

COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE
PRIMERA PARTE

BIBLIOTECA DE ARBITRAJE DEL **ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE**

ARBITRAJE

Comentarios a la Ley de Arbitraje

Primera Parte

VOLUMEN 25

Mario Castillo Freyre

Rita Sabroso Minaya

Laura Castro Zapata

Jhoel Chipana Catalán

ECB EDICIONES



THOMSON REUTERS

COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE

PRIMERA PARTE

Primera edición, septiembre 2014

Tiraje: 300 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, AUTOR

© RITA SABROSO MINAYA, AUTOR

© LAURA CASTRO ZAPATA, AUTOR

© JHOEL CHIPANA CATALÁN, AUTOR

© ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© ECB EDICIONES S.A.C.
Av. San Borja Sur 1170, San Borja
Telfs. (511) 707-5933 / Llamada gratuita: 0800-77116
cb.publicaciones@thomsonreuters.com - www.revistajuridica.com.pe

© CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

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 2014-12784

ISBN: 978-612-4240-22-5

Registro de proyecto editorial: 11501301400823

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE
PRIMERA PARTE

	Página
INTRODUCCIÓN	29
DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE	
TÍTULO I	
DISPOSICIONES GENERALES	
Artículo 1	
Ámbito de aplicación	41
1. Antecedentes del precepto	41
2. Ámbito territorial	42
3. Ámbito extraterritorial	45
Artículo 2	
Materias susceptibles de arbitraje	49
1. Antecedentes del precepto	49
2. Materia arbitrable	51
2.1. Libre disposición y patrimonialidad	53
2.2. Criterio positivo y criterio negativo	58
2.3. Materia arbitrable en la Ley de Arbitraje (inciso 1 del artículo 2)	59
3. El Estado como parte en el arbitraje internacional	62
3.1. La doctrina del <i>Estoppel</i>	64
3.1.1. Características	67

3.1.2. Requisitos	69
3.1.3. Aplicación de la doctrina del <i>Estoppel</i> en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje	69
Artículo 3	
Principios y derechos de la función arbitral	71
1. Antecedentes del precepto	71
2. Generalidades	72
3. Principios y derechos de la función arbitral	75
3.1. Principio de no intervención judicial	75
3.2. Independencia	78
3.3. Autonomía y <i>kompetenz-kompetenz</i>	80
3.4. No interferencia	82
Artículo 4	
Arbitraje del Estado peruano	95
1. Antecedentes del precepto	95
2. El marco constitucional	99
3. El arbitraje del Estado en la actual Ley de Arbitraje	100
4. El arbitraje en la Ley de Contrataciones del Estado	103
Artículo 5	
Arbitraje internacional	115
1. Antecedentes del precepto	115
2. El arbitraje privado internacional: una aproximación positivista	117
3. ¿Cuándo estamos frente a un arbitraje internacional?	125
Artículo 6	
Reglas de interpretación	135
1. Antecedentes del precepto	135
2. Reglas de interpretación	137

Artículo 7	
Arbitraje <i>ad-hoc</i> e institucional	147
1. Antecedentes del precepto	147
2. Arbitraje <i>ad-hoc</i> o institucional	148
3. Las instituciones arbitrales	154
3.1. ¿Cuáles pueden ser las instituciones arbitrales?	154
3.2. Aplicación supletoria del arbitraje <i>ad-hoc</i>	157
3.3. Reglamento de la institución arbitral	168
Artículo 8	
Competencia en la colaboración y control judicial	171
1. Antecedentes del precepto	172
2. Colaboración y control judicial	176
3. Competencia	180
Artículo 9	
Formalidad de documentos en la colaboración y control judicial	185
1. Antecedentes del precepto	185
2. Formalidad de los documentos	186
Artículo 10	
Representación de la persona jurídica	189
1. Antecedentes del precepto	189
2. Representación de la persona jurídica	190
2.1. Facultades que debería tener el representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje	193
2.1.1. ¿Cuándo el gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral?	197
2.1.1.1. ¿El convenio arbitral puede ser considerado un contrato ordinario?	198

2.1.1.2. ¿Celebrar un convenio arbitral estaba dentro de las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil?	200
2.1.2. ¿Cuándo un representante distinto al gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral en el marco de la Ley n.º 26572?	205
2.2. Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, después de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje	208
Artículo 11	
Renuncia a objetar	213
1. Antecedentes del precepto	213
2. Renuncia a objetar	214
3. La teoría de los actos propios y la renuncia al derecho a objetar	215
Artículo 12	
Notificaciones y plazos	221
1. Antecedentes del precepto	222
2. Notificaciones	223
3. Plazos	233
TÍTULO II	
CONVENIO ARBITRAL	
Artículo 13	
Contenido y forma del convenio arbitral	239
1. Antecedentes del precepto	240
2. Cláusula compromisoria: fracaso seguro para el inicio de un arbitraje	245

3. Definición de convenio arbitral	248
4. Forma del convenio arbitral	255
4.1. ¿Formalidad <i>ad solemnitatem</i> o <i>ad probationem</i> ?	255
4.2. Acuerdo independiente o cláusula del contrato	257
4.3. Presunción de convenio arbitral escrito	260
4.4. Convenio arbitral celebrado a través de medios electrónicos	260
4.5. Convenio arbitral consensual no formal	269
4.6. Convenio arbitral por referencia	272
4.7. Convenio arbitral en el arbitraje internacional	275
Artículo 14	
Extensión del convenio arbitral	277
1. Antecedentes del precepto	277
2. Generalidades	277
3. La experiencia internacional	279
4. El ambiguo contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje	282
5. Presupuestos que se deberán cumplir para aplicar el contenido del artículo 14 de la ley	291
5.1. Consentimiento	291
5.2. Buena fe	294
5.3. Participación activa y determinante	297
5.4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato	298
5.5. Pretender derivar un beneficio del contrato	298
6. Algunos supuestos de aplicación del artículo 14 de la ley	298
6.1. El contrato por persona a nombrar	299
6.2. Cesión de posición contractual	300
6.3. Acción subrogatoria u oblicua	301
6.4. Cesión de derechos	303
6.5. Derecho sucesorio	304
7. Comentarios finales	306

Artículo 15	
Relaciones jurídicas estándares	309
1. Antecedentes del precepto	309
2. Sobre el concepto de relaciones jurídicas estándares	310
3. Alcances del artículo 15 de la Ley de Arbitraje	320

Artículo 16	
Excepción de convenio arbitral	325
1. Antecedentes del precepto	326
2. Generalidades	328
3. Alcances del contenido del artículo 16 de la ley	329

Artículo 17	
Derivación de controversia judicial a arbitraje	337
1. Antecedentes del precepto	337
2. Análisis	338

Artículo 18	
Renuncia al arbitraje	343
1. Antecedentes del precepto	343
2. Renuncia expresa o tácita, total o parcial	344

TÍTULO III

ÁRBITROS

Artículo 19	
Número de árbitros	349
1. Antecedentes del precepto	349
2. Sobre el concepto de árbitro	350
3. Número de árbitros	353

Artículo 20	
Capacidad	355
1. Antecedentes del precepto	355
2. Sujeto de derecho	356
3. Capacidad	359
4. Incompatibilidad	367
5. Nacionalidad	370
Artículo 21	
Incompatibilidad	375
1. Antecedentes del precepto	375
2. Análisis	376
Artículo 22	
Nombramiento de los árbitros	387
1. Antecedentes del precepto	387
2. Análisis	391
2.1. La necesidad de ser abogado para ser árbitro y la in-	
necesaria distinción entre arbitrajes nacionales e in-	
ternacionales	392
2.2. Plena autonomía del ejercicio de la libertad	397
2.3. Posibilidad de revocar el nombramiento del árbitro	399
2.4. Falta de designación del árbitro por una parte	400
Artículo 23	
Libertad de procedimiento de nombramiento	403
1. Antecedentes del precepto	404
2. Análisis	405
Artículo 24	
Incumplimiento del encargo	427
1. Antecedentes del precepto	427
2. Análisis	428

Artículo 25	
Nombramiento por las Cámaras de Comercio	433
1. Antecedentes del precepto	434
2. Análisis	435
Artículo 26	
Privilegio en el nombramiento	449
1. Antecedentes del precepto	449
2. Análisis	451
Artículo 27	
Aceptación de los árbitros	457
1. Antecedentes del precepto	457
2. Análisis	458
Artículo 28	
Motivos de abstención y de recusación	465
1. Antecedentes del precepto	465
2. Independencia e imparcialidad	468
3. Deber de revelación del árbitro	478
4. Calidad exigida por las partes o por la ley para ser árbitro	484
5. Dispensa del motivo de recusación	484
6. Recusación del árbitro por quien lo nombró	487
7. Los lineamientos sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional de la <i>International Bar Association</i> - IBA	488
7.1. Listado rojo irrenunciable	494
7.2. Listado rojo renunciante	495
7.3. Listado naranja	497
7.4. Listado verde	501
8. El amor en el arbitraje	504
8.1. El amor en la defensa arbitral	505
8.2. Amor entre espinas: me enamoré de la abogada de mi contraparte	507

8.3. Todo queda en casa: el amor entre árbitros	509
8.4. Las relaciones sentimentales entre un árbitro y un miembro de la defensa de una de las partes	511
8.5. Las relaciones sentimentales entre un miembro del Estudio de uno de los árbitros y un miembro del Estudio de una de las partes en litigio	512
8.6. El personal administrativo de los Estudios	513
8.7. ¿Cómo conocer acerca de las relaciones sentimentales?	513
8.8. Las relaciones sentimentales con los funcionarios de las partes en conflicto	515
8.9. Desamor, indiferencia y odio	515
8.10.El amor después del arbitraje	516
 Artículo 29	
Procedimiento de recusación	519
1. Antecedentes del precepto	520
2. Formalidad del procedimiento de recusación	523
3. Reglas a seguir a falta de acuerdo entre las partes	525
4. Improcedencia de la recusación	532
5. Suspensión de las actuaciones arbitrales	534
6. Otras consideraciones	535
 Artículo 30	
Remoción	539
1. Antecedentes del precepto	540
2. Análisis	542
3. ¿Yo acuso? (¿Qué podría revelar un árbitro en relación a sus coárbitros del tribunal?)	547
 Artículo 31	
Árbitro sustituto	553
1. Antecedentes del precepto	553
2. Análisis	555

Artículo 32	
Responsabilidad	559
1. Antecedentes del precepto	559
2. Precisiones necesarias	561
3. Factores de atribución de la responsabilidad	567

SEGUNDA PARTE

TÍTULO IV

ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 33	
Inicio del arbitraje	603
1. Antecedentes del precepto	603
2. Análisis	604
Artículo 34	
Libertad de regulación de actuaciones	609
1. Antecedentes del precepto	609
2. Libertad de regulación de las actuaciones arbitrales	611
3. Principios de igualdad, audiencia y contradicción	615
4. Supletoriedad de la Ley de Arbitraje	627
5. Ampliación de plazos	630
Artículo 35	
Lugar del arbitraje	637
1. Antecedentes del precepto	637
2. Análisis	638
Artículo 36	
Idioma del arbitraje	649
1. Antecedentes del precepto	649
2. Análisis	652

Artículo 37

Representación	657
1. Antecedentes del precepto	657
2. Representación y defensa cautiva	658
3. ¿Representación total?	661
4. Representación de la persona jurídica	664
5. Abogados extranjeros	665

Artículo 38

Buena fe	669
1. Antecedentes del precepto	669
2. Buena fe	670
3. Deber de colaboración	677

Artículo 39

Demanda y contestación	679
1. Antecedentes del precepto	679
2. Demanda y contestación	681
3. Los medios probatorios	684
4. Modificación de la demanda y la contestación	688
5. Consolidación del arbitraje	690

Artículo 40

Competencia del tribunal arbitral	693
1. Antecedentes del precepto	693
2. Análisis	694

Artículo 41

Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral	697
1. Antecedentes del precepto	698
2. Análisis del inciso 1	702
2.1. El principio de «competencia de la competencia»	702

2.2. Excepciones	706
2.3. Objeciones al arbitraje	711
3. Separabilidad del convenio arbitral	712
4. Momento para oponer excepciones u objeciones	715
5. Momento para decidir las excepciones u objeciones	720
6. Amparo de la excepción	723
 Artículo 42	
Audiencias	727
1. Antecedentes del precepto	727
2. Análisis	730
 Artículo 43	
Pruebas	739
1. Antecedentes del precepto	739
2. Análisis	740
 Artículo 44	
Peritos	751
1. Antecedentes del precepto	751
2. Análisis	753
 Artículo 45	
Colaboración judicial	761
1. Antecedentes del precepto	761
2. Análisis	763
 Artículo 46	
Parte renuente	769
1. Antecedentes del precepto	769
2. Análisis	771

Artículo 47	
Medidas cautelares	777
1. Antecedentes del precepto	779
2. Análisis	781
Artículo 48	
Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral	791
1. Análisis	792
Artículo 49	
Reconsideración	799
1. Antecedentes del precepto	799
2. Análisis	800
Artículo 50	
Transacción	805
1. Antecedentes del precepto	805
2. Análisis	807
Artículo 51	
Confidencialidad	817
1. Antecedentes del precepto	817
2. Deber de confidencialidad de las actuaciones arbitrales	818
3. ¿Resulta idónea la fórmula planteada por el artículo 51 de la Ley de Arbitraje?	823
TÍTULO V	
LAUDO	
Artículo 52	
Adopción de decisiones	835
1. Antecedentes del precepto	835
2. Análisis del artículo 52	838

3. ¿Cabe la anulación del laudo cuando se ha laudado sin las mayorías requeridas? 846
4. La facultad del presidente del tribunal arbitral para decidir sobre cuestiones de procedimiento 851

Artículo 53

- Plazo 853
1. Antecedentes del precepto 853
 2. Análisis 854

Artículo 54

- Laudos 859
1. Antecedentes del precepto 859
 2. Análisis 859
 - 2.1. Proceso con la existencia de un solo laudo 863
 - 2.2. Proceso con la existencia de más de un laudo 864
 - 2.2.1. Proceso con la existencia de dos laudos que resuelvan cuestiones de fondo 864
 - 2.2.2. Proceso con existencia de dos laudos, uno sobre el fondo y otro sobre la forma 867
 - 2.2.3. La transacción y los laudos parciales 869
 - 2.3. Cuestiones adicionales 871

Artículo 55

- Forma del laudo 875
1. Antecedentes del precepto 875
 2. La formalidad de que el laudo conste por escrito 877
 3. La firma del laudo 878
 4. Opiniones discrepantes 886
 5. Constancia de la existencia del laudo 891
 6. Adhesión del árbitro que no firmó el laudo 892

Artículo 56

Contenido del laudo	893
1. Antecedentes del precepto	893
2. Sobre el deber de motivación	895
3. Excepciones al deber de motivación	901
4. Fecha y lugar en que fue dictado el laudo	902
5. Pronunciamiento sobre la asunción o distribución de los costos	903

Artículo 57

Normas aplicables al fondo de la controversia	905
1. Antecedentes del precepto	905
2. Análisis	907

Artículo 58

Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo	913
1. Antecedentes del precepto	914
2. Análisis	918

Artículo 59

Efectos del laudo	929
1. Antecedentes del precepto	929
2. Análisis	930

Artículo 60

Terminación de las actuaciones	935
1. Antecedentes del precepto	935
2. Análisis	938

Artículo 61

Conservación de las actuaciones	943
1. Antecedentes del precepto	943
2. Plazo para la conservación de las actuaciones	944

3. Remisión de las actuaciones a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales	948
4. Interrupción del deber de conservación de las actuaciones	949

TÍTULO VI

ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Artículo 62

Recurso de anulación	953
1. Antecedentes del precepto	953
2. Generalidades	956
3. Recurso de anulación	956
4. Resolución del recurso de anulación	958
5. Evolución del recurso de anulación según el Tribunal Constitucional	960

Artículo 63

Causales de anulación	971
1. Antecedentes del precepto	973
2. Causales de anulación del laudo	976
3. Análisis de los incisos 2 a 8	985
4. Supuestos de anulación no contemplados	994

Artículo 64

Trámite del recurso	999
1. Antecedentes del precepto	1000
2. Análisis	1005

Artículo 65

Consecuencias de la anulación	1015
1. Antecedentes del precepto	1016
2. Análisis	1017

Artículo 66	
Garantía de cumplimiento	1027
1. Antecedentes del precepto	1028
2. Análisis	1029

Artículo 67	
Ejecución arbitral	1035
1. Antecedentes del precepto	1035
2. Análisis	1036

Artículo 68	
Ejecución judicial	1039
1. Antecedentes del precepto	1039
2. Análisis	1041

TÍTULO VII

COSTOS ARBITRALES

Artículo 69	
Libertad para determinar los costos	1047
1. Antecedentes del precepto	1047
2. Análisis	1048
2.1. Arbitrajes administrados o institucionales	1048
2.2. Arbitrajes <i>ad-hoc</i>	1049
2.3. Pactos sobre costos arbitrales	1052

Artículo 70	
Costos	1055
1. Antecedentes del precepto	1055
2. Análisis	1056

Artículo 71	
Honorarios del tribunal arbitral	1065
1. Análisis	1065

Artículo 72	
Anticipos	1067
1. Análisis	1068

Artículo 73	
Asunción o distribución de los costos	1075
1. Análisis	1075

TÍTULO VIII

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

Artículo 74	
Normas aplicables	1081
1. Antecedentes del precepto	1081
2. Generalidades	1084
3. Normas aplicables	1088
3.1. La Convención de Nueva York	1088
3.2. La Convención de Panamá	1092
3.3. Otros tratados	1095
4. Norma más favorable	1096

Artículo 75	
Causales de denegación	1099
1. Antecedentes del precepto	1101
2. Generalidades	1104
3. Causales	1106
3.1. Causales de denegatoria solicitadas por una parte	1107
3.1.1. Causales contenidas en el literal a)	1107
3.1.2. Causales contenidas en el literal b)	1108
3.1.3. Causales contenidas en el literal c)	1110
3.1.4. Causales contenidas en el literal d)	1111
3.1.5. Causales contenidas en el literal e)	1113
3.2. Causales de denegatoria comprobadas por la autoridad judicial	1114

Artículo 76	
Reconocimiento	1117
1. Antecedente del precepto	1117
2. Análisis	1118
Artículo 77	
Ejecución	1121
1. Antecedente del precepto	1121
2. Análisis	1122
Artículo 78	
Aplicación de la norma más favorable	1123
1. Antecedentes del precepto	1123
2. Análisis	1125
DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS	
Primera	
Cámaras de Comercio	1131
1. Análisis	1131
Segunda	
Convenios de ejecución	1133
1. Análisis	1133
Tercera	
Cláusula compromisoria y compromiso arbitral	1135
1. Análisis	1135
Cuarta	
Juez y tribunal arbitral	1137
1. Análisis	1137

Quinta	
Designación de persona jurídica	1139
1. Análisis	1139
Sexta	
Arbitraje estatutario	1141
1. Antecedentes del precepto	1141
2. Análisis	1143
Séptima	
Arbitraje sucesorio	1149
1. Antecedentes del precepto	1149
2. Análisis	1150
Octava	
Mora y resolución del contrato	1157
1. Análisis con relación al artículo 1334 del Código Civil	1157
2. Análisis con relación al artículo 1428 del Código Civil	1159
Novena	
Prescripción	1171
1. Análisis	1171
Décima	
Prevalencia	1179
1. Análisis	1179
Décimo primera	
Vía ejecutiva	1181
1. Análisis	1181
Décimo segunda	
Acciones de garantía	1183
1. Análisis	1183

Décimo tercera	
Procedimiento pericial	1185
1. Análisis	1185
Décimo cuarta	
Ejecución de un laudo CIADI	1189
1. Análisis	1189
DISPOSICIONES TRANSITORIAS	
Primera	
Clase de arbitraje	1195
1. Análisis	1195
Segunda	
Actuaciones en trámite	1211
1. Análisis	1211
Tercera	
Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros	1213
1. Análisis	1213
DISPOSICIONES MODIFICATORIAS	
Primera	
Modificación del Código Civil	1217
1. Análisis	1217
Segunda	
Modificación del Código Procesal Civil	1221
1. Análisis	1221

Tercera	
Modificación de la Ley General de Sociedades	1225
1. Análisis	1226
Cuarta	
Modificación de la Ley de Garantías Mobiliarias (sic)	1229
1. Análisis	1229
DISPOSICIÓN DEROGATORIA	
Única	
1. Análisis	1233
DISPOSICIONES FINALES	
Primera	
Arbitraje popular	1239
1. Análisis	1239
Segunda	
Adecuación	1245
1. Análisis	1245
Tercera	
Vigencia	1247
1. Análisis	1247
BIBLIOGRAFÍA	1249

INTRODUCCIÓN

Mientras estuvieron vigentes las disposiciones arbitrales contenidas en el Código Civil de 1984, la ley distinguió dos tipos de contratos arbitrales: la cláusula compromisoria¹ y el compromiso arbitral.² El primero era una especie de contrato preparatorio que se suscribía antes de que surgieran las controversias; y, el segundo, era el contrato definitivo que necesariamente tenía que celebrarse para acudir al arbitraje, cuando la controversia ya existía y estaba determinada.

De esta manera, y de conformidad con lo establecido por el artículo 1906 del Código Civil, la cláusula compromisoria debía contener: (a) el pacto mediante el cual las partes se comprometían a arbitrar sus controversias; y (b) la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarían los futuros e inciertos conflictos.

Por su parte, el artículo 1911 del Código Civil establecía que el compromiso arbitral debía contener: (a) el nombre y domicilio de los otorgantes y de los árbitros; (b) la controversia que se sometía al arbitraje,

¹ El derogado artículo 1906 del Código Civil establecía que: «Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesorio, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de los árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416».

² Por su parte, el derogado artículo 1909 del Código Civil establecía que: «Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente».

con expresión de sus circunstancias; (c) el plazo en que los árbitros debían emitir el laudo; y (d) el lugar en que se debía desarrollar el arbitraje.

Como resulta obvio, la cláusula compromisoria se suscribía cuando las partes se encontraban en el mejor momento de sus relaciones, a diferencia del momento en que la ley les exigía suscribir el compromiso arbitral —como paso previo e ineludible— para acudir al arbitraje, en donde ya existía una controversia entre ellas.

En la práctica, lo que ocurría —en la mayoría de casos— era que una de las partes se negaba a suscribir el compromiso arbitral. Ante esa situación, la parte que quería resolver sus controversias vía arbitraje debía acudir al Poder Judicial, para que —luego de un largo proceso— sea el juez el que otorgara el compromiso arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, en virtud de este sistema (el regulado en el Código Civil de 1984), las partes terminaban en la mayoría de casos en manos de los jueces. Es decir, terminaban acudiendo forzosamente a donde no querían ir. Terminaban en manos de ese Poder Judicial cuya gestión es desaprobada por la mayoría de la población.

De esta manera, como bien lo señala De Trazegnies,³ el arbitraje resultaba siendo un sistema absolutamente inoperante.

Con la finalidad de corregir este sistema obsoleto, el 7 de diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley n.º 25935, Ley General de Arbitraje,⁴ el cual recurrió a una nueva figura conocida en la doctrina y legislación comparada como «convenio arbitral».

³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral». En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabczewics Zubklowky. Lima: Editorial Cuzco, 1989, p. 550.

⁴ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 10 de diciembre de 1992.

Al respecto, Cantuarias⁵ nos dice que el «convenio arbitral» elimina la distinción entre «cláusula compromisoria» y «compromiso arbitral», reconociendo que la celebración de un acuerdo arbitral —antes o después de que nazca la controversia— es suficiente para que las partes acudan al arbitraje para resolver directamente sus controversias, sin la necesidad de otorgar contrato adicional alguno.

Desafortunadamente, la primera Ley General de Arbitraje no recogió —en su integridad— la moderna figura del «convenio arbitral», lo que ocasionó —en la práctica— otros problemas que hacían recordar a aquéllos que se presentaban con la dualidad de cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

En efecto, de conformidad con el artículo 13 del Decreto Ley n.º 25935, en los casos en que el convenio arbitral no contenía la designación de los árbitros y la determinación de la materia controvertida, y la parte interesada en iniciar el arbitraje no lograba la colaboración de la otra parte para —precisamente— determinar la materia controvertida y designar a los árbitros, tenía que acudir al juez para que «integrara» los elementos faltantes del convenio arbitral.

En otras palabras, la integración del convenio arbitral ocurría cuando las partes —habiendo acordado que las controversias que provengan del contrato se someterían al arbitraje— no se ponían de acuerdo en definir la materia de dicha controversia.

Para estos casos se requería que la parte interesada presentara el denominado formulario de sumisión, el mismo que debería contener su pretensión. El interesado proponía notarialmente a la otra parte di-

⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nuevo marco normativo aplicable al arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje – Ley n.º 26572». En *Scribas*. Arequipa: Estudiantes y egresados de la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa, 1996, n.º 2, p. 254.

cho formulario; a falta de respuesta en un plazo de diez días naturales, acudía al juez.

Es decir, aquí también las partes terminaban acudiendo forzosamente al Poder Judicial.

Ante éste y otros errores detectados en la primera Ley General de Arbitraje, en 1996 se expide la Ley n.º 26572, también denominada Ley General de Arbitraje.⁶

Esta segunda Ley no incurrió en el error de la anterior legislación, definiendo correctamente el convenio arbitral como aquel «acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial».

Asimismo, de la definición contenida en esta segunda Ley General de Arbitraje, se desprendían los únicos dos requisitos esenciales del convenio arbitral; a saber: (i) la decisión de las partes de pactar el arbitraje; y (ii) la determinación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los actuales o potenciales conflictos.

De esta manera, la Ley n.º 26572 inició una regulación moderna del arbitraje y sentó las bases del desarrollo que hoy tenemos. Este desarrollo se manifiesta en una demanda creciente de arbitrajes, una consolidación de las instituciones arbitrales y la formación de un mercado arbitral importante. Ciertamente es también que al lado de la ley han contribuido a este desarrollo, la apertura económica, la posición favorable del Estado para someterse a arbitraje, la aparición y/o consolidación de instituciones arbitrales, la proliferación de normas arbitrales en diversos ámbitos y la creciente conciencia del medio jurídico de que el arbitraje funciona con reglas propias y diferentes a las reglas del proceso civil.

⁶ Vigente desde el 6 de enero de 1996.

Como bien anotaba Kundmüller,⁷ la Ley n.º 26572 se caracterizaba por un sesgo privatista e innovador que simplificaba técnicamente el acceso al arbitraje, contrastando los antecedentes judicializantes del Derecho peruano en la materia.

Sin embargo, no cabía duda de que —luego de diez años de su promulgación— resultaba necesario realizar algunas modificaciones en determinados puntos, pues así lo exigía el avance que había mostrado el sistema arbitral en nuestro país.

De esta manera, el 25 de enero de 2006 se creó una Comisión Técnica⁸ que elaboró un Proyecto Modificatorio, cuyas reformas parciales a la Ley General de Arbitraje buscaban ajustar ciertos aspectos importantes de la estructura arbitral, a fin de consolidar el desarrollo sostenido que venía experimentando el arbitraje en el Perú.⁹

Dicha propuesta de modificación parcial fue acogida mayoritariamente, en junio del 2008, cuando se emite el Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje,¹⁰ cuerpo normativo que adoptó una serie de modificaciones adicionales.

Esta nueva legislación arbitral se dio —según la versión oficial— como consecuencia de que el Estado peruano se comprometió —en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos

⁷ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje n.º 26572». En *Advocatus*. Lima: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2001, n.º 4, p. 121.

⁸ Por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS.

⁹ Al respecto recomendamos la lectura de: CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Irene MARTÍNEZ CÁRDENAS y Rosana ROSALES BÁSCONES. «Comentarios al proyecto de modificación de la Ley General de Arbitraje». En *Arbitraje y Debido Proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores y Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, volumen 2, pp. 187-295.

¹⁰ Vigente desde el 1 de septiembre de 2008.

de América— a promover y facilitar el desarrollo del arbitraje, como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia comercial.¹¹

En efecto, mediante Ley n.º 29157, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar distintas materias a fin de facilitar la implementación del referido Acuerdo de Promoción Comercial, estando entre dichas materias las referentes a la facilitación del comercio, así como a la promoción de la inversión privada.

Esta nueva Ley de Arbitraje persigue —siempre según la versión oficial— cumplir con lo establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial, mejorando la regulación del arbitraje y, en particular, mejorando la regulación sobre el convenio arbitral y la ejecución de laudos arbitrales, como su propio texto señala, ajustándose a los estándares internacionales contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.¹²

Ahora bien, cabe señalar que la Ley General de Arbitraje de 1996 también se ajustaba a dichos estándares internacionales, pero lo que la nueva Ley sí tiene como novedad central es el ser una ley monista, en

¹¹ El artículo 21.21. del referido Acuerdo establece lo siguiente:

Artículo 21.21.- «Medios alternativos para la solución de controversias

1. En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.
2. A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
3. Se considerará que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975».

¹² Exposición de Motivos. Sustento y necesidad de la aprobación de la Ley.

la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.

También según la versión oficial, entre los principales principios que inspiraron la nueva Ley de Arbitraje tenemos estos dos; a saber:¹³ reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Para tal efecto, se fortaleció la defensa de la competencia de los árbitros, se priorizó un control *ex post* del laudo, por medio del recurso de anulación, con lo que se buscaba evitar el uso de recursos o intervenciones *ex ante* del laudo, que pretendieran evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros.

En segundo término, se buscó restringir la intervención judicial en determinados supuestos, para facilitar el desarrollo del arbitraje, como en el tema de la designación de árbitros y la resolución de recusaciones mediante una regulación que evite distorsiones o manipulaciones. En este sentido, se introdujo la participación de las Cámaras de Comercio para las designaciones residuales de los árbitros y la resolución de recusaciones, en sustitución de los procesos judiciales que —usualmente— resultaban extensos.

Asimismo, se ha señalado que la mayoría de los cambios contenidos en el Decreto Legislativo n.º 1071 obedecen al tránsito de una ley dualista a una ley monista, que regirá tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la Exposición de Motivos de la Ley, con ello se estandariza el tratamiento arbitral peruano acercándolo a los estándares internacionales.

¹³ Exposición de Motivos. La gestación de la Ley.

No nos cabe duda de que la aplicación de la citada Ley ha sido positiva en nuestro país, dados sus avances y bondades. Pero ella también presenta numerosos vacíos y defectos, los mismos que se aprecian en el cotidiano ejercicio profesional, así como en el ámbito académico. Esta obra se encargará, tanto de estos avances y bondades, como de sus vacíos y defectos.

Por último, haré referencia al proceso de elaboración de esta obra.

A efectos de volcar la experiencia reunida y expresar mis puntos de vista en torno a la Ley de Arbitraje, hace unos años, decidí grabar mis apreciaciones sobre la misma. Ellas fueron transcritas generosamente por mi secretaria.

Es en base a este texto, de aproximadamente unas 450 páginas, que —en una segunda etapa— la obra empezó a ser enriquecida notablemente por mis coautores.

En ella hemos incluido doctrinas contenidas en diversos artículos que he escrito sobre arbitraje, conjuntamente con Rita Sabroso Minaya¹⁴ y trabajos de su autoría exclusiva.

Asimismo, se han incorporado trabajos individuales y aportes muy valiosos de Laura Castro Zapata,¹⁵ en materia de reconocimiento y eje-

¹⁴ Rita Sabroso Minaya, Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Obligaciones y de Arbitrajes Especiales en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima, respectivamente. Con estudios en la Maestría de Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. También se desempeña como Árbitro.

¹⁵ Laura Castro Zapata, Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Magíster en Derecho, con mención en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Ha concluido sus estudios en el Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Dirige el área corporativa del Estudio Mario Castillo Freyre y también se desempeña como Árbitro.

cución de laudos y de diversos aspectos contractuales en el arbitraje, y de Jhoel Chipana Catalán,¹⁶ quien ayudó muchísimo en cuanto a la consulta de legislación y bibliografía extranjeras.

Esta segunda etapa, incluyó nutridos y muy importantes aportes adicionales de ellos tres, quienes me alcanzaron un nuevo borrador de la obra.

La tercera etapa consistió en la lectura y complemento que hice sobre la misma, adecuando, actualizando y enriqueciendo todas las doctrinas expresadas para así llegar a la versión que hoy se encuentra en manos de nuestros lectores.

En ese sentido, si bien esta obra se basa en mis ideas, no soy su único autor, pues los aportes de mis colegas han sido tan valiosos, que a ellos corresponde la condición de coautores de la misma. Tengo el orgullo, además, de que los tres han sido muy destacados alumnos míos en la Universidad.

Por otra parte, debo recordar que en el año 2006, Ricardo Vásquez Kunze y yo escribimos una obra titulada «Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia», la misma que si bien abordaba de manera dogmática las instituciones arbitrales, tenía su centro legislativo en la entonces vigente Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

En esta obra recogemos diversos pasajes del referido libro, haciendo naturalmente, las precisiones del caso.

De similar manera procedo cuando se recogen fragmentos de trabajos escritos con otras personas, como el propio Ricardo Vásquez Kunze, Rita Sabroso Minaya, Verónica Rosas Berastain, Sonia Flores Jara, Irene

¹⁶ Jhoel Chipana Catalán, Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor adjunto en la misma casa de estudios. Miembro del Estudio Mario Castillo Freyre. También se desempeña como Secretario Arbitral en procesos *ad-hoc*.

Martínez Cárdenas, Rosana Rosales Báscones, Jhoel Chipana Catalan y otros, con quienes he publicado sobre las materias que se tratan en esta obra, a lo largo de la última década y que forman o formaron parte de mi Estudio de Abogados. Procedo de igual forma cuando se trata de pasajes basados en trabajos previos de mi exclusiva autoría.

Finalmente, debo expresar que esta obra, además de abordar temas estrictamente referidos al arbitraje, analiza todos los puntos de conexión que hemos advertido entre esa área del Derecho y el Derecho de Obligaciones y Contratos, materias que, sin duda, en diversos aspectos resultan inescindibles.

En adelante, nuestros comentarios a la Ley, en otro esfuerzo académico de nuestro Estudio de Abogados.

MARIO CASTILLO FREYRE*

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias y de Arbitrajes Especiales en la Universidad de Lima. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

DECRETO LEGISLATIVO QUE NORMA EL ARBITRAJE

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1

ÁMBITO DE APLICACIÓN

Artículo 1.- Ámbito de aplicación

1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.
2. Las normas contenidas en los numerales 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8, en los artículos 13, 14, 16, 45, numeral 4 del artículo 48, 74, 75, 76, 77 y 78 de este Decreto Legislativo, se aplicarán, aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 1 no tiene antecedentes en el ordenamiento jurídico peruano.

Sin embargo, a nivel de normativa extranjera, podemos citar el artículo 1 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o, como la llamaremos en sus siglas en inglés, Uncitral)¹⁷ y el numeral 1 de la Ley española de arbitraje del 2003.¹⁸

¹⁷ El artículo 1 de la Ley Modelo Uncitral establece lo siguiente:

Artículo 1.- «Ámbito de aplicación

1. La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en este Estado.
2. Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.

[...].».

¹⁸ El artículo 1 de la Ley española de Arbitraje señala que:

2. ÁMBITO TERRITORIAL

Como es evidente, toda ley debe tener un ámbito de aplicación territorial. En el presente caso, como no podría ser de otra manera, el territorio de la República del Perú será el ámbito de aplicación de la norma bajo análisis, tal como se hace referencia en el inciso 1 del artículo 1.

Ahora bien, debemos tener claro que cuando la norma hace referencia al «lugar» del arbitraje, en estricto se debe entender que se trata de la «sede» donde se llevará a cabo el arbitraje, la cual —según González de Cossío—¹⁹ retiene un papel importante al ser el vínculo mediante el cual se fija la competencia del derecho y de los tribunales que asistirán al arbitraje.

Sobre esta sutil e interesante distinción, Yáñez Velasco²⁰ sostiene que, desde un punto de vista eminentemente terminológico, «sede» es una palabra jurídicamente más apropiada que «lugar». Sin embargo, es cierto que esta última se viene utilizando comúnmente en las leyes permitiendo una interpretación abierta, ya que «sede» —de uso más restringido y en principio también más limitado en el espacio— muestra un significado relacionado con el concreto edificio en que se hace algo (la sede de una institución arbitral, por ejemplo), empero, a diferencia del término «lugar», se acomoda poco al arbitraje *ad hoc* donde el árbitro

Artículo 1.- «Ámbito de aplicación»

1. Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.
2. Las normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España. [...].».

