a un acuer-

²²³ CANTUARÍAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario al artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 308-310.

do de voluntades y se obligan a ejecutar las prestaciones destinadas a satisfacer los intereses de sus contrapartes.

En relación a la noción de «parte del contrato», nos remitimos a la siguiente explicación de Manuel de la Puente:

Varios Códigos Civiles [...] definen el contrato como el acuerdo o convención entre dos o más personas.

Otros [...] hablan de partes del contrato.

La técnica utilizada para este último grupo de Códigos es evidentemente superior, aun cuando no signifique, en realidad, un planteamiento totalmente opuesto.

En efecto, la doctrina actual no vacila en afirmar que no pueden identificarse los conceptos de persona y de parte.

La primera se refiere a un ser o entidad dotado de derechos y obligaciones, aunque no tenga existencia individual. Se requiere que tenga personalidad propia, es decir, la aptitud para ser sujeto de derecho.

El concepto de parte no es tan fácil de explicar. Ante una primera noción que identifica la noción de parte a la del sujeto del acto, surge la tendencia moderna de prescindir de los sujetos y referirse, más bien, a lo que se denomina 'centro de interés'. En tal sentido, la parte es el 'centro' en el cual recaen los intereses que se buscan satisfacer mediante la celebración del contrato.

Según esta tendencia moderna, si bien generalmente coinciden el concepto de sujeto y el concepto de parte, porque en la gran mayoría de los contratos cada parte está conformada por un solo sujeto (el vendedor es una persona y el comprador es otra), no se descarta la posibilidad de que una parte esté constituida por dos o más sujetos que tengan un mismo interés (la parte vendedora es un conjunto de condóminos o lo es la parte compradora) y, en tal caso, la parte contractual (quien vende o quien compra) es el centro de interés que agrupa a los sujetos.

[...]

Se objeta a este planteamiento, con indudable impacto, que un abstracto 'centro de interés', por carecer de personalidad, no puede ser titular de derechos y obligaciones creados por el contrato y, por lo tanto, no puede ser parte contractual.

La observación es fundada, por lo cual para encontrar sentido al planteamiento objetado debe entenderse que cuando se habla de 'centro de interés' no se está haciendo referencia a que dicho centro es la parte contractual, sino que los sujetos unidos por el mismo interés son quienes constituyen la parte única, de tal manera que la titularidad contractual es asumida por los sujetos que forman la parte, y son ellos los titulares de los derechos y obligaciones emergentes del contrato. [...]

[...] en los casos en que la parte es plurisubjetiva se requiere, en realidad, un acuerdo previo entre las personas que forman esta parte para celebrar el contrato, esto es, para constituirse en parte del mismo y, en consecuencia, asumir los derechos y obligaciones emanados de él. [...]

Cabe, pues, alabar el artículo 1351 del Código Civil peruano en cuanto se refiere a que el contrato resulta del acuerdo de dos o más partes, debiendo entenderse, eso sí, que cada una de estas partes está constituida por una o más personas (en este último caso unidas por interés común).²²⁴

Asimismo, para formar parte de un contrato (y de todo acto jurídico) se debe ser agente capaz, siendo que la capacidad necesaria para ello dependerá de la naturaleza de cada contrato (toda vez que en algunos contratos bastará contar con una capacidad general, pero en otros será necesario contar con una capacidad especial). Sobre este particular, y respecto a las diferentes manifestaciones de capacidad, nos remitimos a la siguiente explicación de Manuel de la Puente:

²²⁴ DE LA PUENTE y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 56 y 57.

Capacidad jurídica

Se entiende por capacidad jurídica, también llamada (con denominación que ha sido adversamente criticada) de goce, la ‘medida de la idoneidad del sujeto para ser titular de relaciones jurídicas’.

La capacidad jurídica puede ser general, cuando es atribuida para la totalidad de las relaciones jurídicas, y especial, cuando se refiere a determinadas relaciones singulares (por ejemplo, no es capaz de ser adoptante aquél cuya edad es inferior a la suma de la mayoría y la del hijo por adoptar). La capacidad jurídica general es la regla y las limitaciones a esa capacidad son la excepción.

La capacidad jurídica general se adquiere por el nacimiento, mientras que la capacidad jurídica especial se establece caso por caso.

Capacidad de obrar

Se entiende por capacidad de obrar, llamada también de actuar o de ejercicio, ‘la medida de idoneidad para determinar por acto propio modificaciones activas o pasivas en la propia esfera de relaciones jurídicas, es decir, para adquirir, modificar o perder la titularidad de las relaciones’.

Así como la capacidad jurídica es la aptitud de adquirir derechos y contraer obligaciones, la capacidad de obrar es la aptitud de realizar los actos jurídicos necesarios para adquirirlos y contraerlos.

La capacidad a que se refiere el artículo 42 del Código Civil es de obrar (de ejercicio), aunque se ha estimado innecesario definirla, prefiriéndose regular los casos de incapacidad. Por lo tanto, las incapacidades (faltas de capacidad) contempladas en los artículos 43 y 44 del Código Civil son de obrar.

[...]

Al igual que en el caso de la capacidad jurídica, la capacidad para obrar puede ser general o especial, pudiendo ser, tanto la primera como la segunda, plena o atenuada.²²⁵

En el contrato materia de análisis, las partes del contrato serán, por un lado, las partes del procedimiento a instaurarse; y, del otro lado, el árbitro (o cada uno de los árbitros, si son más de uno). En tal sentido, procederemos a analizar lo que implica estar en cada una de tales posiciones de este contrato.

2.1. Las partes del procedimiento

Por un lado tenemos a las partes del procedimiento, que obviamente deberán tener un convenio arbitral; sin embargo, no necesariamente las partes del procedimiento a instaurarse serán las únicas partes del convenio arbitral, ya que puede haber otras personas que, siendo parte del pacto arbitral, no intervengan en el procedimiento arbitral.

En este punto resulta pertinente hacer la distinción entre lo que son las partes del convenio arbitral y las partes del procedimiento arbitral (siendo estas últimas las que constituyen las partes del contrato partes-árbitro).

De un lado, tenemos que el convenio arbitral se celebra con la manifestación de voluntad (tácita o expresa) de —por lo menos— dos partes, las cuales expresan su sometimiento para solucionar las controversias existentes o futuras que surjan en relación a una determinada relación jurídica. Al respecto, para ser parte del convenio arbitral, se debe cumplir con los requisitos que la ley establece para ser parte de cualquier contrato.

²²⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 282-283.

Sobre el particular, debemos tener presente que nuestra Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) establece una definición de convenio arbitral:

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Asimismo, podemos observar que en el citado artículo 13, el Decreto Legislativo n.º 1071 señala que la formalidad que debe cumplir el convenio arbitral es la de constar por escrito; sin embargo, el incumplimiento de tal formalidad no lo sanciona con nulidad, sino que, por el contrario, la ley establece una serie de excepciones al cumplimiento riguroso de la formalidad indicada:

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

[...]

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por ‘comunicación electrónica’ se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de

mensajes de datos. Por 'mensaje de datos' se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho peruano.

En tal sentido, podemos afirmar que cuando la citada norma establece que el convenio arbitral deberá constar por escrito, prescribe una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*,²²⁶ siendo que el propio artículo 13 señala una serie de presunciones, en las cuales «se entenderá» que un convenio arbitral fue celebrado por escrito, conforme lo indica también Alfredo Bullard:

Ya el artículo 13 de la LA rompe la concepción de un convenio arbitral entendido como sujeto a formalidades estrictas y limitativas. Por el contrario, la norma favorece su vigencia y se aleja

²²⁶ **Código Civil**

Artículo 144.- «Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

de aquellas concepciones que entendían el carácter escrito como una formalidad *ad solemnitatem*, admitiendo la posibilidad de probar la existencia de un acuerdo para arbitrar por medios distintos a la simple prueba escrita.²²⁷

Además, el convenio arbitral puede ser celebrado en relaciones jurídicas estándares²²⁸ o incluso respecto a controversias que se encuentran discutidas en sede judicial.²²⁹ También debemos tener presente que existen dos modalidades particulares del convenio arbitral: (i) el convenio

²²⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 202.

²²⁸ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 15.- «Relaciones jurídicas estándares»

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
 - a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.
 - b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.
 - c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes».

²²⁹ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 17.- «Derivación de controversia judicial a arbitraje»

Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible conforme a derecho o cuando la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral».

arbitral estatutario²³⁰ (o societario);²³¹ y (ii) el convenio arbitral sucesorio.²³² De otro lado, en relación a los efectos del convenio arbitral, éstos

²³⁰ **Decreto Legislativo n.º 1071**

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

SEXTA. «Arbitraje estatutario

Puede adoptarse un convenio arbitral en el estatuto de una persona jurídica para resolver las controversias entre la persona jurídica y sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios o las que surjan entre ellos respecto de sus derechos u obligaciones o las relativas al cumplimiento de los estatutos o la validez de los acuerdos.

El convenio arbitral alcanza a todos los miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios que se incorporen a la sociedad así como a aquéllos que al momento de suscitarse la controversia hubiesen dejado de serlo.

El convenio arbitral no alcanza a las convocatorias a juntas, asambleas y consejos o cuando se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público».

²³¹ En este punto surge una observación que hacer, y es por qué el Decreto Legislativo n.º 1071 lo denomina «arbitraje estatutario»; la respuesta parece simple, y seguro es porque dicha norma sólo regula (pero, sin prohibir lo contrario) la posibilidad de incorporar convenios arbitrales en los estatutos sociales. Sin embargo, la Ley General de Sociedades (de manera más acertada, por cierto) establece que los convenios arbitrales no sólo podrán ser incorporados en los estatutos sociales, sino que también en el pacto social, con lo cual la denominación de arbitraje estatutario sería muy limitada; por dicha razón, nosotros compartimos la opinión de que la denominación correcta es arbitraje societario, por la materia que se va a tratar, sin perjuicio del lugar en que se encuentre el convenio arbitral.

La opinión antes indicada es la misma que sostiene Oswaldo Hundskopf:

«En cuanto a la denominación de este tipo de convenio que nos lleva a un arbitraje, coincidimos con Letura Rengifo, quien sostiene que debido a que el convenio arbitral puede encontrarse en el pacto social, en el estatuto o cualquier norma equivalente, que entendemos provenga de un convenio entre accionistas, la denominación de arbitraje societario es preferible a la de arbitraje estatutario, por cuanto esta última podría generar la idea equivocada de que el convenio arbitral sólo puede insertarse en los estatutos de una persona jurídica». (HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Conflictos intersocietarios sometidos a arbitraje, con la participación de inversionistas extranjeros», ubicado en *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2008, Primera Parte, p. 237).

²³² **Decreto Legislativo n.º 1071**

«DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

SÉPTIMA. Arbitraje sucesorio

Mediante estipulación testamentaria puede disponerse el sometimiento a arbitraje de las controversias que puedan surgir entre sucesores, o de ellos con los albaceas,

se extenderán únicamente a las partes, sean éstas signatarias o no signatarias de dicho contrato.²³³ Al respecto, nos parece pertinente tomar en cuenta las siguientes reflexiones.

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14 permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ése es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14 permite la incorporación de partes no signatarias, es decir, de alguien que es parte del convenio arbitral, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe.

Entonces, no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a las que se derivan de la regulación contractual ordinaria.²³⁴

incluyendo las relativas al inventario de la masa hereditaria, su valoración, administración y partición.

Si no hubiere testamento o el testamento no contempla una estipulación arbitral, los sucesores y los albaceas pueden celebrar un convenio arbitral para resolver las controversias previstas en el párrafo anterior.

²³³ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 14º.- «Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

²³⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 202 y 203.

Sin embargo, no todas las partes de un convenio arbitral van a participar necesariamente en todos los posibles procedimientos arbitrales que se instauren, siendo que inclusive, teniendo un convenio arbitral entre dos personas, es factible que nunca se inicie un procedimiento arbitral durante la vigencia del mismo. Asimismo, teóricamente podríamos llegar al supuesto en el cual se inicie un procedimiento arbitral sin la existencia de un convenio arbitral; por ejemplo, cuando una parte (sin tener convenio arbitral) inicia un arbitraje y luego de constituido el tribunal arbitral y admitida la demanda, la otra parte recién se opone al arbitraje, por la inexistencia del convenio arbitral al momento de contestar la demanda (siendo este momento aun adecuado, de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 41 del Decreto Legislativo n.º 1071).²³⁵

Al respecto, es pertinente precisar que si «la parte» que interviene en el procedimiento arbitral, realmente no es parte del convenio arbitral y no quiere participar en dicho procedimiento, no surgirá el contrato partes-árbitro, pues esta «parte» nunca dio su consentimiento, que —como dijimos anteriormente— se dará en principio con el convenio arbitral; en estos casos, los árbitros se deberán declarar incompetentes en base al principio *kompetenz-kompetenz*, lo cual, desde nuestro punto de vista, acarrea la nulidad de todas las actuaciones arbitrales, pues éstas se iniciaron sin un requisito esencial, a saber, la existencia de un convenio arbitral.

²³⁵ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 41.- «Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral [...]

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento».

En otras palabras, lo que queremos explicar en este punto es que, si bien existe una relación entre ser parte del convenio arbitral, ser parte del procedimiento arbitral y conformar una de las partes del contratos partes-árbitro, dicha relación no siempre va a guardar identidad.

Adicionalmente, debemos tener presente que el laudo arbitral sólo afectará en lo que concierne a los efectos del convenio arbitral respecto a las materias o controversias que fueron vistas en dicho laudo; ello, pues no se deberá volver a discutir dicha controversia, siendo que si surge otra controversia respecto a la misma relación jurídica, la cual se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral, se podría iniciar un nuevo arbitraje, toda vez que los efectos del convenio arbitral no necesariamente fenecen con la conclusión de un arbitraje (mediante la emisión de un laudo) que se llevó a cabo en base a tal convenio:

Finalmente, respecto a los efectos del laudo, es importante precisar que el laudo [...], no afectará al convenio arbitral. En este sentido, si bien concluye el arbitraje con la emisión del laudo y con él la controversia queda resuelta definitivamente [...], esta situación no afecta al acuerdo que dio origen al arbitraje, por lo que, si en el futuro existieran otras controversias entre las partes, diferentes a las que fueron materia del laudo y siempre que estas nuevas controversias estuviera dentro de los alcances del mismo convenio arbitral, puede perfectamente volver a iniciarse otro arbitraje, ya que, como hemos dicho, para ello estará plenamente vigente el convenio arbitral. De esta manera, salvo por la controversia resuelta en el laudo, cualquier otra controversia que pudiera presentarse entre las partes, siempre que estén vinculadas al convenio, podrá ser resuelta por esta vía.²³⁶

En este orden de ideas, y como consecuencia particular de los contratos que las partes celebran con cada árbitro (sin perjuicio de los otros contratos que las partes convienen), veremos que las partes tendrán que

²³⁶ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. «Comentario al artículo 59 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 672 y 673.

asumir una serie de obligaciones y deberes, teniendo como contrapartida derechos que reclamar. Así pues, atendiendo a lo antes indicado, desarrollaremos brevemente los derechos, obligaciones y deberes que las partes del procedimiento tendrán como consecuencia del contrato partes-árbitro. Sin embargo, en este punto no vamos a profundizar sobre los derechos y obligaciones de las partes y de los árbitros al momento de constituirse el tribunal arbitral, pues la mayoría de éstos se derivan de los efectos del convenio arbitral y, además, porque ésta es una etapa previa a la celebración del contrato materia de análisis (sin perjuicio de que algunas cuestiones relativas a la conformación del tribunal arbitral y a la celebración del contrato partes-árbitro serán materia de estudio en este capítulo).

En primer lugar, debemos tener presente que los árbitros que se designen deben ser personas independientes, imparciales y que reúnan las calificaciones establecidas convencional o legalmente, siendo que esta obligación se debe mantener durante todo el arbitraje; al respecto, las partes tienen derecho a conocer cualquier hecho que afecte lo antes indicado y, de ser el caso, las partes podrán recusar o dispensar a los árbitros, según crean conveniente a su derecho.

En relación a los derechos dentro del procedimiento, las partes podrán exigir a los árbitros para que, una vez constituido el tribunal arbitral, inicien y continúen las actuaciones arbitrales; para lo cual los árbitros gozarán de una serie de prerrogativas, a fin de poder cumplir con su función de conductores del procedimiento y proseguir con éste aun con la negativa y/u obstrucción de alguna de las partes o de cualquier autoridad (sea inclusive de parte del propio Poder Judicial)²³⁷ y, de esta

²³⁷ Dicha facultad de los árbitros constituye uno de los atributos que ellos tienen en base al principio de *kompetenz-kompetenz*, por el cual los árbitros son los únicos competentes para definir su propia competencia, durante las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de una posible revisión judicial (o, mejor dicho, jurisdiccional) posterior, realizada mediante el recurso de anulación.

Al respecto, cabe precisar que el artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1071 ha regulado específicamente esta facultad del tribunal arbitral (de seguir con sus actuaciones a pesar de mandato judicial o de cualquier autoridad) de la siguiente manera:

Decreto Legislativo n.º 1071**Artículo 3.- «Principios y derechos de la función arbitral**

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. 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. 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.

Asimismo, nos parece ilustrativa la siguiente cita de Fernando Cantuarias:

«Dada la obvia perturbación que causaba el tema, comenzó a difundirse en Europa un principio enunciado por un Tribunal Superior alemán en 1955, que planteaba que el tribunal arbitral es competente para conocer sobre su propia competencia. En otras palabras, no se recurre a otra instancia —por ejemplo, el Poder Judicial— para definir la competencia, sino que permite que se resuelva el problema dentro del propio arbitraje por los árbitros; y esta decisión es inapelable. Es a esto que se denominó, en su formulación alemana, el principio *kompetenz-kompetenz*, que no significa otra cosa que competencia respecto de la propia competencia, pero que se ha convertido en una expresión de moda dentro de la comunidad arbitral internacional.

Así, el principio es entendido como un ‘mecanismo anti-sabotaje’, como lo denomina William W. Park, porque ‘reduce la posibilidad de que procedimientos arbitrales sean descarrilados a través de la simple alegación de que una cláusula arbitral es inejecutable debido a un gran número de posibles defensas contractuales’. Esta norma, prosigue el Profesor Park, ‘ciertamente no es a prueba de locos, dada la eterna ingenuidad con la que los locos a menudo se desenfrenan. Las partes recalcitrantes pueden todavía crear perturbadores desafíos judiciales (hasta quizá exitosos) diseñados para reducir la velocidad del tren. Sin embargo, el principio, efectivamente, evita barreras conceptuales al arbitraje que se producirían si los sistemas jurídicos consideraran los poderes jurisdiccionales de los jueces y de los árbitros como mutuamente exclusivos’. El Profesor Park menciona como ejemplo de esta última situación un caso *anti kompetenz-kompetenz*, en el que la Corte de Kansas decide que si existe una objeción contra el arbitraje, corresponde a la Corte y no a los árbitros decidir si el convenio arbitral existió y si la materia en disputa cae dentro de los términos del convenio arbitral. Sin embargo, el Profesor Park aclara que muy pocos sistemas jurídicos modernos siguen este punto de vista, aunque todavía quedan unos pocos vestigios de pensamiento arcaico». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando.

manera, poner fin a las controversias existentes entre las partes con la emisión de un laudo definitivo o varios laudos parciales.

Al respecto, las partes tienen también derecho a exigir a los árbitros que se les dé un trato igualitario y que, además, se dé la oportunidad suficiente a ambas para poder hacer valer sus derechos; sin embargo, este último derecho de las partes tiene como límite las reglas pactadas por las propias partes (por ejemplo, plazos específicos o alguna restricción en las actuaciones arbitrales), normas imperativas, el principio de buena fe y —sobre todo— la razonabilidad que deberán aplicar los árbitros en cada caso.

Adicionalmente, las partes tienen el deber y el derecho de que las actuaciones arbitrales se lleven a cabo de manera confidencial, salvo pacto en contrario (artículo 51 del Decreto Legislativo n.º 1071).²³⁸

Asimismo, las partes tienen derecho a que los árbitros emitan pronunciamiento sobre el fondo de la controversia (ya sea en un laudo único o en varios laudos parciales) dentro del plazo establecido para ello, atendiendo a la materia sometida a arbitraje y, necesariamente, sobre cuestiones que pueden ser sometidas a arbitraje.

«Comentario al artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 30 y 31.

²³⁸ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 51.- «Confidencialidad

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

[...].».

Sin embargo, como contrapartida de lo indicado en los párrafos precedentes, las partes deberán prestar colaboración al tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje y observar en todo momento el principio de buena fe en el curso de las actuaciones arbitrales, lo cual ha sido expresamente establecido en el artículo 38 del Decreto Legislativo n.º 1071,²³⁹ empero, aun si no se hubiera incluido dicha norma, ello debería ser así, pues la colaboración y la buena fe deben estar presentes en toda relación contractual:

A lo que sí vienen obligadas las partes ante los árbitros es a facilitarles su tarea. Puede parecer esto verdad de Perogrullo, pero es bueno ponerlo de relieve, porque el árbitro presta su servicio contractual y existe el deber de cooperar y de permitir que dicho servicio se cumpla y satisfaga del mejor modo posible. No hay que olvidar que estamos ante un contrato que, como todos, debe ser ejecutado según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. A veces un mal entendido derecho de defensa de los propios intereses es ostensiblemente entorpecedor y puede poner al árbitro en incómodas situaciones.²⁴⁰

De otro lado, y sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, el objeto de la obligación que surge del contrato partes-árbitro, consiste en que las partes paguen a los árbitros sus honorarios profesionales por la labor a desempeñar, siendo que los demás deberes que tienen las partes son accesorios a esta prestación y tienen como base, sobre todo, el principio de la buena fe.

²³⁹ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 38.- «Buena fe

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje».

²⁴⁰ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 144.

Sobre el particular, la regla general del procedimiento de pago a los árbitros está establecida en el numeral 1 del artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071;²⁴¹ sin embargo, no debemos dejar de reconocer que las partes pueden establecer un procedimiento diferente, de acuerdo a lo indicado en el artículo 69 del Decreto Legislativo n.º 1071,²⁴² así como que los árbitros pueden disponer liquidaciones separadas según las pretensiones de cada una de las partes (numeral 2 del artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071).^{243 244}

²⁴¹ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 72.- «Anticipos

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.
[...].

²⁴² **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 69.- «Libertad para determinar costos

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título».

²⁴³ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 72.- «Anticipos

[...]

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, puede disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. En este caso, el tribunal arbitral sólo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje.

[...].

²⁴⁴ «Según el inciso segundo del artículo 72 de la LA, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, pueden disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. Esta situación excepcional se puede dar en aquellos supuestos en que ambas partes incorporan al arbitraje reclamaciones o pretensiones, pero la de una de ellas es considerablemente más complicada que la de la otra. En tal hipótesis, parece razonable

Sin perjuicio de ello, consideramos que en cualquiera de los casos la obligación de pago que asumen ambas partes (deudores múltiples) con cada uno de los árbitros (debemos recordar que las partes entablan una relación obligacional con cada uno de los árbitros, por lo que no existe un supuesto de acreedores múltiples), es una obligación con objeto único (una sola prestación), pero con pluralidad de personas (varios deudores), mancomunada (pues no se ha pactado la solidaridad y ésta no se presume, conforme se señala en el artículo 1183 del Código Civil)²⁴⁵ y divisible (pues de hecho, por su naturaleza, se divide entre las dos partes, ya sea en proporciones iguales, en liquidaciones separadas o de cualquier otro forma que se establezca); por lo tanto, nos regimos por el artículo 1172 del Código Civil:

Artículo 1172.- Si son varios acreedores o los deudores de una prestación divisible y la obligación no es solidaria, cada uno de los acreedores sólo puede pedir la satisfacción de la parte del crédito que le corresponde, en tanto que cada uno de los deudores únicamente se encuentra obligado a pagar su parte de la deuda.

Sin embargo, esta forma de imputación de los honorarios de los árbitros se mantendrá así hasta la emisión del laudo arbitral, toda vez

y justo que el tribunal arbitral disponga que cada parte pague sus anticipos, en función a la complejidad de la reclamación o pretensión presentada.

En este punto, y siempre dentro del ámbito del inciso segundo del artículo 72 de la LA, el tribunal arbitral sólo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje. Esto también resulta lógico, ya que la labor del tribunal arbitral sólo puede corresponder a aquello por lo que las partes han pagado. Evidentemente, si la parte que reclama o pretende algo no hace el pago que le corresponde, el tribunal arbitral podrá excluir dicha reclamación o pretensión del arbitraje». VEGA SOYER, Jorge. «Comentario al artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 807.

²⁴⁵ **Código Civil**

Artículo 1183.- «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa».

que, con tal acto se redefinirá las obligaciones de las partes respecto a los costos del arbitraje (que incluyen los honorarios de los árbitros); ello, en virtud de los efectos del convenio arbitral, siendo que los árbitros también manifiestan su aprobación respecto a tal redefinición de los porcentajes a ser asumidos por las partes, ya que son ellos mismos los que establecen estos nuevos porcentajes en el laudo arbitral.

Ante el incumplimiento de una de las partes durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales (antes del laudo), los árbitros podrán facultar a la otra a asumir tal pago (numeral 3 del artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071); siendo que la asunción de los pagos de la contraparte durante el arbitraje, será un derecho que tienen las partes para poder, si lo desean, seguir adelante con el procedimiento arbitral (de manera total o parcial, según corresponda). Esta disposición también la podemos apreciar en la Ley de Arbitraje española, conforme comenta Celia Martínez:

Por último, y con el fin de evitar que se deriven estas consecuencias cuando sólo una de las partes ha faltado a la obligación, se permite que la otra puede suplirla en el plazo que se fija a tal efecto. Esta previsión tiene especial importancia con relación a aquellos casos en que sólo una de las partes está interesada en resolver la controversia mediante el arbitraje. Para evitar el desarrollo del mismo, podría negarse la otra parte a realizar la provisión de fondos, tratando con ello de que los árbitros dieran por concluidas las actuaciones arbitrales [...]. No obstante, tal consecuencia puede impedirse al permitir el legislador acertadamente, y quizás consciente de esta eventualidad, que la otra pueda suplir su falta. De procederse de este modo, habrá de tenerse en cuenta que fue una sola de las partes la que hizo total provisión de fondos cuando realizado el pronunciamiento en costas en el laudo arbitral, se deba determinar en su caso el derecho de reembolso que pueda corresponder a una de las partes frente a la otra.²⁴⁶

²⁴⁶ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 390 y 391.

Al respecto, el numeral 1 del artículo 73 del Decreto Legislativo n.º 1071,²⁴⁷ regula cómo se establecerá de manera definitiva la relación que existe entre las partes (codeudores), lo cual será establecido por los propios árbitros al momento de laudo, lo que eventualmente podrá afectar a los árbitros, en caso las partes (después del laudo) no hubiesen pagado aún sus honorarios, situación en la cual los árbitros deberán dirigir sus reclamos a la parte que le corresponde asumir tal pago, según lo establecido en el laudo y (no teniendo en cuenta lo inicialmente establecido en el procedimiento), pues a ello se obligaron las partes al suscribir el convenio arbitral.

En este punto, nos parece pertinente comentar que en nuestra norma de arbitraje²⁴⁸ se establece que frente al no pago de los gastos arbitrales, los árbitros podrán disponer la suspensión de las actuaciones arbitrales (por lo tanto, también el cumplimiento de sus funciones); asimismo, dicha norma señala que transcurrido un plazo razonable de suspensión, los árbitros estarán facultados para disponer la terminación del arbitraje.

²⁴⁷ Decreto Legislativo n.º 1071

Artículo 73.- «Asunción o distribución de costos

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso».

²⁴⁸ Decreto Legislativo n.º 1071

Artículo 72.- «Anticipos

[...]

3. Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales».

Sobre este particular, nos parece interesante citar a Celia Martínez, quien comenta el artículo 21 de Ley de Arbitraje española del 2003:²⁴⁹

Las anunciadas medidas que pueden adoptar son o bien suspender las actuaciones arbitrales, entendemos que previsiblemente hasta un ulterior momento en el que se realice la provisión de fondos, o bien dar por concluidas estas actuaciones. Aunque nada más específica la ley en torno a este extremo, consideramos que la opción entre una y otra alternativa debe hacerse depender de las circunstancias del caso, particularmente de la actitud de las partes en relación con el cumplimiento de su obligación. En este sentido, puede suceder que al exigir la provisión de fondos, estas últimas consideren que la cuantía exigida es desproporcionada, de modo que su negativa no lo es propiamente al cumplimiento de la obligación, sino a hacerlo en los términos cuantitativos exigidos. De producirse esta situación, hasta llegar a un acuerdo sobre la cantidad a entregar, si fuere preciso en vía judicial, lo razonable sería suspender las actuaciones arbitrales. Pero si lo que existiera fuese una negativa tajante a la realización de la provisión de fondos sin otro motivo que la mera oposición, entonces sí que podría darse por concluido el arbitraje. Entendemos además que por exigencias de la buena fe, los árbitros, atendidas las particulares circunstancias del caso, podrían no llegar a adoptar en ocasiones excepcionales ninguna de estas medidas. En este sentido, hemos de tener en cuenta que la suspensión y la conclusión del arbitraje no son más que consecuencias derivadas de una facultad que se concede a los árbitros, sin que indefectiblemente se hayan de derivar de la falta de provisión de fondos.²⁵⁰

²⁴⁹ Al respecto, cabe precisar que en la Ley de Arbitraje española no se establece que se deba suspender previamente a declarar la conclusión del arbitraje por falta de pago de los honorarios de los árbitros (como sí lo dice nuestra norma), sino que se da la opción discrecional para que los árbitros suspendan el arbitraje o declaren su conclusión.

²⁵⁰ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 390.

Así pues, sin perjuicio de las diferencias que existen entre la ley peruana y la ley española, consideramos apropiada la lógica establecida por la citada autora, respecto a que los árbitros al momento de ejercer sus facultades para suspender el arbitraje y/o declarar su conclusión por falta de pago, deben tener en cuenta las circunstancias del caso. Por ejemplo, si es inequívoco que las partes no van a pagar los gastos arbitrales, pues se oponen a tal obligación de plano, parece lógico establecer una suspensión por plazo muy pequeño y luego disponer la conclusión de las actuaciones; si, por el contrario, las partes aceptan asumir los honorarios de los árbitros según han sido establecidos, sólo que no cuenta con la liquidez necesaria en ese momento, una suspensión por un tiempo más prolongado es lo más razonable.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que, como indica Martínez Escribano, la suspensión o la culminación de las actuaciones por una falta de pago de los gastos arbitrales no opera automáticamente, sino que es una facultad de los árbitros, quienes tienen la posibilidad de ejercerlas o no, según lo crean pertinente en cada caso.

De otro lado, consideramos que, durante el arbitraje, en nuestro medio no se podría dar una salida judicial al no pago de los gastos arbitrales (ejecución forzosa) o a un pedido de reducción de los mismos por considerarlos excesivos, toda vez que la fijación de tales gastos por parte de los árbitros, también se considera una actuación arbitral y, por lo tanto, no es posible ninguna interferencia judicial mientras el arbitraje está en curso.

Cabe precisar que en caso alguna de las partes incumpla con la parte de los honorarios de los árbitros a su cargo y, por ejemplo, éstos han cumplido con emitir el laudo arbitral (y, por tanto, han culminado sus funciones y cumplido la prestación a su cargo, culminando de esta manera las actuaciones arbitrales), los árbitros tendrán el derecho de solicitar en la vía judicial la ejecución forzosa del pago que se les adeuda o, de ser la voluntad de todos los implicados, este tema podría verse también

en un arbitraje; empero, estando a lo establecido en los párrafos precedentes, debemos tener presente que los árbitros sólo podrían demandar a la parte que, de acuerdo al laudo, debe asumir tales honorarios (o a cada parte de acuerdo al porcentaje que le corresponde); ello, en virtud del tipo de obligación que tienen las partes con cada árbitro (divisible y mancomunada), la misma que ha quedado definida (de manera definitiva) en el laudo arbitral que las partes se comprometieron a respetar.

Como expresa Celia Martínez:

Consecuentemente, afirmaremos que los honorarios y gastos han de distinguirse netamente del pronunciamiento sobre costas, ya que la obligación de satisfacer aquéllos nace de una relación anterior, por la aceptación del encargo y su cumplimiento, mientras que el indicado pronunciamiento tiene lugar en un momento posterior y presenta un contenido más amplio, sin restringirse a esas dos cuestiones. Pero, además de ello, y por lo que se refiere a los honorarios y gastos, el pronunciamiento sobre costas simplemente hará surgir, en su caso, un derecho de reembolso de una de las partes —la que obtiene a su favor la condena en costas— frente a la otra, que tendrá que soportar la totalidad de las costas del arbitraje. Y no sólo eso, sino que incluso en estos casos en los que el laudo impone todas las costas a una sola de las partes, en una eventual demanda de reclamación de estos honorarios y gastos, la legitimación pasiva correspondería a todos los litigantes y no sólo al condenado, si bien éste quedará obligado a reembolsar a su contrario lo satisfecho por él.²⁵¹

Estamos de acuerdo con las expresiones citadas, en el sentido de que, cuando los honorarios de los árbitros han sido pagados previamente a la emisión del laudo, la determinación de quién debe asumir los costos del arbitraje sólo implica un derecho de reembolso para la parte favorecida, en la medida en que ésta ha cubierto alguna parte de tales costos; sin

²⁵¹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 388.

embargo, en los casos en los cuales después de emitido el laudo, está pendiente de cancelación alguna cuota de los honorarios de los árbitros, no sólo surgirá un derecho de reembolso entre las partes (sobre todo, respecto a la cuota que ya ha sido pagada), toda vez que entre los costos se encuentra un concepto particular (los honorarios de los árbitros), el mismo que surge de una relación entre las dos partes del procedimiento arbitral y cada árbitro (a diferencia de los gastos de asesoría jurídica de cada parte en el arbitraje en donde la relación surge entre cada parte y el abogado que contrata). Por tal motivo, una vez definido el porcentaje que cada parte debe asumir post laudo, ello implica una definición del derecho que tienen los árbitros para saber a quién y por cuánto demandar, debido a que tal obligación (la de asumir los honorarios arbitrales) fue establecida por las partes al momento de suscribir el convenio arbitral y someterse a los efectos del futuro laudo; y, en vista de que los árbitros han aceptado estas reglas de imputación de sus honorarios (post laudo) al celebrar el contrato partes-árbitro, conforme lo permite la ley.

Asimismo, siguiendo esta lógica, si por algún motivo algún árbitro debe realizar alguna devolución de honorarios (por ejemplo, por renunciar al cargo o por haber sido separado del arbitraje por una recusación fundada), las partes tienen derecho a solicitar ello en sede judicial, lo cual se desprende de la lectura de la Undécima Disposición Complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071.²⁵² Esta situación no implica ninguna interferencia al arbitraje de parte de los jueces, pues el árbitro a quien se va a demandar ya no es parte del procedimiento arbitral por alguna razón.

²⁵² **Decreto Legislativo n.º 1071**

«DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

UNDÉCIMA. Vía ejecutiva

Para efectos de la devolución de honorarios de los árbitros, tiene mérito ejecutivo la decisión del tribunal arbitral o de la institución arbitral que ordena la devolución de dichos honorarios, así como la resolución judicial firme que anula el laudo por vencimiento del plazo para resolver la controversia».

Finalmente, resulta lógico que si estamos frente a una relación contractual, las partes tengan derecho a exigir a los árbitros una indemnización por los posibles daños y perjuicios que se causen en el ejercicio de sus funciones; sin embargo, aquí la ley establece que tal responsabilidad de los árbitros sólo se presentará cuando se presente dolo o culpa inexcusable y no cuando estemos frente a culpa leve, conforme se establece en el artículo 32 del Decreto Legislativo n.º 1071,^{192, 193} lo cual se asemeja a la responsabilidad (obviamente, contractual) de los profesionales, regulada en el artículo 1762 del Código Civil.¹⁹⁴

2.2. Los árbitros

Es pertinente precisar que lo desarrollado precedentemente en relación a las partes, sirve como correlato para los árbitros, pues los derechos de las partes, serán las obligaciones para los árbitros y viceversa. Sin perjuicio de ello, a continuación desarrollaremos algunas cuestiones específicas de los árbitros, las mismas que nos parece indispensable comentar.

Así pues, en relación a los árbitros, como ya hemos expresado, cada uno de ellos celebra un contrato con las partes que participen en el procedimiento; en otras palabras, los árbitros que celebran los contratos correspondientes con las partes, serán también los árbitros que participarán en el procedimiento arbitral. Sin embargo, en este punto nos parece relevante señalar brevemente quiénes pueden ser árbitros, pues

¹⁹² **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 32.- «Responsabilidad

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable».

¹⁹³ Este tema ha sido tratado previamente en este capítulo al citar a Fernando de Trazegnies, por lo que nos remitimos a lo comentado en dicha parte.

¹⁹⁴ **Código Civil**

Artículo 1762.- «Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador del servicio no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable».

de acuerdo a la ley o al convenio establecido por las partes, los árbitros deberán cumplir determinadas condiciones y requisitos para ser designados y desempeñar el cargo válidamente.

En relación al tema de la capacidad, para celebrar el contrato con las partes y desempeñar la función de árbitros, el artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071¹⁹⁵ nos indica que deberán ser personas naturales¹⁹⁶

¹⁹⁵ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 20.- «Capacidad

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

¹⁹⁶ «La función arbitral propiamente dicha puede ser ejercida por seres humanos, de manera que necesariamente los árbitros han de ser personas naturales, esto es, sujetos físicos que poseen atributos morales y racionales de entendimiento y voluntad —es decir, discernimiento con capacidad de enjuiciar— y a los que se pueda imputar derechos y deberes. A la inversa, no pueden arbitrar las personas jurídicas o morales (asociativas y colectivas en sus diversas modalidades o incluso individuales, como es el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada).

[...]

A poco que se mire se advertirá que es conveniente (aunque no consustancial a la instrucción arbitral) que no se admita que las personas jurídicas ejerzan función arbitral, pues a la postre el análisis, discernimiento y decisión lo tomaría la persona natural que ejerza la representación de la persona jurídica. Me explico, el razonamiento es atributo humano. A las personas jurídicas se les imputan existencia, derechos, deberes, obligaciones, voluntad, etc., pero como parangón o símil pues, en definitiva, su volición es dependiente de la de personas naturales.

Como el artículo 1.1 de la LA dispone que se aplica solamente a los arbitrajes que se lleven a cabo en territorio peruano, el concepto de persona natural aquí empleado es el mismo que tenga establecido la ley nacional en el momento de inicio del arbitraje. Es improbable que en esto haya cambios, de modo que podamos decir que la calidad de persona natural coincide con la de persona humana, conforme al artículo 1 del Código Civil. Y sin distinción de origen, raza, sexo, idioma, religión o condición económica.

En definitiva, las personas jurídicas de toda especie están impedidas de ejercer función arbitral por sí mismas o por delegación. Entiéndase: función arbitral en los términos de rigor jurídico y las características de la institución del arbitraje, lo que no es óbice para que, sin la protección que la ley arbitral dispensa a los laudos, haya

con plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles;¹⁹⁷ asimismo, la referida norma establece que no podrán ser árbitros quienes tengan alguna incompatibilidad para desempeñar tal cargo, siendo que

sujetos con conflictos de intereses que quieran asumir como decisión propia la que para ellos expida una persona jurídica.

¿Será válida la designación arbitral que haya recaído en persona natural indeterminada, pero determinable por referencia a su función o cargo en una persona jurídica? Ejemplo: que el convenio arbitral establezca que será presidente del tribunal quien entonces sea Decano de cierto colegio profesional, o representante de una institución. Mi respuesta es afirmativa, pues tal sujeto será sin duda una persona natural, aunque por voluntad de las partes deba ostentar además un cargo que, a juicio precisamente de esas partes, lo hace más idóneo para el arbitraje». En LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Comentario al artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 288-290.

¹⁹⁷ «La norma establece que ‘pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles’. Repárese en que el requisito no es solamente para el momento de aceptar o para cuando el tribunal arbitral ya queda constituido (*cf.* artículo 27.2) sino que debe entenderse que ha de continuarse en tal aptitud de ejercicio hasta el instante final del proceso, que es cuando concluye la función arbitral. O sea, mientras se es árbitro.

De lo anterior se colige que si por cualquier circunstancia le sobreviene a un árbitro la causal de hecho o derecho que le impide ejercer sus derechos civiles, debe renunciar al cargo. La actual norma no contiene (como sí la anterior, artículo 27) reglas sobre renuncia. Pero, el que no tenga reglas no significa que esté prohibido o que sea imposible. En todo caso, si no renuncia sería de aplicación el inciso 1 del artículo 30: ‘Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o derecho para ejercer sus funciones [...]’.

El precepto bajo análisis reclama ‘pleno ejercicio’. O sea, no basta la capacidad de goce que tiene todo sujeto; se requiere completa capacidad de ejercicio y aptitud de poder hacerlo a plenitud. El artículo 42 del CC establece que esta plenitud se alcanza a los dieciocho años, aunque también la confiere el artículo 46 CC para los mayores de dieciséis que hayan contraído matrimonio u obtenido título oficial que les autorice para desempeñar una profesión u oficio. Quienes tengan estas mayorías de edad pueden, sin embargo, no ser capaces para el ejercicio de todo o parte de sus derechos en los que enumeran los artículos 43 y 44 CC. O con otras palabras: son sujetos de capacidad restringida; no tiene capacidad plena.

Repárese en que las causales previstas en el artículo 43 CC determinan capacidad absoluta. No ocurre lo mismo con las del artículo 44, llamadas capacidad relativa, o sea no siempre completa o para todo. Lo cual se prueba con el artículo 581 CC (a tenor del cual el juez que establezca la interdicción fija su extensión y límites) y

el artículo 21¹⁹⁸ del citado cuerpo normativo establece que tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos en las normas correspondientes (al respecto, entendemos que estas incompatibilidades no pueden ser dispensadas por las partes, al venir impuestas por una norma imperativa y al estar relacionadas con las funciones públicas del Estado).

En adición a ello, y dependiendo de lo que las partes hubiesen pactado, los árbitros tendrán que cumplir con una serie de características particulares, tales como tener especialidad en un tema en particular,

con el artículo 591 del mismo Código (conforme al cual las restricciones a la actuación del pródigo, del mal gestor, del ebrio, del toxicómano no necesariamente son totales). No obstante, pues, que en términos civiles ciertas causales de incapacidad relativa no debieran excluir capacidad para arbitrar porque no merman el recto raciocinio, la ley arbitral es especial y ha querido ser severa puesto que exige la tenencia del pleno ejercicio de capacidad, no limitada un ápice. (Lo cual, dicho sea de paso, no deja de tener un atisbo de contradictorio, pues permite ser árbitro a quien legalmente posee plenos derechos civiles, pero no sabe leer y escribir, ergo no podría leer el laudo y firmarlo, suponiendo que no hubiera sido necesario que leyera otras piezas o actuaciones del proceso arbitral).

Desde luego que además de las causales de los numerales 43 y 44 pueden haber otras restricciones de derecho, como son, por ejemplo, las establecidas en el artículo 1366 CC. Pero, estas restricciones son específicas para actos singulares y en modo alguno obstativas del ejercicio de los derechos civiles, entendiendo latamente este ejercicio como la posibilidad de poder formar y expresar voluntad y actuar directamente y sin intermediario (representante) sobre los propios intereses personales y patrimoniales y que así sea reconocido por el ordenamiento jurídico.

[...] la capacidad del árbitro —o sea, si posee o no el pleno ejercicio de sus derechos— se determina según la ley de su domicilio, no según la ley peruana si el árbitro (peruano o de otra nacionalidad) ocasionalmente en funciones en el Perú no tiene domicilio en nuestro país». LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Comentario al artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 290-292.

¹⁹⁸ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 21.- «Incompatibilidad

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas».

edad, domicilio, etc.; sin embargo, el incumplimiento de estos requisitos, en principio, no va a significar el veto *per se* de una persona para ser árbitro en un caso en particular, pues las partes pueden dispensar tal situación, de considerarlo pertinente.

Asimismo, los árbitros deberán ser y permanecer independientes e imparciales, siendo que ellos tienen la obligación de declarar cualquier circunstancia que pueda poner en duda su independencia o imparcialidad; empero, en este caso, las situaciones también podrán ser dispensadas por las partes, según lo considere conveniente cada una de ellas.

De otro lado, en este punto queremos establecer una particularidad entre el árbitro y las partes del procedimiento, pues si bien ambos son las partes del contrato partes-árbitro, en el caso de las partes del procedimiento, tal calidad (de parte del contrato de dación y recepción de arbitraje) deviene principalmente de ostentar también la calidad de parte del convenio arbitral, siendo que, en caso de duda o controversia en torno a esta situación, serán los árbitros quienes decidirán tal incidente, de acuerdo a sus facultades; sin embargo, en el caso de los árbitros, su calidad de parte en el contrato se define con la aceptación de una designación válida (sin perjuicio de que puede haber una diferencia entre el momento de la conclusión del contrato y el perfeccionamiento del mismo, lo cual será analizado posteriormente).

Además, otra diferencia es que los árbitros pueden ser cesados en sus funciones (lo que significa un cese en sus obligaciones, como una suerte de resolución del contrato) por una recusación o una remoción, para lo cual los artículos 28, 29 y 30 del Decreto Legislativo n.º 1071¹⁹⁹ establecen una regulación particular. Éstas serían formas especiales de

¹⁹⁹ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 28.- «Motivos de abstención y de recusación»

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.
3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento».

Artículo 29.- «Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
 - a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
 - b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
 - c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.
 - d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23.

Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d. y e. del artículo 23.

Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.
3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.

4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo».

Artículo 30.- «Remoción

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.
2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.
3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d. y e. del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el apartado 1 de este artículo».

culminar la relación contractual de una de las partes del contrato (del árbitro que sale del procedimiento), pero que no significará el fin del procedimiento, sino la necesidad de contratar a un nuevo árbitro para que prosiga con la labor del árbitro a quien sustituirá.

Sin embargo, y sin perjuicio de la importancia de los deberes éticos que tiene que respetar todo árbitro, qué duda cabe de que la prestación de los árbitros (la cual surge de la obligación objeto del contrato de dación y recepción del arbitraje) está representada por un servicio que deben prestar a ambas partes, el cual consiste en: (i) guiar apropiadamente el procedimiento arbitral, permitiendo a las partes ejercer sus derechos de manera adecuada y razonable; y (ii) emitir el laudo arbitral dentro del plazo establecido para ello, pero teniendo como límite las cuestiones sometidas a arbitraje y la «arbitrabilidad» de las mismas.²⁰⁰ Y para cumplir esta prestación, los árbitros gozarán de una serie de prerrogativas y derechos, tales como adecuar el procedimiento arbitral según las reglas que consideren pertinentes (pero sin ir contra la ley y lo establecido por las partes en el convenio arbitral), definir su propia competencia, desconocer mandatos de otras autoridades, etc.

En relación a la contraprestación que van a recibir los árbitros,²⁰¹ la ley ha establecido una regulación que permite a las partes del contrato (partes del procedimiento y árbitros) ponerse de acuerdo:

²⁰⁰ «Por la aceptación de los árbitros, se crea una relación contractual entre éstos y las partes.

En virtud de este contrato de aceptación del arbitraje, el árbitro contrae el deber de cooperar en el procedimiento y en la resolución del asunto dictando el laudo». MONTÓYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, p. 97.

²⁰¹ «Así, respecto de los honorarios diremos que tienen derecho a percibirlos los árbitros como contraprestación por el cumplimiento del encargo por las funciones desempeñadas». MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 387.

El artículo 69 junto a otras disposiciones de la nueva Ley de Arbitraje, ha recogido la esencia netamente privada del arbitraje. Se trata de reconocer la preeminencia de la voluntad de las partes en un aspecto básico del proceso arbitral: los costos y las reglas que deberán aplicarse en su determinación y atribución. La ley reconoce a las partes la misma libertad de que gozan los agentes económicos en general para determinar el precio de una relación de servicios y las reglas para determinar su cálculo e imputación.

[...]

En esa materia no se presenta razón alguna para expropiar —mediante una regulación— la libertad de los agentes de ponerse de acuerdo sobre el nivel y la forma de administración de los costos de un procedimiento arbitral. No hay aquí problemas de monopolio, de asimetrías de información o de elevados costos de transacción entre los involucrados que en otros contextos podrían justificar la introducción de una regulación que limita la libertad de una o ambas partes. Así como regular el precio del pan no tiene ningún sentido económico en un contexto de libre mercado, tampoco lo tiene el imponer a las partes una regulación sobre los costos del arbitraje y las reglas de imputación de los mismos en caso de que surja una controversia. Ello constituiría una restricción de la libertad de contratación de los individuos que no sólo carecería de justificación objetiva sino además podría resultar cuestionable en el plano constitucional.

Los costos involucrados en un proceso arbitral pueden resultar elevados en razón a la identidad de la controversia involucrada. La falta de previsión de este tipo de aspecto podría conducir a resultados indeseables para quien por ejemplo ‘gatilló’ el inicio del procedimiento arbitral con una expectativa diferente del nivel de los costos involucrados en el proceso: ‘La lavanda puede salir más cara que la camisa’. Pero además de ello, la falta de acuerdo sobre el particular y de reglas que permitan llenar dicho vacío, podría dejar espacio para el desarrollo de conductas estratégicas por algunas de las partes destinadas a bloquear el desarrollo de cualquier mecanismo para resolver una discrepancia.

En ese sentido, parece necesario dotar a las partes, *ex ante* al surgimiento de cualquier conflicto, de cierta predictibilidad respecto de los costos del arbitraje y a las reglas que van a gobernar su distribución y atribución antes de que el conflicto surja.

[...]

La Ley en esta parte ha reconocido que el tema de costos del arbitraje y las reglas que lo gobiernan se encuentran dentro de la esfera privada de las partes, quienes pueden atender a dichas materias directamente –estableciendo los costos de los procesos o señalando topes máximos, por ejemplo– o indirectamente remitiendo su determinación a los propios árbitros o a terceros (costos y reglas de imputación recogidas en Reglamentos de centros arbitrales, por ejemplo).²⁰²

En ese sentido, resulta pertinente precisar que no es indispensable señalar los montos de tales honorarios, al momento de celebrar el contrato de dación y recepción del arbitraje, pues el Decreto Legislativo n.º 1071 establece que la liquidación final de tales honorarios recién será definida por los árbitros al momento de fijar los costos en el laudo arbitral,²⁰³ sin perjuicio de los anticipos que podrán cobrar los árbitros

²⁰² FALLA JARA, Alejandro. «Comentario al artículo 69 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 775-777.

²⁰³ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 70.- «Costos

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

[...].».

Al respecto, nos parece relevante citar el siguiente comentario de Carolina de Trazeznies:

«Los aspectos relacionados con los costos de arbitraje y su distribución suelen ser de los más olvidados por los tribunales arbitrales. Típicamente, los tribunales arbitrales no dedican una parte importante de su análisis a la responsabilidad de las partes respecto del pago de los costos o gastos del arbitraje. La trascendencia de estos aspectos es frecuentemente subestimada.

desde que se constituye el tribunal,²⁰⁴ según los criterios definidos en dicha norma,²⁰⁵ y sin dejar de reconocer la posibilidad de que se pacte algo diferente²⁰⁶ (por ejemplo, el sometimiento al reglamento de un

Esto sorprende, pues, desde una perspectiva económica, la cuestión puede ser muy relevante, equiparable incluso a la discusión sobre la cuantificación de la pretensión principal. De hecho, se ha dado el caso de arbitrajes internacionales en lo que los montos reclamados por concepto de costos, incluyendo tanto gastos del tribunal como gastos de defensa, han implicado varios millones de dólares». DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. «Comentario al artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 785.

²⁰⁴ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 72.- «Anticipos

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.

[...].».

Sobre el particular, no parece ilustrativa la siguiente cita de Celia Martínez:

«Podrá tener lugar, por tanto, desde que se acepte el encargo y nazca así el vínculo contractual que genera la obligación de pago de honorarios y gastos, y producida esta aceptación, a lo largo de toda la tramitación del arbitraje, cualquiera sea el estado en que se encuentre. Es más, en la medida en que, como hemos indicado, la cuantificación de los fondos a los que se refiere la provisión se realiza de manera aproximada, podría ocurrir que quedará debajo de los honorarios y gastos que efectivamente se ocasionen. En este caso, entendemos admisible una nueva exigencia de provisión de fondos [...]». MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 389-390.

²⁰⁵ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 71.- «Honorarios del tribunal arbitral

Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso».

²⁰⁶ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 69.- «Libertad para determinar costos

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo,

centro de arbitraje que establezca otra mecánica para el cálculo de los honorarios de los árbitros), siendo que esto último podrá significar variar la tipicidad del contrato materia de estudio, motivo por el cual, las diferentes posibilidades no serán profundizadas en esta tesis, pues nos centraremos en el supuesto (general) establecido en la ley de la materia.

Al respecto, parece pertinente precisar que lo que se fija en el laudo son los costos del arbitraje (que incluyen los honorarios de los árbitros), lo cual no significa que en ese momento recién se van a establecer los honorarios de los árbitros, sino que se establecerá una suerte de liquidación final de honorarios de los árbitros, de acuerdo a los anticipos que se hayan establecido a lo largo del procedimiento arbitral, a fin de establecer cómo deben ser asumidos por las partes del procedimiento (y, de ser el caso, surja el derecho de reembolso correspondiente, conforme ya hemos señalado).

La idea anterior (en el sentido de que los montos totales y finales de los honorarios de los árbitros sean definidos recién en el laudo arbitral) no es un tema novedoso o *sui generis*, tampoco es un planteamiento radical o que esté fuera de los preceptos del derecho, sino que es una forma particular que puede tener una relación jurídica obligacional²⁰⁷ (y que en este caso es además una relación contractual); la lógica del contrato partes-árbitro es como la lógica que también observamos en los contratos (de prestación de servicios o locación de servicios, por ejemplo) en los cuales se contrata un servicio o una prestación a cambio de una retribución o contraprestación, pero sin establecerse necesariamente el monto de tal contraprestación al momento de la celebración del contrato, ni tampoco al inicio de la ejecución de las obligaciones que de

el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título».

²⁰⁷ «Tratándose del contrato, la relación jurídica tiene carácter patrimonial, lo cual debe ser entendido como una relación obligacional, esto es, una relación que crea obligaciones entre las partes». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La Irretroactividad del Contrato». En *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, n.º 25, p. 289.

éste surgen, toda vez que no siempre se sabe o se prevé *a priori* cuán compleja será la labor a realizar y qué esfuerzo será necesario para que los árbitros cumplan con sus funciones, pues parte de las obligaciones de los árbitros implican un resultado (el laudo), pero que depende de un medio (el procedimiento), ambos a cargo de los árbitros, por lo que se establece pagos anticipados conforme se va desarrollando el procedimiento arbitral, en atención al tiempo de trabajo que dediquen los árbitros, la complejidad del servicio, entre otros factores a tomar en cuenta (conforme lo establece el artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1071). Todo ello será determinado por el profesional que realiza tal servicio (en este caso, los árbitros) y arrojará un resultado o liquidación final que deberá plasmarse en el laudo (lo cual, como señalamos anteriormente, ha sido establecido en el artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071), a fin de que las partes del procedimiento conozcan los montos que deben asumir por concepto de honorarios de los árbitros (entre otros), de acuerdo a la división de costos que establezcan los propios árbitros en el laudo.