¹⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 22.

²⁰ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 96.

puede practicar audiencia y prueba en un mismo lugar (una determinada localidad por ejemplo, sin que propiamente aparezca una «sede»).

A su turno, Thomas Clay²¹ señala que la importancia de la sede del arbitraje es un tema controvertido, ya que es uno de aquellos raros temas que divide a los autores. Detrás de este tema existen claramente concepciones del arbitraje bien diferenciadas, las cuales se enfrentan: la primera, es una concepción territorialista que considera que la sede es el elemento esencial de determinación del arbitraje; la segunda, es una concepción universalista para la cual la sede no es más que un parámetro en medio de muchos otros.

Por su parte, Maluquer de Motes,²² comentando el inciso 1 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje española, cuya redacción es similar a la nuestra, señala que la utilización del principio de territorialidad tiene un doble sentido. El primero es querer expresar el significado normal de la expresión «eficacia territorial». O sea, la contraposición con la consideración de la eficacia personal. La ley no quiere plantearse las cosas desde el prisma del sujeto sino desde el prisma del lugar. Es éste el que determina la sujeción a la ley y no aquél. El segundo sentido del principio de territorialidad es como límite de vigencia de la norma y como determinación del límite territorial de la misma ley.

En relación a este tema, es natural que en el inciso 1 del artículo 1 de nuestra Ley de Arbitraje se deje a salvo lo que se haya establecido por el Perú en materia de tratados internacionales y en leyes especiales que contengan disposiciones sobre arbitraje.

²¹ CLAY, Thomas. «La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?». En *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Bogotá: Legis S.A., 2007, p. 193.

²² MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Ámbito de aplicación». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 51.

Al respecto, Mantilla-Serrano²³ afirma que la Ley de Arbitraje cede, por una parte, frente a los tratados internacionales que versen sobre arbitraje, pero sólo cuando sean más favorables al convenio arbitral, al procedimiento arbitral o al laudo, y, por otra parte, siguiendo el principio de que la ley especial prima sobre la general, frente a las disposiciones sobre arbitrajes especiales.

Como podemos apreciar, si bien el criterio de territorialidad es la regla general, también se admite la posibilidad de que la norma se excluya y se dé preferencia a lo que se establezca en aquellos convenios internacionales en los que el Perú sea parte. Con este reconocimiento expreso se refuerza la eficacia de dichos convenios internacionales y se ratifica su validez.²⁴

Así, frente a convenios internacionales, al igual que frente a leyes especiales,²⁵ la Ley de Arbitraje deja de tener una aplicación automática para pasar a ser supletoria en caso de vacío o deficiencia.

²³ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 38-39.

²⁴ Entre los más importantes convenios suscritos por el Perú, tenemos el Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, la Convención de Panamá sobre arbitraje comercial internacional, la Convención de Montevideo de 1979 sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, la Convención de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, entre otros.

²⁵ Entre la normativa especial sobre arbitraje en nuestro país, se encuentran la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y su futuro Reglamento (cabe precisar que la referida Ley se publicó el 11 de julio de 2014 y a la fecha de cierre de la presente edición, aún no se publicaba su Reglamento); la Resolución n.º 258-2008-CONSUCODE-PRE (que es la norma que aprueba el Código de Ética para el arbitraje en contrataciones y adquisiciones del Estado); la Ley n.º 29571 (que constituye el Código de protección y defensa del consumidor), artículo VI, inciso 6, del Título Preliminar, y artículos 137 y siguientes; el Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS (que crea el programa de arbitraje popular); entre otros.

3. ÁMBITO EXTRATERRITORIAL

Por otro lado, la Ley de Arbitraje de nuestro país también señala que determinadas normas de la misma, que están mencionadas en el inciso 2, son de aplicación cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

Sobre el particular, Maluquer de Motes,²⁶ comentando el inciso 2 del artículo 1 de la Ley de Arbitraje española (cuya redacción es similar a la nuestra), señala que el legislador ha querido evitar —al máximo— posibles dificultades en torno a la normativa aplicable al convenio arbitral y al procedimiento a seguir, pues entiende que el arbitraje como tal no ofrece diferencias sustantivas entre el interno y el internacional.

Aquí apreciamos ya una de las diferencias entre esta ley y la ley derogada, ya que la actual Ley de Arbitraje se puede calificar como monista, en el sentido de que trata de dar una regulación uniforme o unitaria tanto para el arbitraje nacional como para el arbitraje internacional.

En efecto, la actual Ley tiene como novedad central el ser una ley principalmente monista, en la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.²⁷

²⁶ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. *Op. cit.*, p. 52.

²⁷ Como sabemos, la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, contemplaba un sistema dualista. Sobre el particular, Cantuarias comenta por qué se optó por dicho sistema:

La primera razón era que las normas sobre arbitraje internacional, fundamentalmente pretendían atraer hacia el Perú la práctica del arbitraje entre domiciliados en el extranjero. En ese sentido, resultaba mucho más sencillo para un domiciliado en el extranjero saber que nuestra ley reproducía prácticamente en toda su extensión la Ley Modelo Uncitral (la cual, al ser conocida mundialmente, permite conocer de antemano las reglas de juego), que tener que averiguar si las disposiciones particulares sobre arbitraje se acomodan a las necesidades de los potenciales usuarios extranjeros.

La otra razón fue que se tuvo en cuenta que era característico de las legislaciones arbitrales modernas el establecer para los arbitrajes internacionales reglas mucho

A entender de Cantuarias Salaverry,²⁸ uno de los cambios sustanciales de la nueva Ley de Arbitraje es el tránsito de una ley arbitral dualista —que contenía normas aplicables al arbitraje doméstico y otras al arbitraje internacional— a una legislación arbitral monista, que preconiza la aplicación de las mismas reglas a ambos tipos de arbitraje, manteniendo, sin embargo, algunas pocas disposiciones aplicables al arbitraje internacional, en razón de su propia naturaleza.

No obstante su unificación en un solo cuerpo de preceptos, ambos tipos de arbitraje no deben ser confundidos. Aunque la mayoría de las disposiciones sean comunes al arbitraje interno y al internacional, existen —como veremos más adelante— preceptos adaptados específicamente al arbitraje internacional y a las exigencias de flexibilidad del comercio internacional.²⁹

Hoy en día, como señala Mantilla-Serrano,³⁰ un régimen dualista, es decir, que regule de manera separada y diferente el arbitraje interno y el internacional, sólo se justifica si el arbitraje interno está teñido de particularismos propios de instituciones judiciales, si se desarrolla bajo la fuerte influencia del procedimiento local y si su práctica es reticente a la adopción de un sistema arbitral menos rígido y más adaptado a las necesidades del convenio. Bajo estas circunstancias, separar el arbitraje internacional del arbitraje interno y dotarlo de un régimen específico es la mejor solución para asegurarle un futuro.

más liberales que para los arbitrajes nacionales, ya que, a diferencia de estos últimos, en los arbitrajes internacionales es mucho menor el interés del Estado en cuanto a su resultado. (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007, pp. 160 y 162).

²⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Algunos apuntes acerca de la Ley de Arbitraje Peruana». En *Revista Internacional de Arbitraje*. n.º 10, Bogotá: Legis S.A., enero-junio 2009, pp. 26 y 27.

²⁹ GONZALO QUIROGA, Marta. «Tratamiento del arbitraje internacional en la vigente legislación española de arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 2, Lima: Grijley, 2006, p. 355.

³⁰ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 24.

Sobre el particular, Merino Merchán y Chillón Medina,³¹ sostienen que la cuestión radica no en contraponer monismo a dualismo, sino en ver de qué forma se extiende la concepción de un ordenamiento singular para el arbitraje internacional, con efectos derogatorios de normas del arbitraje común o doméstico.

En este punto, debemos señalar que —en estricto— sigue existiendo un reducido grado de dualismo en la actual Ley. Prueba de ello es, precisamente, el listado de artículos contenidos en el inciso 2 del artículo 1 bajo comentario.

Por otro lado, cabe señalar que este régimen monista es habitual entre todos los Estados que han adoptado la Ley Modelo Uncitral, ley que —como veremos a lo largo de este estudio— ha inspirado muchos de los preceptos de nuestra nueva Ley de Arbitraje.

Ahora bien, retomando el análisis del inciso 2 del numeral bajo comentario, debemos señalar que el mismo constituye una excepción al principio de territorialidad, ya que los supuestos que en él se mencionan son aplicables a los arbitrajes que se hallen fuera del Perú, a saber: el tema de competencia en la colaboración y control judicial; el de contenido y forma del convenio arbitral; el de extensión del convenio arbitral; el de excepción de convenio arbitral; el de colaboración judicial; el de ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral; el de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros; entre otros.

A entender de Maluquer de Motes,³² en general, éstas son normas que especifican la competencia de los tribunales, lo que viene a significar que ratifican el principio de territorialidad y, lógicamente, su voluntad de no hacer dejación del mismo.

³¹ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, tercera edición, p. 902.

³² MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. *Op. cit.*, p. 53.

ARTÍCULO 2

MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El antecedente inmediato de este numeral lo encontramos en el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, que regulaba también el concepto de arbitrabilidad, acogiendo la teoría de la libre disposición y un criterio negativo, al establecer lo siguiente:

Artículo 1.- Disposición general

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el criterio negativo pretendía definir, a través de las cuatro prohibiciones, qué derechos podían arbitrarse en el Perú en caso de conflicto, bajo el amparo de la hoy derogada Ley General de Arbitraje.³³

Por su parte, el inciso 2 del artículo 2 de la Ley peruana en vigencia, no tiene un antecedente inmediato en nuestro ordenamiento jurídico ni en la Ley Modelo Uncitral. La Exposición de Motivos de nuestra Ley no nos brinda mayores alcances sobre este tema.

³³ Cabe precisar que tras estas cuatro prohibiciones de lo que no se podía arbitrar en el Perú, había, implícito, un argumento de fondo. El de la equivocada idea de que existirían determinados derechos que son, por sí, inarbitrables. Es decir, que la naturaleza misma, ya sea ésta humana o jurídica, impide su libre disposición, y por ende, su arbitrabilidad.

En nuestro criterio, no existen derechos que por sí mismos sean arbitrables o inarbitrables. En ambos casos, lo serán porque la ley sanciona que lo sean. Y esto no es un asunto que tenga que ver con la dogmática jurídica, pues ésta puede decir cualquier cosa sin que ello afecte lo que diga la ley. Así pues, es éste un asunto de exclusivo dominio de la política jurídica que cada Estado implemente en su legislación nacional.

En donde sí encontramos un antecedente es en la Ley de Arbitraje española del año 2003,³⁴ la cual —a decir de Mantilla-Serrano—³⁵ se inspiró en el Derecho suizo del arbitraje.

2. MATERIA ARBITRABLE³⁶

El inciso 1 del artículo 2 regula lo que se denomina «arbitrabilidad objetiva», es decir, las cuestiones que son susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje e, indirectamente, el referido inciso sirve de guía respecto de lo que se debería entender por «arbitrabilidad subjetiva», es decir quiénes pueden acudir al arbitraje. Esto último resulta importante de señalar, habida cuenta de que al hacer referencia a materias disponibles, es obvio que sólo podrán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o jurídicas, que puedan disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquél que se encuentre en una situación de *capitis diminutio*.³⁷

Dentro de tal orden de ideas, materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje

³⁴ La Ley de Arbitraje española del año 2003, establece en su artículo 2 lo siguiente:
Artículo 2.- «Materias objeto de arbitraje

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral».

³⁵ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 48.

³⁶ La parte introductoria sobre materia arbitrable se ha basado en: CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?». En *Actualidad Jurídica*. n.º 177, Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2008, pp. 31-35.

³⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, pp. 47 y 48.

lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca —el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión—, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta relativa a qué arbitrar y qué no.³⁸

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 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 —y no de la doctrina jurídica— saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado. Pues, aunque los derechos arbitrables son por lo general muy similares en el Derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda rom-

³⁸ Sobre el desacertado concepto de materia arbitrable y a propósito del comentario de la antigua Ley de Arbitraje española de 1988, la profesora Silvia Gaspar dice que: «[...] el término 'materia' [...] debería interpretarse en el sentido de constituir un complejo entramado de derechos que, abstracción hecha de cada uno de ellos, se considera disponible. Pero, en sentido estricto, la posibilidad de disponer debe predicarse de cada uno de los derechos que integran la materia de que se trata». Gaspar señala además que si bien la expresión «materia» no es adecuada para indicar el objeto de la facultad de disponer, tampoco resulta apropiada para referirse al objeto de un conflicto, en la medida de que las cuestiones litigiosas se presentan propiamente en relación con derechos concretos. Agrega que el erróneo término utilizado por la antigua Ley de Arbitraje española se manifiesta en su artículo 2.1,b), que establece que no pueden ser objeto de arbitraje «las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición», en la medida en que resulta inverosímil que exista una materia que pueda estar unida a otra materia distinta. Lo que sí resulta lógico y posible es encontrar derechos particulares unidos a otros diferentes (GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 90).

per esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad.³⁹

En otras palabras, el concepto de qué es o no arbitrable varía de un país a otro, incluso de una época a otra.

En tal sentido, tenemos que comenzar estudiando los principales criterios que se han desarrollado para efectos de la determinación de la materia arbitrable.

2.1. Libre disposición y patrimonialidad

Cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial.⁴⁰

Mantilla-Serrano⁴¹ afirma que la referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales, con o sin contenido patrimonial.

A nuestro entender, hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es

³⁹ Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, comentando la dificultad de la materia arbitrable, señalan que éste es «[...] uno de los temas de más difícil análisis, ya que [...], no existe país en el mundo que haya podido plasmar en una norma legal, qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía. Y la razón estriba en la dificultad de poder determinar cuáles son las materias que interesan únicamente a los particulares y cuáles son de interés público». (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, pp. 189 y 190).

⁴⁰ ARIAS LOZANO, David (Coord). *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

⁴¹ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 45.

un despropósito porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,⁴² comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988, que establece que «mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*». (La cursiva es nuestra).

Afirma Gaspar que la locución «conforme a derecho» no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la autora considera acertadamente que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje. Y ello no puede sino redundar negativamente en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución.

Por su parte, Campos Medina⁴³ sostiene que si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen.

⁴² GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 89.

⁴³ CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos» En *Revista Peruana de Arbitraje*. n.º 3, Lima: Grijley, 2006, p. 319.

Continúa dicho autor afirmando que hay quienes sostienen que esta teoría de la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben además no tener impedimento legal para someterla a arbitraje.

En efecto, según Perales Viscasillas,⁴⁴ la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en torno a la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje. En este caso, el Estado estaría literalmente prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias, al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas.

A entender de Sanciñena,⁴⁵ las materias tienen que ser disponibles para las partes, con disponibilidad de orden sustantivo y adjetivo, es decir, materias con disponibilidad civil y disponibilidad jurisdiccional.⁴⁶

⁴⁴ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 131.

⁴⁵ SANCINIENA ASURMENDI, Camino. «Materias objeto de arbitraje». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 66.

⁴⁶ El citado autor señala que no cabe el arbitraje cuando la materia sea indisponible jurisdiccionalmente, bien porque es necesario que esa controversia se someta al ámbito jurisdiccional, o bien porque ya ha sido resuelta en el orden jurisdiccional. Cabe someter a arbitraje las materias que estén pendientes en un procedimiento judicial, siempre que no haya recaído resolución judicial firme y definitiva sobre las mismas.

Merino Merchán y Chillón Medina⁴⁷ señalan que sólo son arbitrables aquellas materias que están en disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje.

Por su parte, Sanciñena⁴⁸ sostiene que no se pueden confundir las materias que afectan al orden público, que son indisponibles y, por tanto, inarbitrables, de las materias reguladas por normas imperativas. Una materia sometida a normas imperativas, no es equivalente a materia de orden público. Las normas imperativas o de derecho necesario no se pueden vulnerar; ni pactar lo contrario de lo que disponen, pero eso no implica que la materia sobre la que incidan sea inarbitrable por ser indisponible para las partes. Así, el que una materia se rija por normas de carácter imperativo, no es suficiente para excluir el arbitraje. Las materias sometidas a normas imperativas pueden ser objeto de arbitraje.

Yáñez Velasco⁴⁹ afirma que la libre disposición no existe en materia de orden público y cualquier otra recogida por normativa de naturaleza imperativa que, además, impida disponer.

Sobre el particular, Mantilla-Serrano⁵⁰ precisa que el hecho de que una controversia haga relación a normas imperativas no derogables por los particulares o requiera la aplicación de las mismas, no la hace *per se* inarbitrable. En esos casos, la cuestión sigue siendo objeto posible de arbitraje, pero corresponde a los árbitros decidir —bajo el control del juez que decidirá una posible acción de anulación del laudo— sobre la vocación de la norma invocada a aplicarse al caso concreto y, de ser aplicable, sobre su carácter imperativo y, eventualmente, sobre la sanción que competa por la violación de la misma.

⁴⁷ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 165.

⁴⁸ SANCIÑENA ASURMENDI, Camino. *Op. cit.*, p. 66.

⁴⁹ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 189.

⁵⁰ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 47.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales Viscasillas⁵¹ señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina, establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.

Por el contrario, Yáñez Velasco⁵² nos dice que el hecho de que una materia sea patrimonial no presupone su disponibilidad sin más, como tampoco la indisponibilidad implica que una materia sea de naturaleza personal.

Para lo primero —según el citado autor— se llama la atención sobre obligaciones patrimoniales relativas al cumplimiento de deberes esenciales implícitos a relaciones paterno-filiales o conyugales, disponibles cuando exclusivamente se trate de resolver una distribución monetaria. Sobre lo segundo es claro el ámbito de los derechos de la personalidad, como la vida o la integridad psíquica y física, mientras que resulta clásica la concepción indisponible de la condición de las personas en cuanto a nacionalidad, filiación y su estado civil matrimonial en sede de separación, divorcio o nulidad. La exclusión aparece con el régimen económico del matrimonio, convenios vinculados a la compensación económica tras separación o divorcio —incluso en nulidad matrimonial—.

Por nuestra parte, coincidimos con Campos Medina,⁵³ quien señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

Por lo demás, creemos necesario recordar que la distinción que la doctrina establece respecto a patrimonialidad o no patrimonialidad, ha

⁵¹ PERALES VISCASILLAS, María del Pilar. *Op. cit.*, p. 139.

⁵² YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 165.

⁵³ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 320.

sido ya superada. Ello, debido a que un derecho siempre reviste caracteres de ambos tipos, en mayor o menor grado.

2.2. Criterio positivo y criterio negativo

Aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, no menos cierto es que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar que establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio, esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá en su momento, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida de que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann⁵⁴ —refiriéndose a la regulación que sobre la materia contenía el Código Civil de 1984— dice que respecto a los temas o controversias arbitrables —criterio positivo—, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo

⁵⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen V, pp. 61-68.

excepciones expresas —criterio negativo—, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

A nadie escapa pues que el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje es el criterio negativo. Y esto, porque sin criterio negativo, sin lista cerrada de prohibiciones, cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.

Sobre el particular, Yáñez Velasco⁵⁵ señala que un índice de materias que pudieran ser objeto de arbitraje, incluso acordando la búsqueda de perspectivas lo más genéricas posibles, plantearía el grave inconveniente del olvido o la omisión, algo que siempre acaba mostrándose inevitable. Sin embargo, establecer una vía de principio puede ser útil para acoger un gran número de posibilidades sin cerrarse a ningún tema en concreto, estableciendo luego exclusiones o limitaciones expresas dignas de mención para eludir aspectos dudosos o discutibles desde el punto de vista práctico o doctrinal, o bien por intereses de la política legislativa del momento.

2.3. Materia arbitrable en la Ley de Arbitraje (inciso 1 del artículo 2)

En la Ley de Arbitraje nacional, la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 de su artículo 2, precepto que establece que «[p]ueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

Como se puede apreciar, la Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje.

⁵⁵ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 98.

En efecto, de manera novedosa,⁵⁶ la Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como por ejemplo los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones - APPRI; y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión - TBI (o, en inglés, *Bilateral Investment Treaties* - BIT); así como los multilaterales en los que por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

La Exposición de Motivos de la actual Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del por qué se prescindió del criterio negativo.

A entender de Yáñez Velasco,⁵⁷ desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como de libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que aboca al absurdo y al inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matices de alguno de esos temas o materias.

Eliminado el criterio negativo en la nueva Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la «libre disposición» como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es arbitrable o no.

⁵⁶ Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificadorio de la Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, no contemplaba modificación alguna al citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

⁵⁷ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 160.

Como ya hemos demostrado en un trabajo anterior con relación a la Ley General de Arbitraje,⁵⁸ el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas «materias» adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, en buen romance, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.

De ahí la necesidad de pensar seriamente sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar⁵⁹ y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la derogada Ley General de Arbitraje.

De ahí que, si bien en un mundo donde el *statu quo* de los conceptos y las realidades jurídicas tiene poca fluidez y es renuente al cambio, el criterio negativo tenía sentido; en el mundo volátil de la globalización, dicho criterio no tiene ninguno, pues si lo tuviera, este criterio negativo no estuviera agujereado de tantas excepciones.

Por lo tanto, es signo del paso del tiempo y cambio social que el criterio positivo, esto es, el que todo derecho que las normas jurídicas (o los tratados internacionales) estipulen como disponible sea arbitrable, es correcto.

⁵⁸ Ver CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: la verdadera reforma de la Justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006, vol. 1, pp. 73 y ss.

⁵⁹ Ver *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, tomos III y IV.

Y esto no se produce sólo por el paso del tiempo ni por los cambios sociales a los que el Derecho, como cualquier otra disciplina, se debe adecuar, sino además porque este criterio está en plena sintonía con el positivismo jurídico que nosotros avalamos como lo más avanzado que la ciencia jurídica en esta materia puede exhibir. Porque, en efecto, ya hemos concluido que no creemos en los derechos inarbitrables por «naturaleza». Tal cosa no existe, en la medida de que todo derecho puede ser materia de arbitraje si la norma jurídica establece su carácter de libre disponibilidad. Y cuando la norma calla, pues se entiende que lo que no está prohibido está permitido según el principio general de Derecho que así lo establece.

En este sentido, la Ley de Arbitraje en actual vigencia ha dado un «gran salto adelante» pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente).

3. EL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como ya hemos señalado, el inciso 2 del artículo 2 de nuestra Ley de Arbitraje es una innovación, y una muy importante, al otorgar preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales aplicables a la parte estatal.

Esta disposición cobija tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirectamente por el Estado, sus divisiones o subdivisiones. También se aplica a las empresas o aun a las organizaciones de las cuales el Estado o sus entidades sean parte.⁶⁰

⁶⁰ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 48.

Asimismo, cabe señalar que el inciso 2 del artículo 2 se aplica tanto para los arbitrajes que se desarrollan en el Perú como para aquéllos que tengan lugar en el extranjero.

La idea es que el Estado sea tratado como un particular, evitando que haga uso de algún tipo de prerrogativa, a fin de no acudir a la vía arbitral.

Sobre el particular, Carballo Piñeiro⁶¹ sostiene que es un mandato dirigido a las autoridades judiciales para impedir la invalidez del convenio arbitral por causa de incapacidad del Estado para disponer sobre la materia controvertida. Este precepto entronca con la práctica jurisprudencial tendente a interpretar de manera restrictiva cualquier prohibición de someterse a arbitraje referida a cuestiones en las que intervenga un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina⁶² señalan que el precepto en cuestión constituye una regla material del arbitraje internacional que ha sido reconocida en muchas ocasiones por los árbitros internacionales en relación a asuntos relativos a los denominados *state contracts*, que ha sido progresivamente diseñada por los tribunales judiciales, y ha sido asimilada por la práctica internacional del *Estoppel*, traducción inmanente del principio de la ilicitud de actuar contra los propios actos y que se ha incorporado al derecho convencional y finalmente a los diversos derechos nacionales.

En efecto, como bien señala Yáñez Velasco,⁶³ desde hace años viene apreciándose como práctica común que un Estado o un organismo que le sea dependiente alegue incapacidad para asumir los efectos de un convenio arbitral inicialmente pactado, sirviéndose para ello de la denominada inmunidad de jurisdicción propia o características de la

⁶¹ CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Materias objeto de arbitraje». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 80.

⁶² MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, pp. 166-167.

⁶³ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 201.

soberanía estatal. En este campo de estudio han existido normativas que impiden ese tipo de oposición, justificada en el Derecho interno pese a la arbitrabilidad del objeto de la controversia.

Según el citado autor, primordialmente se alude a la buena fe *international* y la doctrina del *Estoppel*, pues ese Estado u organismo dependiente actuaría contra los propios actos si alegase con éxito la mencionada inmunidad.

Dentro de tal orden de ideas, y dado que el inciso 2 del artículo 2 no tiene un antecedente inmediato y se basa en la doctrina del *Estoppel* anglosajón,⁶⁴ consideramos pertinente desarrollar los principales aspectos de esta doctrina, a efectos de entender mejor su incorporación en la actual Ley de Arbitraje.

3.1. La doctrina del Estoppel

Del origen y de la evolución histórica del *Estoppel* muy poco puede decirse porque es un problema que permanece en la oscuridad. La formación de la doctrina es obra lenta de una jurisprudencia secular que se ha ido introduciendo poco a poco a través de los diversos casos decididos por los tribunales.⁶⁵

En relación a las raíces históricas del *Estoppel*, Borda⁶⁶ sostiene que la regla *venire contra factum proprium non valet* sirve de fundamento tanto en la doctrina de los actos propios como en el *Estoppel* anglosajón. Tan es así, que la palabra *Estoppel* tiene la misma raíz que el término español «estopa».

⁶⁴ Para mayor ilustración, ver CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La Teoría de los Actos Propios*. Lima: Palestra editores S.A.C., 2006.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch, 1962, p. 63.

⁶⁶ BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 28.

Por su parte, Riezler⁶⁷ cree posible encontrar algún supuesto de *Estoppel* en los juristas anglosajones del siglo XII. Recordemos que en el medioevo, los juristas ingleses fueron fuertemente influidos por el Derecho Romano-canónico.

Asimismo, también debemos tener presente que en la doctrina del *Estoppel* es frecuente la expresión *own act* u *own deed*, que son sinónimos de *acto propio*.

Al respecto, Díez-Picazo⁶⁸ nos dice que en la doctrina del *Estoppel* encontramos una idea semejante a la que se expresa bajo la rúbrica de que «nadie puede venir contra sus propios actos».

Sin embargo, algunos autores sostienen que el *Estoppel* es una institución jurídica exclusiva del sistema angloamericano de Derecho, que no se encuentra en ninguno de los regímenes jurídicos derivados del Derecho Romano.

Entre dichos autores, encontramos a Rabasa,⁶⁹ quien señala que el *Estoppel* constituye la regla del Derecho Anglosajón que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber ejecutado antes un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto; pues conforme a este principio, nadie puede contradecir lo dicho o hecho por él mismo, o por aquél de quien se derive su derecho, de un modo aparente y ostensible, con perjuicio de un tercero que, fiado en esas apariencias, producidas intencional o negligentemente por el responsable de ellas, contrae una obligación o sufre un perjuicio en su persona o en su patrimonio.

⁶⁷ Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 63.

⁶⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 61-62.

⁶⁹ Citado por PUIG BRUTAU, José. «La Doctrina de los Actos Propios». En *Estudio de Derecho Comparado*. Barcelona: Ariel, 1951, p. 104.

Al respecto, Puig Brutau⁷⁰ sostiene que no hace falta mucho esfuerzo para demostrar que la descripción de la doctrina del *Estoppel*, a la cual tratan de presentar como exclusiva del sistema anglosajón, coincide con nuestro concepto de la Teoría de los Actos Propios.

Para el citado autor, la regla del *venire contra factum proprium non valet* puede ser alegada indistintamente como fundamento de la Teoría de los Actos Propios y del *Estoppel*.

Borda,⁷¹ al analizar las distintas definiciones existentes sobre el *Estoppel*, prefiere aquéllas en donde aplican el *Estoppel* en un plano de generalidad. Así, por ejemplo, V.A. Griffith, en su obra *Outlines of the law*, sostiene que el *Estoppel* es la doctrina en cuya virtud alguien que, por su manera de obrar, con palabras o mediante actos, produce en otro la creencia racional de que ciertos hechos son ciertos, y el último obra sobre la base de tal creencia (*belief*), impidiendo al primero que pueda negar la verdad de lo que ha «representado» con sus palabras o su conducta, cuando la negativa habría de redundar en su beneficio y en perjuicio de la otra persona.

Nosotros coincidimos con Borda, cuando señala que las definiciones dadas por Puig Brutau y V. A. Griffith son las más adecuadas, en tanto tienden a sancionar toda conducta incoherente, incluso las realizadas fuera del pleito. Si lo sancionable es la contradicción, no vemos el motivo de limitarla a la cuestión meramente procesal; su aplicación debería abarcar la mayor cantidad de situaciones posibles.⁷²

⁷⁰ PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, p. 105.

⁷¹ BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 25-26.

⁷² Para algunos autores, el *estoppel* se refiere, más que nada, a una cuestión procesal. Así, Luis Moisset de Espanés lo define como la barrera o freno erigido a las pretensiones de quien reclama algo en abierta contraposición con lo que anteriormente había aceptado.

Por su parte, Vallet de Goytisolo señala que el *estoppel* impide la alegación dentro de un proceso —aunque sea cierta— que esté en contradicción con el sentido

3.1.1. Características

El *Estoppel* tiene cuatro características fundamentales;⁷³ a saber: apariencia jurídica, eficacia procesal, medio de defensa y reciprocidad.

- Apariencia jurídica

La primera de las características del *Estoppel* es su relación con el principio de protección de la apariencia jurídica, ya que el *Estoppel* consiste en la imposibilidad de que una parte alegue y pruebe hechos que están en contraste con la apariencia que ella misma ha creado o suscitado.

Puig Brutau⁷⁴ precisa que en la doctrina del *Estoppel*, la importancia radica en la apariencia. La apariencia es expresada, en la doctrina anglosajona, como *representation*.

El citado autor señala que la palabra *representation* debe ser entendida en su sentido corriente, como cuando se habla de una representación teatral y no debe pensarse en el acto de representación a través de un poder.

En consecuencia, de lo que se trata es de proteger a aquel sujeto que confió en la apariencia de determinada situación, y de impedir que el autor de la conducta contradictoria se beneficie. Es decir, el *Estoppel* sería una especie de sanción a aquel sujeto que pretende contradecir su primera conducta, la cual ya suscitó en otro una determinada apariencia.

objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta. La ubica como un arma estrictamente defensiva.

Dobson lo ha definido como el instituto que tiene por finalidad impedir la inclusión de pruebas en un proceso que vengan a sostener la afirmación o negación de un hecho determinado.

⁷³ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 65-70.

⁷⁴ PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 112-114.

- *Eficacia procesal*

La segunda característica del *Estoppel* es su eficacia procesal. Recordemos que *Estoppel* significa que dentro de un proceso, una persona no puede hacer una alegación en contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta.

En el Derecho Anglosajón, el *Estoppel* no crea, ni modifica, ni extingue un acto jurídico; simplemente, imposibilita determinada alegación y hace que sea declarada inadmisibile. El *Estoppel* nunca llega más allá de las partes que actúan en el proceso, ni del proceso en que se actúa.

- *Medio de defensa*

Como tercera característica, constituye un medio de defensa, en el sentido amplio de la palabra y no sólo como excepción. Ello, en virtud de que el *Estoppel* no sólo puede ser usado por el demandante frente a la demanda, sino también por el propio demandante frente a la excepción del demandado.

Asimismo, en tanto el *Estoppel* es un medio de defensa, sólo puede ser empleado por la parte a quien favorezca y no puede ser aplicado de oficio por el juzgador.

- *Reciprocidad*

Y como cuarta característica, tenemos a la reciprocidad, en el sentido de que el *Estoppel* puede ser invocado, tanto por el demandado (al contestar la acción) como por el actor (frente a los alegatos del demandado), es decir, por ambas partes del proceso.

También, debemos precisar que el *Estoppel* nunca puede ser invocado por terceros ni puede ser opuesto a ellos.

3.1.2. *Requisitos*

Los requisitos del *Estoppel* también son cuatro.⁷⁵

El primero de ellos consiste en que un sujeto debe dar por cierto un determinado estado de cosas.

El segundo, es que ese estado de cosas debe ser claro, es decir, que no sea ambiguo. La afirmación debe ser unívoca, a fin de que no sea susceptible de diversas interpretaciones.

En tercer lugar, ese estado de cosas afirmado debe presentarse como existente en el presente o en el pasado, pero nunca en el futuro.

Como cuarto requisito, el *Estoppel* se produce en favor del sujeto que ha confiado en ese estado de cosas afirmado.

3.1.3. *Aplicación de la doctrina del Estoppel en el inciso 2 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje*

La doctrina anglosajona establece una amplia clasificación del *Estoppel*⁷⁶ y en dicha clasificación encontramos el *Estoppel by representation*, que es

⁷⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 70-71.

⁷⁶ Tenemos las siguientes clases:

- *Estoppel by record*
- *Estoppel by deed*
- *Estoppel by fact in pais*: los casos más significativos de esta clase son:
 - (i) *Tenancy*
 - (ii) *Bailment*
 - (iii) *Patentes*
 - (iv) *Estoppel by representation*
 - (v) *Estoppel by acquiescence* y
 - (vi) *Laches*.

Sobre el particular recomendamos ver PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 108-111; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, pp. 71-85; BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 32-40.

un subtipo del *Estoppel by fact in pais*, pero es la forma más importante y característica del *Estoppel* en el moderno Derecho inglés.

La idea fundamental del *Estoppel by representation* es que cualquiera que haya podido ser la intención verdadera de una persona, ésta queda vinculada por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en otra, ya que existe el deber de tener en cuenta las representaciones que nuestros actos puedan causar en los demás.

La *representation* puede originarse por medio de una declaración (*Estoppel by words*) o por medio de una conducta (*Estoppel by conduct*). Sin embargo, si bien la conducta o la declaración deben ser voluntarias, ello no quiere decir que la representación tenga que ser dolosa, ni conocida, ni intencionalmente falsa; ya que basta que la persona destinataria de la representación haya obrado, a su vez, modificando la situación anterior en base a la confianza depositada en aquella primera manifestación de voluntad.

Por ello, en el caso del arbitraje internacional, si una de las partes es un Estado (o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado), no puede invocar válidamente las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral, ya que ha quedado vinculado por la apariencia que el sentido objetivo de su conducta ocasionó en la otra parte.

En otras palabras, si el Estado (o sociedad, organización o empresa controlada por un Estado) suscribió un convenio arbitral, no podrá desconocer válidamente los efectos del referido convenio, argumentando inmunidad de jurisdicción propia o alguna otra característica de su soberanía estatal.

ARTÍCULO 3

PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El inciso 1 del artículo 3 de la Ley de Arbitraje tiene como antecedente el artículo 5 de la Ley Modelo Uncitral, que establece de manera expresa que «en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga».

Los incisos 2 al 4 del citado artículo 3 no tienen antecedente en la Ley Modelo Uncitral, ya que dichos preceptos son consecuencia de todos los problemas que se presentaron en la práctica arbitral peruana.⁷⁷

2. GENERALIDADES

Desde la vigencia de la primera Ley de Arbitraje en el Perú, siempre quedó la duda sobre cuáles eran los límites en las competencias de los tribunales ordinarios de justicia para poder tomar injerencia en los procesos arbitrajes en curso.

Esta situación generó que en los últimos años de la década de los noventa y en los primeros años de la década pasada, se produjeran interferencias notorias en los procesos arbitrajes en curso, tanto por parte de jueces civiles, jueces constitucionales o jueces penales.

Si bien el artículo 4 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, regulaba la «intervención del Poder Judicial» en el arbitraje, dicha norma era bastante escueta, al establecer lo siguiente:

Artículo 4.- Intervención del Poder Judicial

Salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral. (El subrayado es nuestro).

⁷⁷ Sin embargo, cabe señalar que la intromisión del Poder Judicial en los arbitrajes no es un problema exclusivo de la práctica arbitral peruana.

En efecto, la jurisprudencia arbitral internacional presenta ejemplos sobre casos en los que tribunales arbitrables internacionales han tenido que enfrentar medidas de tribunales estatales que buscan obstaculizar la consecución de procedimientos arbitrales. Sobre el particular, recomendamos consultar la obra de GONZÁLEZ DE Cossío, Francisco. *Op. cit.*, pp. 315-323.

Este artículo constituía corolario del denominado efecto negativo del convenio arbitral, que impide a los tribunales conocer las controversias sometidas a arbitraje.⁷⁸

Dentro de tal orden de ideas, salvo disposición distinta de la propia Ley General de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional o administrativo podía admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impidiera el inicio del arbitraje o lo suspendiera.

Sin embargo, a pesar de la existencia de una norma que regulaba la «intervención del Poder Judicial», en la práctica se presentaron varios y muy graves problemas, en virtud de la indebida intervención de los jueces en el proceso arbitral, lo que conllevó a que el artículo 3 de la actual Ley de Arbitraje sea más preciso —e, incluso, reiterativo— en torno a la independencia y autonomía del arbitraje.

La propia Exposición de Motivos nos dice que el artículo 3 responde a «la preocupación que actualmente existe en el medio acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así, contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias [...]. El control jurisdiccional se mantiene, pero se orienta a un control *ex post* del laudo y no a un control *ex ante* del laudo que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje. Con ello se libera al arbitraje de trabas durante su tramitación, pero respetando la facultad del sistema judicial de velar por el cumplimiento de la ley y el derecho de defensa de las partes».

⁷⁸ En sentido estricto, el efecto negativo hace referencia al deber de abstención de los tribunales, consistente en no continuar con la tramitación del proceso de declaración pendiente ante ellos, para dejar que sea resuelto por medio de arbitraje, bien entendido que esta acepción se refiere sólo a la tutela declarativa de los tribunales, exigiendo que exista una equivalencia entre la función que están desempeñando los tribunales y la que se va a desarrollar o se está desarrollando en el arbitraje para que tenga lugar. (ARANGÜENA FANEGO, Coral. «Intervención Judicial» En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 135).

Como bien señala Caivano,⁷⁹ la jurisdicción que detentan los árbitros está sostenida por el ordenamiento legal que respalda la institución del arbitraje, permitiendo que los particulares, dentro de la esfera de la libertad negocial, sustraigan determinadas contiendas de la jurisdicción de los jueces estatales para otorgarlas a otros particulares.

En efecto, como sabemos, el sometimiento de un conflicto a arbitraje, supone excluir tal asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, quienes sólo excepcionalmente, por motivos preestablecidos, podrían decidir sobre la validez o nulidad del laudo.

Incluso, en el Proyecto Modificatorio,⁸⁰ elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006, se contemplaba la modificación del artículo 4 de la siguiente manera:

Artículo 4.- Autonomía del arbitraje

El sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces. En consecuencia, en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ninguna autoridad judicial, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

Es especialmente aplicable a la jurisdicción arbitral el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución. Salvo disposición distinta de esta ley, existiendo convenio arbitral o durante el desarrollo del arbitraje ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que de cualquier manera impida el inicio del arbitraje, o que lo suspenda o impida su continuación. En ejercicio de su independencia y su jurisdicción, sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo los árbitros tienen competencia exclusiva para

⁷⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2000, segunda edición, p. 24.

⁸⁰ Sobre nuestros comentarios a este proyecto modificatorio, recomendamos ver: CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Irene MARTÍNEZ CÁRDENAS y Rosana ROSALES BÁSCONES. *Op.cit.*, pp. 185-295.

instalarse como tribunal arbitral, dar inicio al proceso y continuarlo, examinar su competencia y dictar el laudo.

El arbitraje sólo está sujeto a control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo. Cualquier intervención judicial o administrativa distinta y anterior al laudo conducente a ejercer un control o a interferir en el ejercicio de las funciones arbitrales está sujeta a responsabilidad y no obliga a las partes ni a los árbitros.

3. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

3.1. Principio de no intervención judicial

El primer inciso del artículo 3 de la Ley de Arbitraje establece que en los asuntos que se rijan por ese precepto, «no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga».

De este modo, salvo disposición distinta de la propia Ley de Arbitraje o pacto en contrario de las partes, al existir un convenio arbitral o durante el desarrollo de un proceso arbitral, ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que, de cualquier manera, impida el inicio del arbitraje o que lo suspenda.

Sobre el particular, Arangüena Fanego⁸¹ señala que la regulación de la intervención de los órganos judiciales en el arbitraje es restrictiva, en lógica consonancia con la prevalencia de la autonomía de la voluntad de los sujetos en conflicto. Si los sujetos mediante la suscripción del convenio arbitral deciden someter una controversia a la decisión de los árbitros, excluyendo de este modo la vía jurisdiccional para su resolución, resultaría ilógico hacer intervenir de una forma notable a los órganos

⁸¹ ARANGÜENA FANEGO, Coral. «Intervención judicial». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 136.

jurisdiccionales cuando precisamente los sujetos interesados han optado voluntariamente por su apartamiento.

Por su parte, Mantilla-Serrano⁸² señala que con esta norma se persigue dotar de previsibilidad al arbitraje, de manera que quienes recurran a él no se vean sorprendidos con una intervención judicial no prevista en la ley.

A nuestro entender, lo que se busca es consagrar el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, principio que ha sido reconocido expresamente en importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional del Perú.⁸³

El Tribunal Constitucional ha subrayado que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y a la decisión voluntaria de las partes, reiterando la protección del arbitraje por el principio de no interferencia, consagrado en el artículo 139 de nuestra Constitución Política.

Es decir, el Tribunal Constitucional ha subrayado la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la derogada Ley General de Arbitraje y en el artículo 41 de la actual Ley de Arbitraje, el mismo que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil, constitucional o penal.

⁸² MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 70.

⁸³ Sentencias recaídas en los expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC, n.º 7532-2006-PA/TC, n.º 4195-2006-AA/TC y n.º 0142-2011-AA/TC.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional —con acertado criterio— ha reconocido la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas a su fuero, con independencia de la judicatura ordinaria. Es más, tratándose de materias de su competencia, el control judicial en materia arbitral debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación (si se hubiera pactado) y anulación del laudo; en tanto, el control constitucional deberá realizarse de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del Código Procesal Constitucional, no siendo procedentes los procesos constitucionales, cuando no se hubieran agotado las vías previas.

Debe señalarse que en ese entonces el panorama jurídico no era nada claro, por cuanto el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, además de las normas pertinentes de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo, permitían interpretar que cabía la interposición de acciones de garantía en contra de resoluciones judiciales y, por tanto también, en contra de resoluciones arbitrales.

En tal sentido, se planteaba la idea de la validez o no de la interposición de demandas judiciales, sobre todo en el terreno constitucional, a efectos de considerar si de esa manera se podía obtener una medida cautelar dirigida a que se modificara el sentido de alguna resolución arbitral, o que se produjera la suspensión del curso del proceso arbitral, hasta que se resuelva el fondo del tema en sede constitucional.

Si bien en el terreno teórico estas consideraciones eran aceptables, es decir, resultaba aceptable —teóricamente— que se pueda suspender un proceso arbitral o un proceso cualquiera hasta que se solucione la controversia en torno a si había habido o no violación de un derecho constitucional, en el terreno práctico tales consideraciones hacían absolutamente inviable la posibilidad de seguir de manera racional un proceso arbitral, en tanto y en cuanto una de las partes estuviese decidida a arruinar el desarrollo de dicho proceso.

En ese sentido, hizo muy bien el Tribunal Constitucional en emitir las resoluciones que zanjaron estas discusiones.

De esta forma, se ha establecido la no intervención de autoridad judicial alguna en los casos arbitrales (inciso 1 del artículo 3 bajo comentario) y esta norma es reiterada y está especificada en muchos otros preceptos de la propia ley. Tanto así, que en el inciso 2 del artículo 3 se señala que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3.2. Independencia

Por su parte, el segundo inciso señala que «el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones».

Es evidente que el inciso 2 del artículo 3 está haciendo alusión al tema de la no intervención judicial, en la medida de que no podría concebirse que se den órdenes y posiciones de otras autoridades que no sean las autoridades judiciales.

Cabe señalar que el Tribunal Constitucional⁸⁴ se ha pronunciado sobre el concepto de independencia judicial. Creemos que dicha opinión también resulta aplicable al ámbito arbitral, en vista de que la propia Constitución otorga jurisdicción a ambas instituciones (cabe señalar que el artículo 139, inciso 1, también le otorga independencia a la jurisdicción militar). Así, pues, se ha señalado que:

[...] el principio de independencia [...] debe entenderse desde tres perspectivas a saber:

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 9 de junio de 2004 a través del expediente n.º 0023-2003-AI-TC.

- a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica), por sujeción al respeto al principio de separación de poderes.
- b) Como garantía operativa para la actuación del [árbitro] (independencia funcional), por conexión de los principios de reserva y exclusividad de su jurisdicción.
- c) Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia.

A su turno, Rubio Correa⁸⁵ señala que la independencia debe ser un escudo contra los posibles agentes de influencia: la política, los propios colegas del organismo jurisdiccional y los diversos interesados existentes en la sociedad. De todos ellos debe protegerse la decisión jurisdiccional.

Ahora bien, en teoría, «cualquier autoridad oficial» podría ordenar algo, pero esas órdenes siempre habían estado fuera de la competencia de los tribunales arbitrales. Por lo tanto, no había dudas, pues, de que si, por ejemplo, una municipalidad o un gobierno regional o el gobierno nacional, o a través de una entidad estatal se hubiese dado alguna orden a algún tribunal arbitral, éste no habría tenido por qué acatarla. Eso no estaba en discusión, ni antes ni después de la Ley. Lo único que estaba en discusión antes de la Ley era en qué medida los tribunales arbitrales estaban obligados o no a acatar órdenes de los tribunales ordinarios.

En ese sentido, nos queda claro que después de la actual Ley de Arbitraje, esa injerencia está absolutamente desterrada, pero aun sin la nueva Ley, las sentencias del Tribunal Constitucional que pusieron fin a la controversia, dejaron bastante zanjado el tema, al establecer que en estas materias no hay ninguna posibilidad de injerencia ni deber de acatamiento por parte de los tribunales arbitrales.

⁸⁵ RUBIO CORREA, Marcial. *El Estado Peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 291.

3.3. Autonomía y kompetenz-kompetenz

Por su parte, el inciso 3 del artículo 3 señala que 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.

Aquí también hay algunos puntos directamente relacionados con lo anterior. Y es que, en primer lugar, el reiterar las atribuciones del tribunal arbitral para iniciar el trámite de las actuaciones arbitrales, se debe a la mala práctica de tribunales ordinarios que amparaban medidas cautelares para que los tribunales no pudieran instalarse. Lo propio con relación a la continuación del trámite de las actuaciones arbitrales, pues era común que tribunales ordinarios decretaran que los tribunales arbitrales que ya se habían instalado, no podían continuar con las actuaciones hasta que se reabriera la cuestión de fondo en materia civil, penal o constitucional, por cuanto se había decretado una medida cautelar.

La autonomía es entendida como «el respeto, al interior del propio órgano, del desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública. Esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio [árbitro]. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el [árbitro] se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política».⁸⁶

De otro lado, el propio inciso 3 subraya la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, el mismo que faculta a los árbitros a decidir

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el expediente n.º 2465-2004-AA-TC.

acerca de las materias de su competencia, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil, constitucional o penal.

Este tema, que luego es ya desarrollado con mayor pulcritud en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, resulta bastante importante, por cuanto la competencia del tribunal arbitral no puede ser discutida de acuerdo a la ley peruana, en otro fuero que no sea el propio fuero arbitral.

Si primero se discutiera la competencia del tribunal arbitral en sede judicial, pues, simplemente tendríamos una especie de círculo vicioso, ya que para recurrir al arbitraje, habría primero que agotar toda una discusión, en un proceso judicial en el cual se resuelva como materia controvertida, si el tribunal arbitral es o no competente para conocer el arbitraje.

Esto representaría simple y llanamente un contrasentido y, por ende, conllevaría el fin del arbitraje.

Ahora bien, a pesar de que, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, los tribunales arbitrales pueden decidir positivamente a favor de su propia competencia, podría existir algún proceso civil sobre materia conexa a aquélla que se venga discutiendo en el plano arbitral.

Entendemos que los tribunales ordinarios no pueden discutir la competencia del tribunal arbitral para conocer la materia controvertida, lo que no implica que los tribunales ordinarios no puedan considerarse (ser) competentes para conocer materias conexas a la materia que está siendo controvertida en un tribunal arbitral.

Finalmente, el inciso 3 también establece que el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para dictar el laudo.

Lo que se busca es desterrar ciertas prácticas —acciones de garantía y medidas cautelares— a las cuales también se solía recurrir, a efectos de interrumpir el proceso y evitar que el tribunal laude. Es decir, que a pesar de que se había desarrollado todo el proceso, se evitaba poner fin al mismo.

3.4. No interferencia

Por si fuera poco, en el inciso 4 de este artículo 3, se subraya que ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales, podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior, mediante recurso de anulación del laudo contemplado en la propia Ley.

Es importante también señalar que la norma agrega en su parte final que esta disposición está sujeta a responsabilidad. Es evidente que la Ley alude a la responsabilidad de las autoridades judiciales o de cualquier otra que quiera interferir en el desarrollo de un proceso arbitral, salvo que sea el control *ex post* a través del recurso de anulación.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que la anulación de laudo es la única vía. Naturalmente, se ha discutido mucho acerca de la posibilidad de interponer acción de amparo en el Tribunal Constitucional, con respecto a la resolución que deniega anular un laudo.

En efecto, mediante diversas sentencias se ha ido moldeando esta posibilidad. Así, el último de los pronunciamientos realizados por el Tribunal Constitucional sobre el tema —siguiendo la línea jurisprudencial iniciada con los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC, n.º 4195-2006-PA/TC, n.º 7532-2006-PA/TC, n.º 5311-2007-PA/TC, n.º 3750-2008-AA/TC y n.º 2851-2010-PA/TC, sobre el ámbito de control constitucional del laudo arbitral—, recaído en el Expediente 0142-2011-AA/TC, ha precisado algunos supuestos sobre la procedencia del amparo en contra de laudos, estableciendo una serie de parámetros.

Antes de analizar el contenido de esta resolución, cabe recordar que este tema —de alguna manera— fue solucionado con el primer precedente de observancia obligatoria que el Tribunal Constitucional emitió sobre la materia y que recayó en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, ya que en él se estableció claramente que debe protegerse la jurisdicción arbitral en virtud del «principio de no interferencia».

En efecto, en dicha oportunidad, el Tribunal Constitucional subrayó que los tribunales arbitrales —dentro del ámbito de su competencia— se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidos autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.⁸⁷

Sin embargo, sostenemos que el problema de la indebida intervención de la jurisdicción ordinaria en los procesos arbitrales se solucionó «de alguna manera», porque el propio Tribunal Constitucional no sólo estableció excepciones a la regla de que los recursos de anulación y/o apelación eran la vía previa para acudir al amparo,⁸⁸ sino que —en algunos casos— contravino sus propios precedentes, retrocediendo todo lo avanzado en la lucha por la autonomía del arbitraje y por la no interferencia de los tribunales ordinarios en el análisis de cuestiones de fondo.

Aún recordamos casos como el de CODISA, el de CRASA y el de IVESUR, en donde el Tribunal Constitucional:

- (i) Admitió demandas de amparo, sin que se haya agotado la vía previa (recurso de anulación) y sin que se presentara alguna

⁸⁷ Ello, a consecuencia del mal uso de procesos judiciales y, en especial, de procesos de amparo, para suspender o alterar el normal funcionamiento del Tribunal Arbitral.

⁸⁸ Ver la sentencia recaída en el Expediente n.º 4195-2006-PA/TC, en donde se precisó supuestos adicionales para la procedencia de amparo en contra de laudos arbitrales.

de las excepciones contempladas en la Sentencia recaída en el Expediente n.º 4195-2006-PS/TA;

- (ii) Se pronunció sobre los alcances de cláusulas contractuales (es decir, analizaba temas de fondo que no eran —en modo alguno— de competencia del referido Colegiado);
- (iii) Cuestionó la interpretación realizada por los árbitros respecto de normas legales, a pesar de que de tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso; y
- (iv) Se olvidó de que la valoración y calificación de los hechos sometidos a arbitraje, son de exclusiva competencia de los árbitros.

En el caso CODISA, el Tribunal Constitucional amparó la demanda de amparo, sin que dicha empresa hubiese agotado la vía previa. Asimismo, en esa oportunidad, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los alcances de una cláusula contractual, analizando la cuantía de la penalidad y afirmando que se trataba de una «desproporción que no podía pasar por inadvertida», tema de fondo que no era —en modo alguno— de competencia del referido Colegiado.

En el segundo caso, el de CRASA, se cuestionaba la interpretación realizada por el árbitro respecto de normas legales, a pesar de que de tales interpretaciones no se desprendía un agravio manifiesto a la tutela procesal o al debido proceso y también se pronunció sobre temas de fondo, olvidándose de que la valoración y calificación de los hechos sometidos a arbitraje, son de exclusiva competencia de los árbitros.

Finalmente, en el caso IVESUR, el Tribunal Constitucional desarrolló «la teoría de la apariencia de la imparcialidad», centrándose únicamente en la relación personal, profesional o comercial (con respecto a una de las partes del arbitraje) de un vocal del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, quien ni siquiera había intervenido en la designación —en defecto— de un árbitro.

Ante dicha situación, fueron muchas las voces que se alzaron en rechazo a la labor que venía realizando el Tribunal Constitucional, dado que se debilitaba notoriamente al arbitraje y se generaba inseguridad. Por ello, se invocó al Colegiado para que volviera —lo más rápido posible— a la línea trazada en sentencias como las recaídas en los Expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, n.º 1567-2006-PA/TC y n.º 4195-2006-AA/TC, en resguardo del debido proceso y del respeto que merece el arbitraje.

De esta manera, el Tribunal Constitucional aprobó un nuevo precedente de observancia obligatoria contenido en el Expediente n.º 0142-2011-AA/TC, a través del cual el Colegiado establece —también— nuevas reglas para la procedencia e improcedencia del amparo arbitral.

En primer lugar, en este nuevo precedente, el Tribunal Constitucional reseña de manera breve cómo ha evolucionado el control constitucional sobre el arbitraje desde la primera vez que este tema se sometió a su discusión en 1999, resaltando los alcances de la jurisdicción arbitral, teniendo en cuenta su especial naturaleza.

Luego, el Tribunal Constitucional señala —de manera correcta— que «en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que éste involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el artículo 5 del inciso 2) del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias, quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible *a posteriori* acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5 [...]».

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional entiende —tal y como está establecido en la Décimo Segunda Disposición Complementaria del Decreto Legislativo n.º 1071 que regula el Arbitraje— que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

De esta manera, advertimos un cambio positivo, si tomamos en cuenta que el fundamento 14 del antiguo precedente establecía que «si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derecho de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo», entendiendo como vía previa al recurso de anulación y/o apelación. En otras palabras, con el precedente contenido en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, el control constitucional —vía amparo— se daba *ex post* a que la parte agraviada haya agotado las referidas vías previas.⁸⁹

Con el nuevo precedente, el Tribunal Constitucional deja establecido de modo muy claro que el recurso de anulación no es una vía previa al amparo, sino una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho.

Por ello, en el fundamento 20 de la sentencia recaída en el Expediente n.º 0142-2011-AA/TC, el Colegiado establece las siguientes reglas:

- a) El recurso de anulación y de apelación para aquellos procesos sujetos a la derogada Ley n.º 26572, constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de

⁸⁹ Recordemos que, incluso, en el expediente n.º 4195-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional precisó algunos supuestos sobre procedencia de amparos en contra de laudos, siendo uno de ellos el que «aun habiendo culminado el proceso arbitral, el amparo será improcedente cuando no se agote la vía previa, de ser pertinente la interposición de los recursos de apelación o anulación». (El subrayado es nuestro).

derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo, salvo las excepciones establecidas en la propia sentencia.

- b) No procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.
- c) No procede el amparo para cuestionar la falta de convenio arbitral.
- d) No procede el amparo cuando las materias sobre las que ha de decidirse tienen que ver con derechos fundamentales de carácter indisponible o que no se encuentran sujetas a posibilidad de negociación alguna.
- e) Si se interpone demanda de amparo, desconociendo las referidas reglas, no se suspenden ni interrumpen los plazos para interponer los recursos de anulación y/o apelación según corresponda.
- f) Contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales sólo podrá interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial.

Sin embargo, como resulta evidente, esta última regla implica —en los hechos— que el amparo sí será un control *ex post* a los mecanismos de impugnación recogidos en el Decreto Legislativo n.º 1071.

En efecto, esta última regla permitiría que aquella parte renuente al cumplimiento del laudo y que acudió a la «vía específica e idónea del recurso de anulación», pueda acudir al proceso de amparo. Obviamente, el amparo no lo interpondrá en contra del laudo (respetando así, las reglas establecidas en este precedente), pero sí lo hará en contra de la resolución judicial que resuelva en última instancia el recurso de anulación.

Es decir, en los hechos, seguirán siendo tres las etapas para resolver una controversia: la arbitral, la judicial comercial (vía recurso de anulación) y la judicial constitucional (vía el amparo en contra de la resolución judicial).

Por su parte, en el fundamento 21 del precedente bajo comentario, también se establecen tres reglas de procedencia de un amparo arbitral; a saber:

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional;
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional;⁹⁰ y
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.⁹¹

⁹⁰ Artículo VI.- «*Control Difuso e Interpretación Constitucional*

Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.

Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular.

[...].».

⁹¹ Artículo 14.- «*Extensión del convenio arbitral*

El convenio arbitral se extiende a aquellos 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 contra-

A nuestro entender, los supuestos de procedencia del amparo arbitral contemplados en los citados literales a) y b), también podrían ser resueltos por el juez que conoce el recurso de anulación (vía específica e igualmente satisfactoria).

En efecto, cuando un tribunal arbitral ha vulnerado precedentes vinculantes del propio Tribunal Constitucional o ha ejercido incorrectamente el control difuso, estaremos ante la vulneración de derechos que bien podrían estar considerados en el literal b) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071. No entendemos por qué si el propio Tribunal Constitucional ha señalado que «no procede el amparo para la protección de derechos constitucionales aun cuando éstos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva», sí procedería ir al amparo arbitral en esos dos casos. Lo ideal, a nuestro entender, es que también para estos supuestos, la vía correcta sea el recurso de anulación.

Por otro lado, el precedente establece que para esos dos casos será necesario que «quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo».

Aquí cabe preguntarnos cuál sería el mecanismo a través del cual se podría efectuar el reclamo expreso ante el tribunal arbitral, si —como sabemos— contra el Laudo (en donde se habría vulnerado algún precedente vinculante del Tribunal Constitucional o en donde se habría ejercido incorrectamente el control difuso) sólo cabe interponer, ante el tribunal arbitral, los recursos contemplados por el artículo 58 del Decreto Legislativo n.º 1071, a saber: interpretación, rectificación, integración y exclusión.

to 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».

La solicitud de rectificación en absoluto puede implicar una modificación al contenido de la decisión del tribunal arbitral, ya que debe dirigirse meramente a la corrección de errores materiales en el Laudo. Como bien señala Segoviano Astaburuaga,⁹² es clara la razón de ser de la posibilidad de rectificar errores del laudo. Carecería de sentido que ante un mero error material, la regulación del arbitraje presentara un sistema rígido, imposibilitador de toda corrección, pues, en ocasiones, ello conduciría a que el arbitraje careciera de toda eficacia.

Por su parte, la interpretación tiene por objeto solicitar al tribunal arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del Laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje. Queda claro, entonces, que mediante el recurso de interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del tribunal arbitral.

A diferencia de las anteriores, la integración busca salvar la posible deficiencia del Laudo respecto de la omisión de alguno de los puntos sometidos a decisión del tribunal arbitral. En tal sentido, la integración del Laudo tampoco debe implicar la modificación de decisiones ya adoptadas por el tribunal arbitral respecto de los puntos que fueron materia de controversia y que fueron resueltos oportunamente en el Laudo, ni la incorporación de nuevos puntos controvertidos que no fueron materia del proceso arbitral.

Finalmente, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento,

⁹² SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa. «Corrección, aclaración y complemento del laudo». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 640.

sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que los recursos contemplados por el referido artículo 58 no tendrían por finalidad atender un reclamo relativo a la vulneración de algún precedente vinculante del Tribunal Constitucional o relativo a una incorrecta aplicación de control difuso.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional deberá aclarar si el «reclamo expreso ante el tribunal arbitral» será ejercido a través de otro mecanismo no contemplado en el Decreto Legislativo n.º 1071 o si pretende dar mayores alcances a alguno de los ya regulados.

Por otro lado, a nuestro entender, el supuesto de procedencia del amparo arbitral contemplado en el literal c) del fundamento 21, resulta totalmente acertado. Es decir, estamos de acuerdo en que el amparo sí proceda cuando quien lo interpone es un tercero que no forma parte del convenio arbitral.

Como sabemos, la doctrina precisa que la expresión «alcance del acuerdo arbitral» puede recibir dos significados: alcance *rationae materiae* del pacto arbitral y alcance *rationae personae* del mismo. El primer alcance hace referencia a aquellas materias o controversias que se encuentran cubiertas por la voluntad de las partes, tal y como ella ha sido expresada en el pacto arbitral; mientras que el segundo alcance hace referencia a las partes que estarían obligadas por el pacto arbitral.

En tal sentido, un tercero —al no ser parte del convenio arbitral— no participa del arbitraje y tampoco puede interponer recurso de anulación alguno en contra del laudo que se emita, en el supuesto de que dicho laudo afectase de forma directa sus derechos constitucionales.

En efecto, recordemos que el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 parte de la premisa de que el recurso de anulación es procedente sólo si la causal invocada fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral y el mismo fue desestimado.

En tal sentido, en este caso, el recurso de anulación no sería una vía idónea para el caso del tercero. Por ello, acertadamente, se contempla que él podrá acudir de manera directa a un amparo en contra de un laudo arbitral.

Ahora bien, más allá de que no estemos de acuerdo con los dos primeros supuestos del fundamento 21 y sí con el tercero, el Tribunal Constitucional —acertadamente— precisa que «la sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia. En ningún caso el juez o el Tribunal Constitucional podrá resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje».⁹³

Como se puede observar, con este precedente, el Tribunal Constitucional ha dado un paso importante en la consolidación del arbitraje.

En efecto, se ha establecido de manera expresa que el recurso de anulación no debe ser entendido como una vía previa al proceso de amparo (como se había establecido en el Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC), sino que se trata de una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

⁹³ Último párrafo del fundamento 21.

Asimismo, se ha señalado claramente que, en ningún caso, el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje, evitando así que se repitan casos como los que se presentaron hace algunos años.

Sin embargo, y sin desconocer el enorme mérito e importancia de este nuevo precedente, consideramos que no se ha terminado de blindar por completo el arbitraje.

Ello, en tanto la última regla del fundamento 20 implica —en los hechos— que el amparo siga siendo un control *ex post* a los mecanismos de impugnación del laudo; y en tanto los dos primeros supuestos del fundamento 21 bien podrían ser resueltos a través del recurso de anulación, sin necesidad de acudir al amparo arbitral.

No obstante ello, lo reiteramos, este precedente ha significado un paso importante en resguardo del debido proceso y del respeto que el arbitraje se merece, como fuero jurisdiccional contemplado expresamente por el artículo 139 de nuestra Constitución Política, restableciendo —además— la confianza que el medio académico y profesional debe tener con respecto al propio Tribunal Constitucional.

ARTÍCULO 4

ARBITRAJE DEL ESTADO PERUANO

Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano

1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje tiene sus antecedentes inmediatos en los artículos 2 y 92 de la Ley General de Arbitraje de 1996 (Ley n.º 26572).

Como se recuerda, el artículo 2 de la referida Ley General de Arbitraje regulaba también lo relativo al arbitraje del Estado, estableciendo lo siguiente:⁹⁴

Artículo 2.- Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros, domiciliados en el país, inclusive las que se refieren a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Asimismo, el artículo 92 de la referida Ley General de Arbitraje, señalaba lo siguiente:

Artículo 92.- Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados, así como las que refieren a sus bienes.

⁹⁴ Cabe señalar que este texto fue modificado por el artículo único de la Ley n.º 26742, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 11 de enero de 1997. El texto original del artículo 2 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, era el siguiente:

Artículo 2.- «Arbitraje del Estado

Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. Para los efectos de este Artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias. Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidas a arbitraje nacional».

Tratándose de actividades financieras, el arbitraje internacional podrá desarrollarse dentro y fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados.

Para los efectos de este artículo, el Estado Peruano comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos (sic) a arbitraje internacional dentro o fuera del país.

En todos los supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados, que formen parte del derecho nacional.

Tanto el artículo 2 como el artículo 92 de la derogada Ley General de Arbitraje, iban de la mano con lo establecido por el artículo 63 de la Constitución Política del Estado, que contempla la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho Público sometan a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual.

Asimismo, cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.º 26850 del año 1998,⁹⁵ que estableció —por primera

⁹⁵ Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley.

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

Incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al arbitraje, ya que sólo los primeros podían ser

vez— como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, la de solución de controversias, señalando que «cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes».

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Decreto Legislativo n.º 1017, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Ley n.º 29873⁹⁶ y Ley n.º 30225⁹⁷) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

Estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida en que introdujeron a la conciliación y al arbitraje obligatorio como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.

Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas di-

sometidos a arbitraje. (Al respecto, ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus*, n.º 7, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2002, pp. 180-181).

⁹⁶ Ley que modificó algunos artículos del Decreto Legislativo n.º 1017.

⁹⁷ Ley publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 11 de julio de 2014 y que entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación del Reglamento, de conformidad con lo establecido por la Octava Disposición Complementaria Final. Cabe precisar que el Reglamento se deberá aprobar dentro de los ciento (180) días calendario siguientes a la publicación de la Ley, de conformidad con lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley.

ferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema.⁹⁸

El esquema que se implantó con la Ley n.º 26850 ha tenido éxito, en la medida en que ha sido mantenido con las mismas características por los últimos gobiernos que han regido en el Perú.

2. EL MARCO CONSTITUCIONAL

Antes de analizar el contenido del artículo 4 de la Ley de Arbitraje, creemos necesario hacer una breve referencia al marco constitucional que la contempla y que se constituye, qué duda cabe, en el motor que la carta política de 1993 utilizó para modificar e impulsar la actividad económica en nuestro país.

Así, el último párrafo del artículo 63 de la Constitución del Perú establece que:

Artículo 63.- [...]

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

⁹⁸ En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros. Sobre este y otros temas relacionados, recomendamos ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Arbitraje en la Contratación Pública*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 7, Lima: Palestra Editores S.A.C., 2009.

El precepto es bastante claro y no merece mayor desarrollo. Sin embargo, es necesario señalar que, si bien es cierto se puede someter a arbitraje con el Estado asuntos derivados de contratos, hay situaciones en que el arbitraje no se origina en una relación jurídica contractual, pero tales situaciones se encuentran plenamente normadas, a saber: el arbitraje que surge en un proceso de expropiación (esto, a través de la Ley n.º 27117, Ley General de Expropiaciones), y el arbitraje relativo a ejecución de sentencias de tribunales internacionales que disponen indemnizaciones (contenido en la Ley n.º 27775, Ley que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales).

Por otra parte, de una lectura sistemática de la propia Constitución, resulta importante citar el numeral 62, el cual señala que: «La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. [...]». (El subrayado es nuestro)

El citado numeral se presenta como una importante garantía que, al igual que el artículo 63, tiene como objeto impulsar el desarrollo económico e incentivar la contratación con y en el Estado.

3. EL ARBITRAJE DEL ESTADO EN LA ACTUAL LEY DE ARBITRAJE

Ahora bien, Santistevan de Noriega⁹⁹ abordaba este tema señalando cinco reglas de la Ley de Arbitraje que habilitan a las entidades del Estado a someterse a arbitraje; a saber:

⁹⁹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje del Estado Peruano». En *AA. VV. Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: IPA, 2011, tomo I, pp. 37 y ss.

- Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) aplicable al arbitraje con el Estado: los contratos, la ley y los convenios o acuerdos internacionales.
- Regla especial sobre coherencia y actos propios aplicables al Estado: la inevitabilidad de los efectos de un convenio arbitral válido.
- Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) entre entidades del Estado: los contratos o convenios celebrados entre ellas.
- Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?
- Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado y arbitraje nacional e internacional.

En la primera y segunda reglas, el citado autor desarrolla los temas contenidos en el artículo 2, incisos 1 y 2, de la actual Ley de Arbitraje, que ya han sido estudiados por nosotros, por lo que no emitiremos mayor opinión. Las siguientes tres reglas son las que contienen los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de la Ley.

Por nuestra parte, debemos señalar que el artículo 4 de la Ley de Arbitraje señala —en su inciso 1— que para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia al Estado peruano comprende al gobierno nacional, gobierno regional, los gobiernos locales y sus respectivas dependencias, como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado, de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan posición estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.

Dentro del concepto señalado en el inciso 1 del artículo 4, se comprende, pues, a todas las entidades que mantengan algún tipo de vínculo o que pertenezcan al Estado peruano.

Sobre el particular, García-Calderón¹⁰⁰ indica que se trata de asuntos en los que interviene el Estado en forma directa (llámese gobierno cen-

¹⁰⁰ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Lima: CECOSAMI S.A., 2004, p. 88.

tral, gobiernos regionales o gobiernos locales) o por medio de una empresa estatal (empresas estatales de derecho público, mixto o privado), en la medida de que no actúen con *ius imperium* sino con *ius gestionis*.

El rechazo a que se arbitren materias referentes al Estado (*ius imperium*) es natural, ya que el arbitraje se aplica al derecho privado (*ius gestionis*) y no al público; es por ello que sólo se aplicará en los casos en que el Estado actúe como sujeto de derecho privado.¹⁰¹

Como podemos apreciar, este primer inciso, nos brinda un marco de aplicación, a fin de que no quede duda sobre qué debemos entender cuando se hace referencia al Estado peruano.

Por otro lado, resulta claro que las controversias entre estas entidades y particulares, o entre estas propias entidades, son evidentemente susceptibles de arbitraje. Justamente el inciso 2 del artículo 4 de la Ley señala que las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden también someterse a arbitraje nacional.

Es necesario subrayar que el arbitraje no sólo está contemplado para resolver las controversias entre el Estado y sus dependencias con respecto de terceros, es decir, con respecto a un particular —sea nacional o extranjero domiciliado en el Perú— (como lo establece el inciso 3), sino también entre las propias dependencias estatales.

Como se puede apreciar, en la Ley de Arbitraje, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes en virtud de un convenio arbitral.

De igual modo, el inciso 4 contempla la posibilidad de que el Estado también pueda someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del

¹⁰¹ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Op. cit., p. 89.

país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

Es decir, no se hace distinción alguna a estos efectos para el sometimiento a arbitraje de las entidades estatales con nacionales o extranjeros no domiciliados en el Perú, para el caso del arbitraje internacional. Esto, siguiendo la tendencia de ser una ley monista, ya que —como lo hemos señalado en reiteradas ocasiones— ella brinda una regulación uniforme tanto al arbitraje nacional como al arbitraje internacional, en el caso de que una o ambas partes sea el Estado peruano o sus dependencias.

Finalmente, en el inciso 5 se menciona que en caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el Perú.

Esto, en razón de las características de las actividades financieras, cuando en muchos casos las entidades estatales van a tener que renunciar a seguir un arbitraje dentro del país, seguramente, por las cláusulas arbitrales que contemplan estos contratos, que —de hecho— no serán los únicos contratos que celebren estas entidades o el Estado peruano en su conjunto con terceros, en donde se establezca que la sede del tribunal no estará en el Perú o que no se tratará de un arbitraje nacional.

4. EL ARBITRAJE EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

La Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley de Contrataciones del Estado),¹⁰² establece que los contratos regulados

¹⁰² Ley publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 11 de julio de 2014 y que entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación del Reglamento, de conformidad con lo establecido por la Octava Disposición Complementaria Final. Cabe precisar que el Reglamento se deberá aprobar dentro de los ciento (180) días calendario siguientes a la publicación de la Ley, de conformidad con lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley.

por dicha norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas —entre otras— a la solución de controversias. En efecto, el artículo 32 de la referida Ley establece lo siguiente:

Artículo 32.- El contrato

El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.

Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Solución de controversias y c) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento. [...]. (El subrayado es nuestro).

En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia, es que se trataría de un arbitraje obligatorio,¹⁰³ cuya cláusula arbitral —en sus aspectos esenciales— no es negociable por las partes.

En efecto, debemos recordar que una posible clasificación del arbitraje es por su fuente; a saber: arbitraje voluntario y arbitraje forzoso u obligatorio.

Es voluntario cuando son las partes en conflicto —actual o potencial— las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbi-

¹⁰³ Cabe señalar que el Decreto Ley n.º 25935, antigua Ley General de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial, en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. Sin embargo, la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, no dio continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado. (KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». En *Thémis*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, n.º 39, p. 217).

tro, cuanto de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje.¹⁰⁴

Ahora bien, la figura tradicional del arbitraje o del convenio arbitral implica que éste sea pactado voluntariamente por las partes, ya que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral.

En efecto, el ingreso a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes. Ello no implica que el convenio arbitral contenga todos los aspectos que regirán el arbitraje, puesto que, en defecto de mayor detalle, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, una cláusula arbitral simple que contenga el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje, bastará para habilitar la vía arbitral, porque las partes así lo han querido.

Como bien señala García-Calderón,¹⁰⁵ esta autonomía de la voluntad está mencionada en la Ley General de Arbitraje¹⁰⁶ y lo estuvo también en el Código Civil de 1984, y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú, es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852, siendo ésta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

¹⁰⁴ PAREDES CARBAJAL, Gustavo y Jaime GRAY CHICCHÓN. «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción». En *Revista de Derecho Administrativo*. n.º 4, Lima: Círculo de Derecho Administrativo, 2008, p. 205.

¹⁰⁵ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En: *Ius et Praxis*. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, n.º 32, p. 143.

¹⁰⁶ García-Calderón hace referencia a la Ley n.º 26572, ley vigente al momento de la redacción del referido artículo. Sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071.

A entender de Baca,¹⁰⁷ el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial (salvo los tasados supuestos del recurso de anulación contra los laudos), pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁰⁸

Por el contrario, en el caso de la contratación pública, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria.¹⁰⁹

¹⁰⁷ BACA ONETO, Víctor Sebastián. «Los medios alternativos de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)». En *Lima Arbitration*, n.º 1, 2006, p. 232. http://www.limaarbitration.net/victor_sebastian_baca_oneto.pdf

¹⁰⁸ El citado autor hace la precisión de que la situación es distinta respecto al establecimiento de mecanismos obligatorios de conciliación, pues nada obliga a llegar a un acuerdo y a excluir así el control judicial.

¹⁰⁹ Sobre el particular, Donayre se cuestiona por qué el arbitraje es obligatorio en el Perú, si en el resto de países de América Latina es facultativo. Así, cita textualmente las cláusulas arbitrales de las leyes de contrataciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Argentina, Bolivia y Nicaragua, en donde el arbitraje sobre temas de contratación pública es potestativo o voluntario, como propone el referido autor para el caso del Perú.

A entender de Donayre, nada pasa si el arbitraje en obras públicas es optativo y voluntario, como es la filosofía de un mecanismo alternativo de solución de conflictos. Señala que no se va a caer el sistema jurídico peruano si es que la Ley de Contrataciones opta por el arbitraje «no obligatorio», por voluntad de las partes (cada Entidad, cada Contratista, cada contrato). (DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. «Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas». En *ADR Resources. Arbitraje y Mediación*, 2006. p. 9. En http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32.

Sobre este tema, Kundmüller¹¹⁰ nos dice que en el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado, las vías de arbitraje y conciliación han quedado establecidas legalmente como necesarias para la solución de controversias sobrevinientes en la etapa de ejecución de los contratos, sustituyendo o excluyendo a las vías administrativa y judicial.

Al respecto, Arrarte y Paniagua¹¹¹ se cuestionan por qué, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio que las controversias derivadas de la ejecución de contratos con el Estado sean resueltas a través de un arbitraje, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales, vía originaria prevista en la Constitución Política del Perú.

A entender de los citados autores, lo indicado tiene mayor sentido, si consideramos que detrás de la solución de conflictos derivados de la ejecución de un contrato con el Estado, se encuentra la realización de un interés eminentemente público, mientras que en el arbitraje, el carácter privado y particular constituye su esencia, su razón de ser.

Por su parte, Trayter¹¹² afirma que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros.

¹¹⁰ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius et Praxis*, n.º 34, Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2003, p. 72.

¹¹¹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Advocatus*, n.º 16, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2007, p. 181.

¹¹² Citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 185.

Así, para Arrarte y Paniagua,¹¹³ lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, en donde no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial, en tanto expresamente se ha excluido esta posibilidad, lo cual implica que —contrariamente a lo que ocurre en cualquier convenio arbitral—, si alguna de las partes, sea Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, éste debe declararse incompetente —incluso de oficio— para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado, sin que quepa la posibilidad de que como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.

Para salvar esta severa incompatibilidad, tal como la catalogan Arrarte y Paniagua, hay quienes sostienen que el mandato es una auto-exigencia para el Estado, el mismo que debe incorporar la cláusula arbitral en sus contratos, sin que ello implique afectación a la voluntariedad del arbitraje.

En efecto, a entender de Cuevas,¹¹⁴ si bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye —o, mejor dicho, debe incluir— un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el mismo que es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje, como la forma de resolver sus controversias con sus proveedores.

¹¹³ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, pp. 185-186.

¹¹⁴ CUEVAS MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Cathedra*. n.º 8, Lima: Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, p. 203.

Sobre el particular, Santistevan de Noriega¹¹⁵ se resiste al concepto de arbitraje obligatorio y prefiere admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación, bajo la fórmula de que el Estado lo que hace —en la contratación regida por los términos de la Ley de Contrataciones del Estado— es extender una oferta general de arbitraje, que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que se adhiere.

Asimismo, el citado autor sostiene que se puede admitir que el Estado —que no obliga a nadie a contratar con sus dependencias— lo que hace es adelantar por ley su voluntad de arbitrar, es decir, incluirla como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Dicho autor prefiere asimilar este caso a una modalidad de contratación por adhesión.

Al respecto, Kundmüller¹¹⁶ señala que es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado, la existencia de esta cláusula obligatoria. De ahí que todo aquel que contrate o que tenga intención de contratar con el Estado y sea un mínimo diligente, sabe de la preexistencia de dicha cláusula obligatoria y está en libertad de participar o no en los procedimientos de contratación.

El referido autor concluye en que hay innegables similitudes entre la figura del derecho privado de los convenios arbitrales estándares, previstos en la Ley General de Arbitraje y las estipulaciones obligatorias contenidas en los contratos regulados en la legislación de contrataciones, en el marco del derecho público.

¹¹⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En *Actualidad Jurídica*. n.º 177. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 27.

¹¹⁶ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». *Op. cit.*, p. 74.

A entender nuestro, existe una diferencia importante entre lo previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y lo regulado en la Ley de Arbitraje en relación a las cláusulas generales estándares, ya que en este último caso, es posible que —a pesar del convenio arbitral contemplado en las cláusulas generales— las partes acuerden recurrir al Poder Judicial, lo que —obviamente— no puede suceder en la contratación pública.

Por otro lado, encontramos a Cantuarias,¹¹⁷ quien nos dice que el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹¹⁸ no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje.

Si bien para el citado autor no estamos frente a un arbitraje obligatorio, pone de manifiesto que sí es inconveniente que el Estado no pueda ofertar a los particulares otras vías adicionales de solución de conflictos.

Finalmente, García-Calderón¹¹⁹ sostiene que esta obligatoriedad del arbitraje es una figura atípica, ya que se trata de una obligación para el Estado (empresas del Estado de derecho público o privado, sean gobiernos locales, gobiernos regionales o gobierno central), quien debe, obligatoriamente, al convocar a una licitación pública, establecer que en el contrato futuro se consignará una cláusula arbitral, por lo que todo aquel que contrate con el Estado debe aceptar dicha condición, en

¹¹⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 182.

¹¹⁸ Cabe precisar que el autor hace referencia al Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM, vigente al momento de la elaboración de su artículo. Sin embargo, sus apreciaciones son plenamente aplicables con la normativa hoy vigente.

¹¹⁹ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 144.

la medida en que quiera celebrar un contrato con el gobierno central, gobierno regional o gobiernos locales.

A entender del citado autor, es una obligación que, sin duda, respeta la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que se trata de una autoimposición para las empresas estatales; estamos en presencia de una exigencia interna, al incluir cláusulas obligatorias en los contratos, bajo responsabilidad del titular del pliego o de los responsables. Esta exigencia no atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, García-Calderón señala que esta sutil diferencia jurídica es de suma importancia, ya que la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando éste no lo desea. Si la ley dijese, por ejemplo, que en todos los casos en materia de arrendamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial, entonces sí se trataría de una imposición forzosa o legal (no voluntaria), y vulneraría la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero en el artículo bajo comentario nadie está obligado a contratar con el Estado.

Coincidimos con el citado autor en que es evidente que cualquiera que desee contratar con el Estado se verá afectado y deberá someterse a esta obligatoriedad, en la medida en que se desee contratar, dado que se trata de una exigencia interna de éste, tal como puede ocurrir con cualquier empresa privada que exige requisitos mínimos para poder contratar con terceros. El Estado plasma sus políticas a través de normas jurídicas, y en este caso no atenta contra el derecho de terceros.

Otro aspecto importante a destacar es la inclusión de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral, en caso las partes no la hayan establecido.

Así, el artículo 216 del Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el

Reglamento),¹²⁰ establece que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuya cláusula arbitral tipo es la siguiente:

Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.

Al respecto, García-Calderón¹²¹ tiene una posición muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio arbitral no consta en el contrato que han suscrito la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el reglamento contemple su incorporación de pleno derecho.

El citado autor discute sobre la obligatoriedad de la norma para aquellos particulares que contraten con el Estado y que no hayan suscrito el convenio arbitral, toda vez que la doctrina y la Ley de Arbitraje recogen el carácter voluntario (consensual) del arbitraje. Quiere decir entonces que si por un error administrativo no se incluyó el convenio arbitral en el contrato, no se puede incorporar el arbitraje sin el consentimiento de la otra parte, tal como equivocadamente lo señala el reglamento.

¹²⁰ Cabe precisar que la presente obra se trabajó en base al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo n.º 1017), en la medida de que al cierre de la presente edición aún no se publicaba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Ley n.º 30225 publicada el 11 de julio de 2014).

¹²¹ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 144.

En tal sentido, para García-Calderón, la obligatoriedad del arbitraje de pleno derecho atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, contra los principios de legalidad y contra el debido proceso. De esta manera, el citado profesor entiende esta incorporación como una limitación ilegal por parte del Estado a la jurisdicción ordinaria, que no debe ser aceptada en caso se presente alguna controversia si no se ha suscrito el convenio arbitral.

Al respecto, debemos señalar que no compartimos esta posición en torno a la ilegalidad de la incorporación de pleno derecho del arbitraje, ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que, por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo.

Como bien señala Kundmüller,¹²² la obligatoriedad del arbitraje en la Contratación Pública podría estar justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad. Sin embargo, es necesario que las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha «obligatoriedad» existe y cuáles son sus consecuencias respecto del arbitraje, especialmente en lo relativo a las atribuciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución administradora y en caso el contrato no incorporase un convenio arbitral.

A nuestro entender, el considerar incorporado —de pleno derecho— dicho convenio arbitral, permitirá garantizar la plena vigencia del arbitraje en la contratación con el Estado, aunque las partes no lo hubieran pactado formalmente en el contrato. Es decir, nos encontramos ante una cláusula arbitral que podríamos denominar como residual.

¹²² KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». *Op. cit.*, pp. 217-218.

ARTÍCULO 5 ARBITRAJE INTERNACIONAL

Artículo 5.- Arbitraje internacional

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:
 - a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.
 - b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.
 - c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje se basa en los incisos 3) y 4) del artículo 1 de la Ley Modelo Uncitral, que establecen lo siguiente:

Artículo 1.- Ámbito de aplicación.

[...]

- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

- b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha;o
 - c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:
- a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;
 - b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
- [...].

Sin embargo, cabe hacer la salvedad de que —a pesar de seguir los criterios establecidos por la Ley Modelo Uncitral— un arbitraje no necesariamente será considerado internacional en todo el mundo. En el caso de cuestionarse si un determinado arbitraje es o no de carácter internacional, la respuesta dependerá de lo que disponga el Derecho nacional pertinente.

Dentro del ordenamiento nacional, el artículo 5 de la Ley de Arbitraje tiene su antecedente inmediato en el artículo 91 de la derogada Ley General de Arbitraje de 1996, Ley n.º 26572, que establecía lo siguiente:

Artículo 91.- Ámbito de aplicación

Un arbitraje es internacional si:

1. Las partes de un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración del convenio, sus domicilios en Estados diferentes; o,

2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

- a) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el convenio arbitral o con arreglo al convenio arbitral;
- b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

A los efectos de este artículo si alguna de las partes tiene más de un domicilio, el domicilio será el que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; si una parte no tiene ningún domicilio, se tomará en cuenta su residencia habitual.

2. EL ARBITRAJE PRIVADO INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN POSITIVISTA¹²³

Por científico nosotros entendemos positivista. No puede haber ciencia que no lo sea. En ese sentido, cualquier estudio, explicación y síntesis teórica de un fenómeno jurídico, como es el del arbitraje privado internacional, debe producirse como parte del objeto de la ciencia del Derecho, a saber: el conocimiento de lo jurídico expresado en su unidad. Es en esa unidad teórica del conocimiento jurídico abordado positivamente, esto es, en la teoría del Derecho que así la encarna, que el arbitraje privado internacional, en tanto problema de Derecho, cobra un sentido trascendente a su propia particularidad jurídica. Porque contribuye a explicar el fenómeno de la administración de justicia privada internacional en tanto producto de normas jurídicas dentro de un sistema normativo universal.

La ciencia del Derecho tiene pues una función cognoscitiva. En el tema que nos aboca, pretende conocer cómo es y cómo funciona

¹²³ El presente acápite se basa en el artículo «El arbitraje privado internacional: una aproximación positivista», escrito por Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze (CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 2017 y ss.).

el arbitraje privado internacional a través de enunciados descriptivos y declarativos, pues sólo éstos pueden ser verdaderos o falsos (que son lo que distingue a la ciencia de la ideología o la política). Las preguntas que la ciencia del Derecho debe responder entonces son: ¿Qué normas y qué sistema normativo rigen el arbitraje privado internacional para que éste tenga validez jurídica? ¿Cómo se producen esas normas? ¿Cómo se aplican y cómo y por qué se acatan? En síntesis, de lo que se trata es de establecer la validez jurídica, la coactividad y el Derecho aplicable en el arbitraje privado internacional. Ese es el objeto de nuestra pesquisa.

Un presupuesto del arbitraje privado internacional es que existe un orden jurídico internacional cuyos súbditos son los Estados, de los cuales, a su vez, los individuos son súbditos. Ese es el sistema normativo dentro del cual ha de estudiarse el arbitraje privado internacional. Sin embargo, de ese presupuesto no puede colegirse necesariamente que dado que, en esta etapa de la evolución histórica no existe aún una jurisdicción mundial, es decir, una magistratura mundial, esa es la razón de fondo por la que los particulares de diferentes Estados, en sus controversias privadas, deben acudir al arbitraje.

Asumir lo contrario significaría que si existiese esa magistratura mundial, o mejor dicho, si el Derecho Internacional fuese un Derecho centralizado, el arbitraje privado internacional no tendría razón de ser. Tal proposición es falsa porque el arbitraje no tiene una relación directa con el fenómeno de la centralización del Derecho. La mejor prueba de ello es el arbitraje doméstico o nacional que se desarrolla dentro del orden jurídico centralizado por excelencia: el Estado.

El hecho de que el arbitraje privado en general, e internacional en particular, no exista necesariamente en función de un orden jurídico centralizado o descentralizado, es fundamental para explicar su origen normativo y por lo tanto su validez jurídica.

Si partimos de la vieja teoría monista de la primacía del Derecho nacional sobre el internacional,¹²⁴ es decir, de la premisa de que son los Estados los que fundan el orden jurídico internacional, autolimitándose y reconociéndolo; el arbitraje privado internacional tendría su origen normativo y su validez en las normas de Derecho positivo del Estado o de los Estados que lo reconozcan. En este caso el orden jurídico internacional corresponde a un Derecho descentralizado donde la producción de normas jurídicas y la magistratura no están centralizadas en un órgano único, sino que corresponden a los órganos de cada Estado.

Si por el contrario, nos ubicamos en la lógica superior de la teoría monista de la primacía del Derecho internacional sobre el nacional,¹²⁵ o sea que es el Derecho internacional el que funda la validez de los Estados y de sus órdenes jurídicos, estableciendo las condiciones que una comunidad debe tener para ser un Estado reconocido por el Derecho internacional, entonces la pregunta es qué norma positiva de Derecho Internacional da origen al arbitraje privado internacional, puesto que el Derecho internacional es anterior a los Estados.

En este caso, en el que también nos encontramos frente a un Derecho descentralizado donde no existe una Constitución de Derecho positivo universal que funde la validez jurídica de las normas de Derecho Internacional, la norma de Derecho positivo que funda en última instancia la validez jurídica del arbitraje privado internacional sólo puede encontrarse en la costumbre internacional como veremos a continuación.

¹²⁴ Sobre este punto se puede consultar: VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *La atribución presidencial de declarar la guerra y firmar la paz con autorización del Congreso en la Constitución de 1993, y su interpretación a la luz del tratado de renuncia a la guerra de 1928 y la Carta de las Naciones Unidas*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Tesis presentada para optar el título profesional de abogado. Lima, 1996, pp. 63-66. Véase también: KELSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public*. Op. cit., pp. 298-297; y KELSEN, Hans. *Les rapports de système entre le Droit Interne et le Droit International Public*. Op. cit., pp. 289-297.

¹²⁵ Véase: HART, H.L.A. «Teoría de Kelsen sobre la Unidad del Derecho». En *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva Serie, año VII, n.º 21, septiembre-diciembre de 1974. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM, pp. 105-140.

De ahí que, al igual que el Derecho internacional, el arbitraje privado internacional en tanto administración de justicia privada surgida de un contrato, obtiene, en última instancia, su validez jurídica de la costumbre internacional en tanto norma de Derecho positivo. En especial de la costumbre expresada en la norma *pacta sunt servanda* (los pactos, los acuerdos, los tratados, los contratos deben cumplirse).

Esta norma de la costumbre internacional funda el Derecho internacional público y privado, constituido fundamentalmente por los tratados que crean a través de instituciones internacionales y tribunales internacionales las normas positivas del Derecho internacional. Es porque los tratados deben cumplirse, es decir, porque así lo establece una norma consuetudinaria, que el Derecho internacional tiene validez jurídica.

En ese sentido, si el arbitraje privado internacional tuviera un origen mediato en uno o varios tratados internacionales, su validez jurídica se funda en que los tratados deben cumplirse.

Pero aun en el supuesto de que no existiesen tratados internacionales sobre el arbitraje privado internacional, un tal arbitraje contratado libremente por las partes es jurídicamente válido en razón de la costumbre internacional expresada en la norma positiva *pacta sunt servanda*, que es la que manda que los contratos deben cumplirse.

El porqué el *pacta sunt servanda* es una norma que obliga jurídicamente es algo que la ciencia del Derecho no puede responder. En tanto ciencia, se conforma con constatar que su validez jurídica no se obtiene de ninguna norma positiva superior, pues ésta no existe. Simplemente afirma que en tanto constituye una práctica habitual de los individuos pactar suponiendo que los pactos deben cumplirse, se supone a su vez la obligatoriedad de esa norma. Esa suposición es una hipótesis de trabajo de la ciencia del Derecho. Una hipótesis que funda el Derecho.

En ese sentido, en esencia, el arbitraje privado internacional a la par que el Derecho internacional obtiene su validez jurídica directamente de esa hipótesis fundamental en la medida de que si antes que los tratados, su primera fuente es el pacto entre dos partes, ese pacto es válido por esa suposición hipotética. Sólo después lo será por los tratados internacionales que también son válidos por la misma hipótesis de la ciencia.

Esto significa que, si bien el arbitraje internacional tiene como presupuesto la existencia de una multiplicidad de órdenes jurídicos coordinados como un todo en el marco del Derecho internacional, su existencia en tanto administración de justicia privada es independiente de esa multiplicidad de órdenes jurídicos que aportan a este arbitraje el carácter de internacional y la garantía coercitiva para que, aquello que deba cumplirse y sus consecuencias, se cumpla y se ejecute. Pues, si esa multiplicidad se disolviera en una hipotética unidad jurídica mundial, el arbitraje privado, como ya lo hemos dicho, no tendría por qué dejar de existir ni tener validez; como existe y tiene validez el arbitraje doméstico en los órdenes jurídicos estatales.

Tal hecho hace del arbitraje privado, tanto nacional como internacional, una institución fundamental del Derecho. En la afirmación de que no hay Derecho si no existe administración de justicia está la clave para entender la importancia del arbitraje privado en el Derecho. En tanto se supone fuente primera de administración de justicia, teóricamente anterior a cualquier jurisdicción políticamente organizada, el arbitraje privado se constituye en una institución consustancial al Derecho, pues lo funda positivamente.

De ahí que siendo —como es— la célula madre del Derecho, tenga plena validez y vigencia tanto en órdenes jurídicos centralizados como el Estado, como en un orden jurídico descentralizado como es el Derecho internacional. En ese sentido no es pues absolutamente correcta la visión del arbitraje internacional como una administración de justicia primitiva, en el sentido de atrasada, tal cual lo afirmaba Kelsen cuando

sostenía que «en la sociedad primitiva las cortes eran apenas más que tribunales de arbitraje», y que «toda la evolución del derecho, desde sus primitivos orígenes hasta su tipo actual ha sido desde un punto de vista técnico un continuo proceso de centralización», y por lo tanto «la evolución natural del Derecho —Internacional— tiende primero hacia la magistratura internacional».¹²⁶

Si bien es cierto que, efectivamente, se ha considerado hasta el siglo XX que la regla de la evolución jurídica es la centralización y por lo tanto esa misma regla es aplicable al Derecho internacional, no es menos cierto que en ese proceso, paradójicamente, el arbitraje privado internacional, en tanto administración de justicia descentralizada, se ha convertido, precisamente en tiempos de la globalización de la justicia, en el instrumento preferido de los súbditos de los Estados para arreglar entre ellos sus controversias privadas, sobre todo en el ámbito económico y comercial, ámbitos que, huelga decirlo, son la columna vertebral del proceso globalizador.

En ese sentido, es visible que el arbitraje privado internacional encarna hoy más que nunca la tendencia del progreso signado por la globalización en materia de administración de justicia, y no así una pretendida magistratura internacional. Y por eso podemos afirmar que esta administración de justicia descentralizada podría estar convirtiéndose, ya no en una excepción a la regla de la evolución del Derecho cuya pauta ha sido hasta hoy la centralización, sino más bien en la nueva regla del progreso en el Derecho. En otras palabras, en materia de administración de justicia internacional, la privada no es hoy la primitiva y obsoleta, sino la moderna y progresista de la era de la globalización por excelencia.

Una pregunta que la ciencia del Derecho no puede soslayar es la de la obligatoriedad jurídica del arbitraje privado internacional. Y no

¹²⁶ KELSEN, Hans. «Una liga permanente para el mantenimiento de la paz». En *La idea del derecho natural y otros ensayos*. Buenos Aires: Editorial Losada, S.A., 1946, pp. 277 y 278.

puede hacerlo porque de la respuesta depende su inclusión como fenómeno del Derecho o no. En efecto, en el Derecho cualquier institución positiva debe, cumplida la hipótesis que la activa, ser obligatoria. Y esa obligatoriedad se traduce, o mejor dicho, es avalada por la coerción de un orden jurídico determinado. Si esto no sucediera así, tal institución no sería una de Derecho positivo.

Que los pactos deban cumplirse no significa necesariamente que éstos se cumplan. Es precisamente cuando no se cumplen que se pone a prueba la juridicidad de la norma consuetudinaria *pacta sunt servanda*. Pues en el caso del arbitraje privado internacional, nacido de un contrato entre las partes, si aquél fuese una jurisdicción que no obliga coercitivamente llegado el caso de incumplimiento, a quienes están sometidos a ella, no es jurisdicción y por tanto ahí no hay Derecho alguno.

¿Cuáles son pues los órganos designados por el Derecho internacional para hacer cumplir coercitivamente la obligación de quienes se han sometido contractualmente a un arbitraje privado internacional? Al igual que en los arbitrajes privados nacionales, en la presente etapa de la evolución histórica del Derecho y ante la ausencia de una magistratura internacional, tal órgano corresponde a la judicatura de los Estados o de las comunidades de Estados legalmente establecidas, y las eventuales sanciones por el incumplimiento de lo pactado o para ejecutar lo acordado, al poder de imperio de los mismos.

Esto significa, de acuerdo con la ciencia del Derecho, que son las partes las autorizadas por el Derecho internacional para establecer y precisar el órgano coercitivo competente que garantice el pacto por el cual se establece el arbitraje privado internacional como medio de solución de controversias al igual que todas sus consecuencias arbitrales.

Sin embargo, la eventual falta de establecimiento y precisión contractual de una jurisdicción estatal o comunidad de Estados, que en última instancia cumpla la función coercitiva para el arbitraje privado

internacional, no es óbice para que éste no esté amparado por la fuerza. En estos casos es el mismo Derecho internacional el que autoriza a los jueces de las jurisdicciones estatales o comunidad de Estados a través de las leyes de arbitraje, o a los árbitros internacionales, a través de tratados, convenciones internacionales y normas de Derecho consuetudinario sistematizadas o no, a tomar competencia para hacer cumplir los pactos y las decisiones arbitrales (jueces); o a designar el órgano competente para hacer cumplir lo antedicho (árbitros).

El último aspecto que debe esclarecer la ciencia del Derecho sobre el arbitraje privado internacional es el del Derecho aplicable, es decir, cuál es el orden jurídico o los órdenes jurídicos que regirán los aspectos procesales y sustantivos de la controversia a ser resuelta por los árbitros internacionales. En la evidente afirmación de que el arbitraje internacional está regulado por el Derecho internacional, esto es, por el orden jurídico internacional que es su marco —y en realidad el marco de todo el Derecho siguiendo a Kelsen y la teoría monista de la primacía del Derecho internacional—, se encuentran dos hipótesis menos evidentes, ambas igualmente válidas.

La primera es que el orden jurídico internacional contiene determinadas normas consuetudinarias que, sistematizadas o no, pueden ser directamente aplicadas procesal y sustantivamente a los arbitrajes privados internacionales, en especial a aquéllos que versan sobre materias de tráfico comercial o económico. Tal es el caso de la así conocida *lex mercatoria*, que es «[...] un conjunto de reglas de comportamiento y cláusulas de interpretación uniformes y típicas que se propagan de manera constante y reiterada en el comercio internacional y que son asumidas por los particulares en virtud de la existencia de una convicción de su carácter vinculante. Se trata de lo que genéricamente se califica de ‘usos y costumbres del comercio internacional’». Esta *lex mercatoria* es la «[...] evidencia de la efectividad de un derecho autónomo del comer-

cio, nacido de las propias exigencias de éste, que se ha desarrollado con independencia de los sistemas jurídicos nacionales». ¹²⁷

La segunda hipótesis que implica que el arbitraje privado internacional esté regulado por el Derecho internacional, es que éste es el que autoriza a las partes que lo pactan la determinación de un orden jurídico nacional, estadual o comunitario aplicable para resolver en forma y fondo la controversia. Una constatación pertinente es que, en materia comercial y económica, los ordenamientos jurídicos nacionales, estatales o comunitarios, recogen, sistematizando en sus códigos de comercio, en sus leyes generales de arbitraje y en tratados internacionales suscritos, muchos de los aspectos de la *lex mercatoria* y, por lo tanto, en estos casos, no es otra que ésta, recogida por los Estados o comunidad de Estados, la normativa aplicable.

Con esto damos por concluida la aproximación preliminar, desde la ciencia del Derecho, al arbitraje privado internacional, habiendo establecido en el marco de un Derecho Internacional positivo, el origen de su validez jurídica; la obligatoriedad jurisdiccional para quienes lo pactan, así como la obligatoriedad de todas sus consecuencias; y, finalmente, el Derecho aplicable. Todo lo cual constituye al arbitraje privado internacional en un fenómeno netamente positivo.

3. ¿CUÁNDO ESTAMOS FRENTE A UN ARBITRAJE INTERNACIONAL?

Hecha esta breve reflexión desde un prisma eminentemente positivista, corresponde realizar el análisis del contenido del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje.

¹²⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Un nuevo mundo jurídico: la Lex Mercatoria en América Latina». En *Estudios sobre Lex Mercatoria. Una realidad internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, pp. 65 y 62.

Según Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides,¹²⁸ el término «internacional» se utiliza para señalar la diferencia existente entre arbitrajes puramente internos o nacionales y aquéllos que en alguna forma trascienden los límites nacionales y, por ende, devienen internacionales.

A entender de los citados autores, algunas veces se dice que todo arbitraje es un arbitraje «nacional», en el sentido de que necesariamente debe celebrarse en un lugar determinado y, por ende, se encuentra sujeto al Derecho interno del lugar en cuestión. Si bien ello puede constituir un punto interesante de discusión, en la práctica se acostumbra a trazar una distinción entre los arbitrajes que son puramente «nacionales» y aquéllos que son «internacionales» (en razón de la naturaleza de la controversia, la nacionalidad de las partes o algún otro criterio pertinente).

Por su parte, Caivano¹²⁹ señala que cuando el arbitraje es internacional, la complejidad es mucho mayor, debido a la necesidad de recurrir al Derecho internacional privado con el fin de establecer la ley aplicable para determinar la capacidad de las partes, la arbitrabilidad de la materia, la nulidad o invalidez del acuerdo arbitral, el procedimiento a seguir, o para resolver el fondo de la controversia, así como también la legislación que se aplicará al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

Al respecto, debemos recordar que la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, regulaba tres tipos de arbitrajes: el arbitraje nacional, el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero.

A efectos de determinar qué normas se aplicaban, se debía tener en cuenta dónde era la sede. Así, si la sede era el Perú, podríamos estar frente a un arbitraje nacional o un arbitraje internacional.

¹²⁸ REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2006, p. 73.

¹²⁹ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 314.

Un arbitraje con la sede en el Perú era nacional cuando ambas partes domiciliaban en el Perú y el cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones emanadas de la relación jurídica se ejecutaba en el Perú.

Por su parte, un arbitraje con la sede en el Perú era internacional cuando se presentaba alguno de los supuestos regulados por el citado artículo 91 de la derogada Ley General de Arbitraje.

Como ya hemos señalado, la actual Ley de Arbitraje ofrece una regulación conjunta del arbitraje nacional e internacional producto de la positivización de la tesis monista por parte del legislador.

Ahora bien, a entender de Carballo Piñeiro,¹³⁰ la distinción prácticamente carece de relevancia y, por ello, antes de examinar cuándo nos hallamos ante un arbitraje internacional, es preciso preguntarse la utilidad de esta definición.

Según la citada autora, el objetivo confeso de una regulación monista es convertir al país en plaza del arbitraje internacional, haciendo atractiva su localización en dicho país. Y ello implica diseñar una «ley amiga» que multiplique las posibilidades de obtener un laudo válido y ejecutable.

Por otro lado, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides¹³¹ señalan que para definir el término «internacional» en el contexto del arbitraje comercial internacional se emplean dos criterios principales, ya sea en forma independiente o combinada. El primero de ellos exige analizar el «carácter de la controversia», de modo tal que se considera que el arbitraje reviste carácter internacional cuando afecta a intereses del comercio internacional. El segundo se centra en las «partes». Toma en

¹³⁰ CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Arbitraje internacional». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 86.

¹³¹ REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y CONSTANTINE PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 75.

consideración su nacionalidad o lugar de residencia habitual o cuando (como suele ocurrir) se trata de una sociedad, la sede central de dirección y control societario.

Por su parte, Merino Merchán y Chillón Medina¹³² señalan que el arbitraje de Derecho internacional, en principio, ha de abordarse desde un punto de vista negativo, ya que contempla litigios sobrevenidos en relaciones jurídico-privadas afectadas por elementos que no se vinculan en su totalidad a un único Derecho nacional. Semejante aproximación al concepto de arbitraje internacional nos introduce ya en una problemática específica. Teniendo en cuenta la complejidad de la operación arbitral y la diversidad de elementos que en él concurren, será necesario determinar cuáles de ellos han de considerarse preferentes sobre los demás para la calificación del arbitraje como internacional.

Al respecto, García-Calderón¹³³ sostiene que en el arbitraje internacional algún o algunos de los elementos materiales o adjetivos de litigio tienen relación con un país distinto de aquél al que están conectados los demás. Situaciones de este tipo son muy frecuentes en el campo del comercio internacional y cada Estado —en su Derecho interno— calificará los elementos que estime relevantes en la relación jurídica para considerarlo nacional o internacional.

El elemento relevante para determinar si estamos frente a un arbitraje internacional puede ser la nacionalidad de las partes, el domicilio de las partes o de los árbitros, el lugar de celebración o ejecución del convenio arbitral, la ley aplicable al procedimiento, la ley aplicable al fondo de la controversia, la sede del tribunal arbitral, la obligación que da origen al conflicto, entre otros.¹³⁴

¹³² MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 821.

¹³³ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. *Op. cit.*, p. 41.

¹³⁴ *Ídem*, p. 44.

Para Merino Merchán y Chillón Medina¹³⁵ parece, a simple vista, que no todos los elementos han de intervenir en igual medida para convertir en internacional un determinado tipo de arbitraje. Algunos son ciertamente relevantes —la nacionalidad, domicilio o residencia de las partes, el derecho aplicable al fondo o al procedimiento, lugar de la sede arbitral, materia mercantil internacional de la que deriva la controversia—; otros, sin duda —nacionalidad de los árbitros o de las mercancías, lugar de conclusión o ejecución del contrato—, lo serán menos. En todo caso, será preciso dilucidar quién o con arreglo a qué normas establecerá la nacionalidad o internacionalidad del arbitraje.

Respecto de los criterios de internacionalidad, Mantilla-Serrano¹³⁶ señala que la noción jurídica de «domicilio» —que es empleada por nuestro artículo 5— es mucho más apropiada técnicamente que la de «establecimiento», noción comercial utilizada por la Ley Modelo Uncitral.

Sin embargo, Merino Merchán y Chillón Medina¹³⁷ no comparten esta posición, al sostener que la noción de establecimiento es más precisa y más acorde con las circunstancias de la relación jurídica de que la que deriva la controversia, entendida según el criterio de la comercialidad en su sentido más amplio, según la propia Ley Modelo.¹³⁸

¹³⁵ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, pp. 821-822.

¹³⁶ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 54.

¹³⁷ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 896.

¹³⁸ En efecto, para los citados autores, el domicilio es un criterio subjetivo y personal. La superación del criterio de nacionalidad de las partes como elemento delimitador obedece a consideraciones de ampliación del ámbito de aplicación para favorecer los intercambios entre personas y empresas originarias de Estados diferentes. El criterio del domicilio adolece de la misma insuficiencia que el de la nacionalidad de las partes. (MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 895).

Asimismo, cabe señalar que la actual Ley de Arbitraje (al igual que la derogada) al referirse al arbitraje internacional ha eliminado el término «comercial», que sí está contemplado por la Ley Modelo Uncitral.

En efecto, como señala Cantuarias,¹³⁹ a fin de evitar malas interpretaciones del término «comercial», se optó por eliminarlo, evitando —de esta manera— una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas. Ello, en tanto ni la propia Ley Modelo Uncitral proporciona una definición precisa de lo que se entiende por «comercial».

Ahora bien, el literal a) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje regula el supuesto en el que las partes —al momento de la celebración del convenio arbitral— tienen domicilios en Estados diferentes.

A nuestro entender, no importa que una de las partes tenga su domicilio en el Perú, en tanto la otra no lo tiene, ya que ello implica la presencia de un elemento extranjero.