Sin embargo, debemos dejar constancia de que la facultad de los árbitros de establecer los montos de sus anticipos y de los montos finales en el laudo, se debe realizar en base al criterio de razonabilidad y según las pautas establecidas por la ley y por el convenio arbitral.²⁰⁸

En este punto quisiéramos indicar que lo que se ha hecho en la Ley de Arbitraje del Perú es que sean las partes del procedimiento quienes

²⁰⁸ «No obstante la ausencia de una práctica uniforme sobre esta cuestión, creemos que la discreción del tribunal, en la labor de determinar el monto de los costos del arbitraje y de proceder a distribuirlos entre las partes, no es ni puede ser ilimitada. En dicho examen, el tribunal debe considerar una serie de elementos, muchas veces en forma conjunta, tales como: el propio acuerdo de las partes, las reglas aplicables al arbitraje institucional o *ad-hoc*, las reglas contenidas en el lugar de sede del arbitraje (*lex arbitri*) y, en fin, otras consideraciones o factores de carácter objetivo que sirven de importante guía para dilucidar esta cuestión». CONEJERO ROOS, Cristián. «Los costos en el arbitraje internacional». En el libro: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 738.

asuman el riesgo de la determinación de la suma a la cual ascenderán los honorarios de los árbitros en función del monto en disputa, la complejidad y dimensión del tema de fondo, el tiempo dedicado por los árbitros, la complejidad o litigiosidad del procedimiento arbitral en sí, etc.; siendo que muchos de esos factores recién podrán ser apreciados en el transcurso del procedimiento arbitral. Sin embargo, y sin perjuicio de que en esta tesis no trataremos acerca de los arbitrajes sometidos a reglas particulares diferentes a las establecidas en el Decreto Legislativo n.º 1071 (por ejemplo, en un arbitraje administrado o en uno *ad-hoc* con reglas especiales), pero sin que ello implique dejar de reconocer la naturaleza contractual de la relación partes-árbitro, que también existe en tales arbitrajes, quisiéramos hacer notar que el riesgo asumido por las partes se puede minimizar cuando se establece previamente algún mecanismo para que se determinen los honorarios de los árbitros desde el inicio del procedimiento arbitral (tabla de aranceles de un centro de arbitraje o lo que disponga el consejo o la corte de arbitraje de una institución arbitral) y que no sean variados salvo situaciones excepcionales (como aumento de la cuantía, aumento de la complejidad considerada inicialmente, pero a criterio del consejo o de la corte de arbitraje de una institución arbitral, etc.). Para citar un ejemplo, podemos observar las reglas establecidas en el convenio arbitral contenido en el Estatuto del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES SINAC:

55.11 Honorarios de los árbitros

En los arbitrajes *ad-hoc*, los honorarios del tribunal arbitral y los gastos de secretaría del tribunal, serán fijados por el tribunal teniendo como límite los establecidos por el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima para los arbitrajes administrados por dicha institución, conforme a la Tabla de Aranceles aprobada por dicha institución vigente a la fecha de inicio del arbitraje.

Para efecto de determinar los honorarios y los gastos por secretaría, la cuantía de la controversia se determinará tomando como

base la valorización económica de la afectación invocada por el impugnante, correspondiente a los meses materia del proceso arbitral.

Cuando se trate de materias que no son directamente cuantificables en dinero conforme al párrafo anterior, el Tribunal fijará sus honorarios según la complejidad de la materia, teniendo como límite los montos de honorarios y gastos administrativos previstos en la Tabla de Aranceles del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima para cuantías de cinco millones de dólares (US\$ 5,000,000.00).

Asimismo, si las partes no están de acuerdo con la liquidación de los servicios prestados por los árbitros, y que es además establecida por los propios árbitros, y estos profesionales no están dispuestos a reducir sus honorarios, el Decreto Legislativo n.º 1071 ha establecido mecanismos especiales para dar por concluido el contrato (por ejemplo, frente al no pago de las partes se concluye el procedimiento arbitral, pero sin perjudicar los efectos del convenio arbitral;²⁰⁹ por otro lado, las partes

²⁰⁹ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 72.- «Anticipos

[...]

3. Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.
4. La decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación del depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. La misma regla se aplica a las reclamaciones excluidas del arbitraje por no encontrarse cubiertas con los respectivos anticipos.

Sobre este particular, nos parece interesante el siguiente comentario de Jorge Vega Soyer:

«Con relación al tercer inciso del artículo 72 de la LA, si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que le corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. En este caso, el tercer inciso del artículo 72 de la LA recoge

tienen la facultad de remover a los árbitros²¹⁰ o de acordar la conclusión de las actuaciones arbitrales),²¹¹ sin necesidad de acudir a otra vía (como

el principio de la excepción de incumplimiento, regulado por el artículo 1426 del CC, en virtud del cual, en los contratos con prestaciones recíprocas, cada parte tiene derecho de suspender el incumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la prestación.

Incluso, el tercer inciso del artículo 72 de la LA va más allá, permitiendo que si a criterio del tribunal transcurre un plazo razonable de suspensión, sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales. Aquí, el tercer inciso del artículo 72 de la LA se ampara en el principio de resolución contractual de pleno derecho, contenido en el artículo 1430 del CC, según el cual el contrato queda sin efecto cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo.

Resulta importante destacar que, según el inciso cuarto del artículo 72 de la LA, la decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones arbitrales ante el incumplimiento de la obligación de depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. Esto implica que nada impide que, una vez que el tribunal arbitral decida dar por terminadas las actuaciones en el proceso arbitral, debido a una falta de pago de honorarios, cualquiera de las partes pueda iniciar un nuevo proceso arbitral, en la medida que, como queda dicho, la situación prevista en el inciso cuarto del artículo 72 de la LA no afecta al convenio arbitral». VEGA SOYER, Jorge. «Comentario al artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 807 y 808.

²¹⁰ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 30.- «Remoción

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes».

²¹¹ **Decreto Legislativo n.º 1071**

Artículo 60.- «Terminación de las actuaciones

[...]

2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:
 - a. [...]
 - b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
 - c. [...]».

la judicial). Sin embargo, si estamos en el caso en el cual el arbitraje ha culminado con la emisión del laudo, pero queda pendiente el pago de los honorarios de los árbitros, y éstos lo reclaman por la vía judicial y/o arbitral, las partes tendrían el derecho de solicitar al juez o al árbitro que conoce dicha controversia, que analice la razonabilidad de los montos fijados, lo cual no constituirá interferencia judicial, toda vez que, en estos casos, las actuaciones arbitrales ya culminaron (aunque se podría dar algún tipo de afectación respecto a los efectos del laudo arbitral relacionados a este punto en particular, pero este tema ameritaría otra investigación).

De otro lado, en este punto quisiéramos señalar que la actual norma que regula el arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) no señala si los árbitros podrán prestar sus servicios de manera gratuita, lo cual sí estaba establecido expresamente en el artículo 19 de la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26752):

Remuneraciones

Artículo 19.- Los árbitros serán remunerados, salvo pacto expreso en contrario.

Al respecto, consideramos que el hecho de que en la actual ley no se establezca expresamente que se puede pactar que la prestación de los árbitros sea no remunerada, no es un impedimento para que, si las partes y los árbitros se ponen de acuerdo, pacten tal situación; sin embargo, en estos casos, no será aplicable la regulación referida a la remuneración de los árbitros y, además, el contrato que se celebre en esas condiciones será de diferente «*naturaleza*» en relación al que estamos desarrollando en la presente tesis; empero, aun en estas circunstancias nos encontraríamos frente a un contrato.²¹²

²¹² «Toda la doctrina científica no vacila en afirmar que las distintas prestaciones que se entrecruzan en la dación y recepción de los árbitros es un verdadero contrato. No cabe hablar de la teoría del oficio, pues no puede considerarse tal función arbitral, ni en ésta se desempeña ningún oficio, si no se cumple una verdadera prestación contractual; ni tampoco cuando el árbitro actúe gratuitamente, puede verse en ello

En este punto, y sin perjuicio de lo expuesto, parece necesario profundizar dos aspectos de las retribuciones de los árbitros: (i) cuándo se establecen los montos; y (ii) cuándo se pagan dichos montos.

En relación a la época en que se establecen dichos montos, Ulises Montoya señala lo siguiente (debemos tener presente que este comentario lo realizó en el contexto de la legislación de la época: el Código Civil de 1984).

Se puede presentar la situación de que en el compromiso se determine que a los árbitros se les pagará una retribución, pero no se establece su monto. En este caso será de aplicación lo dispuesto en el artículo 1767, si se considera la relación entre los árbitros y las partes un contrato de locación de servicios, o en su artículo 1791 si se sostiene que esta relación es un mandato.

La retribución en ambos casos deberá fijarse en base a los aranceles del oficio o profesión y a falta de éstas por los usos; y en defecto de unos y otros se tendrá que apreciar circunstancias de tiempo, calidad, naturaleza, etc., de la labor realizada.

La otra posibilidad es que nada se indique con respecto al pago de honorarios. En este caso existe la presunción [de] que dicho trabajo debe ser remunerado, aspecto que es una de las características del contrato de locación de servicios y una presunción en el contrato de mandato.

Únicamente procedería que no exista obligación de pago de honorarios a los árbitros, si éstos han aceptado tal situación.²¹³

sólo un favor, pues, para éste no puede postularse un régimen jurídico distinto del que existe compensación económica de las prestaciones. Hay contratos gratuitos y hay contratos retributivos, y la gratuidad o la retribución de un negocio jurídico no afecta para nada su esencia contractual». OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 196.

²¹³ MONTROYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, p. 96.

Sobre este particular, y sin perjuicio de que el tema de la tipicidad del contrato partes-árbitro será tratado en otro punto, adelantamos nuestra opinión señalando que este contrato es un contrato especial de prestación servicios, el mismo que se encuentra regido principalmente por las normas del Decreto Legislativo n.º 1071; supletoriamente por las normas del Código Civil, en particular aquéllas que regulan la parte general de los contratos de prestación de servicios; y, en defecto de éstas, por las normas del Código Civil que regulan contratos afines, por ejemplo, el de locación de servicios.

Al respecto, si bien existen normas del Código Civil que regulan otros contratos y que se podrían aplicar al contrato partes-árbitro dada su afinidad, dichas normas sólo serán de aplicación supletoria; en otras palabras, se aplicarán en la medida de que para el caso concreto no exista norma aplicable en el Decreto Legislativo n.º 1071 (y las partes no hayan pactado nada sobre el particular).

Así pues, el artículo 1767 del Código Civil establece:

Artículo 1767.- Si no se hubiera establecido la retribución del locador y no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

Dicha norma deja abierta la posibilidad para que de manera posterior a la celebración del contrato se fijen los montos de los honorarios de los locadores, según los criterios que ella establece; sin embargo, el artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1071²¹⁴ regula, implícitamente, que

²¹⁴ «Por otra parte, este dispositivo se aparta del principio contenido en el artículo 1767 del CC, relativo a la retribución del locador en los contratos de locación de servicios, que establece si dicha retribución no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

En otras palabras, si la LA no contuviera una norma equivalente a la de su artículo 71, se debería aplicar el artículo 1767 del CC. Esto porque la relación entre el tribunal arbitral y las partes estaría regida por las reglas sobre contratos de prestación

de servicios, bajo la modalidad de locación de servicios, en la medida que dicha relación podría ser asimilada a un contrato en el que los locadores, vale decir, el tribunal arbitral, sin estar subordinado a los comitentes, es decir a las partes, se obliga a prestarle sus servicios intelectuales para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, tal como se regula en los artículos 1764 y 1765 del CC.

Así las cosas, en ausencia del artículo 71 de la LA, y aplicación del artículo 1767 del CC, si la retribución del tribunal arbitral no pudiese ser determinada según las tarifas profesionales o los usos, como sería el caso, por ejemplo, de un reglamento de aranceles y pagos que establezca de manera anticipada los honorarios de los tribunales arbitrales, en la hipótesis de un arbitraje administrado, dicha retribución sería fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados por el tribunal arbitral.

De lo expuesto se aprecia que la eventual inexistencia del artículo 71 de la LA y, consecuentemente, la aplicación del artículo 1767 del CC, resultaría poco conveniente, ya que, como queda dicho, implicaría que el tribunal arbitral y las partes estarían frente a la situación de tener que determinar los honorarios a ser pagados en función de criterios bastante ambiguos.

Lo señalado en el párrafo que antecede obligaría a que las partes y el tribunal tuvieran que incurrir en un engorroso proceso de negociación, a los efectos de determinar montos que las partes deben cancelar al tribunal arbitral por concepto de honorarios, lo cual no es lo más propicio al iniciar un proceso arbitral.

A partir de lo dicho, se aprecia la conveniencia del contenido del artículo 71 de la LA, el cual suple la aplicación del artículo 1767 del Código Civil, que a todas luces, no resulta el más apropiado para regular este tipo de situaciones.

Otro aspecto que merece reflexión es el de los requisitos que el artículo 71 de la LA exige para el cálculo del pago de los honorarios del tribunal arbitral.

La norma bajo comentario establece como requisitos los siguientes: Que sean establecidos de manera razonable. Que se tenga en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

De ello se rescata una primera conclusión, como es que el primer criterio para determinar los honorarios del tribunal arbitral es el de razonabilidad. Obviamente, si estos honorarios no son razonables, sea porque son manifestamente altos o bajos, con relación al tema en controversia, lo más probable será que no se arribará a un acuerdo entre el tribunal arbitral y las partes y, por lo tanto, el arbitraje no seguirá adelante.

De este criterio de razonabilidad derivan los demás que establece el artículo 71 de la LA, a los efectos de determinar los honorarios del tribunal arbitral.

Así pues, un elemento importante para establecer los honorarios del tribunal arbitral consiste en el monto en disputa, ya que, por lo general, aunque no siempre es así, a mayor cuantía en disputa, más complejo será el caso a resolver. Consecuen-

temente, parece lógico afirmar que, cuanto más alta sea la materia en discusión, lo propio ocurra con los honorarios del tribunal arbitral.

No obstante ello, y dado que la cuantía del caso no puede ser el único criterio a tomar en cuenta para determinar los honorarios del tribunal arbitral, ya que sería perfectamente posible que un arbitraje desde el punto de vista de los hechos o del derecho en controversia; o en el que se arbitra respecto de una suma relativamente baja, pero acerca de un tema jurídico que reviste gran complejidad; lo cual, a su vez, se traduce en un menor o mayor trabajo del tribunal arbitral, según sea el caso, el artículo 71 de la LA regula como un segundo criterio para definir los honorarios del tribunal arbitral la dimensión y complejidad del caso, ya que no es lo mismo que un tribunal arbitral resuelva acerca de un expediente de escasa documentación, en el que el tema controvertido es sencillo, a tener que pronunciarse sobre un expediente voluminoso, en el que la cuestión que se trae a arbitraje puede resultar siendo muy compleja. Incluso, se pueden dar situaciones especiales, en las que los aspectos de hecho pueden ser fáciles de asimilar, pero en las que lo realmente difícil se encuentre en el aspecto jurídico; o viceversa.

En la misma línea de lo expresado en el párrafo precedente, se encuentra el criterio del tiempo dedicado por los árbitros al caso. Esto es así porque, como resulta obvio, será en función de la mayor o menor complejidad del caso que el tribunal arbitral tendrá que dedicar más o menos tiempo para su resolución, lo cual, a su vez, debe traducirse en el pago de mayores o menores honorarios, según corresponda.

Igualmente, el criterio del desarrollo de las actuaciones arbitrales juega un rol importante en la fijación de los honorarios del tribunal arbitral, pues no es el mismo trabajo el que se tiene que realizar en un caso en el que se discuten fundamentalmente cuestiones de puro derecho, y en el que no se hace necesaria la realización de un número considerable de audiencias de actuación de pruebas, que uno en el que la controversia se basa en aspectos de hechos especialmente complejos, supuesto en el cual se hará necesaria la actuación de una gran cantidad de pruebas y, consecuentemente, el empleo de una mayor cantidad de tiempo de parte del tribunal arbitral. Finalmente, un último criterio considerado en el artículo 71 de la LA para establecer los honorarios del tribunal arbitral consiste en los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso. Definitivamente, éste es un criterio residual y muy subjetivo, por lo que resulta algo difícil de explicar». VEGA SOYER, Jorge. «Comentario al artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 800-803.

Sobre el particular, compartimos la opinión del autor, respecto a que el artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece criterios especiales y son más precisos que los establecidos en el artículo 1767 del Código Civil; sin embargo, no consideramos que el contrato que celebran las partes con los árbitros pueda ser un contrato de locación de servicios (sin perjuicio de que sus normas se pueden aplicar supletoriamente por su afinidad), pues éste es un contrato especial de prestación

los honorarios de los árbitros se fijarán no necesariamente al momento de la celebración del contrato. Empero, dicho artículo también establece diferentes criterios [éstos son: (i) el monto de la disputa; (ii) la dimensión y la complejidad del caso; (iii) el tiempo dedicado por los árbitros; (iv) el desarrollo de las actuaciones arbitrales; (v) los usos y costumbres arbitrales; y (vi) cualquiera otra circunstancia pertinente del caso en concreto] a los establecidos en el citado artículo 1767 del Código Civil [que establece: (i) las tarifas profesionales; (ii) los usos; (iii) la calidad del servicio; (iv) entidad; y (v) demás circunstancias de los servicios prestados] para la determinación de tales honorarios. Por lo expuesto, al tener el Decreto Legislativo n.º 1071 una norma especial aplicable a la determinación de honorarios, resulta obvio que no es aplicable el artículo 1767 del Código Civil.

De otro lado, en relación al momento de pago y respecto a los contratos de prestación de servicios, en general, la posibilidad de que los prestadores de un servicio cobren sus honorarios de manera anticipada a la culminación del servicio que prestan (sea en un solo pago o mediante varios anticipos), podría tener como sustento lo establecido en el artículo 1759 del Código Civil:

Artículo 1759.- Cuando el servicio sea remunerado, la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente. (El subrayado es agregado).

Sin embargo, en los casos materia de análisis, nos debemos regir por la norma especial que regula el contrato partes-árbitro. Nos referimos, obviamente, al Decreto Legislativo n.º 1071 y, en especial, a su artículo 72.

de servicios, en el cual los árbitros cumplen una función especial y no regida necesariamente por las directivas que den las partes, como sí sucede en la locación de servicios (sin que en este último caso se llegue tampoco a la subordinación).

Así pues, la liquidación final que arroje los montos a los cuales ascenderán los honorarios definitivos de los árbitros, deberá estar incluida en el laudo arbitral, atendiendo a los anticipos que se hayan establecido, dada la naturaleza de este contrato y de la prestación que realizan los árbitros; prestación respecto de la cual recién se podrá conocer su envergadura en el transcurso de las actuaciones arbitrales y no apriorísticamente.

De acuerdo al texto expreso del artículo 70, el tribunal arbitral fijará los costos y determinará quién debe asumirlos —en base, claro está, a las reglas contenidas en el artículo 73— al momento de laudar.

Es claro que la fijación y distribución de costos del arbitraje debe realizarse a la finalización del proceso arbitral. Recién en ese momento quedará determinado el monto total de los costos.

No obstante, nada impide que el tribunal establezca en el laudo las reglas para la distribución de los costos, pero reserve la decisión sobre su cuantificación para una decisión posterior. Esta práctica arbitral es coherente con el sentido que la LA le da al término 'laudo' —para incluir laudos parciales— y con la práctica arbitral contemporánea.²¹⁵

Al respecto, a pesar de que los anticipos que se recogerán en la liquidación final y la prestación misma de los árbitros, se basan en cuestiones realizadas a lo largo de un período de tiempo, de acuerdo al artículo 72 nada impide que los árbitros cobren sus honorarios vía anticipos de manera previa a que culminen sus actuaciones, regla que tiene algunas diferencias con lo establecido por el artículo 1759 del Código Civil.

Asimismo, cabe sostener que este dispositivo se aparta del principio contenido en el artículo 1759 del CC, relativo a la remune-

²¹⁵ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. «Comentario al artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 787.

ración del prestador en los contratos de prestación de servicios, que establece que la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado el resultado, salvo cuando por convenio, por naturaleza del contrato, o por costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente.

En otras palabras, si la LA no contuviera una norma equivalente a la de su artículo 72, se debería aplicar el artículo 1759 del CC, esto porque la relación entre el tribunal arbitral y las partes estaría regida por las reglas sobre contratos de servicios, en la medida que dicha relación podrá ser asimilada a un contrato innominado de doy para que hagas, recogidas por el artículo 1757 del CC.

[...]

De lo expuesto se aprecia que la eventual inexistencia del artículo 72 de la LA y, consecuentemente, la aplicación del artículo 1759 del CC, resultaría conveniente desde un punto de vista práctico, ya que, como queda dicho, implicaría que los árbitros recién tendrían derecho al cobro de sus honorarios a partir de la notificación del laudo, o de su eventual rectificación, interpretación, integración o exclusión, e incluso desde que el Poder Judicial desestime el eventual recurso de anulación que alguna de las partes podría interponer.

Lo señalado en el párrafo que antecede obligaría a que las partes y los árbitros tuvieran que recurrir en un engorroso proceso de negociación, a los efectos de determinar la oportunidad y montos que las partes deben cancelar a los árbitros por concepto de honorarios, lo cual no es lo más propicio al iniciar un proceso arbitral.

[...]

Ingresando propiamente al análisis del artículo 72 de la LA, se puede apreciar que en su primer inciso se dispone que, una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entreguen un anticipo de los costos previstos en el artículo 70 de la LA, esto es, los honorarios y gastos del tribunal arbitral, [...]

Asimismo, este primer inciso del artículo 72 de la LA añade que en el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes, ya que es perfectamente posible que durante el desarrollo del proceso arbitral ocurra circunstancias que aumenten los costos previstos en el artículo 70 de la LA, a los que se hace referencia en el párrafo que antecede.

Finalmente, el primer inciso del artículo 72 de la LA señala que las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo [...].²¹⁶

En tal sentido, podemos concluir en que si bien se establece que la labor de los árbitros será remunerada, el monto de tal contraprestación normalmente no será determinada, sino determinable (según los criterios que establece el Decreto Legislativo n.º 1071 y de acuerdo a lo pactado por las partes); y los árbitros podrán requerir el pago de los mismos antes de culminar el servicio, vía anticipos.

Existen otros contratos en los cuales la contraprestación tampoco será necesariamente determinada al momento de su celebración, sino que la contraprestación también será determinable, como sucede en el contrato partes-árbitro. Entre dichos contratos tenemos, como ejemplo, el contrato de compraventa, en donde la contraprestación (precio) es un elemento esencial.²¹⁷

Al respecto, nos parece muy ilustrativa la exposición realizada por Mario Castillo sobre la determinación del precio en el contrato de com-

²¹⁶ VEGA SOYER, Jorge. «Comentario al artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 805-807.

²¹⁷ «La existencia del precio es imprescindible para la propia existencia del contrato de compraventa, ya que constituye el objeto de la principal prestación de una de las partes: el comprador, tal como el bien cuya propiedad se va a transferir, constituye el objeto de la principal prestación del vendedor, siendo un elemento esencial-especial del acto». CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, p. 109.

praventa, salvando las diferencias del caso, respecto al contrato materia de la presente tesis:

La certidumbre en el precio puede, a nuestro entender, estar referida a varios elementos, pero fundamentalmente, a aquél consistente en que (al momento de la celebración del contrato) el señalamiento del monto del mismo no dependa de la voluntad de sólo uno de los contratantes, vale decir, que se trate de un precio determinado o determinable al momento de la celebración del contrato.²¹⁸

1.4.1.1. Precio determinado

El contrato es definido por el Código Civil peruano, en su artículo 1351, como ‘el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial’, lo que equivale a decir que para que exista contrato, tiene que haber consentimiento de las partes, y que este consentimiento debe versar acerca de la totalidad de aquello sobre lo que se busca contratar. Así lo establece el artículo 1359, al expresar que ‘no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria’.

Este último principio equivale a decir que en cualquier contrato, mientras las partes no se hubiesen puesto de acuerdo en todos y cada uno de sus elementos, simplemente, no habrá contrato, ya que no se contará con el presupuesto fundamental del mismo: el consentimiento.

En el caso del contrato de compraventa, dada la definición que le es otorgada en el artículo 1529 del Código Civil peruano, resulta claro que sus dos elementos esenciales-especiales, vale decir, los objetos de las principales prestaciones del comprador y vendedor son, respectivamente: el precio a pagar y el bien cuya propiedad se va a transferir. De ahí que, en el caso del precio, nunca estaríamos frente a un caso dudoso, vale decir, ante un

²¹⁸ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, p. 883.

supuesto en el cual, por ser el elemento sobre el cual no hubiese acuerdo, uno de carácter secundario, nos preguntásemos si habría o no contrato.

[...]

De todo lo antes expuesto podemos concluir que, teniendo las disposiciones legales citadas, existe la necesidad de que, al ser el precio uno de los elementos esenciales-especiales del contrato de compraventa, para que se considere celebrado un contrato de esta naturaleza, será necesario, en principio (y luego diremos por qué), que ambas partes contratantes determinen el precio al momento de la celebración de dicho contrato.

[...]

1.4.1.2. Precio determinable

Si bien es cierto que será necesario que las partes contratantes determinen el precio de la compraventa, esta determinación, puede también revestir un carácter más flexible, vale decir, que ellas a pesar de no haberlo fijado, hayan establecido los requisitos necesarios para su posterior determinación. Esto es lo que la doctrina conoce como precio determinable.

[...]

Pero, para que exista la certidumbre en el precio, no resulta necesario que las partes se hayan puesto de acuerdo sobre el monto del mismo, sino que bastará que ellas hayan acordado su posterior forma de determinación, sin necesidad de intervención de los propios contratantes, ya que de haber esta necesidad, no se consideraría que se ha producido un acuerdo integral sobre el acto a celebrar. [...]

Sin embargo, adelantándonos al punto, debemos señalar que consideramos que cuando por las más diversas circunstancias no ocurriese o no se pudiera dar esta determinación futura del precio, simplemente al acto o contrato le faltaría uno de sus elementos esenciales para ser tal, vale decir, tendrá las consecuen-

cias de como si nunca se hubiese celebrado, ya que no será capaz de surtir efecto alguno.²¹⁹

Si bien el precio puede llegar a convenirse en calidad de determinable, la determinación del mismo ‘nunca puede’ encontrarse librada a la mera voluntad de una de las partes contratantes.

Este principio ha sido recogido por el Código nacional en el artículo 1543, bajo comentario, cuando sanciona con nulidad a un acto de estas características.²²⁰

En este punto, y como mayor abundamiento, nos parece apropiado recoger la cita que el profesor Castillo Freyre reproduce de Manuel de la Puente y Lavalle, al momento en que analiza el artículo 1543 del Código Civil:

Sobre este tema se ha vuelto a manifestar Manuel de la Puente y Lavalle (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Estudios sobre el contrato de compraventa*, pp. 101-102), expresando las siguientes consideraciones:

‘Este artículo obedece al mismo principio que informa el artículo 172 del Código Civil, según el cual es nulo el acto jurídico cuyos efectos están subordinados a condición suspensiva que dependa de la exclusiva voluntad del deudor.

Wayar sostiene que la nulidad se justifica plenamente porque, en este caso, la obligación de una de las partes estaría sujeta a una condición potestativa. En efecto, si es el vendedor quien, a su arbitrio, fije el precio, la obligación del comprador de pagarlo dependerá exclusivamente de su acreedor, a la inversa, si es el propio comprador quien fija el precio, no cabe duda de que tal obligación depende de su sola voluntad.