Asimismo, cabe resaltar que el momento determinante a efectos de evaluar si estamos o no frente a un arbitraje internacional, es —como expresamente se señala— el momento de la celebración del convenio. Ello implica que una vez celebrado el convenio arbitral, no resulta relevante el hecho de que, por ejemplo, luego ambas partes domicilien en el Perú.

Sobre el particular, Yáñez Velasco¹⁴⁰ señala que en este supuesto se observa con claridad que los interesados pactaron un arbitraje internacional y el mismo se mantendrá pese a vicisitudes posteriores, salvo que un nuevo pacto (es decir, de todos los contratantes) altere las circunstancias.

¹³⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. *Op. cit.*, p. 185.

¹⁴⁰ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 219.

El literal b) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje hace referencia al lugar «determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste». Ello significa —a entender de Mantilla-Serrano—¹⁴¹ que no se requiere que el lugar conste expresamente en el convenio arbitral. Basta que el convenio arbitral, de manera directa (por ejemplo, dando la facultad a los árbitros de seleccionar dicho lugar) o indirecta (por ejemplo, mediante la remisión a un reglamento de arbitraje), permita su determinación para que pueda ser tenido en cuenta como criterio de internacionalidad.

Al respecto, Cantuarias¹⁴² sostiene que en este supuesto forzosamente tendremos que concluir que se aplicará cuando ambas partes tengan sus domicilios en un mismo Estado diferente al Perú (ya que si tienen sus domicilios en estados diferentes, estaremos en el primer supuesto analizado). De esta manera, por ejemplo, si ambas partes domicilian en Argentina y deciden arbitrar en el Perú, pues lo harán en base a nuestras disposiciones arbitrales internacionales.

Por su parte, García-Calderón¹⁴³ coincide con Cantuarias, al afirmar que el lugar o sede del tribunal hace que un arbitraje sea internacional, incluso, si las partes de una relación jurídica están vinculadas a un solo ordenamiento.

De esta manera, García-Calderón señala que si ambas partes domicilian en el Perú, y la obligación principal se ejecuta en el Perú y el contrato se celebró en el Perú, pero la sede es en el extranjero, será un arbitraje internacional.

Se trata, según nos dice el citado autor, de una opción legislativa, pues se ha considerado relevante que la sede donde se lleve el arbitra-

¹⁴¹ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁴² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones. Op. cit.*, p. 190.

¹⁴³ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 48.

je va a impregnar de un elemento internacional importante a todo el procedimiento, ya que el laudo arbitral, al haber sido emitido en un país distinto a aquél en el cual se quiere ejecutar, va a requerir de un procedimiento de reconocimiento y posterior ejecución de un laudo pronunciado en el extranjero.

Por otro lado, el literal c) del inciso 1 del artículo 5 de la actual Ley de Arbitraje hace referencia al «lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica» o al «lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha».

Merino Merchán y Chillón Medina¹⁴⁴ sostienen que «la relación más estrecha» es objeto de interpretación como concepto jurídico indeterminado y deberá ser realizado por los aplicadores.

Como bien señala Cantuarias,¹⁴⁵ este supuesto resulta un tanto más complicado de precisar, ya que a diferencia de los dos criterios anteriores en los que basta apelar al elemento «domicilio» para confirmar o descartar la aplicación de las disposiciones arbitrales internacionales peruanas, aquí deberá probarse que la relación jurídica está vinculada con terceros Estados.

De esta manera, aun cuando ambas partes domicilien en el Perú, si acuerdan arbitrar en nuestro país, dicho arbitraje se desarrollará al amparo de las disposiciones sobre arbitraje internacional, siempre y cuando «el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha» se encuentre fuera del Perú.¹⁴⁶

¹⁴⁴ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 915.

¹⁴⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones. Op. cit.*, p. 190.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

Cabe señalar que la actual Ley de Arbitraje precisa que este supuesto se refiere a aquellos casos en que las partes domicilian en el Perú, a diferencia del literal b) del inciso 2 del artículo 91 de la derogada Ley General de Arbitraje.¹⁴⁷

Como bien señala García-Calderón,¹⁴⁸ no será internacional si se dan otros elementos de conexión distintos a los señalados taxativamente. Así, si las partes domicilian en el Perú y celebran un contrato en el Perú para ser ejecutado en nuestro país, pero señalan que la ley aplicable será la ley colombiana, ese arbitraje seguirá siendo nacional, porque para el legislador peruano no es un elemento relevante la ley que regulará a los árbitros en la solución del fondo del conflicto.

Asimismo, cabe señalar que la Ley de Arbitraje —a diferencia del literal c) inciso 3 del artículo 1 de la Ley Modelo Uncitral— no ha contemplado la posibilidad de que estemos frente a un arbitraje internacional cuando «las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado».

¹⁴⁷ Artículo 91.- «Ámbito de aplicación

Un arbitraje es internacional si:

[...]

2. Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios:

[...]

b) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

[...]».

Como se puede apreciar, si bien la derogada Ley General de Arbitraje no señalaba expresamente que este supuesto versaba para los domiciliados en el Perú, se podía entender que era así, habida cuenta de que si ambas o una de las partes domiciliaba fuera del Perú se aplicaba los criterios establecidos en el inciso 1 o en el literal a) del inciso 2 del citado artículo 91. Sin embargo, creemos adecuada la precisión contenida en la actual Ley de Arbitraje.

¹⁴⁸ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 49.

Sanders, Fouchard y otros¹⁴⁹ critican este criterio consagrado en la Ley Modelo Uncitral, que permite a las partes acordar la internacionalización del arbitraje, sobre la base del fraude al Derecho interno a que puede dar lugar.

Por su parte, Mantilla-Serrano¹⁵⁰ sostiene que la no inclusión de una norma como la contenida en la Ley Modelo Uncitral, evita el riesgo de arbitrajes «internacionalizados» de manera artificial, ya que su inclusión hubiera permitido que el mero juego de la voluntad de las partes bastara para volver un arbitraje internacional.

Finalmente, conviene precisar que los criterios contemplados por el artículo 5 de la Ley de Arbitraje son excluyentes. Es decir, bastará cumplir con uno de ellos para que podamos afirmar que nos encontramos frente a un arbitraje internacional.

¹⁴⁹ Citados por CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Arbitraje internacional». *Op. cit.*, p. 90 (pie de página n.º 18).

¹⁵⁰ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 55.

ARTÍCULO 6

REGLAS DE INTERPRETACIÓN

Artículo 6.- Reglas de interpretación

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

- a. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.
- b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.
- c. Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico.
- 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 46º y en el inciso a. del apartado 2 del artículo 60º.
- e. Se refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
- f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 6 de la Ley de Arbitraje se basa en los literales d), e) y f) del artículo 2 de la Ley Modelo Uncitral, que establecen lo siguiente:

Artículo 2.- Definiciones y reglas de interpretación

A los efectos de la presente Ley:

[...]

- d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;
- e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;
- f) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el apartado a) del artículo 25 y el apartado a) del párrafo 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

Dentro del ordenamiento jurídico nacional, el artículo 6 de la Ley de Arbitraje tiene su antecedente inmediato en los incisos 3, 4 y 5 del artículo 93 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, que estipulaba lo siguiente:

Artículo 93.- Definiciones y reglas de interpretación

A los efectos de la presente Sección:

[...]

- 3. Cuando una disposición de la presente Sección, excepto los Artículos 117 y 126, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión.
- 4. Cuando una disposición de la presente Sección, se refiera a un convenio que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un convenio entre las partes, se entenderán comprendidas en ese convenio todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.
- 5. Cuando una disposición de la presente Sección, excepto el inciso 1) del Artículo 114 y el inciso 1) del Artículo 121 se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción y cuando se refiera a una contestación, se aplicará así mismo a la contestación de esa reconvencción.

2. REGLAS DE INTERPRETACIÓN

En primer lugar, el literal a) del artículo 6 de la Ley de Arbitraje establece que cuando una disposición de dicha Ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.

Cabe señalar que el sentido de todas estas normas o reglas de interpretación es favorecer el desarrollo del arbitraje. De esta manera, se presume que la voluntad de las partes dentro del proceso arbitral regulado por la Ley de Arbitraje, es una voluntad tendiente al desarrollo del propio proceso.

Así, se entiende que esta autorización va dirigida a un tercero, que puede también ser una institución arbitral, para que adopte la decisión.

Sobre el particular, Mantilla-Serrano¹⁵¹ señala —comentando el literal a) del artículo 4 de la Ley de Arbitraje española, de redacción similar que el precepto bajo comentario— que este artículo, que sienta las bases para interpretar las demás disposiciones de la Ley de Arbitraje, confirma el papel dominante de la autonomía de la voluntad y el correlativo valor supletorio de la mayoría de las normas de la Ley. Asimismo, confirma la posibilidad de delegar el ejercicio de esta autonomía en un tercero y, finalmente, confirma el valor contractual, *inter partes*, del que, en virtud de su estipulación en el convenio arbitral, gozan los reglamentos de las instituciones arbitrales.

Por su parte, Yáñez Velasco¹⁵² sostiene que la libre disposición sobre cualquier asunto, sea del procedimiento arbitral sea respecto de otra incidencia del arbitraje, permite delegación a un tercero, que puede ser tanto

¹⁵¹ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 57.

¹⁵² YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 227.

una persona física o jurídica, y de entre éstas, la institución de arbitraje que se desee, sin necesidad de que sea administradora del arbitraje.

Esto permite —a entender del citado autor— que sin que resulte necesaria la existencia de un arbitraje institucional (institución que administre el arbitraje), igualmente se puede delegar en esa asociación o corporación una o varias decisiones. Incluso sería teóricamente posible que estando administrado el arbitraje por una determinada institución, se delegue a otra para ciertas resoluciones. El particular puede ser extraño, sobre todo si las partes se encuentran en el trámite de designación de los árbitros, pero no tanto cuando las funciones esenciales del administrador ya han finalizado.

Sin embargo, volviendo al literal a) del artículo bajo estudio, nos queda la duda en el sentido de que no sabemos si su redacción sea la más adecuada, y es que la propia Ley establece cuáles son los casos en donde la institución arbitral respectiva y, específicamente, las Cámaras de Comercio de manera supletoria tienen la facultad de participar o decidir determinadas cuestiones dentro del proceso.

Es decir, ¿en qué medida determinada decisión que tranquilamente puede ser adoptada por las partes, implica una vulneración al debido proceso cuando un tercero, y no esas partes, la tome? Ello, evidentemente, bajo un marco en el que se transgredan las reglas preestablecidas o las facultades que la propia Ley de Arbitraje señala para las partes que participan en el proceso.

Por esta sutileza interpretativa (que en alguna circunstancia puede resultar determinante) entendemos que la norma contenida en el literal a) del artículo 6 es de carácter supletorio, es decir, cuando se deja a las partes la facultad de decidir, obviamente, sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero para que decida en vez de las partes o, en su defecto, en vez de una o algunas de las partes.

Ahora bien, dicho esto también resulta oportuno señalar que de la lectura y revisión del literal a) del artículo 6, no queda precisamente clara cuál es esa situación en donde un tercero puede participar para adoptar una decisión y qué decisión en especial.

Al respecto, Mantilla-Serrano¹⁵³ señala lo que podría constituir algún supuesto, cuando indica que se reconoce la posibilidad de intervención limitada de un tercero, no necesariamente una institución arbitral, para que, aun en ausencia de reglamentos, ejerza funciones normalmente reservadas a las partes. El caso más común de esa intervención se da en materia de arbitrajes *ad-hoc*, cuando las partes designan a un tercero para que haga las veces de «autoridad de nominación» encargada de designar los árbitros cuando la partes no hayan podido o querido designarlos.

En segundo lugar, el literal b) del artículo 6 señala que cuando una disposición de la ley se refiere al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del Reglamento de Arbitraje al que las partes se hayan sometido.

En relación a dicho precepto, Mantilla-Serrano¹⁵⁴ señala que se está otorgando al reglamento el verdadero valor de estipulación contractual entre las partes y la vocación de integrar así el acuerdo de voluntades. Por lo tanto, aun en aquellas disposiciones de la Ley de Arbitraje en las que se requiera del acuerdo expreso de las partes, bastará que la cuestión esté tratada por el reglamento de arbitraje adoptado por las partes para que inmediatamente se dé aplicación a éste, como expresión de la voluntad de las partes, por encima de lo dispuesto a título supletorio por la Ley de Arbitraje.

¹⁵³ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, pp. 57-58.

¹⁵⁴ *Ídem*, p. 60.

En igual sentido, Yáñez Velasco¹⁵⁵ afirma que se incide en la integración del reglamento institucional invocado en el convenio arbitral u otro acuerdo entre partes, previsión que servirá para suplir posibles lagunas en el poder dispositivo de parte, pues los Reglamentos suelen ser completos en los elementos esenciales del arbitraje.

Ahora bien, en primer término, debemos tener presente que el convenio arbitral puede ser modificado por actos posteriores que no vendrían a ser, en estricto, el propio convenio arbitral.

Como sabemos, el convenio arbitral se modifica o se complementa usualmente en el acta de instalación del tribunal arbitral; se ve enriquecido o complementado por las reglas del Centro de Arbitraje respectivo, etc. Esos acuerdos o cambios, son modificaciones o precisiones que las partes pactan con respecto al convenio arbitral original.

Asimismo, debemos recordar que las partes pueden perfectamente tratar de hacer valer el convenio arbitral en su integridad y no sujetarse a determinadas reglas del tribunal arbitral, es decir, a algunas de las reglas que el tribunal haya querido imponer en el acta de instalación, si éstas son contrarias al convenio. Incluso las partes podrían disentir de la aplicación de alguna de las normas del Reglamento del Centro de Arbitraje.

Sobre el particular, Yáñez Velasco¹⁵⁶ señala que este criterio interpretativo sirve para despreocupación de las partes, y no como obstáculo al poder de decisión de los interesados. Si las partes pactan reglas distintas o contrapuestas al reglamento al que también se someten, y la asociación o corporación referida ha sido también contratada para la administración del arbitraje, aceptando el encargo, dicha institución aceptará de igual modo las limitaciones al reglamento que se deducen de lo expresamente pactado en el convenio. Aquí no cabría la regla interpretativa porque sería contradicha por el propio convenio. Puede, asimismo, rechazarse

¹⁵⁵ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 227.

¹⁵⁶ *Ídem*, pp. 227-228.

el encargo de administración si las partes no excluyen los pactos contradictorios cuando la exclusión sea considerada por la institución como necesaria para aceptar el encargo de administrar el arbitraje.

Así, para el citado autor, puede entenderse que la referencia a un reglamento arbitral no equivale al sometimiento a una administración del arbitraje, pero también que la delegación de decisiones puede serlo sobre extremos ajenos u omitidos en el referido reglamento (haya o no haya arbitraje institucional). En todo caso, referirse al acuerdo entre partes, sea o no sea convenio arbitral, incluirá el reglamento al que se someten.

Sin embargo, creemos que el literal b) comete un error, ya que prescinde de todos los principios generales y normas particulares que rigen en materia contractual y que distinguen los diferentes actos jurídicos que se celebran luego de celebrado el convenio arbitral, por los cuales las partes modifican el contenido de éste o lo ratifican, al integrarlos sin mayor cuidado. Creemos que, al igual que el literal a), el literal b) resulta, también, de aplicación supletoria.

En tercer lugar, el literal c) del artículo 6 de la Ley señala que cuando una disposición de la misma se refiera a un contrato, también se entenderá referida a un acto jurídico.

Consideramos que la redacción de esta norma constituye un error, ya que implica un desconocimiento básico de las reglas sobre Derecho Civil, dado que los contratos son una especie de los actos jurídicos. En todo caso, debió decir que cuando una disposición de la Ley se refería a un contrato, también se entendería a un acto jurídico de naturaleza diferente.

El contrato —nadie lo duda— es un acto jurídico en el Derecho positivo peruano.

Por lo demás, no existe algún sector de la doctrina en materia contractual y negocial que discuta que los contratos son actos jurídicos, de tal manera que ni siquiera hay disenso en la ley o en la doctrina nacional con respecto a este tema, razón por la cual no habría nada que precisar.

Por último, el Código Civil peruano es muy claro con los conceptos al definir el contrato. Evidentemente, dadas las características de su definición, en el artículo 1351 del Código Civil, el contrato es un acto jurídico y sobre ese tema no hay objeción alguna.

Nos parece que el artículo 6, literal c), debido a hacer la precisión que hemos anotado. Es claro que el arbitraje puede tener origen no sólo en un convenio arbitral contenido en un contrato, sino en algún otro acto jurídico, como es el caso, por ejemplo, del arbitraje testamentario.

En cuarto lugar, el literal d) del artículo 6 de la Ley de Arbitraje dice que cuando una disposición de ésta se refiere 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 los casos previstos en el inciso a) del artículo 46, y en el inciso a) del apartado 2 del artículo 60.

La interpretación que se hace en la Ley en este punto nos parece correcta, porque muchas veces, no sólo en esta Ley, sino en las leyes en general, se hace referencia únicamente a la demanda y a la contestación de la demanda. Evidentemente, estos conceptos deben ser plenamente aplicables a la reconvencción y a la contestación de la reconvencción, en la medida en que se trata de figuras procesales que guardan armonía entre sí.

Resulta positivo y acertado aplicar *mutatis mutandis* a la reconvencción los principios y reglas de la demanda.

Sobre este particular, Jimeno Bulnes¹⁵⁷ señala que son dos los principios procesales que tienen aplicación respecto de esta posibilidad de reconvencción y contestación a la misma; a saber: principio de igualdad y principio de contradicción y/o audiencia bilateral. Ambos presentan la singularidad de resultar inherentes a la propia estructura del proceso en cuanto fenómeno heterocompositivo. No en vano ambos resultan como consecuencia del llamado principio de dualidad de posiciones que, ahora en mayor medida y a partir de la conceptualización de las partes como demandante y demandado, es patente en el procedimiento arbitral.

Así, según el citado autor, mientras el principio de igualdad justifica la existencia de reconvencción, el respeto legalmente impuesto del principio de contradicción y/o audiencia bilateral exige igualmente la previsión de contestación a la misma.

Por otro lado, las excepciones a que hace referencia el literal d) del artículo 6 de la Ley son pertinentes, pues resulta oportuno aludir a los conceptos de «parte renuente» y «terminación de las actuaciones».

En efecto, el artículo 46, literal a) establece lo siguiente:

Artículo 46.- Parte renuente

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

- a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

[...].

Resulta evidente que lo contenido en la citada norma no se puede aplicar a la reconvencción, porque si no se presentara la reconvencción en el plazo establecido, ello no implica —de modo alguno— que las

¹⁵⁷ JIMENO BULNES, Mar. «Reglas de interpretación». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 104-105.

actuaciones se den por concluidas. Decimos esto, habida cuenta de que, en primer lugar, no hay obligación de que el demandado reconvenga y, en segundo lugar, si no reconviene es obvio que el proceso continúa su curso con respecto a la demanda interpuesta.

La segunda excepción a que se hace referencia en el artículo 6, literal d), es la del literal a) del numeral 2 del artículo 60, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 60.- Terminación de las actuaciones

[...]

2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:
 - a. 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.

Aquí también resulta evidente que el desistimiento de la reconvencción no pone fin a las actuaciones porque subsiste la materia controvertida en relación a las pretensiones procesales de la demanda.

Ahora bien, en quinto lugar, el literal e) del artículo 6 señala que cuando una disposición de esta ley se refiera al tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.

Creemos que, en realidad, no era indispensable dicha precisión interpretativa, por cuanto se entiende que es perfectamente aplicable el término *tribunal arbitral*, a los tribunales arbitrales unipersonales o pluripersonales.

Hay tribunal arbitral, tanto cuando nos encontramos en presencia de un árbitro único, como cuando se trata de tribunales de tres o más árbitros. Sin embargo, valga la aclaración a efectos de que los usuarios no abogados de la ley, no incurran en errores.

Y, finalmente, en el literal f) del artículo 6 de la Ley, se estipula que cuando una disposición de esta ley se refiera al laudo, significa, entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

La expresión *laudo parcial*, en estricto, es un término objetable,¹⁵⁸ y —a nuestro entender— la palabra laudo no siempre puede extenderse a los laudos parciales, pero el tema será objeto de estudio en otro extremo de esta obra.

En el artículo 54 de la Ley se hace referencia a la eventual existencia de más de un laudo. Ello quiere decir que, en principio, las normas del Título V y del Título VI de la Ley se refieren a los laudos que la ley denomina *parciales* o los denominados «laudos interlocutorios» y a las resoluciones arbitrales que homologan transacciones parciales.

¹⁵⁸ Este tema será abordado cuando analicemos el contenido del artículo 54 de la actual Ley de Arbitraje.

ARTÍCULO 7

ARBITRAJE *AD-HOC* E INSTITUCIONAL

Artículo 7.- Arbitraje *ad-hoc* e institucional

1. El arbitraje puede ser *ad-hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.
2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.
3. En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.
4. El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 7 de la Ley de Arbitraje no tiene antecedente en la Ley Modelo Uncitral.

Dentro de la legislación peruana, encontramos como antecedente del artículo 7 de la nueva Ley de Arbitraje, al artículo 6 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, el cual establecía lo siguiente:

Artículo 6.- Instituciones arbitrales

La organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendadas a una Institución Arbitral, la cual necesariamente deberá constituirse como Persona Jurídica. En tal caso, la institución arbitral estará facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral.

2. ARBITRAJE *AD-HOC* O INSTITUCIONAL

Como en toda administración de justicia, el procedimiento del arbitraje debe estar sometido a una reglamentación. Así pues, podemos distinguir en función de ello que el procedimiento arbitral puede estar reglamentado libremente por las partes, o bien por las normas estatuidas por alguna institución dedicada a ofrecer servicios de arbitraje. En otras palabras: o la administración del arbitraje la realizan las partes estableciendo sus propias reglas de juego, o la hace un Centro de Arbitraje a través de un reglamento. En el primer caso estaremos ante un arbitraje libre o *ad-hoc*. En el segundo, de cara a un arbitraje institucionalizado.

Roca Martínez¹⁵⁹ señala que en algunas ocasiones se acude a la forma de designación de los árbitros, considerando arbitraje *ad-hoc* aquél en que es hecha directamente por las partes en el convenio arbitral, pensando en sus concretas y determinadas circunstancias y en la confianza que le merecen. Sin embargo, acertadamente, el citado autor afirma que esta distinción no resulta satisfactoria, por cuanto en el arbitraje institucional es perfectamente posible que las partes hagan la designación de los árbitros directamente.

Caivano¹⁶⁰ señala que en el arbitraje denominado libre o *ad-hoc* no existe ninguna institución que administre el sistema, ni está sometido

¹⁵⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch editor S.A., 1992, p. 173.

¹⁶⁰ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 70.

a ningún mecanismo predeterminado. Son las propias partes quienes deberán ponerse de acuerdo en las reglas sobre las cuales se desarrollará el arbitraje. Al carecer de una administración formal prestada por un tercero, las partes tendrán que darse a sí mismas —y darles a los árbitros— las normas sobre las que éstos actuarán, proveyendo todo lo necesario para que el arbitraje pueda comenzar.

Según el citado autor, deberá prever —por ejemplo— los mecanismos de elección de los árbitros, el lugar donde se llevará a cabo y, en su caso, el idioma, los procedimientos aplicables, métodos de coerción para el caso de reticencia de alguna de ellas a cooperar o de falta de cumplimiento de las resoluciones de los árbitros, fijar a los árbitros el plazo para laudar, eventualmente establecer los recursos que cabrán contra el laudo, etc.

Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón¹⁶¹ señalan que en el arbitraje libre las partes convienen el procedimiento y el derecho aplicable guardando las garantías básicas. De hecho esta modalidad es más compleja y lenta de llevar a cabo, pero las partes suelen creer que ellas controlan mejor el desenvolvimiento procesal.

Según Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides,¹⁶² el arbitraje *ad-hoc* es aquél realizado de conformidad con las normas acordadas por las propias partes o establecidas por el tribunal arbitral. Las partes tienen libertad para negociar y establecer las normas procesales que resultarán aplicables, siempre que con arreglo a éstas las partes reciban un trato equitativo y se le brinde a cada una la oportunidad razonable de exponer su postura.

¹⁶¹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 15.

¹⁶² REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 115.

Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón¹⁶³ advierten que deben distinguirse dos formas en el arbitraje *ad-hoc*: el estricto, en que las partes establecen su propio reglamento; y el amplio, en que las partes se someten a un reglamento prefijado.

Sobre el particular,¹⁶⁴ en principio, existe el mito de que la razón de ser de un arbitraje *ad-hoc* está en que con éste las partes tienen el poder de controlar directa y efectivamente el desenvolvimiento de un proceso que ellas mismas han estatuido. En teoría esto podría ser así, pero la práctica es siempre la medida de toda teoría. Y por lo menos, nuestra realidad nos dice que ello no es de los colores con los que las disquisiciones doctrinarias suelen pintar el cuadro del arbitraje *ad-hoc*.

En efecto, contra lo que se suele creer de este tipo de arbitraje, no son las partes las que, en maratónicas y engorrosas discusiones, se sientan a negociar contractualmente los puntos y comas de unas reglas que regirán el proceso de un arbitraje para controversias potenciales o controversias ya existentes. Sólo en la leyenda teórica existen esas partes con vocación legisladora que se inventan sus propios procesos *ad-hoc*. En la vida común y corriente las partes son las menos interesadas en perder su tiempo en este tipo de afanes. En todo caso, quienes se encargan de ese asunto son los árbitros designados, que simplemente se ponen de acuerdo en reglas procesales muy simples a las que las partes suelen adherirse sin mucho trámite al momento de la instalación del tribunal arbitral.

Es más, según nuestra legislación, las partes ni siquiera tendrían que ir a esa audiencia de instalación y entonces, de ser el caso, el tribunal ya instalado tiene la facultad de establecer las reglas del proceso que regirán el arbitraje, las mismas que no pueden ser contrarias a las normas

¹⁶³ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁴ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra editores S.A.C., vol. 1, pp. 115 y ss.

imperativas de la Ley de Arbitraje y a las eventuales reglas mínimas que las partes pudieron haber establecido en el contrato arbitral, a menos que las propias partes estén de acuerdo en modificarlas.¹⁶⁵

Por su parte, Feldstein de Cárdenas y Leonardi de Herbón¹⁶⁶ afirman que como en todos los temas en que lo jurídico rige, las cuestiones no son simples, y mal haríamos si no reconociéramos una importante virtud al arbitraje *ad-hoc*, cual es la de servir de fuente del derecho procesal arbitral. La creación de nuevas formas, o la simplificación de las ya aceptadas, encuentran en este tipo de arbitraje una vía fértil para su renovación.

Por otro lado, Caivano¹⁶⁷ sostiene que en el arbitraje institucional, a diferencia del *ad-hoc*, existe —intermediando entre los árbitros y las partes— una entidad especializada que administra y organiza el trámite, y presta una serie de servicios sumamente útiles para que la contienda pueda ser resuelta con mayor eficacia. En general, la cuestión litigiosa

¹⁶⁵ Dunshee considera que en el arbitraje *ad-hoc* es necesario distinguir en el acuerdo arbitral tanto los elementos comunes como los variables. Son comunes la identificación completa de las partes y su respectivo domicilio, la manifestación de voluntad de someter el conflicto a arbitraje. Son variables el lugar, que puede ser el país o la ciudad de arbitraje, la ley aplicable a la cláusula arbitral o al fondo del asunto, la determinación respecto a si el arbitraje es de derecho o de equidad, la forma del procedimiento arbitral, el idioma o idiomas que se emplearán en el desarrollo del procedimiento y en la preparación del laudo, el plazo en que debe ser pronunciado el laudo y, finalmente, el acuerdo en torno a los honorarios del o los árbitros, así como las costas del procedimiento. Precisamente Dunshee entiende que estos elementos son variables porque su omisión —de uno o varios— no acarrea la nulidad del contrato arbitral, toda vez que los árbitros son los competentes para suprimir las omisiones. De esto se sigue que en realidad los únicos elementos necesarios para constituir un arbitraje *ad-hoc* son los comunes a todos los arbitrajes, esto es, nombre y domicilio de las partes y la voluntad de someter el conflicto a arbitraje —no habiéndose designado una institución que lo administre—. DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto. «El Acuerdo Arbitral». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, pp. 11-14.

¹⁶⁶ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *Op. cit.*, p. 15.

¹⁶⁷ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 67.

específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes, sin la participación directa de la entidad, que se limita a dar apoyo a las partes y a los árbitros.

Así las cosas, es muy razonable contratar un arbitraje institucionalizado que tiene la virtud de no solamente simplificarle la vida a las partes de una controversia potencial o real, al brindarles un procedimiento probadamente eficiente en el quehacer cotidiano, sino, además, el uso de los servicios administrativos del Centro de Arbitraje, léase infraestructura, asesoría, entre otros.

En efecto, como señala Roca Martínez,¹⁶⁸ para hablar de arbitraje institucional es necesario que se encomiende su administración a una institución dotada de cierta organización y estructura, en cuyas normas reguladoras se prevean funciones arbitrales.

Las entidades dedicadas al arbitraje habitualmente tienen un reglamento al cual los litigantes se someten, y que prevé la mayor parte de las contingencias que pueden ocasionarse en el curso de un procedimiento arbitral. De ordinario divulgan también formas estándares para pactar el arbitraje, a través de modelos de cláusula compromisoria que son el fruto de la experiencia, lo cual reviste particular importancia por cuanto de ese acuerdo depende el alcance de la jurisdicción de los árbitros. Por lo general, estas entidades proporcionan una sede fija, un ámbito donde puedan llevarse a cabo las audiencias y los servicios de secretaría o de rutina sin los cuales se vería dificultado el desarrollo del arbitraje.¹⁶⁹

Ahora bien, no está de más señalar que para que un arbitraje sea institucionalizado, debe existir necesariamente un acuerdo entre las partes que contratan el arbitraje. Así, en el convenio arbitral se deberá pactar expresamente que las partes se someterán a la administración del proceso por un Centro de Arbitraje determinado.

¹⁶⁸ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Op. cit.*, p. 111.

¹⁶⁹ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 68.

Por otro lado, Roca Martínez¹⁷⁰ sostiene que la doctrina habla indistintamente de arbitraje institucional, institucionalizado, corporativo, organizado o administrado, para referirse a una modalidad de arbitraje caracterizado por la intervención de una institución especializada de carácter permanente, a la que las partes voluntariamente acuden encomendando la realización de una serie de funciones relacionadas con el arbitraje, que sus propias normas reguladoras prevén y que podrían resumirse en la facilitación de los medios necesarios para el desarrollo del arbitraje.

Sin embargo, el citado autor advierte que conviene utilizar con cierta cautela tales expresiones, sobre todo las de arbitraje corporativo y arbitraje administrado. La primera, porque únicamente hace referencia a los supuestos en que la institución arbitral es de tipo corporativo; la segunda, utilizada por influencia de la terminología anglosajona (*administered arbitration*), porque recoge un aspecto parcial de la actividad de la institución arbitral, la administración, olvidando otros como la organización o el control del arbitraje, tan importantes como aquéllas, además de que induce la errónea suposición de que la institución administradora podría influenciar el propio mérito de la decisión arbitral.¹⁷¹

Dentro de tal orden de ideas, el inciso 1 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje señala que el arbitraje puede ser *ad-hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.¹⁷²

¹⁷⁰ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Op. cit.*, p. 174.

¹⁷¹ Sobre el particular, en anterior ocasión uno de nosotros señaló que la denominación de arbitraje administrado es errónea, en tanto todo arbitraje es administrado. La cuestión está en quién lo administra, si las partes o alguna institución. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*, p. 115.

¹⁷² En torno a las ventajas y desventajas de ambos sistemas, recomendamos consultar las obras de CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 70-71; y de REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, pp. 116-120.

3. LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

3.1. *¿Cuáles pueden ser las instituciones arbitrales?*

El segundo párrafo del artículo 7 de la Ley de Arbitraje, establece que las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas con o sin fines de lucro. Asimismo, establece que cuando se trate de instituciones públicas o de instituciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

Esta norma posee una parte que recoge un precepto antiguo y una parte nueva.

La parte antigua es la reiteración de que las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, pero se precisa que dichas personas jurídicas pueden ser con o sin fines de lucro.

En este caso, nos parece importante subrayar esto, por cuanto la seriedad que debe motivar la conducción o administración de un proceso arbitral debe pasar necesariamente por la institucionalidad, es decir, por el hecho de que las personas jurídicas subsistan a la vida de quienes las conforman. Y el hecho de que sea una persona jurídica, da visos de mayor seriedad sobre personas naturales que administren arbitrajes.

Sin embargo, podríamos también aquí encontrarnos en problemas, porque el hecho de que se trate de una persona jurídica tampoco garantiza *per se* nada, en la medida de que podría tratarse de una institución que formalmente sea una persona jurídica, pero que en el fondo solamente esté conformada por una persona natural.¹⁷³

¹⁷³ Podríamos suponer el caso en el que se sabe que el Consejo Directivo o el Directorio de un Centro de Arbitraje siempre designa a la misma persona cada vez que hay que nombrar a un árbitro. De esta manera, quien desee someter a arbitraje algún conflicto, sabrá, de antemano, quién es la persona que se encargará de llevar su proceso adelante.

Creemos que estos vicios pueden traer algunos problemas en torno a la administración de los procesos arbitrales, y aunque aún ellos no han sido advertidos, sospechamos que en el futuro se van a presentar, dado el auge del arbitraje y, sin duda, la vocación crematística de muchas personas que en algunos casos son inescrupulosas y se dedican a esta materia. En ese sentido, hubiese sido mejor optar en este extremo por normas similares a las que se establecen en la regulación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones, a efectos de la autorización de funcionamiento de instituciones bancarias, financieras, de seguros y AFPs, en donde —entre otros requisitos— se exige un capital mínimo y requisitos de organización y seriedad que respalden un adecuado y transparente funcionamiento.

En el caso del arbitraje es evidente que los centros no necesariamente manejan fondos públicos (a menos que se trate de pagos realizados por entidades estatales), pero la seriedad de una institución arbitral debe ser vigilada por el Estado. La vigilancia debería producirse tanto al momento de su constitución, como en el desarrollo de sus actividades, con la exclusiva finalidad de que se garantice seriedad y solvencia.

La parte nueva del segundo párrafo es la relativa a las instituciones públicas, porque prevé el funcionamiento de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras, que deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

Como se puede apreciar, por una cuestión de supervisión, la Ley de Arbitraje establece que las instituciones públicas que se dedican al arbitraje se deberán inscribir en el Ministerio de Justicia.

Creemos que ha hecho bien la actual Ley de Arbitraje al supervisar *ex ante* a las instituciones públicas, aunque también hubiera sido preferible una supervisión de igual naturaleza para los centros de arbitraje particulares.

Actualmente, dentro de esta calificación —la de instituciones públicas con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras— podríamos mencionar al Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) y al Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia (Arbitra Perú).

El artículo 45.11 de la Ley n.º 30225,¹⁷⁴ establece que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) organiza y administra un régimen institucional de arbitraje especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento.

La organización y administración de los arbitrajes a que hace mención el referido artículo, se brindaría a través del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE).¹⁷⁵

Sobre todo lo relativo a la estructura del Sistema y reglas del arbitraje, debemos remitirnos al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE, que a pesar de ser anterior a la actual Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, es el único Reglamento que —por ahora— regula este tema.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Ley publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 11 de julio de 2014 y que entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación del Reglamento, de conformidad con lo establecido por la Octava Disposición Complementaria Final. Cabe precisar que el Reglamento se deberá aprobar dentro de los ciento (180) días calendario siguientes a la publicación de la Ley, de conformidad con lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley.

¹⁷⁵ En el entendido de que el Reglamento que en su momento se publicará, mantendría el Sistema Nacional de Arbitraje.

¹⁷⁶ En efecto, desde la entrada en vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo n.º 1017) y de su Reglamento, el OSCE no ha emitido un nuevo Reglamento. Ver: <http://www.osce.gob.pe/subportal.asp?ids=7>. Ahora bien, una vez que entre en vigencia la Ley n.º 30225 (Ley de Contrataciones del Estado), de seguro el OSCE emitirá un nuevo Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje.

Por su parte, el 4 de diciembre de 2008, el Ministerio de Justicia lanzó el programa «Arbitra Perú», a fin de que el arbitraje popular esté al alcance de la mayoría de peruanos como un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

En efecto, mediante Resolución Ministerial n.º 0639-2008-JUS,¹⁷⁷ se aprobó el Estatuto y Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia, así como su Tabla de Aranceles.

El Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú» tiene como finalidad tramitar las controversias que se sometan a su jurisdicción derivadas del derecho de propiedad, posesión, de los derechos y obligaciones contractuales, responsabilidad contractual y extracontractual y toda clase de controversias de libre disposición que las partes decidan acordar, siempre que su estimación económica no sea superior a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias (UITs).

3.2. Aplicación supletoria del arbitraje ad-hoc

Por otro lado, el tercer párrafo del artículo 7 de la Ley de Arbitraje señala que en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*. La misma regla se aplicará cuando exista designación incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.

Consideramos adecuado que el inciso 3 especifique qué hacer en dichas situaciones, ya que antes eran temas sueltos.

Uno de los riesgos que se corre estableciendo que el arbitraje va a ser administrado y organizado por un determinado Centro, es que las expectativas de funcionamiento del Centro no sean las que uno tenía.

¹⁷⁷ Publicada en el Diario Oficial «El Peruano», el 4 de diciembre de 2008.

Así, por ejemplo, celebramos un contrato en el que se incluye la cláusula arbitral modelo de un Centro de Arbitraje y, al pasar el tiempo, se presenta una controversia entre las partes, y nos damos con la sorpresa de que el Centro está desactivado (ya no existe).

Con la derogada Ley de Arbitraje no se tenía claro cómo proceder ante ese supuesto. Algunos podrían sostener que se convertía en un arbitraje *ad-hoc*; sin embargo, válidamente también se hubiese podido sostener que la cláusula arbitral carecía de efectos y que los tribunales ordinarios adquirirían competencia.

Ante la inexistencia del Centro de Arbitraje al momento de presentarse la controversia, una de las partes hubiese querido forzar a la otra a ir un arbitraje *ad-hoc*, mientras que la otra se hubiese negado, aduciendo que las partes renunciaron a la jurisdicción ordinaria a efectos de que en la eventualidad de una controversia, ella sea resuelta en dicho Centro de Arbitraje (el que ahora no existe), por sus cualidades y características específicas.

En dicho supuesto —siguiendo la actual Ley de Arbitraje— se entenderá que la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad-hoc*, salvo, obviamente, que las partes se pongan de acuerdo en acudir a otro Centro de Arbitraje o para acudir al Poder Judicial.

Dentro de tal orden de ideas, uno de los aspectos importantes del artículo 7 de la actual Ley de Arbitraje es que el mismo sí regula de manear expresa el supuesto de inexistencia del Centro de Arbitraje inicialmente pactado por las partes.

Además, nos parece adecuado que se haga referencia a la posibilidad de que una institución arbitral no acepte el encargo, en la medida en que ese extremo pasaría por la libertad de contratar que posee la propia institución arbitral. Sin embargo, se trata de un tema polémico en el que está en juego también el concepto de la invitación a ofrecer.

No cabe duda de que la principal preocupación de los centros de arbitraje es la de publicitar sus convenios arbitrales, de modo tal que los contratantes de manera paulatina vayan incorporando en los contratos que celebran, las cláusulas arbitrales tipo en las que se establezca que la administración de las controversias surgidas de esos contratos será efectuada por el referido centro de arbitraje.

Es más, en los últimos años se ha producido una intensa competencia entre los centros de arbitraje a efectos de captar *más clientes*, que incluyan en sus contratos convenios arbitrales tipo, siendo muy pocos aquéllos que han tenido éxito, tanto en lo que respecta a la captación de empresas privadas como de entidades públicas.

No cabe duda tampoco de que son el respeto y el prestigio ganados por esos centros de arbitraje los elementos que han determinado que puedan prevalecer sus convenios arbitrales.

Si bien es cierto que la situación descrita es la usual, no dejan de presentarse casos en los cuales las partes, una vez surgida la controversia, puedan estar inconformes con la situación actual del centro de arbitraje que una vez prefirieron y decidan modificar los alcances de su convenio arbitral, ya sea haciendo que el proceso sea administrado por otro centro de arbitraje o que el mismo sea visto por un tribunal ad-hoc.

Esto no tiene nada de raro, en la medida de que las partes son libres de modificar aquello que pactaron inicialmente en el convenio arbitral.

Incluso, dado el desprestigio al que han llegado diversos centros de arbitraje, resulta frecuente que tal iniciativa de cambio de administración no sólo parta de los propios litigantes, sino incluso de los propios tribunales arbitrales, quienes se sentirán más cómodos fuera del referido centro.

Hasta aquí se trata de una figura que tradicionalmente no ha ofrecido mayores inconvenientes ni discusiones en sede doctrinaria.

Sin embargo, consideramos que hay algunos aspectos de orden teórico y práctico que resulta interesante analizar al respecto; relacionados con la naturaleza jurídica de aquella figura por la cual un centro de arbitraje promueve la inclusión de su convenio arbitral tipo en la sociedad.

El artículo 1388 del Código Civil establece que la oferta al público vale como invitación a ofrecer, considerándose oferentes a quienes accedan a la invitación y destinatario al proponente.

La norma agrega que si el proponente indica de manera clara que su propuesta tiene el carácter obligatorio de una oferta, valdrá como tal.

La oferta al público es planteada de manera tradicional en los ejemplos académicos, relacionada con supuestos de compraventa de productos cuya venta promueven los supermercados o grandes almacenes.

De ahí que el primer párrafo del artículo citado se encarga de regular el supuesto de la típica invitación a ofrecer, en donde quien formula la oferta al público no será, en estricto, oferente, sino futuro destinatario de la oferta y será oferente aquella persona que quiera adquirir el producto ante el establecimiento comercial, el cual —dado el generalmente limitado número de objetos en stock—, será quien tenga la última palabra, es decir, que como destinatario de la oferta decidirá si la acepta o no.

El segundo párrafo del citado artículo resulta también bastante claro, en la medida de que la situación podría ser la inversa, si es que el proponente indica que su propuesta tiene carácter obligatorio, caso en el cual, siguiendo el ejemplo del establecimiento comercial, el estableci-

miento tendrá la condición de oferente y el cliente que decida contratar tendrá la condición de aceptante, a diferencia del supuesto anterior.

Es claro entonces que la regla en el Derecho Civil es la contenida en el primer párrafo del artículo 1388 del Código Civil y la excepción la regulada en el segundo párrafo del referido precepto.

Dicho esto, lo que corresponde es preguntarnos cómo debe entenderse la situación en la cual un centro de arbitraje promueve la inclusión de su convenio arbitral.

¿Se tratará de una invitación a ofrecer o será simplemente una oferta contractual?

Si uno se ciñera a la letra del artículo 1388 del Código Civil, podría llegar a la aparente conclusión de que se trata de una invitación a ofrecer, de modo tal que quienes ofrezcan contratar con el centro de arbitraje serán las partes que quieran incluir la cláusula arbitral tipo en su contrato; en tanto que el destinatario de la oferta y eventual aceptante será el centro de arbitraje.

No obstante, no nos encontramos convencidos de ello, ya que el mecanismo de inclusión de los convenios arbitrales es totalmente distinto al mecanismo habitual de celebración de los contratos y al mecanismo como tradicionalmente es entendida la oferta al público.

Decimos esto, en razón de que cuando dos partes deciden incluir en su contrato una cláusula arbitral tipo de un determinado centro de arbitraje, no lo hacen en directa relación con el centro de arbitraje que la ha promovido, sino en estricto privado, sin conocimiento del centro de arbitraje, el cual recién conocerá de la existencia de dicho convenio arbitral cuando se haya suscitado el problema, es decir, cuando una de las partes recurra a dicho centro solicitando el inicio de un proceso arbitral.

Entonces, la pregunta que uno podría formular es si en una situación como la descrita, el referido centro de arbitraje podría negarse a administrar el proceso, repudiando la referida cláusula arbitral.

En verdad, creemos que no, pues dado que la Ley permite la libre existencia de centros de arbitraje, las partes al celebrar sus contratos tienen la más amplia libertad para decidir prever la solución de sus controversias, sea en la jurisdicción ordinaria, sea en arbitraje *ad-hoc* o sea en el marco de un arbitraje administrado por un centro de arbitraje.

Nótese, además, que cuando las partes deciden incorporar a su contrato un convenio arbitral que incluya un arbitraje institucional en determinado centro de arbitraje, no lo han hecho porque les dé lo mismo que el arbitraje sea administrado en ese centro o en cualquier otro, razón por la cual no se podría argumentar que el arbitraje *ad-hoc* satisfaga sus requerimientos.

Y qué pasaría si el centro de arbitraje que las partes han escogido decidiera no administrar tal arbitraje.

No nos cabe duda de que en este caso, en virtud de lo dispuesto por el inciso 3 bajo comentario, el arbitraje sería *ad-hoc*; pero tampoco nos cabe duda alguna de que eso no es lo que las partes escogieron.

Si se tomara al pie de la letra lo señalado en el artículo 1388 del Código Civil, se tendría que entender que el contrato entre las partes y la institución arbitral escogida por ellas, sólo se celebraría en el momento en el cual una parte recurra a dicha institución arbitral solicitando el inicio del arbitraje en base al convenio arbitral escogido por ellas y cuando el centro de arbitraje comunique, de manera expresa, tácita o a través de comportamientos concluyentes, que va a administrar ese proceso arbitral.

¿Acaso podría entenderse que en este caso las instituciones arbitrales pueden recibir el mismo tratamiento que un supermercado, reservándoles la ley la última palabra para celebrar un contrato al respecto con las partes?

Creemos que la respuesta negativa se impone; y es que al tratarse de un producto *absolutamente ilimitado*, consistente en el número de procesos arbitrales a administrar, el centro de arbitraje se verá obligado a administrar el proceso si es que las partes han escogido a dicho centro en su convenio arbitral.

Se podría argumentar en contra de lo que acabamos de expresar el hecho de que el centro de arbitraje pueda tener una excesiva carga procesal no prevista en el momento en el que promovió que los litigantes pactaran dicho convenio arbitral. Pero esta objeción, a su vez, podría ser levantada fácilmente, en la medida de que cualquier centro de arbitraje podría tomar las previsiones del caso (sobre todo tratándose de una situación de bonanza) para ampliar su personal o para adecuar su infraestructura, a efectos de atender la administración de los procesos arbitrales de las partes que incluyeron un convenio arbitral con dicha cláusula arbitral tipo.

Es verdad que la legislación vigente no contempla el caso y, por consiguiente, no prevé sanción alguna para el supuesto en el cual un centro de arbitraje se niegue a atender un caso de estas características.

En ese sentido —como ya lo hemos expresado—, creemos que la Ley de Arbitraje ha incurrido en una omisión, pues no sólo para estos efectos sino para muchos otros, los centros de arbitraje deberían tener una autorización administrativa para su creación otorgada por el Ministerio de Justicia y, como ocurre con las empresas del sistema financiero y de seguros, ellos deberían contar con requisitos mínimos para su apertura y funcionamiento. Estas últimas instituciones manejan dinero del público, en tanto los centros de arbitraje administran procesos en

donde constituyen materia controvertida tanto fondos de los particulares, como incluso del propio Estado peruano a través de sus diversas entidades.

De esta forma, en lo que atañe al tema materia de tratamiento, consideramos que debería haber una reglamentación que pueda imponer sanciones administrativas (concretamente nos estamos refiriendo a multas) a los centros de arbitraje que procedan de esta manera, defraudando la confianza del público.

No obstante lo anterior, consideramos que podrían presentarse supuestos de excepción que sí ameriten el que un centro de arbitraje pueda negarse a administrar un proceso, a pesar de que las partes hubieren incluido en su contrato un convenio arbitral con la cláusula tipo de dicho centro de arbitraje.

En adelante nos ocuparemos del tema.

El primer conjunto de razones por las cuales un centro de arbitraje podría negarse a administrar un proceso, consistiría en argumentos de orden moral.

Así, podríamos imaginar varios supuestos, como sería el caso en el cual quede en evidencia, desde el momento de presentar la solicitud de arbitraje, que el centro está en presencia de un caso simulado, es decir, de un proceso en el cual ambas partes se han puesto plenamente de acuerdo y quieren utilizar el centro de arbitraje para *lavar el compromiso* al que han arribado, situación que les resultaría más difícil y engorrosa de conseguir en el Poder Judicial.

Otra razón de orden moral podría presentarse cuando las partes en conflicto tengan dudosa reputación.

Empleamos la expresión *dudosa reputación* como un eufemismo, pues en verdad cuando uno la emplea lo está haciendo en relación a partes o personas cuya reputación no es dudosa, sino certeramente mala.

Dentro de tal orden de ideas, ya se han producido situaciones en las cuales algunas personas naturales o jurídicas que encuadran dentro de este calificativo han procedido a iniciar procesos arbitrales ante determinados centros de arbitraje, los que han aceptado su tramitación y lo único que han conseguido es el desprestigio absoluto de tales centros de arbitraje, al extremo de que, al menos uno de ellos, está en proceso de extinción.

Un tercer caso, muy vinculado en estructura con el anterior, sería aquél en el cual, quienes recurran al centro de arbitraje sean personas que hayan sido condenadas por delito doloso, es decir por delincuentes que hayan purgado sus condenas o, incluso, que las estén purgando.

Podemos hacer mención a un caso especial en el cual el demandante, en su solicitud de arbitraje, informaba al centro de arbitraje que dicha solicitud debía ser notificada al futuro demandado en el penal de Lurigancho, donde se encontraba purgando condena.

Casos como éstos, que escapan a la normalidad y regularidad del arbitraje vuelven, a nuestro entender, plenamente válida la negativa del respectivo centro para llevar la administración del proceso.

Decimos esto, porque se entiende que el arbitraje es, precisamente un proceso que se sigue para elevar los estándares de la administración de justicia, no para degradarlos.

Por lo demás, los centros de arbitraje tendrán todo el derecho de cuidar su reputación, a la par que resguardar los derechos que en ese mismo sentido tiene su personal directivo y administrativo.

Un segundo grupo de razones por las cuales los centros de arbitraje podrían negarse a administrar un proceso es el derivado de conflictos judiciales.

Hace algunos años dos empresas tuvieron una serie de procesos administrados por un mismo centro de arbitraje. Sin embargo, el nivel de litigiosidad y beligerancia entre ellas era tan grande que en varios de esos procesos las partes iniciaron acciones de garantía (amparos) contra los miembros del Consejo Superior de Arbitraje, máximo órgano administrativo de ese centro.

Dentro de tales circunstancias, hubiese resultado natural que dicho órgano administrativo, parte litigante en diversos procesos judiciales seguidos por una y por otra parte de los arbitrajes en curso, haya considerado, con toda razón, el no aceptar la administración de procesos adicionales seguidos por dichas partes.

En el caso concreto, felizmente las aguas volvieron a su nivel y el centro de arbitraje siguió recibiendo tales nuevos procesos, pero bien podría haberse negado y con todo derecho.

El tercer grupo de razones por las cuales un centro de arbitraje podría negarse a administrar un proceso, está dado por eventuales conflictos de interés.

Imaginemos el siguiente ejemplo.

Se celebra un contrato entre dos empresas, el mismo que incluye un convenio arbitral.

Tiempo después se suscita una desavenencia, fruto de la ejecución del mencionado contrato y una de las partes solicita al centro dar inicio a un proceso arbitral.

Pero da la casualidad de que la parte que solicita el inicio del proceso tiene como accionista mayoritario al presidente de la Cámara de Comercio, cabeza de la institución de la cual forma parte el centro de arbitraje; y, a su vez, de cuya decisión administrativa depende el nombramiento, la permanencia y la remoción de los miembros del Consejo Superior de Arbitraje.

Aquí el tema —salvo dispensa de la parte afectada por tal situación— no tiene remedio, pues la única posibilidad en la cual dicho centro de arbitraje pudiera llevar adelante la administración del proceso, sería aquélla en la cual quien ocupa la presidencia de la Cámara de Comercio renuncie a tal cargo.

Pero, aun así dicho centro de arbitraje no debería administrar el referido proceso, pues los miembros de la junta directiva de la Cámara de Comercio en cuyas manos está la eventual remoción de los miembros del centro de arbitraje, forman parte de la lista que ha ganado las elecciones y que ha estado encabezada por el presidente renunciante.

En un caso como el descrito no nos cabe duda de que el centro de arbitraje deberá abstenerse de administrar el proceso y que el mismo, en defecto de nuevo pacto de partes, deberá entenderse como un proceso *ad-hoc*.

Ahora bien, todo lo regulado por el inciso 3 del artículo 7 admite pacto distinto de las partes, como no podría ser de otra forma, pues se trata de una norma de carácter dispositivo.

Finalmente, cabe hacer referencia a que el inciso 3 del artículo 7 es la regla y, en materia de contratación con el Estado, el artículo 52.10 de la actual Ley de Contrataciones del Estado establece que «en el caso que el convenio arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización y administración de los ór-

ganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de acuerdo a su Reglamento».

Ahora bien, en la Ley n.º 30225 (Ley de Contrataciones del Estado publicada el 11 de julio de 2014)¹⁷⁸ no encontramos una disposición similar. Simplemente, el artículo 45.4 establece que «los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia».

Como se puede apreciar, podría presentarse en el futuro Reglamento una disposición similar al actual artículo 52.10; caso contrario, no se mantendría —en materia de contrataciones— la excepción al inciso 3 del artículo 7 de la Ley de Arbitraje.

3.3. Reglamento de la institución arbitral

El cuarto párrafo del artículo 7 de la Ley de Arbitraje establece que el reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

Esto es importante que se señale debido a que siempre ha existido la discusión en torno a qué Reglamento Arbitral es el aplicable a un caso en particular.

Nos explicamos.

¹⁷⁸ Que entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación del Reglamento, de conformidad con lo establecido por la Octava Disposición Complementaria Final. Cabe precisar que el Reglamento se deberá aprobar dentro de los ciento (180) días calendario siguientes a la publicación de la Ley, de conformidad con lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley.

Las partes, al momento de celebrar el convenio arbitral, se remiten a un Centro de Arbitraje determinado y pactan que el arbitraje se regulará de acuerdo al Reglamento Procesal de dicho Centro. Sin embargo, al momento de presentarse la controversia, cabe la posibilidad de que el referido Centro de Arbitraje cuente con un reglamento procesal distinto vigente al tiempo de la celebración del convenio arbitral.

Anteriormente, en el supuesto descrito se presentaba un inconveniente, ya que una parte podía argumentar que se aplica el reglamento vigente al momento de la celebración del convenio arbitral, mientras que la otra podía argumentar que se aplica el reglamento vigente al momento en que se presenta la controversia.

Dicha situación no estaba regulada por la derogada Ley General de Arbitraje, a diferencia de la actual, que opta por la aplicación del reglamento vigente al inicio del arbitraje.

Es decir, y de conformidad con lo establecido por el artículo 33 de la propia Ley de Arbitraje,¹⁷⁹ se aplica el Reglamento vigente a la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

Naturalmente el párrafo cuarto del artículo 7 también admite pacto en contrario.

¹⁷⁹ Sin perjuicio de los comentarios sobre el artículo 33 de la Ley de Arbitraje, debemos recordar que el citado precepto establece lo siguiente:

Artículo 33.- «Inicio del arbitraje

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje».

ARTÍCULO 8

COMPETENCIA EN LA COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL

Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.
4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.
5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

En la Ley Modelo Uncitral encontramos la pauta que ha seguido el artículo 8 de nuestra actual Ley de Arbitraje.

En efecto, el artículo 6 de la Ley Modelo Uncitral establece lo siguiente:

Artículo 6.- Tribunal u otra autoridad para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje

Las funciones a que se refieren los artículos 11 3) y 4), 13 3), 14, 16 3) y 34 2) serán ejercidas por [...] (Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la Ley Modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquélla se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones).

En las anteriores leyes de arbitraje del Perú no se encuentra una norma como el artículo bajo comentario, es decir, un único artículo que enumere las funciones de colaboración y control y en el que se determine el juez competente para cada supuesto.

De esta manera, los antecedentes del artículo 8 los encontramos en distintos artículos de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572; a saber:

Artículo 40.- Auxilio jurisdiccional para la actuación de pruebas
El tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral, podrá pedir Auxilio Judicial para la

actuación de pruebas. Es competente el Juez de Paz Letrado o el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar la resolución, a elección del interesado. El juez dará cumplimiento a la solicitud en un plazo que no excederá de cinco (5) días, bajo responsabilidad, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. (El subrayado es nuestro).

Artículo 81.- Medida cautelar en sede arbitral

[...]

Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el sólo (sic) mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna. (El subrayado es nuestro).

Artículo 83.- Ejecución del laudo

El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio. (El subrayado es nuestro).

Artículo 71.- Plazo para la interposición del recurso de anulación y órgano competente

El recurso de anulación del laudo arbitral deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera instancia o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte

Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la anulación.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 127.- Reconocimiento y ejecución

Un laudo arbitral, cualquiera sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito ante la Sala Civil de la Corte Superior competente a la fecha de presentación de la petición del domicilio del demandado, o, si el demandado no domicilia dentro del territorio de la República, la del lugar donde éste tenga sus bienes, y será ejecutado en conformidad con las disposiciones de esta Sección.

La parte que pida el reconocimiento de un laudo deberá presentar el original del laudo o copia del mismo, y el original del convenio arbitral o copia del mismo. Si el laudo o el convenio arbitral no estuvieran redactados en castellano, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. En ambos casos es de aplicación lo dispuesto en el Artículo 96. (El subrayado es nuestro).

Artículo 131.- Ejecución del laudo

Reconocido total o parcialmente el laudo, conocerá de su ejecución el Juez Especializado en lo Civil del domicilio del demandado competente en la fecha de presentación de la solicitud o, si el demandado no domicilia dentro del territorio de la República, el competente del lugar donde éste tenga sus bienes, de conformidad con los Artículos 713 al 719 del Código Procesal Civil, debiéndose adjuntar al escrito solicitando la ejecución judicial los documentos a que se contrae el segundo párrafo del Artículo 127, así como copia de la resolución judicial que amparó la petición de reconocimiento del laudo arbitral. (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, una de las virtudes de la actual Ley de Arbitraje es regular el tema del juez competente —en los supuestos de colaboración y control del Poder Judicial— en un solo artículo, a diferencia de la derogada Ley General de Arbitraje, en donde aparecía disperso a lo largo de su articulado.

En efecto, como sostiene Arangüena Fanego¹⁸⁰ —comentando el artículo 8 de la Ley de Arbitraje española, de similar redacción que el artículo bajo análisis—, este precepto tiene un carácter novedoso y responde al cumplimiento de las pautas dadas en la Ley Modelo Uncitral relativas a la necesidad de especificar en un único precepto el tribunal o tribunales competentes para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.

La Ley de Arbitraje española, sobre este punto, señala lo siguiente:

Artículo 8.- Tribunales competentes para las funciones de apoyo y control del arbitraje

1. Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar éste aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, la de su elección.
2. Para la asistencia judicial en la práctica de pruebas será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.
3. Para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
4. Para la ejecución forzosa de laudos o resoluciones arbitrales será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley n.º 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

¹⁸⁰ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Op. cit.*, p. 141.

5. Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado.
6. Para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Para la ejecución de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente el Juzgado de Primera Instancia con arreglo a los mismos criterios.

(Este artículo está redactado conforme a la Ley n.º 11/2011, de 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reforma la Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de 23 de diciembre).

2. COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL

Si bien la actual Ley de Arbitraje ha consagrado el principio de no interferencia o autonomía del arbitraje, ello no implica desconocer que la actividad judicial resulta relevante para el arbitraje, en algunos aspectos.

Arangüena Fanego¹⁸¹ señala que existen determinados supuestos en que la intervención judicial resulta imprescindible o muy conveniente, lo que exige y justifica la puntual regulación en ese sentido, dado que por encima de la voluntad de las partes, está el derecho constitucional de éstas a la tutela efectiva, no explicándose la eficacia del arbitraje sin una especial protección o tutela jurisdiccional.

¹⁸¹ ARANGÜENA FANEGO, Coral. *Op. cit.*, p. 136.

Los árbitros deben comprender las limitaciones que les impone su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público.

En efecto, el arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública. Es decir, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.

A nuestro entender, el arbitraje debe convivir con la justicia estatal y para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos sistemas.

Así, el arbitraje no podría existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen privado.

Al respecto, Alicia Bernardo¹⁸² sostiene que la existencia de un convenio arbitral no implicaría que deban los tribunales permanecer ajenos por completo al arbitraje. Aun cuando exista el compromiso arbitral, la actuación de los jueces en relación con el procedimiento arbitral no desaparece. Al fin y al cabo, corresponde a éstos ejecutar el laudo, formalizar el arbitraje, o auxiliar a los árbitros en la práctica de determinadas pruebas.

En efecto y tal como lo señala Ana María Arrarte,¹⁸³ no podemos dejar de reconocer que cuando se ha suscitado ya el conflicto y, en consecuencia, es necesario que se «eche a andar» este mecanismo privado y

¹⁸² BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 88.

¹⁸³ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación». En *Themis*. n.º 53, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, p. 92.

eficientemente diseñado a la medida de las partes, lo más probable sea que el ánimo conciliador y los intereses coincidentes que motivaron su celebración ya no existan más. Es aquí donde —entre otros momentos— surge la necesidad de que el Poder Judicial «entre en acción».

A entender de Griffith,¹⁸⁴ el rol que debe asumir la autoridad judicial se tiene que limitar al de asistir a los árbitros en los siguientes casos:

- (a) Hacer cumplir el acuerdo de arbitraje suspendiendo temporalmente las acciones entabladas por una parte ante los jueces ordinarios, ya sea antes del arbitraje o mientras esté en curso;
- (b) Designar a los árbitros cuando las partes no cumplan con hacerlo;
- (c) Exigir la asistencia de testigos y la presentación de prueba instrumental;
- (d) Otorgar reparación provisional antes del arbitraje o durante éste, incluyendo garantías por los costos;
- (e) Proporcionar un fuero en el cual las partes puedan solicitar la anulación de laudos, debido a errores sustanciales y procesales; y
- (f) Reconocer y ejecutar un laudo.

En efecto, si bien el sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces, la autoridad judicial podrá intervenir en aquellos supuestos que la propia Ley de Arbitraje establece y así se contempla en el inciso 1 del artículo 3 de la actual Ley de Arbitraje.

Recordemos que los árbitros —a diferencia de los jueces— no gozan de los atributos coercitivos y de ejecución, por lo que requieren de la asistencia judicial para hacer efectivas sus decisiones.

En efecto, si bien el sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces, la autoridad judicial podrá intervenir en aquellos supues-

¹⁸⁴ GRIFFITH DAWSON, Frank. «El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención? En *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, n.º 15, p. 202.

tos que la propia Ley de Arbitraje contempla. Así tenemos, por ejemplo, el auxilio para la actuación de pruebas, la ejecución de medidas cautelares y la ejecución del laudo.¹⁸⁵

Al respecto, debemos tener presente que el Poder Judicial puede intervenir en un proceso arbitral de distintas formas. De esta manera tenemos una intervención subsidiaria, una intervención complementaria y una intervención revisora.¹⁸⁶

La primera de ellas se presenta en los casos en que existe imposibilidad material o jurídica para que los árbitros resuelvan o ejecuten determinados actos vinculados al proceso bajo su conducción, siendo imprescindible llenar este vacío —en cuanto a sus potestades—, a través del auxilio judicial.

La intervención complementaria se presenta en aquellos casos en que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el tribunal arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano jurisdiccional, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento voluntario.

Finalmente, la tercera forma de intervención se configura por la posibilidad de solicitar un nuevo análisis del laudo, esta vez por la autoridad judicial, sea a través del recurso de apelación —cuando así haya sido pactado por las partes— o del recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de vicios, en el proceso o en el propio laudo, que se encuentran expresamente establecidos en la norma positiva.

¹⁸⁵ Sobre el particular, remitimos al lector a nuestros comentarios sobre los artículos 8, 45, 48, 67 y 68 de la Ley de Arbitraje.

¹⁸⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Op. cit.*, pp. 98-99.

3. COMPETENCIA

El Tribunal Constitucional ha establecido, en sendos pronunciamientos, los límites y alcances del concepto de competencia.

Así, en uno de ellos ha señalado que:

La competencia hace referencia a un poder conferido por la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad para generar un acto estatal.

Las normas del bloque de constitucionalidad son aquéllas que se caracterizan por desarrollar y complementar los preceptos constitucionales relativos a los fines, estructura, organización y funcionamiento de los órganos y organismos constitucionales, amén de precisar detalladamente las competencias y deberes funcionales de los titulares de éstos, así como los derechos, deberes, cargas públicas y garantías básicas de los ciudadanos.

En principio, dicho concepto alude a la aptitud de obrar político-jurídica o área de facultades de un órgano u organismo constitucional, lo cual conlleva a calificar la actuación estatal como legítima o ilegítima en función de que el titular responsable de aquél hubiese obrado dentro de dicho marco o fuera de él.

La competencia deviene en la atribución de autoridad otorgada para generar una manifestación de poder. Su otorgamiento no sólo comprende el ejercicio de disposición, sino también el límite de su uso como potestad. En ese contexto, el Estado, a través de uno de sus órganos u organismos constitucionales, puede manifestar válidamente, fruto de una competencia imperativa o discrecional —según lo dispongan la Constitución o las normas del bloque de constitucionalidad—, su voluntad política.¹⁸⁷

De la misma forma, dicho tribunal¹⁸⁸ también ha recogido lo que la doctrina se ha encargado de sintetizar cuando se habla de los diversos tipos de competencia que se pueden presentar. Así, se ha señalado que:

¹⁸⁷ Expediente n.º 0013-2003-CC.

¹⁸⁸ Expediente n.º 0010-2003-AI.

La competencia de los titulares de los órganos u organismos estatales, para realizar actos estatales válidos, se manifiesta en los ámbitos personal, material, temporal, territorial y procesal.

a) La competencia personal y el acto estatal constitucional.-

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué operadores o agentes del poder político se encuentran facultados para realizar un determinado acto a nombre y en representación del Estado. En puridad, el sistema constitucional hace referencia a ciertos sujetos denominados autoridades para que, operando algún órgano u organismo constitucional, sean protagonistas de ciertas acciones hacia terceros (otras autoridades o gobernados).

b) La competencia material y el acto estatal constitucional.-

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen qué tipo de acto estatal puede ser realizado por un determinado agente u operador del poder político. En puridad, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino de la conducta que deben verificar en concreto. Es usual que la razón material de la actividad de las autoridades se expresa en alguna o algunas de las funciones estatales (normar, administrar-ejecutar, dirimir conflictos, controlar).

c) La competencia temporal y el acto estatal constitucional.-

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el período de validez del acto estatal ejecutado. En estos casos, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino a la órbita de validez de las atribuciones en el tiempo. En principio, la competencia no tiene limitaciones temporales, a menos que la Constitución u otra norma determine que tales atribuciones son categóricamente finitas o accidentales.

d) La competencia territorial y el acto estatal constitucional.-

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen el marco espacial de validez del acto estatal ejecutado. En virtud de ello, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino que precisa la órbita de validez intraterritorial de las atribuciones confe-

ridas. En consecuencia, dicha competencia puede tener un alcance nacional, regional, departamental o local.

e) La competencia procesal y el acto estatal constitucional.-

La Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad establecen la forma o mecanismo como deberá realizarse el acto estatal. Por consiguiente, la asignación de competencias no se reduce a la mención de los sujetos, sino que, además, establece el *íter* político-jurídico administrativo que debe seguirse para conservar la constitucionalidad de un acto estatal.

Ahora bien, como se aprecia, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje contempla —en cada uno de sus incisos— una competencia objetiva y una competencia territorial.

En relación a la competencia objetiva, la Ley de Arbitraje establece que para los casos de actuación de pruebas, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa del laudo y ejecución de laudos extranjeros, el juez competente será el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil.

Para los supuestos de anulación de laudo y de reconocimiento de laudos extranjeros, será competente la Sala Civil subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia.

En lo relativo a la competencia territorial, los incisos 1 y 2 del artículo 8 de la Ley de Arbitraje, la fijan en función de: (i) el lugar donde hubiere de prestarse la asistencia en la actuación de la prueba; y (ii) el lugar donde la medida cautelar deba ser ejecutada o en donde deba producir eficacia.¹⁸⁹

Para el caso de la ejecución forzada del laudo, la competencia territorial se fija en relación al lugar donde el laudo deba producir su eficacia

¹⁸⁹ En relación a estos supuestos, la derogada Ley General de Arbitraje fijaba la competencia territorial en función, también, del lugar del arbitraje.

o en relación al lugar del arbitraje (inciso 3).¹⁹⁰ Este último criterio también se emplea para el caso de la anulación del laudo (inciso 4).

En el caso del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, los incisos 5 y 6 establecen que la competencia territorial se fija en función del domicilio del emplazado. Si el emplazado domicilia en el extranjero, se fija en función del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.¹⁹¹

Creemos que el contenido del artículo 8 no merece mayores comentarios.

¹⁹⁰ En relación a este supuesto, la derogada Ley General de Arbitraje fijaba la competencia territorial en función sólo del lugar de la sede del arbitraje.

¹⁹¹ En relación a los supuestos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, cabe advertir que la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, en el caso de que el emplazado no domiciliaba en el país, sólo fijaba la competencia territorial en función del lugar donde éste tenía sus bienes.

ARTÍCULO 9

FORMALIDAD DE DOCUMENTOS EN LA COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL

Artículo 9.- *Formalidad de documentos en la colaboración y control judicial*

1. Todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español.
2. Todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces.
3. Si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 9 de la Ley de Arbitraje no posee antecedente ni concordancia en la Ley Modelo Uncitral.

Sin embargo, a nivel de la legislación peruana, dicho numeral encuentra su antecedente inmediato en la derogada Ley General de Arbitraje de 1996, la cual, a través de su artículo 96, establecía que:

Artículo 96.- *Formalidad de los documentos ante el Poder Judicial*
Todo escrito o petición dirigido a una autoridad judicial de la República, deberá ser redactado en idioma castellano. Todo do-

cumento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República, deberá ser legalizado con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede y autenticado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces, del lugar del otorgamiento. Si el documento no estuviera redactado en castellano, deberá ser traducido a dicho idioma por un agente diplomático o consular peruano o quien haga sus veces, del lugar del otorgamiento, o por un traductor oficial.

2. FORMALIDAD DE LOS DOCUMENTOS

El inciso 1 del artículo 9 de la Ley de Arbitraje señala que todo escrito o comunicación dirigido a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español. Esto, por una cuestión fundamental de lectura y comprensión de los documentos que son presentados ante los tribunales de la República y, además, porque, como es evidente, el idioma oficial señalado en el artículo 48 de la Constitución peruana es el castellano.¹⁹² En este punto cabe señalar que se deberá entender como sinónimos a los términos español (Ley de Arbitraje) y castellano (Constitución Política).

Por otro lado, también resulta importante citar el artículo 130 del Código Procesal Civil, el cual, en la misma línea que la Ley de Arbitraje, establece lo siguiente:

Artículo 130.- Forma del escrito

El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones:

[...]

7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el Juez, a pedido de las partes, autoricen el uso del quechua o del aymara;

[...]

¹⁹² Artículo 48.- «Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley».

En segundo lugar, el artículo 9 de la Ley de Arbitraje agrega que todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República, deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático consular peruano o quien haga sus veces.

El inciso 2, como se puede apreciar, hace referencia a un mecanismo tradicional de legalización de los documentos.

Así, el artículo 433 del Reglamento Consular del Perú, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 076-2005-RE, estipula que los funcionarios consulares pueden dar fe pública de hechos, actos y de contratos que se celebren ante ellos y que estén destinados a producir efectos jurídicos en territorio nacional o fuera de él, conforme a la legislación nacional. De la misma manera, el artículo 434 del citado Reglamento, establece que cuando se trate de actos notariales, los funcionarios consulares deberán observar las normas propias establecidas por el Código Civil, el Código Procesal Civil y la Ley del Notariado.

Finalmente el artículo 9 de la Ley de Arbitraje, en su inciso 3, trata de flexibilizar la presentación de documentos redactados en idioma distinto al español. Sin embargo, hace la salvedad de que cuando la autoridad judicial considere que en razón de las circunstancias debe presentarse traducción oficial, la misma se hará en un plazo razonable.