²¹⁹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, pp. 884-887.

²²⁰ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, p. 890.

Como dice Maresa, la razón del precepto es obvia y no necesita explicación, pues desde el momento en que la fijación del precio queda al arbitrio de uno de los contratantes, no se puede estimar que el otro ha consentido en él, ya que no es posible consentir en aquello que no nos es previamente conocido. Sin embargo, agrega, si señalando el precio arbitrariamente por una sola de las partes, por haberse reservado esta facultad, la otra lo acepta y con él se conforma, entonces estamos fuera de la que la ley prohíbe, y existiendo verdadero consentimiento acerca del precio y suponiendo que también lo haya respecto de la cosa, tendremos una verdadera compraventa.

No llego a convenir con esta posición de Manresa, que es compartida, entre otros, por Badenes y Rubino, desde que el artículo 1543 del Código Civil peruano sanciona con nulidad originaria el dejar la determinación del precio al arbitrio de una de las partes, por lo cual no existe contrato de compraventa.

La posterior conformidad de la otra parte del precio unilateral fijado podrá dar lugar a la celebración de un nuevo contrato de compraventa, pero no convalidar el que ha nacido nulo.

Obsérvese que no es el caso de aplicación el artículo 1360 del Código Civil, según el cual es válido el contrato cuando las partes han resuelto reservar alguna estipulación, siempre que con posterioridad la reserva quede satisfecha, pues en el caso de dejar la determinación del precio al arbitrio de una de las partes no hay ninguna reserva, pues se conviene desde el momento del acuerdo de voluntades que el precio lo fijará una de las partes, y este solo convenio determina la nulidad del contrato'.²²¹

A lo señalado en relación al precio, quisiéramos precisar que debemos tener en cuenta que a diferencia del contrato de compraventa, que es de ejecución inmediata e instantánea, el contrato partes-árbitro implica necesariamente la ejecución de obligaciones de duración en el tiempo, por lo que podría ocurrir que ya se haya realizado alguna parte de la

²²¹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, pp. 890 y 891.

prestación de los árbitros, previamente a que se establezcan los montos de los anticipos de sus honorarios o la suma total a la que ascenderá su retribución (lo cual ellos mismos fijarán de acuerdo a ciertos criterios aceptados por las partes y por los árbitros) o previamente a que exista algún tipo de asentimiento de las partes del procedimiento en relación al monto que fijarán por los árbitros (por ejemplo, si una parte no asiste a la audiencia de instalación y, en dicho acto, se establece el primer anticipo); lo cual no implica que no exista el contrato partes-árbitro, pues de acuerdo a la ley, desde la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros cuando el tribunal es colegiado, los árbitros ya tienen plenas potestades, estando aptos para cumplir con las prestaciones a su cargo, de manera que incluso pueden emitir medidas cautelares (numeral 1 del artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 1071) y, además, las partes mismas fueron las que aceptaron que éste sea el mecanismo para la determinación de los honorarios de los árbitros, según los criterios establecidos en la Ley de Arbitraje o, adicionalmente, en cualquier pacto especial de las partes sobre este particular, de ser el caso; motivo por el cual, como señalamos precedentemente, en estos casos debemos seguir la lógica que establece el artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1071 (la cual, como vimos, guarda alguna semejanza con el artículo 1767 del Código Civil para los contratos de locación de servicios, pero con marcadas diferencias dada la naturaleza especial del contrato partes-árbitro), referida a que los montos de los honorarios de los árbitros se fijarán luego de la celebración del contrato, pero de acuerdo a los criterios que esa misma norma establece.

Finalizaremos este apartado, señalando que el contrato que celebran las partes con los árbitros es uno de prestación de servicio especial, siendo que su regulación la veremos con el Decreto Legislativo n.º 1071; supletoriamente se aplicarán las normas generales de los contratos, las normas de prestación de servicios y después las normas de contratos afines; motivo por el cual no consideramos aplicable a este caso el artículo 1543 del Código Civil, que se aplica a los contratos de compraventa (que, como hemos señalado, tienen diferencias que tomar en cuenta

respecto al contrato objeto de esta tesis; y, por lo tanto, no podemos calificarlo como un contrato afín). Además, el contrato partes-árbitro no incumple lo establecido por el artículo 172 del Código Civil, por los siguientes motivos: (i) En puridad no estamos ante un contrato en el cual se ha establecido una condición suspensiva o, por lo menos, la determinación del monto de la retribución de los árbitros no constituye tal condición; (ii) La fijación del monto correspondiente a los honorarios de los árbitros no se ha dejado a exclusiva voluntad del deudor (que serían las partes del procedimiento), sino a los árbitros (acreedores), pero según determinados criterios; y (iii) No se ha dejado la posibilidad de que los árbitros establezcan el monto al cual ascenderán sus honorarios de manera arbitraria, toda vez que se deben respetar los criterios establecidos por el artículo 71 del Decreto Legislativo n.º 1071.

5. ¿PRESTACIÓN DE SERVICIOS, LOCACIÓN DE SERVICIOS, OBRA, MANDATO?

En ese punto no nos cabe la menor duda de que en la relación partes-árbitro se celebra un contrato, pero ahora la interrogante que nos surge es ¿qué tipo de contrato?

Sobre este particular, Philippe Fouchard opina lo siguiente:

El contrato por prestación de servicios (o trabajo por acuerdo contractual en la antigua terminología del Código Civil francés) está ciertamente más cercano al contrato que vincula al árbitro con las partes, porque su meta es más afín que con el contrato de agencia. De hecho, es posible analizar la tarea del árbitro como el suministro de todo un conjunto de servicios de naturaleza intelectual, que él lleva para el interés de las partes, independientemente, en consideración de una gratificación. El árbitro, como cualquier otro profesional de la ley, o especialista en ciertas técnicas, se compromete a proveer a las partes el beneficio de su experiencia y sabiduría, y a cumplir ciertas tareas: investigación del caso, escuchar a ambas partes, etc..., en un cierto límite de

tiempo. No hay duda de que éstos son servicios con los que el árbitro se ha comprometido a cumplir de manera contractual.²²²

Asimismo, Ulises Montoya comenta lo siguiente en relación al tipo del contrato partes-árbitro:

Respecto a esta relación jurídica, para algunos es un contrato de locación de servicios para otros es un mandato.

Mandatario común, comenta Briceño Sierra era el árbitro para Weill, porque como tal se requiere su aceptación, responde por los daños y perjuicios que cause a las partes por su incumplimiento, por no realizar el encargo con la diligencia del buen padre de familia, dice Redenti, en lo que atañe a la actividad y diligencia en la instrucción, en la cognición y en la decisión, respetando los plazos, aunque no es responsable por tomar sus determinaciones o resoluciones en un sentido o en otro, al conducir el proceso o al decidir. El árbitro, como mandatario, añade Weil, debe ser reembolsado por los gastos; las mismas causas que ponen fin al mandato terminan el compromiso: la revocación, la renuncia, la muerte del mandante o del mandatario, aunque existan especiales circunstancias como el hecho de que la revocación deba ser común, o que en caso de muerte del compromitente se mantenga el mandato si los herederos no son inhábiles o menores.

²²² Traducción libre del siguiente texto:

«The contract for hire of services (or work by contract agreement in the old-fashioned terminology of the French Civil Code) is certainly closer to the contract binding the arbitrator to the parties, because its aim is wider than that of agency. In fact, it is possible to analyse the arbitrator's task as the provision of a whole set of services of an intellectual nature, that he carries out in the interest of the parties, independently, in consideration of a fee. The arbitrator, like other legal professionals, or specialists in particular techniques, undertakes to provide the parties with the benefit of his experience and knowledge, and to carry out certain tasks: investigation of the case, hearing of the parties, etc..., within a certain time limit. There is no doubt that these are services, which the arbitrator has contractually undertaken to provide». En FOUCHARD, Philippe. «La relación entre el Árbitro y las Partes y la Institución de Arbitraje». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin – The Status of Arbitrator, Special Supplement*, 1995, pp. 12 y 13.

Por otra parte, señala, que si no existe el control común que se ve en el mandato, es porque de antemano las partes estatuyen las condiciones de su cumplimiento y fijan a su voluntad el procedimiento y los plazos; tienen el derecho común de modificarlo, y como el mandato, no pueden sustituir al árbitro sin modificar el encargo.

Los que sostienen que esta relación es un contrato de prestación de servicios, aducen que los árbitros desarrollan una actividad de orden intelectual dirigida a resolver la cuestión que se les ha sometido, lo que implica el empleo de su tiempo y trabajo para llegar a un resultado final, en un tiempo previamente establecido.

Objetan la figura del mandato basándose en que el árbitro no actúa a nombre de las partes a quienes juzga, sino, por el contrario, obra en nombre propio, en el interés de la justicia. Su tarea de juzgar a los litigantes es incompatible con el oficio de representarlos, ya que existe con respecto a ellos, independencia y autoridad; el representante, en cambio, debe subordinarse a la voluntad de sus representados.

Para Pietro Castro por la naturaleza de la función puede afirmarse que la verdadera relación existente entre los árbitros o los componedores y quienes lo nombran es el contrato de servicios.

Para Redenti el resultado final que los árbitros se obligan a suministrar en un tiempo previamente establecido 'no consiste en una *'opus-cosa'* que se hayan obligado a entregar o poner a disposición de las partes para que las adquieran para su patrimonio, o de una *'opus-servicio'*, de mero contenido económico. El resultado, aquí, debe constituir un 'acto jurídico', si bien *sui generis*; y también el concurso partes-árbitro en el juicio, o mejor, en el procedimiento, está constituido por actividades jurídicamente caracterizadas. Esto nos lleva visiblemente ante un tipo de encargo que es propio y característico del mandato. Parece, pues, que se puede decir, resumiendo, que con la asunción del cargo de los árbitros prometen una prestación de un trabajo intelectual, pero que éste se traduce en el cumplimiento de un mandato. Ello implica que a la relación partes-árbitro debe aplicarse, según resulta implícitamente de las disposiciones del Código del

Procedimiento Civil, las reglas del contrato de obra, concluido a objeto y a uso de ejecución de un mandato, como por ejemplo (*mutatis mutandis*) en el ejercicio de la profesión forense'.²²³

Adicionalmente, Mario Castillo y Ricardo Vásquez indican lo siguiente:

[...] para que se cumpla con el objeto que no es otro que dar solución a una controversia de Derecho por medios privados, se hace necesario el árbitro, pues no hay arbitraje posible sin árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitraré y quienes están obligados a que una controversia ya determinada sea arbitrada, es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje, cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo.²²⁴

Sin embargo, como hemos señalado, nosotros consideramos que el contrato que celebran las partes con los árbitros es un contrato especial de prestación de servicios, en donde los árbitros prestan un servicio (dirigir el procedimiento y emitir el laudo) y las partes pagan una retribución o contraprestación; lo cual, de manera general, puede ser incluido dentro de la definición del Código Civil:

Artículo 1755: Por la prestación de servicios se conviene que éstos o su resultado sean proporcionados por el prestador al comitente.

Aquí válidamente nos podemos preguntar, ¿por qué no puede ser dicho contrato uno de mandato, obra o locación de servicios?, teniendo

²²³ MONTROYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988, pp. 97 y 98.

²²⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006, pp. 63 y 64.

presente que dichos contratos son también modalidades especiales del contrato de prestación de servicios.

Ello se debe a que el contrato partes-árbitro es un contrato especial, el cual tiene su propia regulación y lógica, diferente a cualquier otro tipo de contrato, por lo que no se encuadra en la regulación y lógica especial que tienen las otras modalidades de prestación de servicios.

Según Feldstein y Leonardi:

Así se ha visto al árbitro como un mandatario de las partes, en el que ellas le delegan la función de resolver conflictos.

Esta concepción no da cuenta de que el mandante —una vez que el árbitro aceptó su designación— no puede revocar el ‘mandato’, ni está sometido el árbitro a las instrucciones anteriores o emergentes de la parte. Por otra parte, resulta obvio que las medidas que tome el árbitro en el proceso, o en el laudo, no están sometidas a la representación propia del mandato. Es decir, el árbitro no actúa ni en carácter de representante, ni en beneficio de la parte.

Por ende, el mandato no es una figura analógica adecuada.

Otra concepción lo asimila a la locación de servicios o a la locación de obra.

La equiparación con la locación de servicios padece de los mismos reparos que los del mandato.

El locatario de servicios debe, en principio, cumplir con las directivas que le señale el locador.

Si lo que pretende destacarse es que el árbitro debe cumplir su cometido según el procedimiento preestablecido por las partes, es asimilable, pero la sola consideración de la competencia del árbitro para pronunciarse sobre la misma y para laudar, vuelven poco apropiada la locación de servicios como figura legal.

La analogía entre arbitraje y locación de obra algunos la han encontrado seductora.

Ella aparece plausible cuando se apunta a que la parte ha seleccionado al árbitro por sus cualidades y por la finalidad a cumplir —el llegar a la solución final de la controversia a través del laudo—.

Pero el paralelo termina allí. A poco que observemos la función del árbitro veremos que la ‘obra’ resultante puede no ser del ‘agrado’ del locador. Por otro lado, es llanamente inadmisibles admitir que el árbitro reciba directivas, indicaciones o sugerencias sobre medidas a seguir o las decisiones a tomar.

Como otra consideración, debe señalarse que el árbitro, durante el proceso, puede imponer a las partes sanciones disciplinarias, así como tomar medidas interlocutorias que resulten gravosas para la parte que lo propuso.

Esta sola consideración aleja la posibilidad de similitud entre el mandato, la locación de servicios o de obra y el arbitraje.²²⁵

Así pues, de acuerdo a los profesores citados, vemos por qué el contrato partes-árbitro no es uno de mandato, de obra o de locación de servicios; sin embargo, aquí surge otra interrogante, en el sentido de ¿por qué los cuestionamientos realizados por las citadas autoras no son oponibles también al momento de calificar al contrato materia de análisis como un contrato de prestación de servicios (como categoría general que las engloba)?

Consideramos que ello obedece a la naturaleza propia de este contrato, el mismo que no se encuadra dentro de ninguna de las modalidades de prestación de servicios reguladas en el Código Civil (y que son las que normalmente la doctrina ha utilizado como referencia); no es re-

²²⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 27.

gulado por las normas generales del contrato de prestación de servicios (salvo por un tema de supletoriedad). Sin embargo, por lo que implica la relación obligacional partes-árbitro (los árbitros se obligan a realizar un servicio a cambio de una retribución), es que opinamos que éste es un tipo (o modalidad) contractual de prestación de servicios, aunque especial por su regulación y naturaleza (siendo que su regulación especial la podemos encontrar en el Decreto Legislativo n.º 1071).

6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO PARTES-ÁRBITRO

Definida esta posición, y en base a lo desarrollado en nuestra investigación, procederemos a analizar a continuación las características del contrato materia de estudio:²²⁶

6.1. *En cuanto al nombre o denominación y a su regulación o tipicidad*

Hemos decidido analizar estas dos clasificaciones conjuntamente, dada la íntima vinculación que tienen.²²⁷

²²⁶ La clasificación que vamos a utilizar a continuación ha sido expuesta inicialmente por Manuel de la Puente (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 161-190) y ha sido utilizada también por Mario Castillo (CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, pp. 82-102).

²²⁷ «Considera un sector de la doctrina que la figura del llamado contrato ‘nominado’, entendido como el que está expresamente previsto y regulado por el ordenamiento jurídico positivo, tiene un ancestro que se remonta al Derecho Romano clásico, el cual no conocía una figura general de contrato, sino contratos singulares, cada uno con su propio nombre y tutelado por una *actio* homónima.

La tradición recogió este nombre y lo incorporó al Código Civil francés, cuyo artículo 1.107 señala que los contratos, ya tengan una denominación propia, ya no la tengan, están sometidos a las reglas generales de los contratos. Un aserto similar tiene el Código Civil italiano de 1865.

Es el Código Civil italiano de 1942 el que introduce un cambio de terminología, al establecer en su artículo 1322 que las partes pueden ‘concluir contratos que no pertenezcan a los tipos que tiene una disciplina particular [...]’. Se in-

Al respecto, y conforme enseña Manuel de la Puente,²²⁸ lo más adecuado es llamar contrato nominado al que tiene un nombre generalmente conocido para identificarlo y contrato típico al que es regulado por el ordenamiento jurídico (sea vía una tipicidad legal o una tipicidad social).

En nuestro caso, el contrato que celebran las partes con cada árbitro es un contrato innominado, pues no tiene *nomen juris* (o denominación) establecida legalmente ni tampoco reconocida y aceptada socialmente (doctrina y jurisprudencia); sin embargo, sí tiene una regulación (legal) propia y especial (en el Decreto Legislativo n.º 1071), por lo que dicho contrato es típico.

6.2. En cuanto a su estructura

De acuerdo a Manuel de la Puente,²²⁹ según este criterio, los contratos se clasifican en simples y complejos. Son simples cuando dan lugar a una sola relación jurídica patrimonial; y son complejos, cuando agrupan varios contratos distintos. Asimismo, los contratos complejos pueden ser contextuales o vinculados.

Son contratos contextuales los de forma escrita que, teniendo autonomía entre ellos, figuran en un mismo documento; y son contratos vinculados cuando, conservando su identidad, están unidos por algún vínculo (ya sea por una vinculación legal o necesaria o por una vinculación voluntaria).

introduce así la denominación legislativa de contrato 'típico'. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 151.

²²⁸ Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 151-160.

²²⁹ Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 171 y 172.

En relación al contrato partes-árbitro, estaremos frente a un contrato simple, cuando la controversia deba ser resuelta por un solo árbitro, aun cuando dicho árbitro no sea designado directamente por las partes, pues en este último caso, las partes celebrarán primero un contrato para la designación del árbitro (un contrato de mandato)²³⁰ y, luego, culminados los efectos de las obligaciones de dicho contrato (en otras palabras, designado el árbitro), se celebrará otro contrato (el contrato de dación y recepción del arbitraje). Así, pues, dichos contratos son sucesivos y accesorios.

Sin embargo, cuando estamos frente a un arbitraje con un tribunal colegiado (normalmente de tres árbitros), la situación varía, pues para la conformación del tribunal, en la práctica arbitral se prefiere la modalidad mediante la cual los árbitros designados por las partes deberán designar —a la vez— al presidente del tribunal (si estamos frente a una modalidad diferente —por ejemplo, designación directa de todos los árbitros o designación indirecta por un centro de arbitraje—, se aplica la lógica señalada en el párrafo precedente); en estos casos, ciertamente tenemos contratos complejos y vinculados (los contratos partes-árbitro

²³⁰ Sobre el particular, Mario Castillo y Ricardo Vásquez escribieron sobre el contrato que celebran las partes y los árbitros que éstas han designado para que los segundos (los árbitros) designen al presidente del tribunal colegiado, el mismo que corresponde a un contrato de mandato; sin embargo, consideramos que la misma lógica se aplica a los contratos que celebran las partes con cualquier otro tercero (sea con los árbitros, un centro de arbitraje o cualquier otra posibilidad), a fin de que éste designe a un árbitro en nombre de las partes (sea para constituir un tribunal colegiado o unipersonal).

«Ahora bien. En el caso que nos ocupa, esto es, el de constitución del tribunal arbitral, sí existe un mandato. Pero no para juzgar una controversia, sino para que aquellos dos árbitros que ya han celebrado con las partes un contrato de locación de servicios, en nombre y representación de esas partes, invistan a su vez a un tercer árbitro que habrá de presidir el tribunal arbitral. [...] Concluido el nombramiento del presidente del tribunal arbitral, concluye también el mandato otorgado a los otros dos árbitros. Si acepta el encargo de éstos, el designado presidente podrá entonces a su vez celebrar su contrato de locación de servicios con las partes». CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 65.

celebrados con cada árbitro, así como el contrato de mandato celebrado con ambos para la designación del tercer árbitro). Por su parte, la celebración del respectivo contrato entre las partes y el presidente del tribunal arbitral también se une a este grupo de contratos complejos, pues por disposición legal (conforme lo hemos analizado al tratar sobre el numeral 2 del artículo 27 del Decreto Legislativo n.º 1071), los primeros contratos partes-árbitro celebrados con los árbitros designados directamente por las partes, no surtirán efectos hasta que se celebre el tercer contrato partes-árbitro con el presidente del tribunal; siendo, además, que si alguno de dichos contratos se concluye anticipadamente, éste suspenderá los efectos de las obligaciones de los otros contratos hasta que se complete nuevamente el tribunal, salvo pacto en contrario (numeral 2 del artículo 31 del Decreto Legislativo n.º 1071).²³¹

6.3. *En cuanto a su contenido o área*

Manuel de la Puente²³² explica que son contratos civiles los que están regulados por el Código Civil; son contratos comerciales cuando están regulados por el Código de Comercio; y son contratos especiales aquellos que encuentran su disciplina en normas que regulan actividades especiales, como la minería, la pesquería, la agricultura, la comunicación, las finanzas, etc. Cabe precisar que, sin importar su clasificación, todos estos contratos pueden ser típicos o atípicos.

El contrato de dación y recepción del arbitraje es uno especial, toda vez que tiene una regulación propia y particular que norma a la actividad arbitral (el Decreto Legislativo n.º 1071). Sin embargo, como se

²³¹ **Decreto Legislativo n.º 1071**
Artículo 31.- Árbitro sustituto

[...]

2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.

²³² Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 172-176.

ha señalado, en todo lo no regulado en dicha normativa especial, por analogía (y atendiendo a su afinidad) se aplicarán las normas de los contratos civiles, en particular las normas de los contratos de prestación de servicios y, más precisamente, en su modalidad de locación de servicios, figura con la cual guarda mayores semejanzas.

6.4. En cuanto a su autonomía

En relación a este punto, de acuerdo a Manuel de la Puente,²³³ podemos señalar que los contratos se clasifican en principales, accesorios y derivados. Son contratos principales aquéllos que no dependen jurídicamente de otros contratos, con su celebración se puede alcanzar el efecto querido por los contratantes. En contraposición, los contratos accesorios o auxiliares no pueden celebrarse independientemente, pues su objeto es crear obligaciones que complementen otras obligaciones (contractuales o no). Finalmente, los contratos derivados o subcontratos, son los que se desprenden de un contrato principal, con la particularidad de que el principal imprime sus características en el derivado, por lo que siempre van a compartir la misma naturaleza.

El contrato partes-árbitro es uno accesorio, toda vez que el mismo es celebrado entre las partes del procedimiento y el árbitro, a fin de entablar una relación jurídica obligacional que complemente (e implemente) las obligaciones de un contrato anterior y que fue celebrado entre las partes del procedimiento (el convenio arbitral); en tal sentido, sin la existencia de las obligaciones emanadas de un convenio arbitral, no existirían las obligaciones de un contrato partes-árbitro.

6.5. En cuanto a su formación o por sus efectos

Sobre este criterio, Manuel de la Puente señala que «[...] los contratos se clasifican en consensuales, formales y reales, según se formen por el

²³³ Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 176-178.

mero consentimiento, se requiera además una formalidad especial o se necesite también la entrega de un bien». ²³⁴

El contrato partes-árbitro, definitivamente no es un contrato real, ²³⁵ pues no resulta indispensable la entrega de un bien. Es un contrato de hago (dirigir el procedimiento y dar fin a una controversia mediante el laudo) para que des (el pago que deben realizar las partes); por lo que debemos proceder a analizar si es un contrato que se celebra sólo con el consentimiento o si la ley establece alguna formalidad especial.

De una primera lectura del Decreto Legislativo n.º 1071, no observamos norma alguna que imponga formalidad para celebrar el contrato de dación y recepción del arbitraje; sin embargo, el numeral 1 del artículo 27 de dicho cuerpo normativo establece que:

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

²³⁴ DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 178.

²³⁵ Al respecto, debemos tener presente que los efectos del contrato serán siempre obligacionales y no reales, aunque sí reconocemos que el contrato puede ser el título para que determinados efectos reales surjan, pero no el modo.

«Antes de seguir adelante conviene precisar qué debe entenderse por efectos del contrato. Sabemos que el contrato, como todo acto jurídico, deja de existir al momento de crear la relación jurídica, o sea, en el caso del contrato, la relación obligacional. Ésta es la que continúa produciendo efectos en el tiempo a través de las prestaciones, que son las conductas de dar, de hacer y de no hacer mediante cuya ejecución se cumplen las respectivas obligaciones. Son, pues, las prestaciones los efectos de las obligaciones y, consecuentemente, del contrato.

Conjugando los dos aspectos del contrato que acabamos de analizar, o sea la concepción de la autonomía privada y los efectos del contrato, puede establecerse que el contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear obligaciones, cuyos efectos son las prestaciones». DE LA PUENTE Y LVALLE, Manuel. «La irretroactividad del contrato». En *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, n.º 25, p. 289.

Consideramos que ésa no es una formalidad especial que impone la ley para la celebración del contrato, toda vez que si el Decreto Legislativo n.º 1071 hubiera querido establecer tal formalidad, lo debió indicar expresamente o, por lo menos, de una manera más precisa, como por ejemplo, establecer que su no cumplimiento implica nulidad del acto o imponer la misma formalidad tanto para la oferta (carta de designación) como para la aceptación de los árbitros, lo cual no se ha hecho; por el contrario, el numeral 1 del artículo 27 del Decreto Legislativo n.º 1071 sólo establece que dicha formalidad debe ser cumplida por los árbitros, salvo pacto en contrario de los ofertantes (las partes del convenio arbitral).

Así pues, nos inclinamos a afirmar que lo regulado en la citada norma es una formalidad *ad probationem* para la aceptación de los árbitros (y no para el contrato); en tal sentido, el contrato partes-árbitro es esencialmente consensual, sin perjuicio de la formalidad que se pueda establecer por voluntad de las partes (sobre todo si ello se establece en el convenio arbitral, lo cual debe ser respetado por los árbitros de acuerdo a lo establecido en el artículo 1378 del Código Civil).²³⁶

De otro lado, nos parece necesario tener presente en este punto los conceptos de «conclusión» (o celebración) y «perfeccionamiento» de los contratos y cuándo se dan estas etapas en el contrato materia de análisis:

- *Conclusión y perfeccionamiento de los contratos*

En relación a estos conceptos, Manuel de la Puente señala lo siguiente:

Conclusión del contrato es la concurrencia de las declaraciones de voluntad para formar una declaración conjunta de una voluntad común, o sea el consentimiento. Desde el momento en que la aceptación recoge la declaración contenida en la oferta,

²³⁶ **Código Civil**

Artículo 1378.- «No tiene efectos la aceptación que se formule sin observarse la forma requerida por el oferente».

haciéndola suya, y es conocida por el oferente, el contrato queda concluido.

Perfeccionamiento del contrato es la oportunidad en que el contrato, ya concluido, produce sus efectos (es eficaz), o sea crea (regula, modifica o extingue) una relación jurídica obligacional.

Normalmente la conclusión del contrato consensual lleva consigo el perfeccionamiento del mismo, porque no se necesita algo más para que el contrato produzca efectos.

Sin embargo, puede ocurrir que el contrato, como acto jurídico, esté sometido a una condición suspensiva o a la determinación de su contenido (precio, por ejemplo) por un tercero. En estos casos, el contrato está concluido (celebrado), pues las partes han llegado a un consenso definitivo, siendo innecesario un nuevo acuerdo de voluntades, no obstante la cual no es perfecto (completo), pues no ha dado lugar a lo que constituye su objeto, o sea producir el efecto de crear (regular, modificar o extinguir) obligaciones.²³⁷

Así pues, con el entrecruce de voluntades (el consentimiento) se va a concluir (o celebrar) un contrato; sin embargo, para que surjan los efectos de dicho contrato será necesario adicionalmente que se perfeccione el mismo, lo cual no siempre sucede con el consentimiento.