Respecto a este supuesto, la práctica demuestra que en algunos casos el texto de los documentos presentados no es controvertido y en otros supuestos sí lo es. De esta forma, cuando estemos en presencia de documentos que son controvertidos, se deberá tener presente el principio de garantía que debe asistir a las partes para que estén seguras del contenido de las actuaciones y se respete así las reglas que un debido proceso está obligado a observar.

En ese sentido, se debe tener presente el Decreto Ley n.º 18093, Ley de Traductores Públicos Juramentados, que regula la traducción de documentos para uso y servicio de particulares, el mismo que será ejercido por profesionales libres en esta materia.

ARTÍCULO 10

REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Artículo 10.- Representación de la persona jurídica

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.
2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Ni en la Ley Modelo Uncitral ni en la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, encontramos un antecedente del citado artículo 10 de la Ley de Arbitraje.

Incluso, sobre el particular, la Exposición de Motivos señala que la derogada Ley General de Arbitraje no se pronunciaba de manera expresa sobre las facultades de representación necesarias para someterse a arbitraje o participar en el proceso arbitral, lo que generó conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios, que podían limitar —en el futuro— el desarrollo del arbitraje.

Sin embargo, en el Proyecto Modificadorio, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, ya

se contemplaba la inclusión de un artículo 8-A, cuyo texto propuesto era el siguiente:

Artículo 8-A.- Representación de la persona jurídica

Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en procesos arbitrales y ejercer todos los derechos y facultades previstos en esta ley, sin restricción alguna, incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos.

En tal sentido, el antecedente del artículo 10 de la Ley de Arbitraje lo encontramos en el citado artículo 8-A.

2. REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

Atendiendo a que la potestad de administrar justicia por el Poder Judicial es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, para la solución de controversias en esta vía no se requiere de ningún tipo de pacto; situación distinta a lo que ocurre en el arbitraje, en la medida de que el arbitraje sólo vincula a las partes que convencional y expresamente se sometieron a él.

Gamboa Serrano¹⁹³ señala que para celebrar el pacto arbitral se requiere —en las partes— la capacidad para transigir, es decir, capacidad para disponer sobre las diferencias o pretensiones que han de someterse al tribunal arbitral.

Así, como ya hemos visto, el artículo 2 de la Ley de Arbitraje, señala que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición por las partes.

¹⁹³ GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El Proceso Arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.

Martín Brañas¹⁹⁴ señala que es necesario que las partes se sometan expresa y voluntariamente a la solución arbitral, no siendo factible, en consecuencia, imponer a un sujeto un arbitraje sin esa aquiescencia previa.

En efecto, obligar a cualquier persona —natural o jurídica— a recurrir a un arbitraje que no ha convenido es inconstitucional, atendiendo al carácter voluntario de la jurisdicción arbitral. Esto, debido a que el principio general de la Constitución Política del Perú, en el inciso 1 del artículo 139, establece que la jurisdicción ordinaria es exclusiva y que el arbitraje es excepcional. En ese sentido, la inexistencia de una declaración de voluntad válida es causa eficiente para determinar la ineficacia estructural de un convenio arbitral.

Dentro de esta lógica, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Así, como veremos más adelante, para hablar de la existencia de un convenio arbitral, se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales. El primero de ellos está referido a la intención de las partes de realizar un acuerdo conforme a los términos y condiciones que éstas pactaron, exteriorizando dicha intención por los mecanismos de manifestación de voluntad permitidos por el ordenamiento jurídico. Mientras que el segundo está referido a la materia u objeto sobre el cual versa tal acuerdo.

¹⁹⁴ MARTÍN BRAÑAS, Carlos. «La anulación del Laudo Arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral». En *Anuario de Justicia Alternativa: Derecho Arbitral*, n.º 4, Barcelona: Bosch, 2003, p. 149.

Por otro lado, Fernando Vidal Ramírez¹⁹⁵ señala que al convenio arbitral, siendo un acto o negocio jurídico, le son exigibles los requisitos de validez que establece el artículo 140 del Código Civil, por lo que la manifestación de voluntad, imprescindible para celebrarlo, debe emanar de sujetos capaces.

A entender de Caivano,¹⁹⁶ en tanto acuerdo de voluntades o convención, el pacto arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos. Tiene que partir de un consentimiento que no se encuentre intrínsecamente viciado, y que haya sido expresado válidamente; ese consentimiento debe ser prestado por personas que tengan capacidad legal para obligarse.

Dentro de tal orden de ideas, para la existencia del convenio arbitral es necesaria la manifestación de voluntad expresa de las partes, en donde éstas se obligan a someter a arbitraje la solución de sus conflictos, ya que se trata de la renuncia del derecho a solicitar la solución de controversias ante la jurisdicción ordinaria, para someterlas a un tribunal arbitral.¹⁹⁷

En el caso de las personas jurídicas debemos estudiar cómo se produce la manifestación de voluntad necesaria para la existencia del convenio arbitral.

¹⁹⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 53.

¹⁹⁶ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 109-112.

¹⁹⁷ Al respecto cabe señalar que a entender de Alfredo Bullard González ello no implica una renuncia a un derecho. Por el contrario, es el ejercicio del derecho de pactar en contra de la regla o mecanismo supletorio previsto en el ordenamiento. (BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Buscándole tres pies al gato. Las facultades del gerente general para someter a la sociedad a arbitraje». En *Estudios de Derecho Societario: Libro homenaje a Enrique Elías Laroza*. Trujillo: Normas Legales, 2005, p. 16).

La persona jurídica —al ser un ente moral, esto es, una construcción jurídica— necesita de personas naturales a través de las cuales pueda actuar, lo que equivale a decir que necesita de representantes.¹⁹⁸

Por ello, para la validez de un convenio arbitral es requisito indispensable, la manifestación del consentimiento. En este caso, al tratarse de personas jurídicas, éstas sólo pueden prestar consentimiento a través de sus representantes.

2.1. Facultades que debería tener el representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje

Antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje, el tema sobre las facultades que debía tener el representante de una persona jurídica para celebrar convenios arbitrales, evidentemente era no sólo discutible, sino que además se debía —a entender nuestro— optar por la interpretación contraria a lo que hoy representa el contenido del artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1071, es decir, por exigir facultades expresas, tal como analizaremos a continuación.

En efecto, la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, no se pronunciaba expresamente sobre las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral, lo que generó conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios para tal efecto.

¹⁹⁸ En términos generales, podemos definir a la representación como la institución jurídica mediante la cual un sujeto, denominado representante, puede celebrar actos jurídicos en nombre y en interés de otro sujeto, que recibe el nombre de representado. Se trata de una modificación de las consecuencias naturales del acto jurídico, en tanto el sujeto que realiza la declaración de voluntad y, por ende, celebra el acto jurídico, es distinto de aquél que recibe los efectos del mismo.

Ulises Montoya Alberti¹⁹⁹ sostiene que el acuerdo o convenio arbitral lo pueden celebrar las personas naturales o jurídicas, en tanto que no existe —aparte de la capacidad— restricción para que aquéllas puedan pactar el arbitraje. Asimismo, señala que a los representantes legales se les exige autorización expresa para que realicen tal acto.

Malamud²⁰⁰ sostiene que —en principio— cualquier persona física o jurídica puede comprometerse al arbitraje; sin embargo, sólo se prohíbe hacerlo en caso de representantes de personas jurídicas a quienes no se les hubiere autorizado expresamente.

Al respecto, Caivano²⁰¹ sostiene que los representantes de las personas jurídicas no pueden celebrar acuerdos arbitrales si no tienen autorización.

Según Sánchez Urite,²⁰² la celebración de un convenio arbitral es un caso de representación directa, es decir, aquélla en la que exista una manifestación de voluntad por parte del representante en nombre y por cuenta de otro y dentro de los límites de los poderes dados por el representado.

Por su parte, Alvarado Velloso²⁰³ —haciendo referencia a la normatividad arbitral argentina de principios de los años ochenta— nos dice

¹⁹⁹ MONTROYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988, pp. 45-69.

²⁰⁰ MALAMUD, J. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 65.

²⁰¹ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 111.

²⁰² SÁNCHEZ URITE, Ernesto. *Mandato y Representación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 39.

²⁰³ ALVARADO VELLOSO, A. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 47.

que no pueden comprometer a arbitraje el mandatario, gerente, apoderado, síndico, liquidador, etc., a menos que cuenten con autorización judicial o con poderes especiales otorgados por quienes representa.

En la misma línea de pensamiento (y época en que virtió sus comentarios) encontramos a Zepeda,²⁰⁴ quien afirma que los representantes sólo pueden comprometer en arbitraje, los negocios de sus mandantes, si cuentan con facultad especialmente otorgada para ello.

Finalmente, tenemos a Parra Aranguren²⁰⁵ quien, al analizar el tema del acuerdo arbitral en la legislación venezolana de esos tiempos, señala que en principio pueden comprometer en arbitraje todas las personas que tienen capacidad para contratar y obligarse libremente, sin restricciones particulares respecto de ciertas clases de personas, físicas o jurídicas. Sin embargo, el citado autor afirma que requieren de autorización expresa los representantes de corporaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas.

En consecuencia, podemos apreciar que esta parte de la doctrina reseñada brevemente considera que la persona jurídica debe otorgar de manera expresa facultades especiales a su representante, a fin de que éste pueda obligar a la persona jurídica en un convenio arbitral.

Sin embargo, hay quienes sostienen que no se requieren poderes especiales para la celebración de un convenio arbitral en nombre de una persona jurídica.

²⁰⁴ ZEPEDA, J. Antonio. «Normación y práctica del Arbitraje en México». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 263.

²⁰⁵ PARRA ARANGUREN, Gonzalo. «Informe sobre el Arbitraje Comercial en Venezuela». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 357.

En esta posición encontramos a Alfredo Bullard,²⁰⁶ quien sostiene que el pacto arbitral en los contratos comerciales de todo tipo se ha vuelto en el Perú la práctica común, sin que se esté exigiendo autorizaciones expresas.

A entender del citado autor, ello es una muestra —bajo la teoría de la confianza— de por qué la expectativa del tercero al contratar con el gerente, es que no existe limitación alguna para incluir este tipo de pactos.

De esta manera, Bullard González trata de rebatir los argumentos de quienes sí consideran indispensable la autorización expresa para que —en nombre de una persona jurídica— se sometan a arbitraje las controversias derivadas de un algún contrato.

En tal sentido, en las próximas líneas expondremos ambas posiciones, teniendo en cuenta una distinción relativa al representante; a saber: (i) por un lado, si se trata del gerente general de la persona jurídica; y (ii) por el otro, si se trata de un representante distinto al gerente general.

También diferenciaremos si el gerente general tiene únicamente las facultades generales y especiales establecidas por el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, Ley n.º 26887;²⁰⁷ o si el Estatuto

²⁰⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 21.

²⁰⁷ Artículo 188.- «Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

[...]

2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;

[...].».

establece como facultad especial del gerente general el poder celebrar convenios arbitrales en nombre de la persona jurídica.²⁰⁸

2.1.1. ¿Cuándo el gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral?

Según Elías Laroza,²⁰⁹ la sociedad puede nombrar a uno o más gerentes y determinar las facultades con las que ejercerán sus cargos. La extensión de dichas facultades se encuentra librada a la decisión del órgano que las otorgue.

Rey y Trelles²¹⁰ señalan que el gerente general tiene una doble función; por un lado, la de ejecutor en la gestión del negocio y, por el otro, la representación de la sociedad ante los distintos agentes que participan en el mercado.

Las atribuciones de cualquier gerente pueden consignarse en el estatuto o ser establecidas en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior, tal como lo establece el artículo 188 de la Ley General de Sociedades.

Así, los incisos 1 y 2 del artículo 188 establecen que —salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la Junta General de Accionistas o del Directorio— se presume que son atribuciones del gerente general: (i) celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios

²⁰⁸ Al respecto, cabe precisar que Rey y Trelles señalan que el referido artículo 188 constituye una norma dispositiva, ya que admite pacto en contrario, pudiendo consignarse las atribuciones de cualquier gerente en el estatuto, en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior. (REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. «El Gerente General». En *Tratado de Derecho Mercantil*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 627).

²⁰⁹ ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo: Normas Legales, 2001, pp. 389-390.

²¹⁰ REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. *Op. cit.*, p. 625.

correspondientes al objeto social; y (ii) representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil.

2.1.1.1. ¿El convenio arbitral puede ser considerado un contrato ordinario?

En relación a la facultad de celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social, debemos tener en cuenta que para determinar qué es un acto o un contrato ordinario es necesario ver lo que el propio estatuto de la persona jurídica establece, ya que la calificación de actos o contratos ordinarios se halla relacionada con el objeto social de la empresa.

Como sabemos, el objeto social de una empresa es la razón misma por la que la sociedad se constituye; es la razón por la cual los socios deciden participar en la sociedad, aportar capitales y asumir el riesgo del negocio.

Se ha sostenido que el sometimiento al fuero arbitral no podría considerarse como un acto ordinario de la empresa, ya que el sometimiento a la jurisdicción arbitral implica la disposición de derechos sustantivos de la persona jurídica.

En otras palabras, el sometimiento a arbitraje implica que la persona jurídica renuncie al derecho de accionar judicialmente, sustrayéndose de la jurisdicción ordinaria, lo que no podría ser considerado como un acto ordinario de la persona jurídica, sea cual fuere su objeto social.

Así, la celebración de un convenio arbitral implicaría una disposición del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva; y para poder disponer de derechos sustantivos, según el artículo 75 del Código Procesal Civil, se requiere del otorgamiento de facultades especiales.

Por el contrario, Bullard considera que celebrar convenios arbitrales sí es un acto ordinario de administración compatible con el objeto social de cualquier sociedad comercial.

Para dicho autor, si estamos frente a un acto ordinario (por ejemplo, la venta de bienes producidos por la sociedad regularmente) no es necesario que el estatuto autorice la celebración de convenios arbitrales, ya que el convenio arbitral es parte de los pactos comunes y corrientes que suelen incluirse en todos los contratos.²¹¹

Asimismo, el citado autor²¹² señala que cuando el referido artículo 188 señala que se presume las facultades ahí establecidas, se estaría protegiendo la buena fe y la confianza de quienes contratan con la sociedad, invirtiendo la carga de la prueba, de manera que la sociedad sería quien debería demostrar que se carecía de facultades y no será el tercero el que tenga que demostrar que el gerente sí tenía dichas facultades.

Dentro de tal orden de ideas, según esta posición, ante la duda sobre si el gerente general goza de la confianza de los accionistas para celebrar un convenio arbitral, se opta por proteger al tercero que razonablemente consideró que tal acto estaba comprendido dentro del espectro de las facultades del gerente general incluidas en el inciso 1 del artículo 188, es decir, celebrar actos y contratos ordinarios relacionados con el objeto social.

Por otro lado, el referido profesor señala que si estamos frente a una autorización de la Junta General de Accionistas o del Directorio para celebrar un acto de disposición que no se encuentra dentro de las facultades originarias del gerente, no es común que dicha autorización incluya todo el detalle del contrato. Usualmente se señalan algunos aspectos básicos y lo demás es delegado a la habilidad de negociación del gerente. Así, se presume razonablemente que si existe una autorización

²¹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 15.

²¹² *Ídem*, pp. 11 y 12.

para celebrar un acto determinado, se está facultando al gerente general para negociar y pactar términos y condiciones accesorios o vinculados que, por su menor importancia, no tenían que estar contenidos en la autorización dada para celebrar el contrato. Ello se deriva de la facultad del gerente general de negociar y pactar términos contractuales beneficiosos para la sociedad y que estén orientados a perfeccionar o ejecutar el contrato.

2.1.1.2. ¿Celebrar un convenio arbitral estaba dentro de las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil?

Conforme al inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, el representante está facultado para representar a la sociedad con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil, es decir, se refiere a facultades de representación procesal.

Dentro de tal orden de ideas, debemos remitirnos a lo que estipulan los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, normas que establecían lo siguiente:

Artículo 74.- La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado. (El subrayado es nuestro).

Artículo 75.- Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la

representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.
(El subrayado es nuestro).

En ese sentido, cabe preguntarnos si el suscribir un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica se encontraba incluido dentro de las referidas facultades generales o especiales.

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez²¹³ señala que para celebrar un convenio arbitral, el representante requiere de facultad especial, sea que lo celebre con anterioridad a la *litis* o ya establecido el litigio en el ámbito judicial (conforme lo precisa el artículo 75 del Código Procesal Civil).

Sin embargo, debemos precisar que el artículo 75 del Código Procesal Civil contempla únicamente el supuesto de representación en caso de pretensiones controvertidas en un proceso judicial ya existente.

En tal sentido, el artículo 75 del Código Procesal Civil se refería exclusivamente a la facultad del apoderado (lo que incluye al gerente general, en virtud del artículo 188 de la Ley General de Sociedades) de someter a arbitraje las pretensiones controvertidas dentro de un proceso. No se estaría refiriendo a someter a arbitraje cualquier controversia, sino solamente aquélla que ha sido objeto de la demanda a partir de la cual se ha iniciado un proceso.

La norma procesal permite *ex post* —a favor del arbitraje como opción excepcional— la decisión del gerente general de recurrir al arbitraje para mejor resolver las controversias que se suscitan y que son de conocimiento del Poder Judicial. Sin embargo, la ley no facultaba expresamente a hacer lo contrario, esto es a excluirse del juez natural *ex ante* sin tener explícitamente la capacidad de hacerlo, es decir, sin que la persona jurídica así lo haya expresado en el Estatuto, como atribución

²¹³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 54.

conferida al gerente general o conferida a través de una Junta General de Accionistas.

Como se puede apreciar, el momento en el que se lleva a cabo la celebración del convenio arbitral resultaría importante, ya que no sería lo mismo que se produzca en la firma de un contrato (antes de que surja algún conflicto), a que se realice dentro de un proceso judicial (una vez que el conflicto ya surgió).

Ello, debido a que en el momento en el que se celebra un contrato no se sabe de antemano cuáles serán los conflictos concretos que se presentarán en el futuro, siendo más riesgoso someter todo un mundo de meros conflictos potenciales y abstractos a decisión arbitral inapelable, que decidir someter a un proceso arbitral un conflicto determinado.

En consecuencia, siguiendo esta posición, aun cuando el representante de la persona jurídica hubiese actuado en calidad de gerente general, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, no contemplaba como atribución inherente a su cargo el pactar un arbitraje fuera del Poder Judicial.

En ese sentido, encontramos a Carlos Larreátegui,²¹⁴ quien señala que los representantes de las sociedades civiles o mercantiles pueden comprometer a la persona jurídica, sólo si están facultados expresamente para ello en el contrato social o en los estatutos, o los autoriza la Junta General.

Asimismo, Gamboa Serrano²¹⁵ sostiene que habrá de estarse a lo que dispongan los estatutos en relación a las facultades del representante

²¹⁴ LARREÁTEGUI, M. Carlos. «Contribución al Estudio del Arbitraje - Ecuador». En *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, pp. 176-177.

²¹⁵ GAMBOA SERRANO, Rafael H. *Op. cit.*, p. 35.

legal. En principio, las personas jurídicas pueden celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohíban o restrinjan; pero al permitirlo o al no prohibirlo, deben examinarse las facultades del representante legal.

En consecuencia, para estos autores, el gerente general —en calidad de representante legal de la persona jurídica— sí puede someter a arbitraje a la persona jurídica, pero siempre que cuente en el Estatuto con las facultades expresas para ello.

Bullard²¹⁶ señala que la premisa de esta posición es correcta, pero la conclusión es errada. Del hecho de que el gerente general pueda someter a arbitraje pretensiones ya judicializadas, no se deriva que el mismo gerente general no pueda celebrar convenios arbitrales ante la eventualidad de que se produzcan futuras controversias.

Señala que aquí también se diferencia el pacto arbitral *ex ante* del pacto arbitral *ex post*. Sin embargo, se hace la precisión de que lo que regulan el Código Procesal Civil y el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, es la facultad del gerente general de pactar arbitraje *ex post*. Pero de tal regulación no se podría derivar que para pactar *ex ante*, el gerente general no cuenta con facultades para contratar el sometimiento a arbitraje.

En consecuencia, a entender del citado profesor, la lógica de los incisos 1 y 2 del artículo 188 era clara y consistía en facultar al gerente general tanto para pactar arbitrajes *ex ante* como para hacerlo *ex post*, por el solo mérito de su nombramiento. Sin embargo, precisa que es evidente que los accionistas pueden limitar estas facultades, pero si no lo han hecho, ello demuestra la plena confianza que tenían en el gerente general, así como la plena eficacia del convenio arbitral incluido en el contrato.

Hasta aquí su posición.

²¹⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 23 y 24.

Ahora bien, se podría sostener que para evitar que con el uso distorsionado de los arbitrajes se realicen actos para los que no se está facultado, no sólo se debe contar con poderes especiales para celebrar un convenio arbitral, sino que además se debería contar con poderes de disposición. En otras palabras, «si cierto representante cuenta con poder para someter a arbitraje una controversia (antecedente); entonces, éste debe contar con poderes de disposición (consecuente)».

Como sabemos, una de las reglas más conocidas de la lógica es la llamada *ponendo ponens*.²¹⁷ Esta regla establece que en una construcción «si *p*, entonces *q*» ($p \rightarrow q$), si el antecedente (en este caso, *p*) se afirma; entonces, necesariamente, se debe afirmar el consecuente (en este caso, *q*).

Esta regla se complementa con la denominada *tollendo tollens*,²¹⁸ la cual hace referencia a la propiedad inversa de los condicionales. Esta propiedad establece que si, en la misma construcción «si *p*, entonces *q*», negamos el consecuente (efecto); entonces, ello nos conduce a negar el antecedente (causa). Esto, debido a que si un efecto no llega a concretarse, es porque su causa no ha podido darse.

Como podemos apreciar, la regla *ponendo ponens* sólo nos permite afirmar toda la construcción, si está afirmado el antecedente; mientras que la regla *tollendo tollens* sólo nos permite negarla a partir del consecuente. Estas consecuencias se derivan de que la implicación es una flecha que apunta en un único sentido ($p \rightarrow q$), lo cual determina que sólo se pueda afirmar a partir del antecedente, y negar sólo a partir del consecuente. Es decir, el afirmar el consecuente no nos lleva necesariamente a afirmar el antecedente.

¿Por qué?

²¹⁷ Cuyo significado en español es «afirmando afirmo».

²¹⁸ Cuyo significado en español es «negando, niego».

Pues porque lo que sabemos es que si (p) ocurre (léase, por ejemplo, «llueve») entonces siempre pasará (q) (léase, «las calles se mojan»). En nuestro ejemplo, resulta que ahora ha empezado a llover (p), pues entonces no cabe duda de que las calles se van a mojar (q). Sin embargo, si sucede que las calles están mojadas, no podemos deducir que haya llovido, ya que éstas se han podido mojar por múltiples causas, como por ejemplo, si un camión cisterna ha pasado regando los jardines de la berma central de una avenida.

Por lo tanto, aplicando estas reglas de la lógica, se podría afirmar que el hecho de que una persona cuente con poder para someter a arbitraje una controversia (antecedente), implica que esa persona cuenta con poderes de disposición (consecuente); sin embargo, el hecho de que esa persona cuente con poderes de disposición (consecuente) no necesariamente implicará que ella cuente con poderes para someter un conflicto a la vía arbitral (antecedente).

2.1.2. ¿Cuándo un representante distinto al gerente general podía celebrar válidamente un convenio arbitral en el marco de la Ley n.º 26572?

Sobre este punto hay quienes sostenían que si el representante actuaba en virtud a las facultades conferidas —esta vez, ya no por la Ley General de Sociedades ni por el estatuto—, sino por las otorgadas en la Junta General de Accionistas, ello implica que la actuación de este representante debe sustentarse en la literalidad de los poderes otorgados en dicha Junta General de Accionistas, ya que en ella se debe incluir, como tema de agenda, la celebración del convenio arbitral.

Así encontramos a Rey y Trelles,²¹⁹ quienes señalan que las facultades se rigen por el principio de literalidad, de manera que no se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

²¹⁹ REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. *Op. cit.*, p. 629.

La Junta General de Accionistas es uno de los órganos principales de la persona jurídica, cuya función es formar su voluntad, siempre y cuando se hayan observado las formalidades y los requisitos de validez establecidos en la Ley General de Sociedades y en el Estatuto de la persona jurídica.

En tal sentido, hay quienes han sostenido que es imprescindible que en la Junta General de Accionistas se conozca, discuta y apruebe la celebración del convenio arbitral. Es decir, si se faculta a un representante —sea éste el gerente general de la empresa u otra persona— a suscribir un contrato, se debería dejar expresa constancia de la voluntad de la persona jurídica de someter cualquier controversia derivada de dicho contrato a un proceso arbitral.

Una de las razones de dicha posición es que la no expresión del deseo de celebrar el convenio arbitral en la agenda bajo la cual se convocó a la Junta General de Accionistas, impediría el conocimiento y la eventual discusión de los accionistas respecto de la necesidad y/o conveniencia de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato determinado, e incluso de los términos en los que se contemplaría; a saber:

- (i) La materia a arbitrar;
- (ii) La conformación del tribunal arbitral;
- (iii) La naturaleza del arbitraje (de derecho o de equidad); y
- (iv) Si el arbitraje sería institucional o *ad-hoc*.

Dentro de tal orden de ideas, el representante tampoco estaría facultado para celebrar un convenio arbitral, por el simple hecho de habersele otorgado facultades para la celebración y ejecución del contrato dentro del cual se insertaría ese convenio arbitral.

Por el contrario, se podría sostener que el representante está facultado para celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica,

siempre que se le haya facultado para celebrar el contrato que contiene el convenio arbitral; ello, en virtud de lo establecido por el artículo 1792 del Código Civil.

En efecto, el referido artículo 1792 señala que el mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquéllos que son necesarios para su cumplimiento.

Así, se podría afirmar que —en el supuesto de que el representante no tuviera facultades expresas para la celebración del convenio arbitral— el convenio arbitral sería válido al considerársele como un acto conducente a cumplir con el encargo de ejecutar a cabalidad el mandato (es decir, la celebración y ejecución del contrato).

Sin embargo, también se podría argumentar que este razonamiento desvirtúa el alcance de la palabra *necesidad*, ya que no se podría presumir que exista una relación de necesidad entre la ejecución de un contrato y la celebración de un convenio arbitral.

La existencia de un convenio arbitral no sería un requisito *sine qua non* para que se celebre algún tipo de contrato; más aún si consideramos que lo natural es que cualquier controversia se solucione en la jurisdicción ordinaria y no en la jurisdicción arbitral.

Por otro lado, el representante no podría considerar válidamente a la institución arbitral como una de naturaleza accesoria a un contrato principal.

Dentro de tal orden de ideas, si el representante no se encontraba facultado para celebrar un convenio arbitral, dicho convenio tampoco podría entenderse como una facultad accesoria o algo inherente a cual-

quier contrato, atendiendo al carácter autónomo de los pactos arbitrales, autonomía que le viene dada por ley expresa.²²⁰

Ello, en la medida de que la existencia de un pacto arbitral comporta la existencia de un convenio autónomo, distinto del acto jurídico o contrato que lo origina, respecto del cual las partes deciden someterse a la jurisdicción arbitral para solucionar sus controversias.

Al respecto, Bullard²²¹ sostiene que si bien la doctrina y la legislación reconocen que el convenio arbitral es autónomo, ello es así para evitar que la nulidad del contrato principal lleve a la nulidad del convenio. La autonomía del convenio arbitral tiene por fin reforzar dicho convenio, no debilitarlo.

2.2. Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral en nombre de ella, después de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje

Como hemos podido advertir en los puntos precedentes, existían dos posiciones abiertamente contrapuestas en lo relacionado a las facultades que debía tener el representante de la persona jurídica para celebrar un convenio arbitral y el contenido del artículo 10 de la Ley de Arbitraje es fruto de dicha larga discusión, la misma que —por lo demás— constituyó una de las principales materias controvertidas en el caso arbitral más emblemático que tuvo lugar en el Perú durante la vigencia

²²⁰ El artículo 14 de la Ley General de Arbitraje establecía lo siguiente:

Artículo 14- «*Separabilidad del convenio arbitral*

La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral.

[...]».

²²¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

de la Ley n.º 26572 y en el cual mi Estudio de Abogados participó activamente en la defensa de una de las partes. Este caso, además, determinó muchos de los cambios legislativos contenidos en el hoy vigente Decreto Legislativo n.º 1071.

Cada una de las posiciones sobre las facultades del representante, nos brinda una clara imagen de la problemática que se presentaba antes de la entrada en vigencia de la actual Ley de Arbitraje.

En efecto, dicha controversia encontró solución con el artículo 10 de la Ley en vigencia, precepto que —en su inciso 1— establece que «Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales».

Por su parte, el inciso 2 señala que «Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos».

En otras palabras, el artículo 10 incluye una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que con el solo nombramiento como gerente general o como administrador de una persona jurídica, se tendría la facultad para celebrar convenios arbitrales que obliguen a la persona jurídica, o la facultad para representarla durante los procesos arbitrales, ejerciendo así todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna.

Sin embargo, cabe la posibilidad de que el estatuto de la persona jurídica contenga una disposición distinta o que el órgano correspondiente llegue a un acuerdo en sentido contrario.

Nos parece de suma importancia que se haya regulado el tema de las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral.

En primer lugar, porque, efectivamente, zanja la discusión en torno a las facultades del representante.

El tema sin esta norma, evidentemente, era no sólo discutible, sino que —como ya lo hemos expresado— debía entenderse en el sentido contrario de lo que hoy estipula el artículo 10.²²²

De otro lado, el inciso 2 del artículo 10 de la Ley de Arbitraje en actual vigencia, también nos parece positivo, porque se establece que la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos. Ello, a efectos de que luego no se cuestione que se

²²² Si bien, como lo hemos señalado, nos parece de suma importancia que se regule el tema de las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral, en algún momento propusimos la solución legislativa del problema a través de una fórmula distinta, pero igualmente eficaz, en la medida de que también hubiese puesto fin a la controversia teórica.

En efecto, en su momento planteamos se establezca en la ley que el gerente general o el representante de una persona jurídica debía contar con facultades expresas para celebrar convenios arbitrales, para representarla en procesos arbitrales y para ejercer todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna, e incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos.

Ello, habida cuenta de que el convenio arbitral constituye, de alguna manera, un acto de disposición de derechos (al implicar la renuncia del derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria, para someterse a una jurisdicción alternativa) y, por tanto, requeriría de la existencia de poderes especiales, esto es de facultades específicas (principio de especialidad) otorgadas para tales efectos (principio de literalidad).

De esta manera, el convenio arbitral no podría ser impuesto a una persona jurídica que jamás consintió en ello. (Ver CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral». En *Revista Jus. Doctrina & Práctica*. n.º 7, Lima: Grijley, julio 2007, pp. 221-235).

ha excedido el representante en cuanto a los poderes conferidos por su representado.

Este extremo también fue objeto de una ardua controversia en el proceso arbitral a que hemos hecho referencia.

De esta manera, y tal como señala la Exposición de Motivos, se uniformiza en una sola norma el tema de las facultades de los representantes de las personas jurídicas para celebrar convenios arbitrales y para representarlas en procesos arbitrales, sin necesidad de acudir a otros preceptos.

ARTÍCULO 11

RENUNCIA A OBJETAR

Artículo 11.- Renuncia a objetar

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 11 de la Ley de Arbitraje encuentra su antecedente en el artículo 4 de la Ley Modelo Uncitral y en el artículo 95 de la derogada Ley General de Arbitraje (de la parte de arbitraje internacional); preceptos que establecen lo siguiente:

Artículo 4.- Renuncia al derecho a objetar

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Artículo 95.- Renuncia al derecho a objetar

Se considerará que renuncia a su derecho a objetar el arbitraje la parte que lo prosiga conociendo que no se han (sic) cumplido

alguna disposición de la presente Sección de las que las partes puedan apartarse, o algún requisito del convenio arbitral, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o dentro de un plazo pactado.

2. RENUNCIA A OBJETAR

El contenido de esta norma es muy importante, en la medida de que no se trata en el proceso arbitral de sembrar vicios para luego cosechar nulidades.

Guilarte Gutiérrez²²³ señala que, en definitiva, supone una fórmula de poner coto a la eventualmente abusiva utilización del recurso de anulación mediante la alegación de deficiencias que en su momento no fueron tempestivamente denunciadas, pero en las que se intenta fundar la claudicación del pronunciamiento arbitral.

De esta manera, se dota de claridad a un silencio derivado de quien pudiendo hacerlo no efectúa la oportuna denuncia de la infracción cometida, que sólo intenta hacer valer cuando el laudo le resulta adverso.²²⁴

En efecto, si se presenta un vicio, éste tiene que ser denunciado inmediatamente en el acto procesal siguiente. Es decir, por ejemplo, si el tribunal arbitral infringiera alguna disposición en el debido proceso a través de una resolución, inmediatamente deberá interponerse el recurso de reconsideración respectivo.

Si este recurso es declarado infundado, pues ahí se tendrá luego seguramente una causal —si calza dentro de las señaladas por la Ley—

²²³ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. «Renuncia tácita a las facultades de impugnación». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 126.

²²⁴ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente. *Op. cit.*, p. 132.

para poder anular el laudo. De lo contrario, se considera que la parte ha renunciado a objetar, es decir, que ha convalidado los eventuales vicios del proceso.

Debemos considerar que la protesta tiene como finalidad —precisamente— que el árbitro pueda rectificar y subsanar la infracción.

Asimismo, la renuncia se produce cuando —aun sin que se haya establecido necesariamente un plazo— se omite toda protesta ante la eventual y conocida infracción.

No hay renuncia, en cambio, cuando la resolución que pone fin al incidente no es susceptible de recurso alguno y la parte que es vencida en el incidente nada dice. Y es que, precisamente, nada dice porque nada se puede decir, al ser irrecurrible dicha resolución.

3. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS Y LA RENUNCIA AL DERECHO A OBJETAR

Mantilla-Serrano²²⁵ afirma que esta norma no sólo en nada vulnera el derecho de defensa, sino que lo fortalece, protegiendo a una parte de la actitud reticente de otra que tan sólo, una vez conocido el resultado del arbitraje, aduciría tardíamente, cuando ya nada puede hacerse para remediarla, una alegada violación que podría permitirle escapar a los efectos de un laudo desfavorable. Se trata de una mera expresión de los principios de buena fe y de la prohibición de *venire contra factum proprium*.

En efecto, incluso la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Arbitraje señala que este artículo pretende garantizar la buena fe con la que deben participar las partes en un arbitraje, evitando que se amparen

²²⁵ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 69-70.

conductas que entran en contradicción con los actos propios de quien pretende objetar las actuaciones arbitrales.

Para Borda,²²⁶ la Teoría de los Actos Propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.

Al respecto, Puig Brutau²²⁷ señala que la base de la doctrina está en el hecho de que se ha observado una conducta que justifica la conclusión o creencia de que no se hará valer un derecho. Se supone, pues, cierta conducta que induce razonablemente a la creencia de que el derecho no existe o no se hará efectivo.

Por su parte, Compagnucci de Caso²²⁸ afirma que la doctrina de los actos propios importa una barrera opuesta a la pretensión judicial, impidiéndose con ello el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación e impone a los sujetos un comportamiento probo en las relaciones jurídicas, agregando que no es posible permitir que se asuman pautas que susciten expectativas o confianza en un desarrollo ulterior y luego se contradiga al efectuar un reclamo judicial.

Fueyo²²⁹ también nos da una definición que él llama explicativa, al señalar que la doctrina de los actos propios es un principio general de Derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de

²²⁶ BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 51-53.

²²⁷ PUIG BRUTAU, José. *Op. cit.*, pp. 101-102.

²²⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. «La doctrina de los propios actos y la declaración tácita de la voluntad». En *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: 1985, tomo A, p. 1001.

²²⁹ Citado por RIVAS GUZMÁN, Ramón. «La doctrina de los actos propios y el reglamento interno de la empresa». En *Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 192.

respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto.

Como presupuestos de la Teoría de los Actos Propios, la doctrina²³⁰ destaca fundamentalmente tres:

- (a) Una conducta vinculante;
- (b) Una pretensión contradictoria; y
- (c) Identidad de sujetos.