En ese orden de ideas, para una mejor comprensión del momento en el cual se concluye un contrato, debemos tener claro qué es el «consentimiento», para lo cual nos remitimos a los siguientes comentarios de Manuel de la Puente:

Pienso que nuestro Código Civil considera que el consentimiento, siendo uno solo, hay que entenderlo de dos maneras distintas que, en realidad, son el fondo y la forma de un mismo fenómeno.

²³⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 96 y 97.

La primera manera de entender el consentimiento es dándole el carácter de coincidencia de voluntades declaradas, que responde a su origen etimológico (*sentire-cum* o *cum-sentire*), cuyo significado es sentir lo mismo.

La otra manera es considerándolo como la conformidad de la oferta con la aceptación.

[...] el asentimiento es la declaración que da a conocer que su autor está de acuerdo con el acto jurídico de otra persona. El consentimiento es algo distinto: el acto jurídico (contrato) no es creado por la declaración del oferente y que cobra eficacia en virtud de la aceptación, sino que el contrato no existe antes que se produzca el consentimiento, de tal manera que la aceptación de la oferta no es un asentimiento sino una de las dos declaraciones (o la declaración conjunta) que da lugar al consentimiento. [...]

[...] para que exista acuerdo de voluntades, o sea consentimiento, se requiere que las partes estén totalmente de acuerdo sobre la celebración del contrato en los términos del mismo (la menor falta de acuerdo daría lugar a que no existiera consentimiento). Siguiendo la etimología de la palabra consentimiento, las partes deben tener al mismo tiempo idéntico sentimiento. [...]

Tal voluntad común puede formarse bien sea conciliando voluntades inicialmente opuestas o bien constatando la existencia de voluntades iguales desde su formación, lo que en ambos casos dará lugar, a su vez, a la necesidad de exteriorizar el acuerdo de voluntades mediante una declaración conjunta (de ambas partes) de esa voluntad común.

[...], la declaración conjunta a la que me acabo de referir está constituida por la aceptación del destinatario, quien haciendo suya la voluntad del oferente contenida en la oferta e identificándose con ella, lo declara así. Podría decirse que la aceptación absorbe la oferta, de manera tal que el aceptante al declarar su voluntad está declarando también que ella está unida a la voluntad del oferente, siendo éste el sentido que debe darse a la expresión ‘declaración conjunta’. La oferta declara únicamente

la voluntad del oferente; la aceptación declara la voluntad de ambos (oferente y aceptante).²³⁸

- *Conclusión del contrato partes-árbitro*

De acuerdo a lo expuesto, cuando los árbitros aceptan su designación, se da el entrecruce de voluntades entre las partes del procedimiento y el árbitro, con lo cual se concluye el contrato partes-árbitro, siendo que ambas partes de dicho contrato (las partes del procedimiento y los propios árbitros) conocen en ese momento en qué consisten sus prestaciones (no queda ningún elemento contractual por definir), toda vez que las reglas aplicables al procedimiento no son un elemento esencial o principal, pues la ley establece que salvo que las partes hayan establecido previamente sus reglas o se hayan sometido al reglamento de un centro de arbitraje, los árbitros darán las reglas (ya sea inicialmente o frente a cualquier vacío que pudiera surgir en el transcurso de las actuaciones arbitrales) y, además, los honorarios serán fijados de acuerdo a los criterios que establece la ley (los cuales hemos desarrollado anteriormente en este capítulo).

- *Perfeccionamiento del contratos partes-árbitro*

Conforme a lo señalado precedentemente, con la aceptación se concluye el contrato partes-árbitro; sin embargo, en relación al perfeccionamiento, esto dependerá del número de árbitros que corresponda contratar, conforme lo establece el numeral 2 del artículo 27 del Decreto Legislativo n.º 1071:

Artículo 27.- Aceptación de los árbitros

[...]

²³⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 98-103.

2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

Así pues, cuando el tribunal arbitral se encuentre válidamente constituido y, por lo tanto, los árbitros puedan ejercer sus funciones y se pueda requerir a las partes los anticipos de los honorarios de los árbitros (numeral 1 del artículo 72 del Decreto Legislativo n.º 1071), recién se producirá el perfeccionamiento del contrato. En tal sentido, si sólo se va a contratar a un árbitro (árbitro único), el contrato se concluye y se perfecciona con la aceptación de éste; sin embargo, si se va a conformar un tribunal colegiado, se van a concluir varios contratos partes-árbitro, pero todos se van a perfeccionar con la aceptación del último árbitro, con lo cual se ha dispuesto que se difiera los efectos de estos contratos para un momento posterior, pero no por acuerdo de las partes,²³⁹ sino por disposición de la ley.

6.6. *En cuanto al tiempo*

Siguiendo a Manuel de la Puente,²⁴⁰ podemos afirmar que según este criterio, los contratos se clasifican en de ejecución inmediata, diferida e instantánea y de duración.

El contrato será de ejecución inmediata cuando sus prestaciones sean exigibles desde el momento de su celebración; y será de ejecución diferida cuando, habiéndose celebrado, la ejecución de sus prestaciones se difiera a una oportunidad común para todas ellas o a oportunidades diferentes para cada una.

²³⁹ «Es posible, pues, que los efectos de la relación jurídico-patrimonial no rijan inmediatamente después de la celebración del contrato, sino que su iniciación se postergue en el tiempo por acuerdo de las partes contratantes». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La irretroactividad del contrato». En *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, n.º 25, p. 286.

²⁴⁰ Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 179-185.

De otro lado, será un contrato de ejecución instantánea, cuando las prestaciones de ambas partes se ejecuten conjuntamente, quedando cumplidas las obligaciones que forman la relación jurídica nacida del contrato (a excepción de las obligaciones de saneamiento o similares); en otras palabras, se deja totalmente agotado el contrato. El contrato será de duración, cuando las prestaciones que surjan de éste, se tengan que ejecutar necesariamente en el transcurso del tiempo, toda vez que, por su naturaleza, no se pueden ejecutar instantáneamente; los contratos de duración se pueden subdividir en: (i) contratos de ejecución continuada y contratos de ejecución periódica o de tracto sucesivo; y (ii) contratos de duración determinada, de duración determinable y de duración indeterminada.

Según este criterio, el contrato de dación y recepción del arbitraje es un contrato de ejecución inmediata cuando estamos en un procedimiento arbitral con un solo árbitro; y será de ejecución diferida cuando se tenga que constituir el tribunal arbitral colegiado y, por lo tanto, se deba esperar la aceptación del último de los árbitros para que se ejecute (cabe precisar que el contrato partes-árbitro que celebre este último árbitro, sí será de ejecución inmediata, pues cuando el mismo se concluye, también se perfecciona a la par que los contratos de los otros árbitros).

Asimismo, el contrato partes-árbitro es de duración; en el caso de los árbitros, de duración continuada, pues su prestación (dirigir el procedimiento y solucionar las controversias mediante el laudo) se debe ejecutar a lo largo de un lapso de tiempo y —salvo casos de excepción, debidamente autorizados— sin interrupciones; para las partes del procedimiento será normalmente de tracto sucesivo, pues el pago de los gastos arbitrales lo deberán hacer mediante anticipos (normalmente, más de uno).

En relación a la extensión en el tiempo del contrato de dación y recepción de arbitraje, ello dependerá de lo que se pacte, pues las partes podrían establecer plazos determinados para las actuaciones arbitrales

(sobre todo para la emisión del laudo) o dejar que dichos plazos sean determinados por los árbitros, de acuerdo al desarrollo del arbitraje (en cuyo caso, serán determinables).

6.7. *En cuanto a su rol económico*

En aplicación de este criterio, el contrato partes-árbitro es uno de cambio²⁴¹ (al ser éste un contrato de hago para que des) y de crédito²⁴² (atendiendo a que en este contrato el factor confianza que deben tener las partes hacia los árbitros es de suma importancia).

6.8. *En cuanto a su función*

En relación a este punto, Manuel de la Puente explica que: “*Los contratos se clasifican, según este criterio, en constitutivos, reguladores, modificatorios y extintivos.*”²⁴³

²⁴¹ «Contratos de cambio son aquéllos destinados a la circulación de la riqueza y pueden presentar las cuatro modalidades tradicionales de doy para que des, doy para que hagas, hago para que des y hago para que hagas, a la que puede agregarse la más moderna de doy y hago para que des y hagas, a través de las cuales se materializan los contratos más usuales en el tráfico actual, como los de compraventa, permuta, locación de servicios, arrendamiento, etc. También comprendidos en la clasificación los contratos mediante los cuales circula la riqueza mediante el simple cambio, sin necesidad de intercambio, como ocurren el caso de la donación». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 188.

²⁴² «Los contratos de crédito están basados en la confianza. Por ello, no sólo son contratos de crédito el mutuo, el crédito documentario, el descuento, la apertura de crédito en cuenta corriente, es decir, contratos de carácter financiero en lo que está en juego la solvencia económica del deudor, sino también aquellos otros en que el factor confianza es, asimismo, determinante en el sentido de honorabilidad, honradez, tales como el mandato, el depósito, el secuestro». DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 189.

²⁴³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 178.

En otras palabras, este criterio clasifica a los contratos según la función que van a cumplir, que puede ser para constituir, regular, modificar o extinguir obligaciones.²⁴⁴

En nuestro caso, si bien el contrato materia de análisis podría generar cualquiera de los efectos antes señalados (crear, regular, modificar o extinguir una obligación), consideramos que lo normal es que este contrato sea constitutivo (pues genera nuevas relaciones jurídicas patrimoniales entre las partes y los árbitros) y, además, regulador (habida cuenta de que se pueden precisar detalladamente las reglas aplicables para la ejecución de las prestaciones).

6.9. En cuanto a los sujetos a quienes obliga

De acuerdo a lo expresado por Manuel de la Puente²⁴⁵ respecto a este criterio, los contratos se clasifican en individuales y colectivos.

En el contrato individual las obligaciones (creadas, reguladas, modificadas o extinguidas) afectan únicamente a las partes que celebran el contrato, sólo producen efectos entre éstas. En el contrato colectivo se busca crear obligaciones no sólo a cargo de las personas que lo celebran, sino también a cargo de otras que no han intervenido en él.

No nos cabe ninguna duda de que el contrato partes-árbitro es individual, pues sólo obligará a quienes lo celebran.

6.10. En cuanto a la prestación

Sobre este criterio en particular, Manuel de la Puente señala que:

²⁴⁴ Para un mayor desarrollo sobre la función del contrato, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 63-69.

²⁴⁵ Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 185-188.

Tradicionalmente el criterio estaba basado en la obligación y no en la prestación. De acuerdo con él, los contratos se clasifican en unilaterales y bilaterales.

Es contrato unilateral aquél en que una sola de las partes queda obligada, a diferencia del bilateral en que ambas partes quedan recíprocamente obligadas.²⁴⁶

Al respecto, Mario Castillo agrega (comentando lo expresado por Manuel de la Puente) que: «Como señala el citado profesor, el Código Civil de 1984, siguiendo el modelo del Código Civil Italiano de 1942, trata del contrato con prestaciones recíprocas en lugar del contrato bilateral».²⁴⁷

Así pues, el contrato partes-árbitro es bilateral (con prestaciones recíprocas), toda vez que ambas partes quedan obligadas.

6.11. *En cuanto a la valoración*

Manuel de la Puente²⁴⁸ enseña que, según este criterio, los contratos se clasifican en onerosos (a título oneroso) y gratuitos (a título gratuito). Lo que determina el carácter oneroso de un contrato es la existencia de prestación y contraprestación, ambas en situación de principales y a cargo de las partes; y, en oposición, el contrato es gratuito cuando sólo existe una prestación principal a cargo de una de las partes, no siendo relevante para efectos de esta clasificación, el que haya una contraprestación accesoria o la existencia de ventajas o sacrificios que reciben o sufren las partes.

²⁴⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 162.

²⁴⁷ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, p. 97.

²⁴⁸ Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 162-165.

El carácter gratuito u oneroso de un contrato puede ser esencial o natural. El carácter es esencial cuando es indispensable para la existencia del contrato; en cambio, el carácter es natural cuando pertenece al contrato, sin ser esencial, permitiendo el cambio voluntario de carácter, sin modificar la naturaleza del contrato.

El contrato partes-árbitro es oneroso, siendo principales las prestaciones de ambas partes; sin embargo, consideramos que la onerosidad en este caso es natural y no esencial, pues nada prohíbe que las partes pacten su gratuidad.

612. En cuanto al riesgo

En relación a este criterio, Manuel de la Puente²⁴⁹ indica que los contratos se clasifican en conmutativos y aleatorios. El contrato será conmutativo cuando la entidad de las prestaciones puede ser establecida al momento de celebrarse el contrato, de tal manera que cada parte conoce cuál es el contenido de su prestación y la de su contraparte, de ser el caso; en oposición, el contrato será aleatorio cuando la existencia o el valor concreto de la prestación o contraprestación depende de un factor incierto (riesgo o alea) al momento de celebrarse, lo cual puede alterar su contenido patrimonial.

Sin embargo, cabe precisar que si las partes no han percibido la existencia del azar al momento de celebrarse el contrato, éste no será aleatorio. En todo contrato, sea conmutativo o aleatorio, puede existir un azar; sin embargo, si se trata sólo de un álea económica que no deriva de la propia estructura jurídica del contrato, estaremos frente a un *alea normal* del contrato, la que será de cargo de las partes contratantes, cuando no supere los límites de la normalidad, la cual está sustraída a la disciplina propia de los contratos aleatorios.

²⁴⁹ Para un mayor desarrollo sobre este criterio, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 167-171.

El contrato de dación y recepción del arbitraje es uno conmutativo, pues al celebrarse el mismo ambas partes conocen cuáles van a ser sus prestaciones, siendo que el riesgo relativo a la onerosidad que tendrán las prestaciones de los árbitros o de las partes (según las circunstancias del caso), no es la razón de ser de este contrato; en otras palabras, se trata de un riesgo normal que cada parte deberá asumir.

6.13. En cuanto a su formación o negociación

Sobre este punto, Manuel de la Puente señala que: «Este criterio ha dado lugar a una clasificación que está adquiriendo una gran importancia en la vida moderna, que es la de contratos de negociación previa y contratos de adhesión».²⁵⁰ Al respecto, Mario Castillo agrega válidamente a esta clasificación lo siguiente: «Por nuestra parte, agregaríamos a los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación»;²⁵¹ siendo que estas cláusulas servirán, a su vez, para celebrar contratos con negociación previa o por adhesión.²⁵²

El contrato partes-árbitro es uno discrecional o paritario, en el cual las partes del procedimiento y los árbitros pueden tener un margen de negociación previa; sin embargo, nada impide que se celebre por adhesión, dependiendo de los términos en los cuales se formule la oferta.

²⁵⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, p. 188.

²⁵¹ CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo 1, p. 96.

²⁵² Para un mayor desarrollo sobre los contratos adhesión, ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 651-655.

CAPÍTULO III:

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

CAPÍTULO III: EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

En esta investigación hemos puesto en evidencia que la relación que entablan las partes con los miembros del tribunal arbitral (el cual puede estar constituido por un árbitro único o un órgano colegiado) dentro de un arbitraje, se desenvuelve en dos ámbitos con lógica diferente: un ámbito contractual (el mismo que ha sido desarrollado en el segundo capítulo); así como un ámbito procedimental²⁵³ (el mismo que surge y se desarrolla como consecuencia de la ejecución de las obligaciones que nacieron del convenio arbitral y del contrato partes-árbitro).

El procedimiento arbitral comienza cuando se perfecciona el contrato partes-árbitro, esto es, cuando acepta el árbitro único o cuando acepta el último de los árbitros en un tribunal arbitral colegiado (salvo pacto en contrario) y culmina con la emisión del laudo definitivo o del último de los laudos parciales (salvo en los supuestos de excepción que hemos visto precedentemente).

Sin embargo, en el Decreto Legislativo n.º 1071 no se utiliza el término «procedimiento», el mismo que habría sido reemplazado por la expresión «actuaciones arbitrales». Al respecto, entendemos que esta decisión del legislador obedece a la finalidad de evitar equiparaciones con el proceso judicial o con el procedimiento administrativo.

²⁵³ Al respecto, algunas cuestiones procesales se podrán aplicar al arbitraje, atendiendo a que en el arbitraje existe un procedimiento, mientras que otras cuestiones procesales no; tal como lo señala Pilar Perales, cuando afirma que: «El arbitraje como institución no consiente el traslado de todos y cada uno de los principios que informan los procesos judiciales estatales». (PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley n.º 60/2003, de Arbitraje y Derecho Societario*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005, p. 76).

Al respecto, tenemos el siguiente comentario de Franz Kundmüller:

Nótese entonces que la LA no se refiere al ‘proceso arbitral’ ni al ‘procedimiento arbitral’, sino simplemente a las ‘actuaciones arbitrales’. Se produce un deslinde tácito con las nociones jurídicas de ‘proceso’ o ‘procedimiento’. [...]

Del mismo modo, en cada caso se produce la acción del justiciable o del administrado, pues éstos ejercen sus derechos ante la autoridad estatal correspondiente. Como es evidente, la autoridad de los árbitros no es equivalente a la autoridad de los jueces y de las autoridades administrativas. Por lo que no resulta conveniente usar la denominación proceso o procedimiento para referirse a las actuaciones arbitrales.

[...]

En ambos casos, como sabemos, concurren una serie de principios y derechos que sustentan el debido ejercicio del poder estatal, en el marco del estado de derecho y, por ende, de las normas constitucionales y legales correspondientes. Se garantiza así la tutela de los derechos de los ciudadanos o administrados ante la autoridad y el poder del Estado. Se racionaliza entonces mediante el ordenamiento jurídico, el ejercicio del poder soberano en las diversas funciones estatales.

En cambio, en el caso del arbitraje, la forma en que se ejerce el poder obedece a la naturaleza especializada y ‘autocontenida’ de este medio de solución de controversias y donde, en general, la autonomía de la voluntad inspira la conformación del convenio arbitral y condiciona el desarrollo del íter arbitral en sus distintas modalidades.

[...]

En efecto, soy de la opinión que la relación entre el arbitraje y el estado debe de estar definida claramente en el plano institucional y jurídico, respetando las respectivas autonomías, pero

procurando congruencia entre el poder de la autoridad estatal y el poder de los actores arbitrales.

De modo que no es conveniente confundir el concepto jurídico de la jurisdicción estatal, sea ésta jurisdiccional o administrativa, con el arbitraje y su esencial concepción jurídica. Los árbitros no son jueces y tampoco ejercen, en esencia, ni función jurisdiccional estatal ni función administrativa.

[...]

Profundizando en el análisis también es cierto que en la LA se adopta la denominación ‘actuación’, que remite finalmente a la idea de conjunto de ‘autos’ o ‘actuados’. Cuando los abogados hablamos de los ‘autos’, generalmente nos referimos a un conjunto de actuaciones o piezas de un procedimiento judicial.

Podemos entonces válidamente interpretar, por analogía, que si la actual LA se refiere a las actuaciones arbitrales, en realidad se está refiriendo a las actuaciones o piezas de un arbitraje y no de un proceso judicial.

[...]

La utilización preeminente del término ‘actuaciones’, reitero, contrasta con el régimen derogado, en orden a que éste utilizaba indistintamente varias nomenclaturas para referirse a lo mismo (proceso, procedimiento, actuaciones, etc.).²⁵⁴

Al respecto, coincidimos en varios puntos con Kundmüller, sobre todo respecto a que el arbitraje no es equiparable a la jurisdicción, no es relevante la intervención directa estatal (pero sí la intervención mediata, por ejemplo, mediante la emisión de leyes, el auxilio jurisdiccional, etc.), que en el mismo no se desarrolla un «proceso» y que este mecanismo de solución de controversias privado no tiene naturaleza

²⁵⁴ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 384-387.

jurisdiccional; empero, estamos en desacuerdo con el citado autor en el extremo que señala que no existe un procedimiento en el arbitraje, pues éste es un elemento que siempre se va a presentar (aunque se le quiera denominar con otros términos o, simplemente, se omita mencionarlo); debiéndose tener en cuenta que, en general, para la ejecución de los contratos, muchas veces es necesario desarrollar un procedimiento (siendo que el procedimiento administrativo no es el único procedimiento con relevancia jurídica que existe), en el cual no interviene ninguna autoridad estatal.

Sobre el particular, creemos que la equiparación entre «actuaciones arbitrales» y «procedimiento arbitral», no es correcta, toda vez que las actuaciones arbitrales son todos los actos que se realizarán en el arbitraje, sin importar el momento en que se realicen, los mismos que tendrán su inicio²⁵⁵ con la petición de arbitraje²⁵⁶ (salvo pacto en

²⁵⁵ «El artículo 33 se refiere al inicio del arbitraje. Es un asunto aparentemente irrelevante y sencillo, pero en realidad es de suma importancia. Permite establecer objetivamente cuando es que estamos ante un arbitraje en curso. Esto es necesario, por ejemplo, para el cómputo y definición de los plazos de prescripción y caducidad.

Con este artículo se refuerza la seguridad jurídica para las partes respecto de la gama de derechos que pueden ser afectados en forma directa e indirecta como consecuencia de un arbitraje.

Del mismo modo, en lo referido a la tramitación del arbitraje, resulta de suma importancia precisar cuándo es que el mismo se ha iniciado, pues así podemos llevar un registro cronológico de las actuaciones arbitrales y de los plazos respectivos, con miras a la emisión del laudo arbitral y otras resoluciones.

De donde fluye que la precisión en la determinación del inicio del arbitraje contribuye a la seguridad jurídica de las partes y del propio arbitraje. Es un artículo que tiene un doble efecto. Lo que se traduce en aspectos sustantivos y en aspectos referidos a la tramitación de las actuaciones arbitrales. Es una disposición que implica un avance respecto de la normativa derogada». KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Comentario al artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 382.

²⁵⁶ «Adicionalmente, dentro del régimen actual del artículo sub comentario, se entiende que la solicitud de inicio del arbitraje es el pedido unilateral de la parte intere-

contrario), lo cual no se condice con el inicio del procedimiento, que importa las reglas, la forma y orden lógico, en los cuales se llevarán determinadas actuaciones y que se inicia cuando el tribunal arbitral queda constituido. En ese orden de ideas, determinadas actuaciones arbitrales no serán realizadas dentro del procedimiento arbitral, por ser previas a éste, pero otras sí lo serán, pues constituyen sobre todo los actos que realizarán los árbitros y las partes en el desarrollo del procedimiento arbitral.

En tal sentido, concluimos en que el hecho de que no se utilice el término «procedimiento» en el Decreto Legislativo n.º 1071, no implica que en la realidad éste no surja, sobre todo si se tiene en cuenta que justamente es en el procedimiento, donde se ejecutarán las obligaciones de las partes y de los árbitros, por lo que siempre va a estar presente, motivo por el cual en el presente capítulo, desarrollaremos ciertas cuestiones que nos ayudarán a profundizar en el ámbito procedimental de la relación partes-árbitro.

sada, cursado a la contraria, a efectos de dar a conocer a ésta su interés por someter una controversia a arbitraje.

Éste es un hito en el iter arbitral de la ley peruana, que es congruente con la doctrina contemporánea del convenio arbitral. Queda claro, ahora sí, que si bien se requiere dos partes para pactar el convenio arbitral, sólo basta la acción de una para iniciar el arbitraje.

Y esto no perjudica la posibilidad que existan disposiciones especiales sobre este asunto en los reglamentos de las instituciones arbitrales o en las competencias arbitrales especializadas.

De donde fluye que no es necesario que el tribunal arbitral se encuentre constituido ni ejerciendo sus funciones para dar por iniciado un arbitraje. Tampoco es necesario que alguien declare abierto el arbitraje.

La parte interesada, dadas las condiciones o estipulaciones del convenio arbitral, simplemente actúa de conformidad con lo establecido en dichas estipulaciones y activa el iter. Por cierto que forma parte del iter la etapa de designación de los árbitros». KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 388.

1. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

Al respecto, no cabe duda de que el arbitraje tiene un aspecto de naturaleza procedimental. En este punto, debemos señalar que si bien el tema de si el arbitraje implica un proceso o un mero procedimiento, no es central en esta investigación (y sin perjuicio de que ya tomamos posición en el primer capítulo de este trabajo al adherirnos a una teoría privatista, negando, por lo tanto, que el arbitraje sea un proceso *strictu sensu* y que el árbitro desarrolle una función jurisdiccional, propia de la autoridad estatal), consideramos apropiado dedicar algunos comentarios sobre el particular.

En relación a la diferencia entre proceso y procedimiento, Juan Monroy Gálvez dice que «[...] hay procesalistas para los cuales el tema es inexistente, es decir optan por una respuesta más simplista: usan los conceptos sin reconocer ni plantearse el tema de su diferencia»;²⁵⁷ sin embargo, para el citado autor, sí existen importantes diferencias entre proceso y procedimiento, por lo que señala que:

[...] el proceso judicial, en nuestra opinión, es el conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos, que se realizan durante la ejecución de la función jurisdiccional del Estado, bajo direcciones, regulación y con el propósito de obtener fines privados y públicos. Los que son comunes a todos los participantes del proceso. En cambio, procedimiento es el conjunto de normas o reglas de conducta que regulan la actividad, participación y las facultades y deberes de los sujetos procesales y también la forma de los actos realizados en un proceso o en parte de éste, provistos por el Estado con anticipación a su inicio.²⁵⁸

Asimismo, Francesco Carnelutti enseña que: «el conjunto de los actos que deben realizarse para componer un litigio se denomina proceso.

²⁵⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, p. 132.

²⁵⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, pp. 134 y 135.

En cambio, considera que procedimiento es el orden y, por tanto, la secuencia [en] que se realizan estos actos». ²⁵⁹ Por su parte, Chiovenda y Calamandrei, según indica Frederic Munné, señalan que: «el procedimiento constituiría las reglas del juego, mientras que el proceso constituiría el juego en sí mismo, entendido como la estructura sobre la que se aplican aquellas reglas». ²⁶⁰

A lo antes expresado debemos agregar la conclusión de Tomás Ogayar y Ayllón:

El procedimiento es una pluralidad de acaecimientos coordinados, funcionando cada momento como presupuesto de admisión del siguiente y como condición de eficacia de los anteriores. No es el proceso, según antes consignamos. El procedimiento afecta sólo al aspecto externo y superficial, aunque indispensable, con que el arbitraje se desarrolla, aspecto que impide incluir a éste, sin más, en el mundo del proceso. ²⁶¹

Este autor, en relación al procedimiento arbitral, señala lo siguiente:

[...] el procedimiento no es un proceso. Éste se desarrolla por medio de aquél. Como dice Fairen, el 'avanzar' que significa el 'proceso, se manifiesta a través del íter, de una sucesión de actos y ordenación de los mismos (procedimiento).

El moderno Derecho Procesal ha superado ya la distinción entre proceso y procedimiento. El proceso tiene por objeto la satisfacción por el poder público de las pretensiones de un particular, y los trámites encaminados a conceder esa satisfacción constituyen el procedimiento, el que está integrado por una pluralidad de acaecimientos coordinados, hasta el punto que, como decimos

²⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, vol. 4, p. 2.

²⁶⁰ MUNNÉ CATARINA, Frederic. *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 135.

²⁶¹ OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 73.

en otro trabajo nuestro, cada momento funciona como presupuesto de admisión del siguiente y como condición de eficacia de los anteriores.²⁶²

Además, cabe señalar que Monroy Gálvez, al momento de estudiar el arbitraje en sus orígenes, da a entender que el proceso corresponde a la actividad judicial, mientras que el procedimiento corresponde al arbitraje, tal como se desprende de la siguiente cita:

Lo ocurrido en la primera etapa del proceso en el Derecho Romano, la *legis* acciones, no fue exactamente un proceso judicial, sino un procedimiento arbitral al que, en tal calidad le es natural un origen contractual.²⁶³ (El subrayado es nuestro).

Al respecto, opinamos que proceso y jurisdicción están íntimamente ligados. Así, pues, el Estado tiene la potestad y obligación de administrar justicia y resolver las controversias entre los particulares, de manera que no se vulnere la paz social con mecanismos de autotutela que impliquen violencia. Ésta será la función jurisdiccional. Para cumplir tal función (obviamente pública), el Estado utilizará el proceso como su herramienta.²⁶⁴ Por tal motivo, sólo puede haber proceso en la

²⁶² OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 207.

²⁶³ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, p. 117.

²⁶⁴ «Proceso es el medio de que se vale el Estado para ejercer su jurisdicción, esto es, para solución de conflictos. Proceso es el instrumento de la jurisdicción y su finalidad es la de obtener la composición del conflicto o litigio, que son palabras sinónimas. Entiéndase por procedimiento la forma por la cual los autos del proceso se forman y se desenvuelven. Proceso es la forma extrínseca; procedimiento es la forma intrínseca». LÚCIO NOGUEIRA, Paulo, citado en MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, p. 134.

«El instrumento [del] que hace uso el Estado para ejercer su función jurisdiccional es el proceso». En CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, vol. I, 2000, p. 78.

«En efecto, el *processus iudicii* es el instrumento o vehículo utilizado por los órganos jurisdiccionales para la solución de los conflictos intersubjetivos; a través de él se

medida de que un órgano del Estado encargado de realizar la función jurisdiccional que le es propia, se disponga a resolver conflictos dentro de un proceso.

Así pues, los jueces (en representación del Estado) usan el proceso como herramienta de la función jurisdiccional, la cual es propia del Estado, destinada a solucionar conflictos de manera heterocompositiva, siendo que el arbitraje es otro mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, pero que no es jurisdiccional, por lo que no debemos confundirlos; no todo mecanismo heterocompositivo tiene que ser jurisdiccional, sólo el proceso lo es. Adicionalmente, creemos que lo ideal es reconocer que existen diferentes medios de solución de conflictos (el proceso, el arbitraje, la mediación, la conciliación, etc.), uno jurisdiccional y los demás privados, cada uno de con su propia lógica.²⁶⁵

En conclusión, podemos señalar que el proceso implica los actos en si mismos, que deberán realizarse de manera tal que se consigan los fines propios de la función jurisdiccional del Estado; mientras que el procedimiento²⁶⁶ supone las reglas, la forma, así como el orden lógico

trata de obtener la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos. Sucede que en ocasiones, la inoperatividad del proceso para obtener su fin principal ha resultado patente y, en consecuencia, la tutela judicial se ha mostrado inalcanzable». ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch, 1992, p. 26.

²⁶⁵ «La Comisión de Estudio de Bases de la Reforma Constitucional en el Perú señalaba que se debe eliminar la referencia a una jurisdicción arbitral ya que técnicamente es inadecuada. Ello no descarta la conveniencia de un reconocimiento constitucional expreso de los diferentes medios alternativos de resolución de conflictos: arbitraje, negociación y conciliación». ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 142.

²⁶⁶ «[...] el proceso se inicia siempre con el ejercicio de la acción y finaliza con la emisión de un juicio, que es el resultado de la actuación dialéctica de las partes. Esta actuación o sucesión de actos puede ser libre o seguir unas reglas preestablecidas, pero, en cualquier caso, las normas, *ad-hoc* o previas, que regulan la forma, el orden, el lugar y el tiempo en que deben desarrollarse las actuaciones, integran

que deben seguir determinados actos, en el cual se verán los derechos y deberes de las personas que participan en éste. Así pues, tanto en el arbitraje como en el proceso será necesario un procedimiento, pues en ambos son necesarias ciertas reglas y una secuencia lógica de los actos a realizar que conlleven a que se solucionen las diferencias por la decisión de una tercera persona,²⁶⁷ en donde la formalidad, la sustancia de los actos, entre otros aspectos, se diferencia por la naturaleza propia de cada institución (el proceso, que es eminentemente público y el arbitraje, que es privado).

Esta opinión, en el sentido de que el arbitraje no implica, sino un procedimiento arbitral, es compartida por distinguidos procesalistas, tales como Jaime Guasp,²⁶⁸ Giuseppe Chiovenda²⁶⁹ y Piero Calamandrei.²⁷⁰

En este punto es pertinente señalar que las reglas que rigen el procedimiento arbitral pueden ser diferentes para cada caso, según lo establezcan las partes y, en defecto de éstas, de acuerdo a lo que determinen los árbitros, conforme se señala en el artículo 34 del Decreto Legislativo n.º 1071. Así pues, «[...] debemos tener presente que a diferencia del proceso judicial estrictamente formalista, como bien explica Landecho y Urquijo, en el arbitraje se pierde formalidad y se gana eficacia, ya que

el procedimiento». MUNNÉ CATARINA, Frederic. *La Administración del Arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 135.

²⁶⁷ «Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es decir, en ser una resolución de controversias mediante un juicio ajeno, [...]». CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I, pp. 91 y 92.

²⁶⁸ GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 26.

²⁶⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948, tomo I, p. 80.

²⁷⁰ CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945, p. 53.

el proceso puede ser adecuado a las necesidades y expectativas de las partes».²⁷¹

En tal sentido, cabe precisar que las reglas son obligatorias en el procedimiento por la voluntad de las partes, las cuales establecieron tales normas expresamente, se sometieron a un reglamento arbitral o aceptaron que los árbitros establezcan las reglas pertinentes. Así pues, en el arbitraje hay un procedimiento y no un proceso, siendo que las reglas del procedimiento son obligatorias por la voluntad de las partes (como en la ejecución de cualquier contrato), pero respetando las garantías mínimas de orden público que establecen las leyes.

Si por un momento nos fijamos en el procedimiento, éste también está presidido por la autonomía de la voluntad de las partes.

[...]

En definitiva, por iniciativa de la voluntad de las partes, y por su constante intervención en todo el proceso de arbitraje, la ley establece las mínimas reglas procedimentales, que podrían englobarse dentro de las llamadas mínimas garantías de orden público, para contemplar siempre como esencial el acuerdo e intervención de las partes, al igual que cualquier configuración contractual.²⁷²

2. ¿JURISDICCIÓN ARBITRAL?

Este tema es relevante, pues la discusión no ha acabado ni se encuentra cerca de finalizar; por el contrario, con la sentencia del Tribunal

²⁷¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Razones por las cuales el arbitraje es inevitable*. Lima: 2004. En: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeinevitable.php>.

²⁷² MALUQUER DE MOTES I BENET, Carlos J. «Comentario al artículo 1 de la Ley de Arbitraje Española». *Comentarios prácticos de la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 48.

Constitucional en el marco del Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, el máximo intérprete de nuestra Constitución reconoce que el arbitraje es un ámbito jurisdiccional,²⁷³ motivo por el cual no duda en equiparlo en cierta medida con el proceso judicial. Aunque dicha sentencia aborda una variedad de temas que se prestan para una serie de comentarios, en este trabajo nos limitaremos a tratar los extremos que estimamos pertinentes. Así pues, en el numeral 8 de la citada sentencia se indica expresamente:

8. Llegados a este punto, cabe preguntarse si es constitucionalmente legítimo el establecimiento de esta jurisdicción de carácter privado. Al respecto, conforme lo ha establecido este Colegiado '[...] el ejercicio de la jurisdicción implica cuatro requisitos, a saber:

- a) Conflicto entre las partes.
- b) Interés social en la composición del conflicto.

²⁷³ Para llegar a este resultado, el Tribunal Constitucional utilizó sobre todo una interpretación literal del inciso 1) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, lo cual también es reconocido por algunos autores nacionales:

«El Tribunal Constitucional, recurriendo a una interpretación literal de la Constitución considera que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional [...]». ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 149.

«La cuestión terminológica se aborda en el voto concurrente que integra la Sentencia. Allí se concluye que la jurisdicción es el poder estatal de decidir controversias coercitivamente y de manera definitiva. Partiendo de esa definición de jurisdicción, para el magistrado Gonzales Ojeda el arbitraje no es jurisdicción. Ello contrasta con lo decidido por la mayoría del Tribunal, para quienes el arbitraje sí es jurisdicción porque el artículo 139 de la Constitución utiliza esa palabra y no otra al aludir al arbitraje. Parece ser que la mayoría ha sido textualista, mientras que el magistrado Gonzales parece haber sido contextualista, reflexionando sobre la esencia de la jurisdicción». RIVAROLA REISZ, J. Domingo. «Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: 'Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje'». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 577.

- c) Intervención del Estado mediante el órgano judicial, como tercero imparcial.
- d) Aplicación de la ley o integración del derecho’.

Qué duda cabe, que *prima facie* la confluencia de estos cuatro requisitos definen la naturaleza de la jurisdicción arbitral, [...].

Al respecto, si bien en el arbitraje es discutible que siempre concurren los requisitos b) y d) antes citados, es obvio que la institución arbitral no cumple con el requisito c), toda vez que los árbitros no constituyen un órgano estatal, así como tampoco representan al Estado.

De otro lado, nos parece ilustrativo el fundamento del voto del magistrado Gonzales Ojeda, emitido con la sentencia antes señalada, en el cual dicho letrado manifiesta que el arbitraje no es jurisdicción, toda vez que en la Constitución no se emplea el término «jurisdicción»²⁷⁴

²⁷⁴ «No sólo en los usos jurídicos, sino también en el lenguaje coloquial, el concepto en estudio suele tener diversas acepciones. Esto significa que a los distintos grados de dificultad que supone la identificación de la esencia de la jurisdicción en el plano jurídico, debe sumarse el hecho de que ésta tiene un uso diversificado en el lenguaje popular, tanto que sin una precisión del mensaje, emisor y receptor pueden tener con la misma palabra un diálogo incomprensible». MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, p. 205.

«La palabra jurisdicción deriva de la palabra latina *jus dicere*, que quiere decir ‘declarar derecho’. Sin embargo, la palabra jurisdicción, en nuestro país, como en los demás países latinoamericanos, tiene varias acepciones que no corresponden a su verdadero concepto. Unos conciben a la jurisdicción como ámbito territorial, cuando, por ejemplo, dicen que tal inmueble está ubicado en la jurisdicción de determinado Juez. Otros conciben a la jurisdicción como sinónimo de la competencia, cuando, *verbi gratia*, dicen que ese Juez no tiene competencia porque le han quitado el título que ostentaba. Finalmente, otros, conciben a la jurisdicción como un conjunto de poderes o potestades, cuando afirman, por ejemplo, que tal organismo público tiene jurisdicción, refiriéndose a una potestad o a una prerrogativa para imponer una multa por haber infringido una regla de tránsito». CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2000, vol. I, p. 77.

solamente en su sentido estricto,²⁷⁵ ni mucho menos en un sentido unívoco,²⁷⁶ por lo cual, todo parece indicar que el Tribunal Constitu-

²⁷⁵ En el segundo punto del fundamento del voto del magistrado Gonzales Ojeda, en relación al Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, define el término jurisdicción en sentido estricto:

«2. Por lo que hace al primer tema, he de indicar que la ‘Jurisdicción’ es una potestad que originariamente corresponde al Pueblo como titular de la soberanía. En el Estado Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones (en plural), sino una sola, como recuerda la primera parte del artículo 138 de la Constitución, al establecer que ‘La potestad de administrar justicia emana del pueblo [...]’.

Como única potestad que es, dictada una Constitución, como acto de ejercicio pleno de la soberanía popular, el pueblo soberano, materializado en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Éste, en el Estado legal de derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial. En el Estado social y democrático de derecho, en cambio, el ejercicio de esa potestad se distribuye entre una serie de órganos constitucionales de carácter estatal (*v.gr.* Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Poder Judicial), para lo cual define los ámbitos objetivo-materiales de las competencias de cada uno de ellos.

Con ello se quiere decir, por un lado, que en el Estado social y democrático de derecho no hay pluralidad de jurisdicciones y, de otro, que su ejercicio sólo está confiado a determinados órganos estatales. Mediante su ejercicio, se administra la justicia o, como modernamente se suele sostener, se presta el servicio público de tutela jurisdiccional, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humana y, secundariamente, para la composición de los litigios, o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase (o adoptar medidas de seguridad ante ellos), mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.

Así, la función jurisdiccional resulta la expresión de un poder del Estado y esto no sólo es una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquéllos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho.

Lo que significa que no hay ejercicio de jurisdicción privada o de ‘carácter eminentemente privado’, como se afirma en el Fund. Jur. n.º 8 de la sentencia».

²⁷⁶ A continuación citaremos algunos fragmentos del mencionado voto del magistrado Gonzales Ojeda, en el cual desarrolla su posición en relación al sentido del término «jurisdicción» que la Constitución da al arbitraje (así como de la composición de conflictos por autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas):

cional confunde «jurisdicción», en su sentido estricto y publicista, con una de sus acepciones que no necesariamente tiene tal carga pública. Nos referimos a su sentido etimológico: facultad de resolver conflictos, sin importar de dónde proviene el «juzgamiento». Esta confusión también la observamos en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, de fecha 26 de mayo de 2005, en el cual se reconoce la jurisdicción arbitral; sin embargo, en su primer considerando señala lo siguiente:

PRIMERO: Que, la jurisdicción es aquella potestad para administrar justicia atribuida a los jueces, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas al caso concreto que deban decidir. Puede definirse como la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto; es la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en todo tipo de procesos que corresponde exclusivamente a los jueces y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia

«¿La composición de conflictos mediante dichos institutos o entes constituye un ejercicio de la jurisdicción? La respuesta, a mi juicio, como entiendo sucede en casi toda la doctrina nacional que se ha dedicado seriamente al tema, es que no. No sólo por lo que antes se ha dicho (que la jurisdicción es única y ésta la ejercen los órganos estatales en nombre del Pueblo); sino, además, porque a la misma conclusión se puede arribar al comprender, en la unidad que representa la Constitución, que el vocablo ‘jurisdicción’ utilizado por los artículos 139.1 y 149 de la Constitución, y también en otros de la misma Ley Fundamental, no tiene un significado unívoco.

En algunos casos, con la expresión ‘jurisdicción’ el constituyente designa lo que en términos de derecho judicial es, una cuestión de competencia (*v.gr.* artículo 2.24, «f»). En otros, con la misma voz se alude al espacio territorial dentro del cual un órgano del Estado ejerce sus competencias (*v.gr.*, artículos 31 y 74); se declara la reserva de jurisdicción a favor del propio Estado (*v.gr.*, artículo 54), se dispone la posibilidad de exceptuar el conocimiento de determinadas materias a los órganos jurisdiccionales del Estado (artículo 63) o se establece los límites a su ejercicio por parte de determinados funcionarios estatales, como los jueces (*v.gr.*, artículo 146). No hay, pues, un único sentido o significado con el que se haya atribuido a la voz ‘jurisdicción’. De modo que no siempre que la utilice la Ley Fundamental, hay que entenderla en el sentido de la potestad jurisdiccional a la que antes se ha hecho referencia».

y procedimientos que las mismas establezcan, y tratados internacionales; [...].

En esta cita, podemos observar cómo se define en principio a la jurisdicción como la facultad de administrar justicia aplicando la norma al caso concreto (primer problema: ¿Si el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, qué sucede en el arbitraje de conciencia? ¿O acaso cada tipo de arbitraje tiene naturaleza diferente?); luego, da una segunda definición que aleja al arbitraje de las teorías que lo reconocen como jurisdiccional, pues señala que la jurisdicción es una actividad propia del Estado y que además implica que se ejecute lo juzgado, cuestiones que no son propias del arbitraje, pues sería necesario que el tribunal arbitral cuente con el *ius imperium* estatal,²⁷⁷ tal como lo señalan Mario Castillo y Ricardo Vásquez citando a Tito Carnacini:

Poder que no tienen los árbitros y sus actos arbitrales y, por tanto, el arbitraje al que [...] [se] concibe, en contraposición con la perfecta función jurisdiccional del Estado, como la expresión de un más íntimo acuerdo, dirigido a la renuncia a la jurisdiccionalidad [...].²⁷⁸

Asimismo, el magistrado Gonzales Ojeda señala en el voto singular que cuando las partes deciden resolver sus controversias mediante el arbitraje, renuncian a una serie de derechos y garantías de índole procesal propias del ámbito judicial (y, normalmente, relacionadas a la función jurisdiccional), con lo cual, aunque en el arbitraje se debe velar por el

²⁷⁷ En este punto nos parece apropiado citar a Vidal Ramírez, cuando afirma que: «[...] el arbitraje es anterior a la organización formal de la organización de justicia y que en su origen no constituyó una alternativa, sino que fue un medio de solución de controversias anterior a la autoridad estatal». VIDAL RAMÍREZ, Vidal. «Jurisdiccionalidad del Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 54.

²⁷⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006, p. 42.

debido proceso (a pesar de que creemos que para este caso lo más apropiado sería emplear el término «debido procedimiento»), esto se dará en la medida de que se respeten los principios arbitrales y no se desnaturalice a la institución arbitral.

Al respecto, debemos señalar que en el ordenamiento jurídico peruano, con la citada sentencia del Tribunal Constitucional (emitida en relación al Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC), se ha dispuesto que el arbitraje se va a regir por los principios y derechos que rigen el proceso judicial (entendemos que en relación al aspecto procedimental del arbitraje); sin perjuicio de que no estamos de acuerdo con dicha posición, en la práctica jurídica, y mientras no se varíe esta postura, el traslado de tales principios al arbitraje se debe dar de una manera razonada y en la medida de que, como se ha señalado precedentemente, no desnaturalice a la institución arbitral, pues de lo contrario correremos peligro de que se produzca o una «judicialización» o una «constitucionalización» del arbitraje.

Sin embargo, creemos que fue una exageración que el Tribunal Constitucional haya reconocido naturaleza jurisdiccional al arbitraje, sobre todo si el objetivo que buscaba era darle protección, así como que la institución arbitral estuviera sometida a la Constitución, idea compartida por Jaime Abanto:

El Tribunal considera que la jurisdicción arbitral es un ejercicio de la función jurisdiccional y como tal se encuentra vinculada a las decisiones del Tribunal Constitucional. Nos preguntamos, ¿Por el hecho de no ser el arbitraje un ejercicio de la función jurisdiccional, no se encontraría sometido a la Constitución? Teniendo en cuenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la respuesta es negativa. Entonces, constituya o no un ejercicio de la función jurisdiccional, resulta claro que el arbitraje está sometido a la Constitución. Luego, era innecesario

asimilar el arbitraje a la jurisdicción para decir que se encuentra sometido a la constitución.²⁷⁹

A fin de poner fin a las indebidas interferencias judiciales en los procesos arbitrales, el Tribunal retoma el principio de la *Kompetenz Kompetenz* consagrado en la sentencia de fecha 19 de abril de 2004, recaída en el Expediente n.º 3355-2003-AA. Nosotros consideramos innecesaria la invocación de la prohibición de interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, bastando para ello la invocación del artículo 18 de la Ley General de Arbitraje.²⁸⁰

El citado autor, al momento de analizar el voto singular del magistrado Gonzales Ojeda (emitido respecto a la comentada sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC), hace la siguiente apreciación, la cual compartimos:

El voto singular parte de la idea de la unidad de la jurisdicción que es distribuida entre una serie de órganos constitucionales. La jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*; es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante la cual sólo los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquéllos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho, por lo que no puede hablarse de ejercicio de jurisdicción privada o de ‘carácter eminentemente privado’, como se establece en el Fundamento de la sentencia.

Si bien es cierto que la Constitución ha garantizado formas e instituciones de composición de conflictos no estatales, como el arbitraje o aquélla que prestan las comunidades campesinas, éstas no constituyen ejercicio de una cuota de la jurisdicción.

²⁷⁹ ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 167.

²⁸⁰ ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 168.

Advirtiendo las limitaciones de la interpretación literal de la Constitución, la expresión ‘jurisdicción’ en la Constitución no tiene un único sentido o significado, sino que tiene un sentido polisémico.

El magistrado Gonzales Ojeda advierte que la Constitución garantiza al arbitraje por sí mismo, como forma compositiva de controversias, de carácter no estatal, en los temas previamente delimitados y limitados por la ley, entre las personas que libremente decidan resolver sus diferencias por medio de este medio alternativo de solución de conflictos y cuyo fundamento reposa en la voluntad de las partes, por medio de la cual éstas optan por renunciar a la tutela que brinda el Estado a través del Poder Judicial y se someten a este mecanismo esencialmente privado, en el que tienen libertad de establecer el procedimiento que consideren más adecuado dentro del respeto de determinados derechos fundamentales de orden procesal.²⁸¹

En el mismo sentido, Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena nos dice que «[...] el vocablo ‘jurisdicción’ [...] desdibuja la imagen de la institución»,²⁸² y acto seguido señala lo siguiente:

No me parece argumento poderoso que justifique continuar inscribiendo la institución en el ámbito procesal-publicista, el hecho que el artículo 233.1 de la Constitución²⁸³ y el 1909 del Código Civil²⁸⁴ alu-

²⁸¹ ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 176.

²⁸² LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 45.

²⁸³ El autor hace referencia a la Constitución de 1979; sin embargo, norma idéntica se repite en el artículo 139.1 de la actual Constitución.

²⁸⁴ El autor hace referencia a la regulación arbitral vigente de la época, la cual se encontraba en gran parte en el Código Civil de 1984. Norma similar puede ser hallada en el artículo 4 de la Ley General de Arbitraje. Sin embargo, una norma con dicha terminología no se encuentra en el Decreto Legislativo n.º 1071, toda vez que: «Otro tema evidente es el esfuerzo por ‘desprocesalizar el arbitraje’ y

dan a jurisdicción arbitral. Es indudable, y estimo que ha de estar fuera de toda razonable discusión, que el Código Civil y la Ley Fundamental han atribuido un ancho significado al vocablo jurisdicción. [...]

Es evidente que la auténtica jurisdicción es atributo exclusivo del Estado soberano [...]. Es un monopolio. El poder de administrar justicia, según la Constitución, emana del pueblo y lo ejerce el Estado por órganos jerárquicamente constituidos [...] según las materias y sujetos. Estos órganos tienen una función permanente, ajena al control y voluntad de los litigantes, e intervienen en los procedimientos con arreglo a normas y trámites, inderogables por los propios órganos, que les permite conocer las materias controvertidas, resolver o decidir según las leyes y ejecutar sus decisiones.²⁸⁵

Similar opinión tiene Quiroga León, cuando comenta la denominada jurisdicción arbitral, relativa al inciso 1) del artículo 233 de la Constitución del Perú del año 1979:

[...] que en puridad no es una jurisdicción distinta del Poder Judicial, sino una forma anterior de composición de litigios (heterocomposición no procesalizada), constreñida sólo a una serie de acciones patrimoniales y no a toda la posibilidad de conflictos judiciales y que, finalmente, siempre han de estar bajo control de la tutela judicial efectiva. El arbitraje es una forma de solución de los conflictos interpartes, que la ley no sólo no recusa, sino que alienta en la medida de las posibilidades, pues denota

‘blindarlo’ de las interferencias del Poder Judicial. Así, la nueva ley no habla de «jurisdicción» ni de «proceso» (lo sustituye por actuaciones arbitrales) se aleja del lenguaje procesal (dar traslado en lugar de ‘correr traslado’) armonizando el lenguaje y las instituciones que adopta a los de la nueva LMU». En SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (DL n.º 1071)». En Separata Especial: *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2008, p. 7.

²⁸⁵ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 46.

aún la existencia de lazos de composición que han de evitar no el acceso a la tutela judicial efectiva, sino a su costo personal, patrimonial y estatal.²⁸⁶

Además de lo antes expresado, debemos señalar que en doctrina muchas veces se utiliza el término jurisdicción en su acepción etimológica (resolver conflictos o decir Derecho),²⁸⁷ y no en el sentido *estricto* que utiliza nuestro Tribunal Constitucional, pues para el máximo intérprete de la Constitución, en la jurisdicción no sólo importa decir Derecho sino quién lo dice, por lo que nosotros diremos que jurisdicción es la facultad que ejercen los órganos estatales para administrar justicia y aplicar el Derecho al caso concreto.

Franz Kundmüller también critica la supuesta jurisdicción arbitral:

Cabe agregar que el hecho de que no se requiera contar con un tribunal arbitral preexistente, a efectos de dar por iniciado un arbitraje, es una precisión sumamente importante. En este punto conviene comentar la perspectiva doctrinaria adoptada por el legislador peruano desde el año 1979, cuando el arbitraje fue incorporado como ‘jurisdicción independiente’ en la Constitución Política del Estado.

²⁸⁶ QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia». En *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 128.

²⁸⁷ Así es como utilizan el término Mario Castillo y Ricardo Vásquez: «[...] el elemento esencial de la jurisdicción, a saber, el de ser el poder legalmente establecido para ‘decir Derecho’». En *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006, p. 43.

Asimismo, éste es un significado etimológico, conforme enseña Fernando Vidal Ramírez:

«La jurisdicción, del latín *iurisdictio*, vocablo compuesto por las locuciones *iuris*, ‘derecho’, y *dictio*, ‘dictar’, tiene el significado etimológico de decir o dictar derecho y de este significado, que es el propio, deviene su aplicación a la idea de juzgar y declarar el derecho de resolver una controversia». VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 53.

Se creó así un paradigma que lleva 30 años de vigencia en el Perú y mediante el cual el arbitraje es percibido como un ‘cuasi’ proceso judicial o, lo que es peor, como un proceso judicial de menor jerarquía, calidad o intensidad. Si bien el estudio de las percepciones no es una disciplina jurídica, no podemos negar que genera influencias en la forma de pensar de las personas que deben cumplir o interpretar las leyes.

Esto ha dado lugar a diversas patologías en la interpretación y en el ejercicio mismo del arbitraje. Adicionalmente, se le ha ‘hiper-constitucionalizado’ innecesariamente y, por ende, se pretende someterlo al mismo marco conceptual que el que rige para la Jurisdicción Estatal, pero con el manto de ‘independencia’ antes referido.

Dicho manto, reitero, de aparente independencia, ha generado en la práctica un efecto inverso, pues en vez de proteger al arbitraje, ha servido para que incluso el Tribunal Constitucional peruano proceda a la refundación, también patológica, del arbitraje peruano.

De esta manera, se viene erosionando en forma sutil al instituto resultando imprescindible tomar acción para regresarlo a sus orígenes.

En tal sentido, concordamos plenamente con Mantilla Serrano, cuando señala que: ‘[...] el arbitraje siempre ha existido (y ha sido reconocido) tanto en América (incluida Latinoamérica) como en Europa y en la mayor parte del mundo, a pesar de que no existiera norma constitucional alguna que lo consagrara [...]’.

Prosigue el autor señalando que ‘[...] sin lugar a dudas, la razón para ello radicaba en que, de la misma forma en que no es necesario consagrar constitucionalmente el derecho de las partes para contratar libremente, no se hacía necesario autorizar el sometimiento al arbitraje cuando ya había disposiciones que consagraban la posibilidad de disponer libremente de ciertos derechos’.

[...]

Por su parte, Carbonneau cita diversas fuentes para resaltar el carácter particular que tiene el arbitraje, precisando que en realidad los comerciantes no han valorado jamás de manera positiva los medios jurisdiccionales-estatales de solución de controversias e incluso los han percibido históricamente como ajenos a su actividad comercial.

Ello se debe a que el proceso judicial corresponde a valores y convicciones políticas antes que a las necesidades del tráfico comercial y económico. De modo que los comerciantes prefieren un medio confidencial y especializado, antes que un proceso judicial público que no es práctico y difícilmente se adecúa a la realidad del comercio.

Concluye Carbonneau que el simple y sencillo ‘sentido común de carácter comercial’ constituye un argumento poderoso en contra de la posibilidad de someter controversias de carácter económico-comercial a la autoridad jurisdiccional estatal y de ahí el también poderoso efecto transformador que tiene el arbitraje.

La perspectiva de este autor merece especial atención y en gran medida contribuye a entender con mayor claridad por qué la actual ley se refiere preferentemente a las actuaciones arbitrales antes que al proceso o procedimiento arbitral.²⁸⁸

Al respecto, atendiendo a la similitud que existe entre el ordenamiento peruano y al español, nos parece ilustrativo el comentario que hace José María Roca Martínez en relación al ordenamiento español:

[...] la jurisdicción se configura en nuestra Constitución como una potestad dimanante de la soberanía del Estado, cuyo ejercicio se encuentra atribuido exclusivamente a los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial [...]. Únicamente tales órganos ejercen la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar

²⁸⁸ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 389-391.

lo juzgado, y lo hacen a través de procedimientos reglados e institucionalizados. Por contra, en el arbitraje destaca su carácter voluntario y eminentemente privado y la libertad de forma. Pero ello no quiere decir que el Estado no intervenga también en el arbitraje; lo hace, en efecto, estableciendo mínimas reglas que deben respetarse para garantizar el correcto desarrollo del procedimiento arbitral y la igualdad de las partes.

[...]

Ahora bien, la separación entre arbitraje y jurisdicción no impide que entre la actividad de los árbitros y la de los órganos jurisdiccionales existan puntos de conexión.

[...]

En consecuencia, si bien el arbitraje y la jurisdicción son realidades distintas, su separación no es tajante. Las interconexiones entre ambas son absolutamente necesarias, sobre todo desde la vertiente del arbitraje, que necesita de la jurisdicción para garantizar su efectividad y correcto desarrollo.²⁸⁹

En este punto, reproduciremos algunas definiciones elaboradas por destacados procesalistas en relación al término jurisdicción. Tales citas no hacen más que ratificar la innegable carga pública que tiene la jurisdicción, que además es una facultad exclusiva del Estado y, por lo tanto, indelegable a los particulares, lo cual la aleja inevitablemente de la institución arbitral:

[...] podemos definir la jurisdicción como la soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humana, y secundariamente para la composición de litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar

²⁸⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 78-80.

y sancionar delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos, de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.²⁹⁰

[...] consideramos que la llamada función jurisdicción o más específicamente, jurisdicción, es el poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el Derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible, y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia.

[...]

Una breve explicación sobre dos aspectos en apariencia contradictorios, pero en realidad complementarios de la definición dada. La jurisdicción es un poder porque es exclusiva: no hay otro órgano estatal ni mucho menos particular encargado de tal tarea. El Estado ejerce de tal forma esta exclusividad, que los textos constitucionales suelen referirse al monopolio jurisdiccional del Estado. Resulta evidente que el origen de ese poder se encuentra en la aceptación de que la función jurisdiccional es una manifestación de superioridad de quien la ejerce. Superioridad y autoridad que, a su vez, se explican en que ambas constituyen una emanación de la soberanía del Estado.²⁹¹

Sobre la base de las ideas expuestas podemos definir a la jurisdicción como una función que ejerce el Estado por en medio de los jueces integrantes de los organismos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial, lo que, utilizando el proceso como instrumento, dirimen los conflictos de trascendencia jurídica o resuelven las incertidumbres jurídicas que se les somete a su co-

²⁹⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, 2.^a Ed., p. 97.

²⁹¹ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I, pp. 213 y 214.

nocimiento y decisión, mediante resoluciones que adquieren la categoría de cosa juzgada, susceptibles de ejecución en los casos en que la decisión final dispone el cumplimiento de una prestación.²⁹²

Debemos agregar que el arbitraje y el proceso judicial tienen una base distinta, como expresa Juan Guillermo Lohmann:

[...] la razón de tutela es distinta. En el arbitraje se tutela la voluntad de las partes que quieren someterse a decisión de árbitros contenida en el laudo; en cambio, al tutelar una sentencia se respalda la *juris-dictio* estatal pronunciada a pedido de una sola parte. La hermenéutica, en síntesis, obliga a no identificar el poder delegado por las partes para decidir en sus asuntos privados que las partes confieren excepcionalmente al árbitro y sometimiento voluntario a lo que decida, con la potestad legal que la Constitución y la Ley del Poder Judicial confieren al Juez.²⁹³

La opinión antes expresada es compartida también por Roger Rubio, conforme se desprende de la siguiente cita, en la cual el referido autor explica los roles del arbitraje y del proceso judicial:

[...] en un caso estamos ante una esfera privada a la que se llega para resolver una controversia determinada por libre acuerdo de las partes, mientras que en el otro caso estamos ante una jurisdicción estática que tiene la función de impartir justicia por mandato constitucional a toda la sociedad.²⁹⁴

Otro autor que opina sobre la jurisdiccionalidad del arbitraje es Fernando Vidal Ramírez, quien no obstante defender una de las teorías

²⁹² CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2000, vol. I, p. 80.

²⁹³ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 47.

²⁹⁴ RUBIO GUERRERO, Roger. «Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 3, p. 11.

que reconoce a la «jurisdicción arbitral»,²⁹⁵ hace una enumeración de los argumentos empleados para negar dicha posición, los cuales pasaremos a señalar:

- a) La función jurisdiccional corresponde al Estado y, por tanto, es una función pública, mientras que el arbitraje es privado;
- b) Los magistrados jurisdiccionales reciben el nombramiento a nombre de la nación, integran órganos jerarquizados y tienen permanencia en la función, mientras que los árbitros son nombrados por las partes que entran en conflicto o por la institución arbitral a la que se le encarga el nombramiento, no están jerarquizados ni tienen permanencia en la función;
- c) Los magistrados jurisdiccionales están obligados a resolver conforme a derecho, mientras que los árbitros deben resolver según la facultad que reciban de la partes, pudiendo hacerlo con arreglo a derecho o a su leal saber y entender, según las partes hayan decidido que el arbitraje sea de derecho o de conciencia;
- d) Los magistrados jurisdiccionales están dotados, además de la *notio* (facultad de conocer el conflicto que se les plantea), de la *vocatio* (facultad de ordenar la comparecencia de las partes y de continuar el proceso en rebeldía de una de ellas) y de la *iuditio* (facultad de resolver mediante una sentencia), así como de la *coercio* y la *executio* (que vienen a ser las facultades coercitivas y de ejecución de sus fallos), mientras que

²⁹⁵ «El arbitraje no es, pues, consecuencia de una comisión ni de una delegación de la jurisdicción ordinaria, sino de la autonomía de la voluntad privada que origina una jurisdicción independiente, si se quiere de excepción, que no afecta el principio constitucional de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional ejercida por los órganos del Estado. La jurisdicción del arbitraje se origina en lo que en el Perú hemos resumido con el *nomen iuris* de convenio arbitral [...]». VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 60.

los árbitros sólo de la *notio*, de la *vocatio* y de la *iuditio*, que tiene expresión en el laudo.²⁹⁶

En este punto nos parece válido y contundente el siguiente cuestionamiento que Juan Guillermo Lohmann hace a la teoría que sostiene que el arbitraje implica jurisdicción:

[...] En sede arbitral la idea de jurisdicción ha de tomarse con reservas, porque ni siquiera hay prórroga voluntaria de una jurisdicción judicial a otra que habría que llamarla privada. Francamente parece difícil hablar de una jurisdicción que se crea e instaure ex profeso para cada arbitraje concreto con destino a terminar cuando se pronuncia el laudo. Habría tantas jurisdicciones cuantos arbitrajes en trámite existieran: una persona árbitro en dos asuntos pertenecería a dos jurisdicciones. Y en los días que no hubiera arbitrajes, ¿no habría jurisdicción? En verdad no concibo que la actividad arbitral, esencialmente temporal, carente de cuerpos orgánicos estables e instituidos, pueda asimilarse como paralela a la jurisdicción estatal. Lo que [...] los cuerpos constitucional y civil han querido expresar —y a mi entender no han sabido hacerlo—, es que los árbitros asumen el conocimiento exclusivo de una materia y que mientras se sustancia y resuelve la misma, las partes deben comprometerse ‘como si’ de un juicio común se tratara. Nada más, pero tampoco nada menos.²⁹⁷

La definición de jurisdicción implica necesariamente la búsqueda de un órgano del Estado para que, en base a las normas emitidas (y/o reconocidas) por el propio Estado, solucione los conflictos intersubjetivos, y que además de ello, en caso sea necesario, el Estado se encargue de hacer cumplir forzosamente su decisión, mediante el uso de su *ius imperium*. Esto no significa que los particulares estén privados o

²⁹⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3, pp. 60 y 61.

²⁹⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V, p. 48.

impedidos de solicitar a un tercero (también privado) que resuelva sus controversias, siendo que este tercero no desempeña dicha función por encargo del Estado o en su nombre, pues el Estado no realiza ningún «proceso de selección» o «licitación»²⁹⁸ para delegar su potestad jurisdiccional (la cual creemos además que es indelegable), «[...] considero que el arbitraje no supone actuación jurisdiccional alguna, sino que es un método privado de resolución de conflictos, tanto por su origen, como por los sujetos que actúan, la calidad en que lo hacen, la responsabilidad que asumen y el procedimiento que utilizan [...]».²⁹⁹ Así pues, la facultad de resolver controversias (o administrar justicia) no es una función exclusiva del Estado, sino que, lo que si es exclusivo de su soberanía, es la función jurisdiccional (atendiendo a la potestad particular que implica tal función):

Afirmamos que la función de administrar justicia no se ejerce exclusivamente por el Poder Judicial. La exclusividad debe entenderse a la función jurisdiccional, pero no a la potestad de administrar justicia. Son dos conceptos totalmente distintos, a los que se les puede dotar de similar significación. La exclusividad expresa una de las características de la jurisdicción, que implica que los particulares no pueden ejercerla debido a que cada Estado la aplica con prescindencia y exclusión de otros estados (Devis 1994:79). Como señala Devis, la jurisdicción es autónoma, puesto que cada Estado la ejerce soberanamente; es independiente frente a los otros órganos del Estado y a los particulares; es única, es decir, que sólo existe una jurisdicción del Estado, como función, derecho y deber de éste.³⁰⁰

Para abundar en el tema, quisiéramos hacer algunos cuestionamientos adicionales que surgen frente a las teorías que reconozcan al-

²⁹⁸ Incluso cuando una entidad estatal participa en un arbitraje como parte y designa a su árbitro, dicho acto lo realiza como si fuera un particular.

²⁹⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, p. 80.

³⁰⁰ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 20.

gún margen jurisdiccional al arbitraje, sin perjuicio de que el análisis de las teorías de la naturaleza arbitral se han desarrollado en el primer capítulo de esta tesis y que, además, tales cuestionamientos no son materia de esta investigación: ¿Si el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional (en el sentido publicista y estatal del término jurisdicción), qué sucede, por ejemplo, en el ámbito del arbitraje de inversiones llevado a cabo en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones —CIADI— o en un arbitraje que se lleve a cabo entre Estados soberanos? ¿De dónde surge la jurisdicción? ¿Acaso en estos ámbitos el arbitraje tiene una naturaleza diferente? ¿Quién obliga a los Estados a cumplir lo dispuesto por los árbitros? Al respecto, se debe tener presente que: «Los litigios que surgen en el comercio internacional se resuelven a través del arbitraje o la mediación. Los dictámenes y acuerdos que de ellos se derivan no están respaldados por los gobiernos, sino por las relaciones de reciprocidad dentro de la comunidad mercantil internacional».³⁰¹

Adicionalmente, nos parece pertinente reproducir la siguiente cita de Carlos Maluquer al comentar la Ley de Arbitraje española del 2003 (la cual sirve de antecedente a nuestra Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071):

2.2. El arbitraje no es jurisdicción

Hasta hace tiempo se ha venido contemplando la administración de justicia como el lugar apropiado para obtener una solución de los conflictos de intereses que existen entre los ciudadanos. De hecho es así, pues el artículo 24 de la Constitución reconoce el derecho de las personas a obtener la tutela de los tribunales en el ejercicio de sus derechos. Con esta finalidad siempre ha existido y, hoy más aún, un sistema judicial que reconoce el derecho de cada persona para poder acudir a un juez en defensa de sus derechos.

³⁰¹ BENSON, Bruce. *Justicia sin Estado*. San Francisco: Unión Editorial, 2000, p. 265.

El poder judicial representa toda una estructura organizada para impartir justicia, contemplada desde el prisma privado, a petición de los ciudadanos. Constituye todo un sistema, una jurisdicción con unas reglas determinadas, claras, y aplicables a todos por igual.

Pero, hoy día no puede entenderse estrictamente como el único. Pueden contemplarse otras posibilidades. En efecto, la dinámica de la actividad económica en general que se produce en la actualidad, determina que el propio legislador se plantea la posibilidad de reconocer otros mecanismos de resolución y de impartir justicia diferentes al sistema judicial. Hoy en día, el Estado estimula la creación de mecanismos alternativos que eviten la tradicional judicialización de los conflictos y que den respuesta y solución rápida a la existencia de conflictos de intereses, cuyo resurgimiento se advierte en la actualidad en mayor grado como consecuencia de un mejor conocimiento de los propios derechos por parte de los ciudadanos y de las posibilidades de su ejercicio.

El arbitraje constituye un mecanismo propio que se sitúa en este marco de libertad y de autonomía de las personas. Constituye un instrumento mínimamente regulado por el Estado al servicio de las personas, para su propia utilidad e interés y que no posee ningún marco jurisdiccional.

[...]

Por ello el arbitraje no constituye nunca un elemento de jurisdicción. Constituye una vía alternativa de sometimiento voluntario y libre de una o varias cuestiones sobre las que las partes posean poder de disposición, sin que se perjudique el derecho a la tutela judicial efectiva [...] que representa, que una vez decidido por las partes utilizar este mecanismo para solucionar su cuestión litigiosa, ha de continuarse en la misma y que la solución queda sometida a la decisión que establezcan las personas nombradas por ellas mismas. Con ello, lógicamente, no puede acudir a la llamada jurisdicción judicial, reservada solamente para situaciones extremas y en las que presumiblemente se haya

infringido las pocas reglas formales existentes o que la decisión sea contraria al orden público.

[...] Prácticamente no tiene que existir intervención judicial en el arbitraje. Los tribunales no tienen que conocer las controversias sometidas a arbitraje. La función de éstos es de apoyo y control. Y es lógico, las partes han optado por otra vía distinta a la judicial. La ley tiene que establecer excepcionalmente unas reglas imperativas, en defecto de las dispositivas que las constituyen, la voluntad libre de las partes. Prácticamente como ocurre normalmente en el ámbito jurídico de carácter patrimonial.³⁰²

Sin embargo, no queremos dejar de reconocer que frente a este tipo de cuestionamientos existen teorías que defienden la jurisdiccionalidad del arbitraje, aun en el ámbito internacional o en el de inversiones, para lo cual utilizan una definición diferente del término publicista de jurisdicción y que no se limita sólo al sentido que en este capítulo hemos categorizado como estricto (y que es utilizado por nuestro el Tribunal Constitucional), sino se asimila más al sentido lato o etimológico del término, aunque desprovisto de la carga publicista que normalmente le reconoce la doctrina en el Perú, toda vez que no existe ningún Estado o Constitución Supranacional que reconozca al arbitraje como jurisdiccional en dichos ámbitos internacionales, sino que, por el contrario, se reconoce que el arbitraje (y su «jurisdiccionalidad») surgen de la voluntad de las partes, por lo que podría ser muy interesante discutir esta posición en nuestro arbitraje nacional. Al respecto, nos parecen ilustrativas las palabras de Alfredo de Jesús, quien desarrolla la idea antes indicada y, además, critica el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional (a pesar de que ambos reconocen a la jurisdicción arbitral):

³⁰² MALUQUER DE MOTES I BENET, Carlos J. En «Comentario al artículo 1 de la Ley de Arbitraje Española». *Comentarios prácticos de la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 49 y 50.

Si las interpretaciones que los jueces constitucionales de Colombia, Chile y Venezuela han hecho del arbitraje causan serias preocupaciones, la del Tribunal Constitucional del Perú causarán conmoción. El Tribunal Constitucional peruano no se ha limitado, como han hecho sus pares latinoamericanos, a manifestar, a través de gestos más o menos importantes, su hostilidad frente a la naturaleza voluntarista del arbitraje comercial internacional. Por el contrario, ha elaborado una completa teoría constitucional del arbitraje para vehicular esa hostilidad. Es en este sentido que, partiendo de su teoría del 'transito del Estado de Derecho al Estado constitucional de Derecho', en la que el respeto por las leyes formales no sería más que un 'valorismo legalista' contrario al 'principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución', impone 'una lectura publicista de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado'. Al proceder de esta manera, llega al punto no sólo de afirmar que 'la autonomía de la voluntad deriva de la Constitución' sino que 'la facultad de los árbitros para someter un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes [...] sino que tiene su origen y, en consecuencia su límite, en [...] la propia Constitución' y que es 'de allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución'. Pero no es sólo eso, para el Tribunal Constitucional peruano 'la jurisdicción arbitral ... no se agota en las cláusulas contractuales, ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada', por lo que 'el árbitro o tribunal arbitral aparece [...] sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional'. Evidentemente, frente a estas premisas, resulta 'un hecho incontrovertible que existe la posibilidad de cuestionar, por la vía de proceso constitucional, una resolución arbitral'.

La negación de la naturaleza voluntarista del arbitraje no es más que un artificio producto de la miopía jurídica que produce el exclusivismo constitucional para forzar la incorporación del arbitraje comercial internacional dentro del orden jurídico cons-

titucional. Esa pretendida incorporación forzosa del arbitraje comercial internacional, dentro del orden jurídico constitucional, no sólo atenta contra su naturaleza voluntarista, también es contraria a su naturaleza trasnacional.³⁰³

[...] El árbitro del comercio internacional es una persona neutral investida de poder para tomar una decisión de carácter vinculante en virtud de la voluntad de las partes. El árbitro de comercio internacional no es un delegado de ninguna función constitucional, ni un órgano del Estado, tampoco emite sus laudos en nombre de ningún Estado o del pueblo de ningún Estado. El árbitro de comercio internacional se encuentra vinculado a las partes por un contrato, el contrato de árbitro; su misión jurisdiccional encuentra sus términos y límites en ese contrato. Su obligación de dictar un laudo definitivo, que ponga fin a la controversia, es de naturaleza contractual y lo emite en virtud del consentimiento de las partes. El árbitro de comercio internacional ni es un juez estatal, ni funciona como tal o es asimilable a uno. El árbitro del comercio internacional no tiene ninguna obligación de aplicar las normas constitucionales de ningún Estado, porque éstas no forman parte del contenido contractual al que sí se encuentra sometido.³⁰⁴

Este mismo razonamiento en el ámbito internacional puede ser trasladado al ámbito nacional, en el sentido de que la facultad de los árbitros de resolver controversias (según el citado autor, lo que sería la jurisdicción en un sentido no publicista) deviene del contrato que los árbitros celebran con las partes y no de las leyes o de la Constitución, normas que se deberían limitar a establecer un marco en el cual se de-

³⁰³ DE JESÚS O., Alfredo. «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*. Lima, 2008/2009, n.º 3, pp. 163 y 164.

³⁰⁴ DE JESÚS O., Alfredo. «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*. Lima, 2008/2009, n.º 3, p. 172.

sarrolle y se promueva el arbitraje (así como los demás mecanismos privados de solución de controversia).³⁰⁵

Finalmente, quisiéramos recalcar que el arbitraje surte efectos principalmente por el acuerdo entre las partes; sin embargo, para asegurar tales efectos, el laudo ha sido reconocido como un título ejecutivo extrajudicial, por lo que, su efectividad (forzosa), depende de la jurisdicción; asimismo, la jurisdicción podrá revisar la validez del laudo y de las actuaciones arbitrales (si es que alguna parte interpone el recurso de anulación), pero sólo cuando se haya culminado el arbitraje (efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz*):

Los efectos que produce el convenio arbitral se proyectan tanto sobre las relaciones obligatorios que genera entre las partes, como respecto a la actividad jurisdiccional, que es excluida temporalmente en virtud de la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje. En su desarrollo, el arbitraje presenta evidente tracto procedimental, debiendo cumplir ciertos requisitos de procedimiento, sin los cuales, la decisión arbitral no saldría de la esfera contractual; al contrario, su cumplimiento reviste al laudo de la fuerza ejecutiva propia de los títulos extrajudiciales, al tiempo que es garantizado a través de su control jurisdiccional.³⁰⁶

³⁰⁵ «La parte final del primer párrafo del artículo 62 [de la Constitución], señala que ‘los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, conforme a los mecanismos de protección previstos en el contrato o dispuesto por ley’.

Esta indicación resulta innecesaria y por tal razón hubiera sido preferible evitarla. Por lo demás, el texto se refiere sólo a determinados mecanismos heterocompositivos de solución de conflictos, obviando la mediación y la conciliación, y omite referirse a los medios autocompositivos, concretamente a la transacción.

En este sentido, el vocablo ‘sólo’ que emplea el artículo carece del carácter terminante, categórico, que aparentemente quiso atribuirle el constituyente». En CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Autonomía privada, contrato y constitución». En *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 58.

³⁰⁶ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 81 y 82.

3. LA RELACIÓN PROCEDIMENTAL DE LOS ÁRBITROS Y LAS PARTES

3.1. *Partes*³⁰⁷

Las partes³⁰⁸ son quienes tienen la controversia o litigio y una de ellas recurre al arbitraje para que un tercero imparcial resuelva la controversia que tiene frente a la otra parte. En ese sentido, hacemos nuestras las palabras de Mario Castillo y Ricardo Vásquez:

Si bien la materia prima de la mayoría de procesos es la existencia de un conflicto de intereses, de una controversia que la sociedad quiere y manda que se resuelva en el estado de derecho, ésta no puede producirse si no hay partes, sin un hombre o institución que tengan una versión contraria a la de otro hombre o institución y que genere, a su vez, un litigio. Así pues, en un proceso arbitral es, por lo menos, un asunto entre dos partes que buscan justicia.³⁰⁹

Asimismo, estas partes en el caso del arbitraje van a ser las que han celebrado el convenio arbitral,³¹⁰ y es pues en base a este acuerdo que

³⁰⁷ Cabe precisar que, al existir coincidencia con las partes que celebran el contrato partes-árbitro y las personas que tienen tal calidad en el procedimiento arbitral, las características y requisitos que deben cumplir las partes en ambos casos serán las mismas, motivo por el cual nos remitimos al segundo capítulo en relación a este particular.

³⁰⁸ «Sin lugar a dudas las partes o sujetos contendientes son los grandes protagonistas y precursores del arbitraje [...], el arbitraje tiene lugar cuando las partes optan voluntariamente por este particular cauce de resolución de controversias.

[...]

Para justificar la importancia de la voluntad de las partes basta con remontar al instrumento en el que éstas plasman su voluntad: el convenio arbitral. [...]. A partir de ese momento los sujetos del convenio arbitral contraen un doble compromiso: someter la contienda a los árbitros y acatar su decisión». En CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: José M. Bosch, 2000, p. 67.

³⁰⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 207.

³¹⁰ «En virtud del compromiso, se estipula un contrato y al mismo tiempo se promueve un juicio. De aquí la necesidad, por un doble título, de que las partes sean

deciden que ante una controversia no irán al proceso judicial, sino que resolverán sus controversias en el arbitraje.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, es pertinente indicar que todas las partes (dos o más) que celebran el convenio arbitral, no siempre se encontrarán inmersas en un arbitraje al mismo tiempo, pues puede presentarse el caso en donde tres personas (naturales o jurídicas) celebran un contrato que incluye una cláusula arbitral y, posteriormente, surja una controversia únicamente entre dos de las referidas personas, caso en el cual éstas serán quienes ostentarán la posición de parte en el procedimiento arbitral.

En otras palabras, para que una de las partes que suscribió el convenio arbitral sea parte en el procedimiento arbitral, deberá necesariamente tener una controversia con otra parte, a la cual también le deberían ser aplicables los efectos del convenio arbitral:

Esas partes que suscriben el convenio, están abocadas a un procedimiento arbitral (siempre que exista una controversia), por lo que ello sugiere realizar una nítida diferenciación entre las partes del convenio y las partes del procedimiento. En el primer caso podrá o no haber controversia; en el segundo, hay que hablar necesariamente de partes enfrentadas.³¹¹

De otro lado, hay que tener presente que en el procedimiento arbitral las partes podrán realizar las actuaciones arbitrales de manera personal o debidamente representadas, debiéndose tener presente además que la representación en el arbitraje (no sólo para el procedimiento, sino incluso para celebrar el convenio arbitral) está regulada de manera especial por los artículos 10 y 37 del Decreto Legislativo n.º 1071 (régimen particular de representación que se ha establecido para el arbitraje).

capaces». ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía., 1939, p. 88.

³¹¹ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Madrid: José M. Bosch, 2000, p. 68.

Al respecto, cabe precisar que, como en el arbitraje no existe un «proceso», no es necesario que las partes participen con la asistencia de abogados; sin perjuicio de que las partes, si lo desean o lo consideran conveniente, pueden delegar representación a tales profesionales como a cualquier otro.³¹²

3.2. *Tribunal Arbitral*³¹³

El tribunal arbitral estará constituido por los árbitros,³¹⁴ personas naturales,³¹⁵ independientes e imparciales,³¹⁶ que no tengan ninguna incompatibilidad con el cargo,³¹⁷ todo lo cual es necesario, pues de estas personas depende la idoneidad del arbitraje.³¹⁸

³¹² «Al no ser un proceso, las partes pueden comparecer por sí mismas ante los árbitros [...]. Tampoco cabe la intervención de Letrado como director de la parte, excepto en el trámite de audiencia en el procedimiento de derecho, en el que se admite como facultativa, intervención que, diga lo que la Ley, nunca puede ser como Letrado defensor, porque no los hay en un arbitraje, y sí sólo como representante de la parte, en lo que podrá o no concurrir la condición de Letrado». OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, p. 209.

³¹³ Cabe precisar que, al existir coincidencia con los árbitros que celebran el contrato partes-árbitro y quienes desempeñan dicha función en el procedimiento arbitral, las características y requisitos que deben cumplir los árbitros en ambos casos serán las mismas, motivo por el cual nos remitimos al segundo capítulo en relación a este particular.

³¹⁴ El artículo 19 del Decreto Legislativo n.º 1071 permite que el tribunal arbitral se encuentre constituido por un número par o impar de árbitros, dejando a la voluntad de las partes dicha decisión; sin perjuicio de ello, si las partes no llegan a un acuerdo en relación a este tema o existe duda al respecto, la citada norma establece que el tribunal deberá estar constituido por tres árbitros.

³¹⁵ El artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece que los árbitros deben ser personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no guarden ninguna incompatibilidad para actuar como árbitros.

³¹⁶ Conforme se desprende del artículo 28 del Decreto Legislativo n.º 1071.

³¹⁷ Según se establece en el artículo 21 del Decreto Legislativo n.º 1071.

³¹⁸ «Es un axioma frecuentemente citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen. La independencia, la imparcialidad y la percepción de imparcialidad constituyen elementos fundamentales para juzgar la calidad del árbitro y del arbitraje». JIJÓN

Es en los árbitros en quienes recae la mayor parte de la responsabilidad para que el arbitraje no deje de ser una alternativa real de solución de controversias:

El tema de los árbitros reviste una importancia decisiva en el ámbito del arbitraje en general y, más específicamente, en el ámbito del arbitraje comercial internacional. De los árbitros depende en gran medida que el arbitraje responda a las expectativas de las partes de ver resuelta su controversia a través de un procedimiento riguroso y finalmente eficaz. Solamente si los árbitros demuestran una elevada capacidad de acción, particularmente en cuanto a conocimiento del asunto, dedicación y celeridad, y sobre todo si son imparciales, el arbitraje se consolidará como la alternativa ideal a la jurisdicción para la solución de conflictos entre las partes.³¹⁹

Los árbitros son, pues, la piedra angular para que el procedimiento arbitral se lleve a cabo:

No hay arbitrajes sin árbitros. Es ésta una conclusión que, a diferencia de aquellas que necesitan la precedente alianza de poderosos argumentos, se impone por su propio peso. El árbitro es el astro rey del arbitraje, sin cuya luminosa actividad esa institución sería imposible de concebir, pues, a fin de cuentas, el arbitraje es la actividad de los árbitros.³²⁰

Asimismo, Fernando Cantuarias explica la importancia que guardan los requisitos y formalidades establecidos:

LETORT, Rodrigo. «Independencia de los árbitros». En *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión: El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Editora Ediciones Magna, 2008, p. 347.

³¹⁹ ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: Selección, recusación y reemplazo». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 53, p. 162.

³²⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Palestra Editores, 2006, p. 121.

A efectos de garantizar la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones arbitrales imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros. Generalmente estos requisitos están referidos a la edad y a la capacidad civil, la nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro.

Pero, además de los requisitos que pueden ser exigidos por la ley de lugar donde se va a desarrollar el arbitraje, las partes o el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje pueden imponer sus propios requisitos adicionales.³²¹

De la cita anterior se desprende que, además de los requisitos y formalidades que las normas que regulan el arbitraje imponen en cada país, y sin perjuicio de que en algunos casos las partes podrán pactar en contrario, ellas podrán establecer además requisitos y/o formalidades adicionales, los cuales deberán ser necesariamente cumplidos por los árbitros designados,³²² salvo que las partes estén de acuerdo en dejar sin efecto tales requisitos y/o formalidades adicionales.

Los árbitros serán designados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero que ellas elijan, o por la Cámara de Comercio correspondiente, en defecto de las partes o de los propios

³²¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 67.

³²² «Por último, las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad o libertad que tienen para designar a sus árbitros, pueden acordar en cualquier momento requisitos especiales que deberán reunir las personas que actuarán como árbitros como, por ejemplo, que cuenten con cierta experiencia profesional, entre otros.

Si los árbitros designados, no cumplen con los requisitos legales, contractuales (del convenio arbitral) o reglamentarios (de la institución arbitral), ello podrá ser causal de recusación, o a que el laudo arbitral pueda ser anulado o no reconocido debido a la defectuosa constitución del Tribunal Arbitral». En CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 69.

árbitros al momento de designar presidente, cuando el tribunal sea un órgano colegiado.

3.3. *Lógica de la relación procedimental*³²³

La relación entre las partes y el juez o la sala en un proceso judicial, así como la relación en un procedimiento arbitral entre partes y tribunal arbitral, se rigen por la lógica del sometimiento a las decisiones del juzgador (bajo cualquiera de las teorías de la naturaleza del arbitraje), pero con diferencias notorias, dada la diferente naturaleza del vínculo.

En este caso el juzgador cumple una función primordial, que es dirigir el proceso y resolver la controversia, que en el caso concreto del árbitro es la razón por la cual lo contrataron. Por esta función conductora y decisoria que cumple el juzgador, las partes deben someterse a lo que éste decida u ordene, sin que sea necesario, en principio, la intervención de las partes para que la decisión u orden emitida surta efectos (sin perjuicio del acuerdo de voluntades previo, necesario para el nacimiento del arbitraje. Nos referimos al convenio arbitral). En otras palabras, no es necesaria la colaboración de las partes para que el juzgador cumpla con sus funciones (aunque este escenario puede ser idóneo). De esta manera, los árbitros pueden cumplir su prestación consistente en dirigir el procedimiento arbitral y resolver las controversias de las partes mediante el laudo, a pesar de la posible falta de colaboración u obstaculización deliberada de las partes.

³²³ «De esta forma, vamos a encontrar que los contendientes, en tanto que partes, tienden a la defensa de sus intereses particulares y el árbitro, en tanto que órgano decisor, tiene por misión solucionar un litigio *supra* partes, ya sea en derecho, ya sea en equidad. Así las cosas, la actividad que partes y árbitros desarrollan dentro del procedimiento arbitral, estará informada por determinados principios que posibilitan el desenvolvimiento más óptimo de arbitraje al servicio de fines de la justicia». CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José M. Bosch, 2000, p. 83.

Un ejemplo de lo antes señalado lo podemos observar cuando dentro del procedimiento arbitral los árbitros, luego de conocer la posición de las dos partes sobre un incidente, lo resuelven. Tal decisión de los árbitros se presume válida y debe ser respetada por las partes, siempre que la decisión haya quedado firme o consentida dentro del propio procedimiento (no se haya interpuesto reconsideración y no se haya objetado las reglas aplicadas por los árbitros). Interpretar lo contrario (que no existe sometimiento de las partes a lo que decidan los árbitros en el transcurso de las actuaciones arbitrales), significaría la posibilidad de que se presenten discusiones *ad infinitum*, que harían imposible que el tribunal arbitral pueda llevar a cabo su función de solucionar controversias. Por lo tanto, aunque una parte no esté de acuerdo con lo decidido por los árbitros, tendrá que continuar con el arbitraje,³²⁴ pues a esto se obligaron ambas partes.³²⁵

Para complementar lo señalado precedentemente, recordaremos las palabras de Rodrigo Jijón Letort:

Cualquiera sea la posición que asumamos sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, resulta evidente que los árbitros ejercen funciones de adjudicación semejantes a los jueces.

³²⁴ Recordemos que en este caso, como en el proceso judicial, existen por lo menos tres posiciones distintas; entre ellas: tenemos los intereses de cada una de las partes dentro del procedimiento, que en principio son contradictorios, pues cada una de ellas busca que la controversia sea resuelta a su favor, y la posición que deben asumir los árbitros, encargados de resolver la controversia de manera justa, sin alinear este interés con el de las partes. En el ámbito procedimental, lo relevante, frente a las posiciones contradictorias de las partes, es lo que el árbitro decide, dictamen que las partes decidieron respetar o subordinarse al someterse al arbitraje.

³²⁵ «[...] si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado primeramente su decisión, así, el laudo arbitral es resultado de la libertad de los contendientes, no de su sujeción, porque, si bien el resultado no es para ellos libre *in effectu*, ha sido libre *in causa* y tiene, por lo tanto, fuerza de obligar, porque ellos quisieron que se les obligue». GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956, p. 22.

El Estado reconoce la justicia arbitral y se obliga a ejecutar los laudos en la medida que el proceso arbitral cumpla con requisitos mínimos que aseguren a los litigantes las garantías del debido proceso. La independencia de los árbitros es un requisito para que el Estado reconozca y ejecute sus laudos.

Además de este origen inherente a su función, las garantías de independencia e imparcialidad nacen también del contrato entre los árbitros y las partes.³²⁶

Sin embargo, no debemos dejar de recordar que el procedimiento arbitral y el procesal judicial (así como el procedimiento que en éste también existe) tienen importantes diferencias, sobre todo en las formalidades que cada uno exige para su desenvolvimiento:

En virtud de la obligación contraída, los árbitros están obligados a decidir las controversias. Pero es lógico que, para llegar a una decisión, sea preciso recoger los elementos necesarios. Se presenta aquí en toda su importancia el llamado procedimiento arbitral.

Éste, de ordinario, está exento de formalidades, en cuanto los árbitros no deben observar las formas y términos establecidos para la instrucción de las causas ante la autoridad judicial.³²⁷

Así pues, en este punto debemos decir que la institución arbitral, como un medio heterocompositivo de solución de controversias, implica necesariamente una serie de elementos procedimentales (tracto procedimental en el cual se van a ejecutar las obligaciones contractuales existentes entre las partes y los árbitros), en el cual las partes y los árbitros se regirán por normas o reglas de naturaleza procedimental (las cuales surgen tanto del convenio arbitral, del contrato partes-árbitro y

³²⁶ JIJÓN LETORT, Rodrigo. «Independencia de los árbitros». *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión: El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Editora Ediciones Magna, 2008, p. 345.

³²⁷ Rocco, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía., 1939, p. 103.

de las normas contenidas en el Decreto Legislativo n.º 1071, conforme lo establece el artículo 34 de dicho cuerpo normativo), en base a las cuales los árbitros deben dirigir el procedimiento:

El artículo se basa en el principio de la autonomía e igualdad de las partes para establecer libremente las reglas del arbitraje, otorgando un amplio campo de acción a éstas y estableciendo un orden para la determinación de dichas reglas.

La libertad de las partes es inherente a las libertades individuales reconocidas y protegidas constitucionalmente en el ordenamiento jurídico, siendo éste justamente el espacio de regulación inherente al arbitraje, a lo que se suma la necesidad, tal como está normado en la norma constitucional peruana, de regular el arbitraje del Estado.

El primer inciso del artículo objeto de comentario hace mención al acuerdo entre las partes para la definición de las reglas arbitrales. En principio, dependiendo de lo que establezca la ley o la normativa que corresponda a una competencia arbitral especializada, el arbitraje suele ser producto de una negociación entre las partes, basándose así en el ejercicio de la voluntad, a partir de la voluntad inherente al individuo en el sentido kantiano.

De donde es lógico que una ley general sobre la materia se encuentre orientada por el principio de autonomía y de libertad de las partes para actuar el arbitraje. Y, por ende, también es lógico que ello se refleje en la posibilidad de pactar libremente las reglas que regirán el arbitraje.

El elemento de lo razonable, recogido por el artículo objeto de comentario, surge en el caso que los árbitros deban determinar las reglas del arbitraje, ante la falta de acuerdo entre las partes o si éstas no lo pactaron.

Es en este sentido que se entiende la mención a las ‘reglas más apropiadas’, teniendo en cuenta las ‘circunstancias del caso’. En modo alguno cabe entender o interpretar a partir de esto la apli-

cación necesaria de la legislación procesal civil ni tampoco es admisible la aplicación de reglas ‘inapropiadas’.³²⁸

Sin embargo, tales reglas que rigen el procedimiento arbitral (sean establecidas por las partes o por los árbitros) deberán respetar sobre todo el principio de igualdad, así como permitir a las partes ejercer sus derechos. En tal sentido, no será necesario seguir los principios judiciales (o jurisdiccionales) al pie de la letra, atendiendo a la naturaleza privada que tiene la institución del arbitraje, conforme lo hemos desarrollado a lo largo de la presente investigación. Esto es también expresado por De Hoyos:

Para la obtención de tal finalidad, la plena vigencia de las garantías o derechos de defensa e igualdad cobra un papel tan relevante como el que pueden llegar a desempeñar, por ejemplo, los abundantes conocimientos especializados de los árbitros acerca de unas determinadas materias.

Lo que se ha dado en llamar ‘tutela arbitral efectiva’ de las pretensiones que se cruzan en el procedimiento arbitral pasa desde luego por la observancia de los principios mencionados [...]. Constituye un craso error, que por suerte tiende a desterrarse, plantear los términos ‘garantías del procedimiento’ y ‘eficiencia de la solución del conflicto’ como extremos contrapuestos. En realidad resulta casi imposible, tanto en el proceso jurisdiccional como en el procedimiento arbitral, alcanzar la solución más justa del conflicto si no se ha posibilitado previamente el despliegue de la actividad alegatoria y probatoria de una de las partes que actúan bajo la plena vigencia del principio de igualdad; velar por que esto sea así en cada acto del procedimiento es tarea esencial tanto de los árbitros como de los jueces en sus respectivos ámbitos.³²⁹

³²⁸ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Comentario al artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, pp. 392 y 393.

³²⁹ DE HOYOS SANCHO, MONTSERRAT. «Comentario al artículo 24 de la Ley de Arbitraje española». En *Comentarios prácticos de la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 447 y 448.

Y Roca Martínez:

[...] En mi opinión, es indudable el aspecto procedimental del arbitraje, pero a diferencia del proceso judicial, regulado casi en su totalidad por normas de *ius cogens*, en el procedimiento arbitral nos encontramos de nuevo con predominio de la autonomía de la voluntad, tanto en relación al procedimiento (en manos de las partes que pueden someterse incluso a una normativa diferente a la española) como respecto a la normativa aplicable al fondo del asunto; arbitraje y proceso judicial ‘están inspirados por fundamentos y principios radicalmente distintos’. [...] En la opción control estatal frente a la autonomía de la voluntad se ha optado por la segunda, dado que el ‘desarrollo del procedimiento arbitral se regirá por la voluntad de las partes o por las normas establecidas por la Corporación o Asociación a la que se haya encomendado la administración del arbitraje y, en su defecto, por acuerdo de los árbitros’ [...]; pero ello no significa absoluta libertad, ya que se establecen unos principios esenciales [...] cuya inobservancia posibilita la anulación de laudo [...]. Con esta reducida intervención estatal en la regulación del procedimiento arbitral se pretende dotar a la futura resolución de unas mínimas garantías en orden a ‘evitar situaciones de desigualdad ... e indefensión’, estableciendo, al mismo tiempo, el control último de dichas garantías en vía jurisdiccional. No creemos, no obstante, que dicho control suponga subordinación del procedimiento arbitral a la jurisdicción, sino únicamente que ésta debe garantizar el correcto desarrollo de aquél (igualdad que debe garantizar el correcto cumplimiento de las obligaciones, el resarcimiento de daños y perjuicios o el disfrute de los derechos reales sin perturbaciones ilegales).³³⁰

³³⁰ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992, pp. 66 y 67.

CONCLUSIONES

- El arbitraje es un mecanismo heterocompositivo (diferente al proceso judicial) de solución de controversias sobre derechos disponibles (de acuerdo a lo establecido por la ley); y como tal, existen varias teorías que buscan explicar su naturaleza jurídica (principalmente, las teorías publicistas, las teorías privatistas y las teorías mixtas). De acuerdo a lo desarrollado en la presente tesis, podemos afirmar que la teoría más adecuada es la privatista o contractual, pues el arbitraje es una institución jurídica eminentemente privada, la cual surge y se desarrolla principalmente en base a la autonomía privada. Sin embargo, no debemos inferir que, al adherirnos a la teoría contractualista, estamos afirmando que el arbitraje es un contrato, sino que consideramos simplemente que la teoría que mejor explica la naturaleza del arbitraje es la teoría privatista, atendiendo a que todos los actos que se llevan a cabo en la institución arbitral son privados (el convenio arbitral, el contrato de dación y recepción del arbitraje, el procedimiento arbitral y demás actos que se puedan presentar adicionalmente), de donde dos de sus elementos necesarios (el convenio arbitral y el contrato partes-árbitro) son contratos y el tercer elemento necesario es el espacio y lugar en el cual se van a ejecutar (en un tracto procedimental) las obligaciones surgidas de estos contratos.
- Existen tres elementos necesarios para que se lleve a cabo un arbitraje: (i) el convenio arbitral, (ii) el contrato de dación y recepción del arbitraje y (iii) el procedimiento arbitral. En el convenio arbitral intervendrán sólo las partes, mientras que en los otros dos elementos van a intervenir conjuntamente las partes y los árbitros, motivo por el cual la interrelación partes-árbitro está constituida por la interacción entre el contrato partes-árbitro y el procedimiento arbitral (en el cual se van a ejecutar las obligaciones surgidas del convenio

arbitral y de los contratos celebrados entre las partes y los árbitros), ambos, elementos indispensables para que se cumpla el objetivo de la relación partes-árbitro.

- El contrato partes-árbitro, como cualquier otro contrato, se celebra en base a la autonomía privada (y con respeto a lo que establezca la ley). En base a este contrato, los árbitros se obligan a dirigir el procedimiento y resolver las controversias de las partes mediante uno o varios laudos, mientras que las partes se obligan a pagar los honorarios de los árbitros como contraprestación. Éste es un contrato que se va a celebrar entre las partes del procedimiento arbitral a instaurarse (los cuales además deberán ser parte del convenio arbitral) y cada uno de los árbitros que vayan a participar en dicho procedimiento; en otras palabras, existirán tantos contratos partes-árbitro, como número de árbitros que participen en el procedimiento arbitral.
- Las partes del procedimiento arbitral tendrán, como obligación surgida del contrato de dación y recepción del arbitraje, que cumplir con el pago de los honorarios de los árbitros (como contraprestación), siendo que los montos correspondientes serán establecidos en la forma y con los criterios señalados en la ley; asimismo, las partes deberán cumplir adicionalmente una serie de deberes accesorios (por ejemplo, actuar de buena fe y prestar su colaboración), a fin de que los árbitros también puedan cumplir con su prestación de la mejor manera. Por su parte, los árbitros gozarán de una serie de prerrogativas especiales para cumplir con su prestación, la misma que consiste en dar el siguiente servicio a las partes: (i) guiar apropiadamente el procedimiento arbitral, permitiendo a las partes ejercer sus derechos de manera adecuada y razonable; y (ii) resolver las controversias sometidas por las partes a su competencia, emitiendo el laudo arbitral (o los laudos) dentro del plazo establecido para ello, pero teniendo como límite —justamente— esos temas sometidos a arbitraje y la arbitrabilidad de los mismos.

- El contrato partes-árbitro es un tipo de prestación de servicios, atendiendo a que implica realizar un servicio a cambio de una retribución (hago para que des); sin embargo, dada su regulación (las normas del Decreto Legislativo n.º 1071), la lógica y su naturaleza, no podemos encuadrarlo en ninguna de las modalidades especiales del contrato de prestación de servicios y contempladas en el Código Civil, sino que el contrato de dación y recepción del arbitraje es un contrato especial, en donde las normas del Código Civil (sobre todo las de prestación de servicios y su modalidad más afín) serán de aplicación supletoria.
- Las características del contrato partes-árbitro, son las siguientes: (i) Es un contrato innominado, pero típico; (ii) Será un contrato simple cuando se deba designar a un solo árbitro; empero, cuando se deba conformar un tribunal arbitral colegiado, en donde los árbitros designados por las partes deben, a su vez, designar al presidente, estaremos frente a contratos partes-árbitro que serán complejos y vinculados; (iii) Es un contrato especial, dada su regulación; (iv) Es un contrato accesorio, o mejor dicho, sus obligaciones son accesorias a las obligaciones surgidas del convenio arbitral; (v) Es un contrato consensual, pues se celebra sin la necesidad de cumplir con ninguna formalidad, debiéndose tener presente que este contrato se concluye (o se celebra) con el consentimiento de las partes y los árbitros, y se perfecciona en ese mismo acto cuando estamos con un solo árbitro; sin embargo, si el tribunal es colegiado, los contratos partes-árbitro que se celebren, se perfeccionan con la aceptación del último árbitro; (vi) Cuando estemos con un tribunal arbitral unipersonal el contrato será de ejecución inmediata, pero cuando se deba constituir un colegiado, los contratos celebrados con los primeros árbitros serán de ejecución diferida, mientras que el celebrado con el último de los árbitros será de ejecución inmediata; sin perjuicio de lo antes indicado, en cualquier caso este contrato será uno de duración; (vii) Es un contrato de cambio y de crédito; (viii) Es un contrato que principalmente crea y regula obligaciones entre

las partes y el árbitro; (ix) Es un contrato individual; (x) Es bilateral (con prestaciones recíprocas); (xi) Es un contrato oneroso; (xii) Es un contrato conmutativo; y (xiii) Normalmente será un contrato discrecional o paritario, pues se puede presentar un margen de negociación previa.

- El procedimiento arbitral se inicia con el perfeccionamiento del contrato partes-árbitro (o los contratos, cuando es necesaria la intervención de más de un árbitro para conformar el tribunal), con lo cual queda constituido el órgano que decidirá la controversia, momento en el cual, además, el tribunal arbitral adquiere «competencia», a fin de desarrollar y dirigir las actuaciones arbitrales necesarias para poder, luego, emitir el laudo o laudos correspondientes, con lo cual normalmente culminará el procedimiento arbitral. Debemos tener presente que el procedimiento (o íter procedimental) es necesario y siempre va a existir para que en él se desarrollen las obligaciones de las partes y de los árbitros; sin embargo, no debemos confundir procedimiento con proceso, pues este último es un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias que le sirve de herramienta al Estado para ejercer la función jurisdiccional (la cual es eminentemente pública). Así pues, arbitraje y proceso son dos mecanismos de resolución de conflictos distintos (y con naturalezas diferentes, pues uno es privado y el otro es público), aunque ambos buscan que un tercero ponga fin al litigio mediante un juicio ajeno, motivo por el cual ambos tendrán un procedimiento y una lógica similar.
- En ese orden de ideas, y sin perjuicio de la discusión doctrinal respecto a la interpretación de las normas (sobre todo de orden constitucional) que parecen reconocer jurisdiccionalidad al arbitraje (en particular, a ciertas actuaciones del procedimiento arbitral), nosotros consideramos que el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos diferente al proceso, no es jurisdiccional (o, en otras palabras, en él no se ejerce función jurisdiccional alguna). La

razón fundamental por la cual señalamos que el arbitraje no es jurisdiccional, se debe a que la jurisdicción, en la acepción que parece utilizar nuestro Tribunal Constitucional, es una potestad o función que surge de la soberanía estatal (por lo cual, consideramos que es indelegable), a fin de que el Estado pueda solucionar conflictos entre los particulares, así como lograr que efectivamente se respeten las normas que ha emitido y, de esta manera, mantener la paz social, utilizando, si es necesario, su poder coercitivo (como expresión de *ius imperium*). Por su parte, el arbitraje es un mecanismo que tiene como piedra angular la autonomía privada de las partes y, además, tiene como finalidad el que se solucionen las desavenencias entre las personas que acuden a dicho medio, respecto a derechos de libre disponibilidad, por lo que son, fundamentalmente, de interés de estas personas y no de interés público.

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO TORRES, Jaime David. «El arbitraje en las sentencias del Tribunal Constitucional y la procedencia del amparo contra laudos arbitrales». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 3.

ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: Selección, recusación y reemplazo». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 53.

AMPRIMO PLÁ, Natale. «Comentario al artículo 26 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. «Comentario al artículo 59 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

ARIANO DEHO, Eugenia. «Comentario a la décimo primera disposición complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo II.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS. *Exégesis del Código Civil peruano*. Lima: San Jerónimo, 1989, vol. III.

BARONA VILAR, Silvia. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 2006.

BENSON, Bruce. *Justicia sin Estado*. San Francisco: Unión Editorial, 2000.

BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *JURASSIC PARK. El Retorno de los Dinosaurios Arbitrales*.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro. «Why fix what is not broken?». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Villela Editor, 2000.

CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Razones por las cuales el arbitraje es inevitable*. Lima, 2004. (<http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeinevitable.php>.)

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Algunos cortos apuntes acerca de la nueva Ley de Arbitraje peruana*. En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, S.A., 2009, n.º 10.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Comentario a los artículos 3, 22 y 23 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

- CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Fundación Manuel J. Bustamante de la Fuente, 1994.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *Autonomía privada, contrato y constitución*. En Derecho Civil Patrimonial. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial Uteha Argentina, 1944, vols. I, II y IV.
- CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, vol. I.
- CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Perú: Editora Jurídica Grijley, 2000, vol. I.
- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de la venta*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, tomo I.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2006.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1948, tomo I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I.
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: José M. Bosch, 2000.

- CONEJERO ROOS, Cristián. «Los costos en el arbitraje internacional». En el libro: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005.
- CREMADES, Bernardo. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2007, n.º 6.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1997, 2.ª Ed.
- DE HOYOS SANCHO, Montserrat. *Comentario al artículo 24 de la Ley de Arbitraje española: Comentarios prácticos de la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.
- DE JESÚS O., Alfredo. «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En *Lima Arbitration: Revista del Círculo Peruano de Arbitraje*. Lima, 2008/2009, n.º 3.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «¿Por qué se contrata?». En *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «La irretroactividad del contrato». En *Derecho & Sociedad*. Lima, 2005, n.º 25.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. En el Prólogo al libro de Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena: *El arbitraje*. Biblioteca Para el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V.

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Comentario al artículo 32 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
- DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. «Comentario al artículo 70 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
- FALLA JARA, Alejandro. «Comentario al artículo 69 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN, *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.
- FOUCHARD, Phillippe. «La relación entre el árbitro y las partes y la institución de arbitraje». En *The ICC International Court of Arbitration Bulletin-The Status of Arbitrator, Special Supplement*, 1995.
- GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998.
- GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial M. Aguilar, 1945, tomo II, primer volumen.
- GUASP, Jaime. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1956.
- GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. «El arbitraje comercial internacional». En *Revista del Foro*. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1997, n.º 1.

- GUZMÁN GALINDO, Julio C. «Comentario al artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
- HUNDOSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Conflictos intersocietarios sometidos a arbitraje, con la participación de inversionistas extranjeros», ubicado en: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra Editores, 2008, Primera Parte.
- JARROSSON, Charles. «Prefacio de la edición en español del libro: OPPE-
TIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2006.
- JIJÓN LETORT, Rodrigo. «Independencia de los árbitros». En *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión: El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Editora Ediciones Magna, 2008.
- KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Comentario al artículo 33 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
- LANDO ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 53.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo III.
- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. V.

- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Comentario al artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María. En el prólogo al libro del autor Carlos Matheus: *Introducción al Derecho de Arbitraje*. Lima: Semper Veritas Ediciones, 2006.
- LÚCIO NOGUEIRA, Paulo, citado en: MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Colombia: Editorial Temis, 1996, tomo I.
- MALUQUER DE MOTES I BENET, Carlos J. *Comentario al artículo 1 de la Ley de Arbitraje española: Comentarios Prácticos de la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, Celia. «Artículo 21: Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004.
- MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *Reflexión sobre el Derecho de Arbitraje Peruano*. En Página del Centro de Arbitraje Amcham Perú: agosto 2003, n.º 3 (<http://www.amcham.org.pe/arbitraje/PUBLICACIONES/LAUDO/2003/numero3.htm>).
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Bogotá: Editorial Temis, 1996, tomo I.
- MONROY GÁLVEZ, Juan. «Conceptos elementales de proceso civil». En *La formación del proceso civil peruano (escritos reunidos)*. Comunidad, 2003.
- MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Lima: Editorial Cuzco, 1988.

MUNNÉ CATARINA, Frederic. *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento prearbitral*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

PARK, William W. «Naturaleza cambiante del arbitraje: el valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005, n.º 2.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral: Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2005.

PRIETO CASTRO. *Cuestiones de Derecho Procesal*. Madrid, 1974.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Los Derechos Humanos, el Debido Proceso y las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia». En *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima: Cultural Cuzco, 1987.

RIVAROLA REISZ, J. Domingo. «Comentarios de la sentencia del Tribunal Constitucional: 'Los dilemas de constitucionalizar el arbitraje'». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2.

RUBIO GUERRERO, Roger. «Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*. Lima, 2007, n.º 53.

ROCCO, Ugo. *Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Porrúa Hnos. y Cía., 1939.

ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1992.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (Decreto legislativo n.º 1071)». En *Separata Especial: Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2008.

SILVA ROMERO, Eduardo. *El arbitraje examinado a la luz del Derecho de las Obligaciones*. En: Introducción del libro: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo. «Una obligación de dar: Los costos del arbitraje». En Introducción al Capítulo III del libro: *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores, 2005.

SOLOGUREN CALMET, Hugo. «Comentario al artículo 60 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Comentario al artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

VARGAS GARCÍA, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramiento civil*. Tesis de Grado presentada para optar al título de Doctor en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Socio-Económicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá, 1964.

VEGA SOYER, Jorge. «Comentario a los artículos 71 y 72 del Decreto Legislativo n.º 1071». En *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Jurisdiccionalidad del arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

LA RELACIÓN PARTES-ÁRBITRO
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
AGOSTO DEL 2012, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