En relación a la conducta vinculante, Betti²³¹ nos dice que, en general, puede hablarse de conducta cuando lo que el ordenamiento jurídico valora es, no el acto en sí mismo considerado, sino el acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o de comportarse, es decir, en cuanto revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales.

²³⁰ Comparten esta clasificación: BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, pp. 65-87; EKDAHL ESCOBAR, María Fernanda. *La doctrina de los Actos Propios*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1989, pp. 105-118; PETRONE, Aldo. «La doctrina de los propios actos». En *La Ley. Revista Jurídica argentina*. Buenos Aires: La Ley, tomo D, 1995, pp. 603-606; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. «La doctrina de los actos propios y su aplicación en la legislación peruana». En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Normas Legales, n.º 58, pp. 197-205; LÓPEZ MESA, Marcelo y Carlos ROGEL VIDE. *La doctrina de los Actos Propios. Doctrina y jurisprudencia*. Montevideo - Buenos Aires: Editorial Reus y Editorial IB de F, 2005, p. 110.

Sin embargo, en relación al segundo presupuesto, cierta parte de la doctrina distingue, por un lado, el ejercicio de la facultad o del derecho (pretensión) y, por otro, la contradicción. Se encuentran en esta línea de pensamiento: DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *La doctrina de los Actos Propios*. Barcelona: Bosch, 1962, pp. 194-232; MOISSET DE ESPANÉS, Luis. «Teoría de los actos propios y renuncia tácita». En *La Ley: Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires: 1983, tomo D, pp. 523-527; ARANA GARCÍA, Estanislao. *Op. cit.*, pp. 31-42; EYZAGUIRRE B., José María. *Breve estudio sobre la teoría comparada del propio acto*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 1985; RIVAS GUZMÁN, Ramón. *Op. cit.*, pp. 191-207; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *Op. cit.*, pp. 1000-1007.

²³¹ Citado por DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 195.

Por su parte, Borda²³² señala que la conducta importa una toma de posición frente a una situación determinada, refleja una actitud. Pero no hablamos de conducta a secas, sino decimos conducta vinculante.

Al respecto, Petrone²³³ sostiene que la conducta vinculante consiste en un acto o serie de actos que revelen una determinada actitud o decisión de una persona respecto de intereses vitales que se expresan, o más concretamente, «un acto volitivo, exteriorizado de la persona sobre un interés trascendente».

Por otro lado, debemos precisar que en este primer presupuesto, el de conducta vinculante, podemos distinguir cuatro elementos: (i) debe ser *relevante* para el Derecho; (ii) debe ser *válida y eficaz*; (iii) debe presentarse en una *misma situación jurídica*; y (iv) debe ser *anterior* (tener una apreciable distancia temporal) a la conducta contradictoria.²³⁴

Como segundo presupuesto de la Teoría de los Actos Propios se señala el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo, por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción —atentatoria de la buena fe— existente entre ambas conductas.

Para aplicar la Teoría de los Actos Propios se requiere la existencia de una *pretensión contradictoria*, expresión que encierra diversos matices, según Borda.²³⁵ Por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto; por otro lado, esta conducta o acto importa ejercer una pretensión. Esta pretensión, que en otro contexto es lícita, resulta inadmisible por ser contradictoria de la primera conducta.

²³² BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 68.

²³³ PETRONE, Aldo. *Op. cit.*, p. 604.

²³⁴ Sobre cada uno de estos presupuestos, recomendamos ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *La teoría de los actos propios*. *Op. cit.*, pp. 81 y ss.

²³⁵ BORDA, Alejandro. *Op. cit.*, p. 75.

Dentro de tal orden de ideas, debemos tener presente que la conducta o acto posterior —considerado aisladamente— no tiene mayor sentido. Lo relevante de esta conducta posterior es que significa ejercer una pretensión contradictoria respecto de la conducta vinculante.

De este modo, la pretensión contradictoria constituye —de por sí— el ejercicio de un derecho subjetivo, y —como tal— lícito y merecedor de tutela.

Por otra parte, como tercer presupuesto de la Teoría de los Actos Propios, tenemos a la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

La conducta contradictoria emplazada en una persona requiere ineludiblemente su comparación con otra conducta precedente, efectuada por la misma persona o por personas distintas con una misma representación. Ello importa que la identidad a la que nos referimos puede ser tanto física como jurídica.

A entender de Mairal,²³⁶ este tercer presupuesto se refiere a que exista una conducta previa y una pretensión posterior emanada de la misma persona (concepto que incluye a sus representantes o sucesores) y que se hayan producido ambas frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica. Es decir, que exista identidad de partes y unidad de situación jurídica.

En consecuencia, podemos afirmar que la Teoría de los Actos Propios es una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos, impuesta por el deber de un comportamiento coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza.

²³⁶ MAIRAL, Héctor A. *La doctrina de los propios actos y la administración pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1988, p. 6.

Asimismo, vemos que lo primero es el conocimiento por parte del perjudicado por la infracción de la existencia de ésta, la misma que ha de consistir en la vulneración de alguna regla establecida en la ley o que resulte de lo acordado por las partes en el convenio arbitral.

Luego, el perjudicado omite objetar, con lo que convalida la infracción.

Y, finalmente, el perjudicado pretende objetar las actuaciones arbitrales, cuando —en la mayoría de los casos— el laudo no le es favorable.

Al respecto, Mantilla-Serrano²³⁷ señala que no puede haber trasgresión cuando las partes, con conocimiento de la conducta contraria a lo estipulado o a lo dispuesto, no han manifestado objeción a esa conducta de manera tempestiva. Se entiende que, al consentir la posible trasgresión, las partes la han convalidado y con su conducta han derogado la disposición legal o el convenio arbitral, lo cual les está totalmente permitido gracias a la naturaleza consensual del arbitraje y al sumo respeto a la autonomía de las partes, amparadas por la Ley de Arbitraje.

En consecuencia, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje exige coherencia en el obrar del sujeto y sanciona la conducta contradictoria.

²³⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 69.

ARTÍCULO 12

NOTIFICACIONES Y PLAZOS

Artículo 12.- Notificaciones y plazos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicarán las disposiciones siguientes:

- a. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.
- b. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.
- c. Los plazos establecidos en este Decreto Legislativo se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados así como los días no laborables declarados oficialmente.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 12 de la Ley de Arbitraje tiene sus antecedentes en el artículo 3 de la Ley Modelo Uncitral:

Artículo 3.- Recepción de comunicaciones escritas

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:
 - a) se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega;
 - b) la comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.
- 2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

Y en los artículos 7 y 8 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572; preceptos que establecen lo siguiente:

Artículo 7.- Plazos

Salvo acuerdo en contrario de las partes, los plazos se computan por días hábiles, salvo que expresamente se señale que son días calendario. Son inhábiles los días domingo, sábado y feriados no laborables, así como los días de duelo nacional no laborable declarados por el Poder Ejecutivo. Excepcionalmente, los árbitros podrán habilitar, previa notificación a las partes, días inhábiles para la actuación de determinadas actuaciones.

Artículo 8.- Recepción de comunicaciones escritas

Salvo acuerdo en contrario de las partes, se considerará recibida toda comunicación que haya sido entregada al destinatario o

que lo haya sido en el domicilio señalado en el contrato. De no haberse señalado uno, la entrega podrá hacerse en su domicilio real o residencia habitual. En el supuesto de que no pudiera determinarse ninguno de esos lugares, tras una indagación razonable, se considerará recibida toda notificación que haya sido enviada al último domicilio real o residencia habitual conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia fehaciente de la entrega.

Serán válidas las notificaciones por cable, télex, facsímil o medios similares que inequívocamente dejen constancia de la comunicación, salvo que lo contrario estuviera previsto en el convenio arbitral o en el reglamento de la institución arbitral.

Toda comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado su entrega.

2. NOTIFICACIONES

En primer término, debemos resaltar el carácter supletorio de lo establecido por el artículo 12 de la Ley de Arbitraje. En efecto, dicha norma es de aplicación supletoria en caso las partes no hayan establecido algo en relación a las notificaciones y plazos, o cuando habiéndose pactado sobre el particular, existan vacíos.

En efecto, como bien señala Mantilla-Serrano,²³⁸ nuevamente impera el principio de la autonomía de la voluntad privada. Las partes pueden libremente acordar todo lo relacionado con las circunstancias de modo, tiempo y lugar de las notificaciones y comunicaciones, así como de los plazos en el arbitraje.

Al respecto, Toribios Fuentes²³⁹ señala que el acuerdo de las partes sobre estos temas, puede efectuarse de diversas formas:

²³⁸ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 64.

²³⁹ TORIBIOS FUENTES, Fernando. «Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 108-109.

- a) *Ad-hoc*: cuando las partes, en el propio convenio arbitral, determinan las normas de procedimiento y, en consecuencia, establecen concretas previsiones respecto del cómputo de los plazos procedimentales, notificaciones y comunicaciones.
- b) Institucional: cuando las partes encomiendan la administración del arbitraje a un centro, el cual ejercerá su función conforme a sus propios reglamentos, los que contendrán normas respecto de las comunicaciones, notificaciones y cómputo de los plazos.
- c) Reglamentario: las partes pueden someterse al reglamento de una institución, pero sin encomendarle la administración del arbitraje, en cuyo caso ese concreto reglamento también integrará la voluntad de las partes.

Asimismo, el citado autor no encuentra inconveniente en que las partes, en atención al principio de autonomía de la voluntad que rige en las actuaciones arbitrales, puedan modificar durante la tramitación del procedimiento el concreto régimen de comunicaciones, notificaciones y plazos al que se hayan sometido, sustituyéndolo —total o parcialmente— por otro distinto.

Por otro lado, cabe precisar que el artículo 12 de la Ley establece las reglas sobre notificaciones y plazos que se aplican tanto a las actuaciones dirigidas a iniciar el arbitraje como a las actuaciones del proceso arbitral en sí mismo.

Otro aspecto a tener presente, según Yáñez Velasco,²⁴⁰ es que la disyuntiva utilizada entre los términos «notificación» y «comunicación» plantea la duda de si significan lo mismo o de si son dos posibilidades distintas pero que observan idéntico tratamiento. La primera de las opciones sería absurda pero redundante, acaso fruto de una mala técnica

²⁴⁰ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 241.

legislativa. Pero la segunda de las alternativas exige definir qué es «notificación» y qué es «comunicación», y no parece posible encontrar una distinción convincente. La comunicación o los actos de comunicación conllevan una noción genérica que engloba la notificación como un acto de comunicar y es, en ese sentido, en el que la notificación tiene un contenido procesal específico.

Ahora bien, el literal a) del artículo 12 inicia su regulación, señalando que «Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario».

Esta primera disposición, relativa a la entrega personal al destinatario, se basa en la posibilidad de que se le notifique, por ejemplo, al destinatario directamente en una audiencia o que el destinatario se apersona al Centro de Arbitraje o a la sede del tribunal arbitral y que allí se le pueda notificar circunstancialmente la resolución.

A entender de Toribios,²⁴¹ lo ideal sería que todas y cada una de las resoluciones arbitrales se comunicasen directa y personalmente a su destinatario, bien en su propia persona o en la de un representante; sin embargo, en la práctica, sabida es la dificultad de llevarlo a cabo. Por ello, tradicionalmente se ha admitido la práctica de los actos de comunicación en receptores subsidiarios que en atención a especiales situaciones de proximidad con el destinatario, garantizan con un alto grado de probabilidad la recepción por éste. Es decir, que sea entregado a persona distinta del destinatario, pero siempre y cuando la entrega se produzca en alguno de los lugares previstos por la norma.

De esta manera, el referido literal a) del artículo 12 también establece que toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que «haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato».

²⁴¹ TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Op. cit.*, p. 112.

En realidad ésta es la regla usual, ya que el domicilio contractual es aquél que las partes han establecido en el contrato y en él se entenderán recibidas todas las comunicaciones judiciales, arbitrales o extrajudiciales o extra-arbitrales, según sea el caso.

Asimismo, el literal a) establece que, en defecto del domicilio contractual, la notificación se considerará recibida en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales.

En ese sentido, habría que analizar si esta norma era necesaria o no. Decimos esto porque, para empezar, el domicilio contractual es aquél que las partes deben mantener a lo largo de la relación contractual. Y si se produjera un cambio de domicilio, pues, el mismo se deberá comunicar a la contraparte, en consideración a lo dispuesto por los artículos 39 y 40 del Código Civil.²⁴²

Como bien señala Torres Carrasco,²⁴³ habiendo declarado el Código Civil —en su artículo 33— su adhesión a la teoría objetiva de la constitución del domicilio, por la cual basta el simple hecho de residir en un lugar para considerar a la persona domiciliada en éste, resulta completamente lógico que la variación del domicilio se verifique también por el simple hecho de que la persona traslade su residencia a un nuevo lugar.

²⁴² Artículo 39.- «El cambio de domicilio se realiza por el traslado de la residencia habitual a otro lugar».

Artículo 40.- «El deudor deberá comunicar al acreedor el cambio de domicilio señalado para el cumplimiento de la prestación obligacional, dentro de los treinta (30) días de ocurrido el hecho, bajo responsabilidad civil y/o penal a que hubiere lugar.

El deudor y los terceros ajenos a la relación obligacional con el acreedor, están facultados para oponer a éste el cambio de su domicilio.

La oponibilidad al cambio de domicilio se efectuará mediante comunicación indubitable».

²⁴³ TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. «Cambio de domicilio». En *Código Civil Comentado*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2003, p. 277.

Ese sentido, entendemos que sobre las partes pesa no sólo el deber de veracidad, al facilitar los datos correctos de su domicilio, lugar de residencia, etc., para su ulterior notificación, sino igualmente el de comunicar a la contraparte (antes del inicio del arbitraje) o al tribunal arbitral (luego de instalado el arbitraje) cualquier variación del domicilio que pueda producirse.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos innecesaria cualquier otra referencia distinta al domicilio contractual.

A nuestro entender, para una correcta comunicación o notificación bastará con que se notifique en el domicilio contractual (el originalmente establecido o el modificado, siempre y cuando dicha modificación haya sido puesta en conocimiento de la contraparte) o en el domicilio que se ha consignado en el Acta de Instalación (que podría no ser el contractual).

Decimos esto porque, si se trata de un arbitraje *ad-hoc*, lo usual es que en la propia Acta de Instalación se establezca que el domicilio no se entenderá modificado, mientras no haya comunicación expresa por escrito presentada ante el tribunal arbitral.

Si se trata de un arbitraje institucional lo común es que el Reglamento del Centro de Arbitraje establezca que el domicilio —para efecto de las notificaciones o comunicaciones— es aquél que las partes han designado expresamente para los fines del arbitraje.

Sin embargo, entendemos que la Ley ha querido cubrir todos los posibles supuestos, a efectos de que siempre exista una posibilidad para una correcta comunicación o notificación.

Como señala Yáñez Velasco,²⁴⁴ no hacerse localizable puede suponer inconvenientes importantes, principalmente en lo que respecta a los

²⁴⁴ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 235.

derechos de audiencia, contradicción y defensa, y lo que en su virtud afecta la prosecución natural del arbitraje.

Recordemos que el artículo 12 de la Ley sólo se aplica supletoriamente, es decir, sólo se aplica en caso las partes no hayan pactado algo sobre el particular o cuando el Reglamento al que sometieron el arbitraje tampoco contempla regulación específica sobre el tema de las notificaciones o comunicaciones (supuesto, por lo demás, poco común).

Dentro de tal orden de ideas, cuando el literal a) del artículo 12 de la Ley señala «en defecto», debe entenderse el supuesto en el que no exista domicilio señalado en el contrato. Sólo en ese supuesto se tendría que entregar la notificación o la comunicación en el domicilio habitual o en el lugar de actividades principales.

Pero, reiteramos que si se ha fijado un domicilio contractual, pues será ahí donde se deberá notificar. Aquí no hay opción alguna. Ese domicilio se deberá respetar hasta que se modifique por su titular y ese cambio sea notificado a su contraparte en los términos y alcances del artículo 40 del Código Civil.

Ahora bien, cuando se hace referencia a domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales, se desprende que la ley busca que las notificaciones o comunicaciones sean hechas en cualquier lugar que denote, así no sea de manera permanente, una presencia del destinatario. Bastará así que el interesado demuestre esa presencia del destinatario y conserve prueba de esa entrega, para que la notificación o comunicación se entienda válidamente realizada, siempre y cuando no se pruebe que la parte que hace la notificación sabía o debía haber sabido que la parte notificada no tenía allí su domicilio, residencia habitual, o lugar de actividades.²⁴⁵

²⁴⁵ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 65.

Agrega el literal a) del artículo 12 de la Ley de Arbitraje, que si no pudiera determinarse —tras una indagación razonable— ninguno de esos lugares, la notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocido del destinatario.

A entender de Mantilla-Serrano,²⁴⁶ cuando la mínima presencia sea imposible de confirmar «después de una indagación razonable», el criterio de recepción se flexibiliza.

Sobre la «indagación razonable», el citado autor nos dice no puede interpretarse la misma como imponiendo una obligación de investigación; se trata no de probar la diligencia de quien notifica, sino de descartar la situación en que conociendo o debiendo conocer el domicilio, residencial habitual, quien notifica, escoge hacer una notificación en otro sitio. En segundo lugar, esa «indagación razonable» sólo se predica de las partes directamente (no de la institución arbitral, ni del árbitro,²⁴⁷ a menos que el reglamento de arbitraje así lo prevea) y sólo se aplicará cuando las partes no hayan regulado, directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, lo relativo a las notificaciones.

Por su parte, Toribios²⁴⁸ señala que, con buen criterio, se ha pretendido dar solución a los problemas que se plantean cuando, de forma inicial o incluso sobrevenida, se desconoce el lugar en el que se pueda practicar válidamente actos de comunicación con las partes intervinientes en el arbitraje. En realidad, siempre que se desconozca el domicilio, se impone la práctica de la indagación razonable, y ello tanto si se conoce un domicilio

²⁴⁶ *Ídem*, pp. 65-66.

²⁴⁷ El árbitro no tiene una obligación independiente de «investigar» por su cuenta el lugar para realizar las notificaciones. El árbitro debe atenerse a lo establecido en el contrato (domicilio contractual) o a lo que la propia parte notificada le informe o, en su defecto, a lo que la otra parte interesada en la notificación le comunique.

²⁴⁸ TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Op. cit.*, p. 115.

y resulta infructuosa la notificación, como si se produce *ab initio* ese desconocimiento.

En realidad, a nuestro entender, lo establecido por el literal a) del artículo 12, determina diversos supuestos de aplicación excluyente, a saber:

- En primer lugar, debe dirigirse al domicilio contractual (originalmente pactado o el modificado). Si no hubiere domicilio contractual, se pasará al punto siguiente.
- Si se desconoce un domicilio contractual, la notificación debe dirigirse al domicilio o residencia habitual o al lugar de las actividades principales.
- Si no se puede realizar la entrega en estos lugares, porque no se pueden determinar (a pesar de una indagación razonable), debe entregarse o intentar entregarse por cualquier medio que deje constancia (correo certificado, vía notarial) en el último domicilio o residencia habitual o en el último lugar de las actividades principales.

Sobre el particular, Toribios²⁴⁹ señala que ante el fracaso de la indagación, la norma equipara el intento de entrega con la entrega, y tiene por notificado lo que en realidad no se recibió. La Ley de Arbitraje no ha previsto, en ningún momento, la comunicación edictal, por lo que el mero intento de notificación, ante el fracaso de la labor indagatoria, hace las veces de pieza de cierre del sistema.

En efecto, como señala Yáñez Velasco,²⁵⁰ no parece criticable la supresión de la vía edictal en el procedimiento arbitral, sobre todo si se tiene en cuenta que el arbitraje nace de la voluntariedad de los interesados, por lo que quien necesite ser notificado por edictos (mejor, quien

²⁴⁹ *Ídem*, p. 116.

²⁵⁰ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 236.

pueda conocer por edictos la comunicación arbitral), difícilmente que-rrá serlo.²⁵¹

Por otro lado, Toribios²⁵² señala que también son un lugar, aunque de naturaleza singular, los que han venido en llamarse medios informáticos o electrónicos. Su especial carácter impide su concreta ubicación en un espacio físico determinado, pues, por todos es sabido, el acceso a una dirección de correo electrónico puede efectuarse en principio, desde cualquier ordenador. Por ese motivo lo calificamos como lugar virtual, pues su existencia no es, propiamente hablando, real.

De esta manera, en el literal b) del artículo 12 de la Ley de Arbitraje, se señala que será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.

En realidad, es correcta esta alternativa que brinda el literal b) del artículo 12, en la medida de que faculta a que se utilicen estos medios electrónicos de telecomunicación, a efectos de proceder a las notificaciones.

Al respecto, Mantilla-Serrano²⁵³ señala que desafortunadamente se ha añadido que la validez de la utilización de estos medios electrónicos está supeditada a que dejen constancia de la remisión y recepción, siempre y cuando hayan sido designados por el interesado, lo cual podría interpretarse como imponiendo condiciones más restrictivas que las

²⁵¹ Ahora bien, otra cosa es que el principio de libertad de procedimiento permita que las partes acuerden la posibilidad de servirse de la vía edictal, o lo hagan los propios árbitros en su defecto, lo que en ningún caso se podría considerar como un recorte de derechos sino precisamente una opción (*Ídem*).

²⁵² TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Op. cit.*, p. 114.

²⁵³ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 67.

previstas cuando se utilicen otros medios de comunicación más tradicionales y podría, por ese solo hecho, desestimular el uso de las nuevas tecnologías, obteniéndose así el resultado contrario al querido por el legislador.

En el Perú, no se recurre con mucha frecuencia a esta forma de notificar, en razón de la poca fiabilidad que se tiene y en función a que todavía se sigue confiando más en los cargos físicos, en los documentos sellados, vale decir, en las notificaciones tradicionales. Generalmente se las utiliza como una notificación complementaria, pero es la notificación física o tradicional la que marca o determina los plazos.

Ahora bien, no coincidimos con Mantilla-Serrano²⁵⁴ cuando afirma que debemos entender que la «designación por el interesado» (cuando se trate de quien recibe la notificación), puede hacerse no sólo de manera expresa, sino también implícita, por ejemplo, mediante la utilización habitual en el giro normal de sus negocios o en las comunicaciones con la otra parte de un número de télex o fax o de una dirección de correo electrónico, aun sin que se haya mencionado expresamente que las mismas valen para notificaciones.

A nuestro entender, la designación del medio facsimilar; electrónico o virtual a que se refiere el literal b) del artículo 12 debe ser expresa y, de ninguna forma tácita, ya que de lo contrario dicha situación podría llevar a interpretaciones muy subjetivas, que no harían más que perjudicar el correcto y ordenado desarrollo del proceso arbitral. En otras palabras, si la parte no ha establecido expresamente en el proceso o en el contrato un medio de esta naturaleza para que se le notifique, pues no se le podrá notificar a través de este medio, a pesar de que esa dirección virtual sea de conocimiento público. Cualquier notificación ahí realizada será nula.

²⁵⁴ *Ibidem*.

3. PLAZOS

Aquí también debemos resaltar el carácter supletorio de lo establecido por el literal c) del artículo 12 de la Ley de Arbitraje, que regula el tema de los plazos establecidos en dicha Ley. En efecto, las partes tienen plena libertad para regular el tema de plazos; sin embargo, en caso de vacíos, se aplica supletoriamente lo regulado por el referido literal c).

Al respecto, Toribios²⁵⁵ precisa que el régimen de plazos —bien sea el pactado o el supletorio— es de aplicación a la totalidad de las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje como el conjunto de su tramitación. Sin perjuicio de ello, el régimen de plazos pactado —o el supletorio— no es de aplicación en el seno de los procedimientos que sirven de control o apoyo del arbitraje, los cuales seguirán su propia normativa. Por último, los plazos para iniciar esos procedimientos de apoyo o control del arbitraje, no son considerados de naturaleza procesal por la Ley, por lo que han de someterse necesariamente al régimen de la Ley de Arbitraje para su cómputo.

Ahora bien, en primer lugar, el literal c) del artículo 12 establece que los plazos se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación, lo cual nos parece lógico.

Como bien señala Toribios,²⁵⁶ se debe diferenciar, al menos, entre el instante de referencia y el momento inicial del plazo. Al instante de referencia se le denomina *dies a quo* y puede o no coincidir con el del inicio del plazo.

De esta manera, nuestra Ley de Arbitraje también realiza dicha diferencia. Así el *dies a quo* (instante de referencia para fijar el momento inicial) es el día en que se notifica la resolución o el laudo, y el momento inicial del cómputo de plazo son las cero horas del día siguiente.

²⁵⁵ TORIBIOS FUENTES, Fernando. *Op. cit.*, pp. 116-117.

²⁵⁶ *Ídem*, pp. 117-118.

La Ley de Arbitraje mantiene la máxima de que *dies a quo non computatur in termino*, estableciéndose —de esta manera— un beneficio para el que soporta el plazo, dando —a su vez— mayor fijeza y claridad al cómputo del mismo, al eliminar la posible incertidumbre o dificultad probatoria de la hora exacta de su inicio, contribuyendo así a la seguridad jurídica.²⁵⁷

Asimismo, cabe señalar que el referido literal c) contiene una previsión respecto de la eventualidad de que el *dies ad quem* (momento en el que se produce la finalización del plazo) sea inhábil en el lugar donde se recibe la notificación o comunicación, indicando que en dicho supuesto «se extenderá hasta el primer día laborable siguiente».

Sin embargo, la aplicación de este precepto es muy poco usual en el Perú, pues los plazos en el arbitraje no se establecen ni por años ni por meses, sino por días y, en ese caso, el literal c) señala de manera expresa que «los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles».

Creemos que ello admite excepción, a saber: que expresamente se señale que son días calendario. Aunque dicha excepción no está contemplada en la Ley, ella se desprende del carácter mismo de supletoriedad que tiene el artículo 12. A diferencia de lo establecido por el artículo 7 de la derogada Ley General de Arbitraje, que sí contemplaba expresamente la posibilidad de que las partes pacten días calendario. No obstante, también resulta inusual que los plazos del arbitraje en el Perú se establezcan en días naturales.

Ahora bien, excepcionalmente, los árbitros podrían habilitar, previa notificación a las partes, días inhábiles para llevar a cabo determinadas actuaciones. No es lo común, pero es una posibilidad que casi siempre se contempla en las Actas de Instalación y que también estaba contemplada por el último párrafo del artículo 7 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

²⁵⁷ *Ídem*, p. 118.

De igual manera, el literal c) ha considerado inhábiles los sábados, domingos y feriados, así como los días no laborables declarados oficialmente.

Sin embargo, acá subsiste un problema en relación a los mediodías no laborables, tema que surgió a raíz de la declaración de un mediodía no laborable por duelo nacional, a raíz de la muerte del ex Presidente de la República, el doctor Valentín Paniagua Corazao, el 17 de octubre de 2006.

En ese sentido, es recomendable establecer que se computan como días completos no laborables en general, aquéllos no laborables para el sector público, los mediodías festivos o de duelo no laborables.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 12 de la Ley de Arbitraje no se pronuncia en torno a la posibilidad de prorrogar los plazos. Este tema se halla regulado en el inciso 4 del artículo 34, el cual establece que el tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Sobre el particular, coincidimos con Toribios,²⁵⁸ quien señala que salvo que otra cosa se haya pactado por las partes, los plazos han de ser, como regla general, improrrogables, salvo casos de fuerza mayor apreciados por el tribunal arbitral. En otras palabras, parece razonable entender que no cabe hablar de una improrrogabilidad absoluta (los plazos no se pueden prorrogar en ningún caso), sino relativa (sólo pueden ser prorrogables cuando concurren circunstancias excepcionales).

La improrrogabilidad de los plazos concilia mejor con la naturaleza y finalidad del arbitraje, especialmente si tenemos en cuenta el principio de celeridad, que constituye uno de los motivos por los cuales las partes recurren a este instrumento heterocompositivo. Pero, además, la impro-

²⁵⁸ *Idem*, p. 124.

rrogabilidad de los plazos supone, con las ventajas inherentes a ello, un fuerte componente de rigor en el procedimiento arbitral.²⁵⁹

Sobre este tema nos remitimos a lo expresado en el análisis respectivo del inciso 4 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje.

²⁵⁹ *Ídem*, p. 124.

TÍTULO II

CONVENIO ARBITRAL

ARTÍCULO 13

CONTENIDO Y FORMA DEL 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.
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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 13 de la Ley de Arbitraje tiene su antecedente en el artículo 7 de la Ley Modelo Uncitral, el cual ofrece dos opciones legislativas, a saber:

Opción I:

Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje

- 1) El “acuerdo de arbitraje” 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 no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si 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, mag-

néticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

- 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje 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 compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Opción II:

Artículo 7.- Definición del acuerdo de arbitraje

El “acuerdo de arbitraje” 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 no.

Como se puede apreciar, la Ley Modelo Uncitral ofrece dos opciones que concuerdan con lo prescrito por el artículo 7 de la ley nacional. La razón de ser de dicho proceder es expuesta en la nota explicativa²⁶⁰ de la Secretaría de la Uncitral acerca de la Ley Modelo de 1985, en su versión enmendada en el año 2006.

Así, la referida nota explicativa indica que «la versión original de 1985 de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en el que exige que el acuerdo conste por escrito. Si las partes han convenido en someter su litigio a arbitraje habiendo concertado el acuerdo correspondiente sin observancia del requisito de forma, cualquier parte podrá invocar esa deficiencia para

²⁶⁰ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006*. Nueva York: Naciones Unidas, 2008, pp. 30 y ss.

oponer una excepción de incompetencia del tribunal arbitral. Los profesionales del arbitraje han señalado que, en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica. En los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje. Por ese motivo, y con miras a ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó en 2006 el artículo 7».

En ese momento, la Comisión aprobó dos opciones, que reflejan dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo.

Según la nota explicativa, la primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. En ella se confirma la validez y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente (*compromis*) o futura (*clause compromissoire*).

Conforme a la Convención de Nueva York se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, pero se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio «que deje constancia de su contenido en cualquier forma». De esta manera, el acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido.

La importancia de esa disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas. Se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico.

En la segunda opción del artículo 7 se define el acuerdo de arbitraje de una manera que omite todo requisito de forma.

Según refiere la nota explicativa, la Comisión no expresó preferencia por ninguna de las opciones. De esta manera, los Estados podrán examinarlas y escoger una u otra según convenga a sus necesidades concretas.

En el caso del Perú, el legislador adoptó la primera opción.

Según la Exposición de Motivos, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje —junto con el artículo 14— permitirá una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito es contraria a las prácticas y usos del comercio.

Entre tanto, en España la Ley n.º 60/2003, establece en su Título II «Del convenio arbitral y sus efectos», artículo 9, lo siguiente:

Artículo 9.- Forma y contenido del convenio arbitral.

El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

Por otro lado, y ya dentro de la legislación nacional, el artículo 13 de la Ley de Arbitraje tiene sus antecedentes en los artículos 9, 10 (ambos sobre arbitraje nacional) y 98 (sobre arbitraje internacional) de la derogada Ley General de Arbitraje de 1996, Ley n.º 26572; preceptos que establecían lo siguiente:

Artículo 9.- Definición de convenio arbitral

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada.

Independientemente de lo dispuesto en el párrafo anterior, los árbitros se encuentran facultados para imponer multas hasta por un máximo de dos (2) Unidades Impositivas Tributarias a la parte que no cumpla sus mandatos. Estas multas que serán en favor de la otra parte, constarán en el laudo arbitral y se ejecutarán conjuntamente con este último.

Artículo 10.- Forma del convenio arbitral

El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

Se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Se entiende además que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito cuando a pesar de no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se somete una controversia a la decisión de uno o más árbitros que aceptan resolver el conflicto, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento.

Se entenderá que hay asentimiento cuando, notificada la parte contraria de la iniciativa de quien promovió la intervención de el o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención.

Artículo 98.- Definición y forma del convenio arbitral

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 no contractual. El convenio arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

El convenio arbitral deberá constar por escrito. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un único documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, cables, télexes, que dejen constancia documental del acuerdo o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un convenio arbitral sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula arbitral constituye convenio arbitral siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

2. CLÁUSULA COMPROMISORIA: FRACASO SEGURO PARA EL INICIO DE UN ARBITRAJE²⁶¹

La esencia para entender lo que es la cláusula compromisoria está en saber que mediante ella jamás se concierta o celebra un arbitraje. ¿Qué es pues lo que, como en todo contrato, se concierta o celebra entonces? En términos muy simples, se contrata que en un futuro se contratará a su vez un arbitraje.

²⁶¹ Debemos advertir que parte del contenido de este acápite, se basa en una investigación que uno de los autores realizó anteriormente: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores y Cátedra Garrigues, 2006, volumen 1, pp. 53 y ss.

En efecto, en un contrato, que por lo general es el contrato principal,²⁶² las partes, a través de una cláusula compromisoria, acuerdan que para resolver cualquier conflicto —o determinado conflicto— que se suscite del contrato principal, se acordará a su vez un arbitraje. Así pues, en la cláusula compromisoria el arbitraje no ha sido acordado, no ha sido celebrado y por tanto no ha sido contratado. Lo que ha sido acordado, celebrado y contratado es un compromiso a, en su momento, contratar un arbitraje.

Nótese lo absurdo, por inútil, de este procedimiento.²⁶³

²⁶² Con respecto al carácter accesorio de la cláusula compromisoria, hay discrepancias en la doctrina. Tomás Ogayar (OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, pp. 117 y 118) señala, por ejemplo, que «Si bien el origen práctico de esta preparación del arbitraje fue la estipulación accesorio que se insertaba en el contrato principal, al generalizarse se le hizo objeto, en muchas ocasiones, de un pacto autónomo, por lo que la denominación de 'cláusula compromisoria' perdía ya toda propiedad y era, en cambio, la de un contrato preliminar o preparatorio la más adecuada y consecuente con la esencia de la institución [...]».

Sobre esto habría que decir que el carácter accesorio de la cláusula compromisoria no le quita su carácter contractual. La cláusula compromisoria es un contrato dentro del contrato principal y por lo tanto es un contrato accesorio. Es más, es accesorio y preliminar o preparatorio a la contratación de un arbitraje. Discrepamos, pues, con Ogayar cuando pretende que en razón de la generalización de la cláusula compromisoria dentro de los contratos principales, ésta se convierte en una suerte de pacto autónomo. Nada tiene que ver la generalización con la autonomía. La única hipótesis para que la autonomía se produzca en el caso de la cláusula compromisoria es que ésta deje de ser cláusula referida a un contrato principal y devenga ella misma en contrato principal, lo que significa que sea preliminar y preparatorio a la contratación de un arbitraje, no para los problemas que pudiesen suscitarse de un contrato determinado, sino de cualquier contrato que celebren en un futuro las partes de este contrato preparatorio.

²⁶³ Lohmann afirma que la doctrina se ha preguntado sobre la verdadera utilidad de la cláusula compromisoria. Se considera que no es imprescindible y que su lugar podría ser ocupado por un compromiso arbitral firme —contratar el arbitraje— sobre toda controversia futura, al que sólo le faltaría integrarse con la indicación de la materia controvertida y los árbitros, si no se hubiesen designado de

¿No sería acaso más eficiente que comprometerse a contratar en el futuro un arbitraje, contratarlo ya?²⁶⁴ Es decir, ¿no sería mejor que en el contrato principal, en vez de una dilatoria cláusula compromisoria, se acordara, celebrara y contratara un arbitraje para los futuros conflictos que se pudieran derivar del contrato principal?²⁶⁵ ¿Para qué si desde Europa se quiere llegar lo más rápido posible a las Indias Orientales, habría que hacer la ruta del Cabo si se puede hacer la del Canal de Suez?²⁶⁶

antemano. (LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca «Para leer el Código Civil». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, pp. 80 y 81).

²⁶⁴ Realmente, nada obsta que la cláusula compromisoria, acuerdo pre-arbitral o como quiera denominarse, tenga el mismo contenido que el compromiso —contratar el arbitraje—, con la salvedad de la indicación de la materia controvertida. De ser así, ya no sería necesario otro convenio adicional, pues suscitado el conflicto cualquiera de las partes solicitaría de la otra y de los árbitros la suscripción de un documento que, a la par de detallar las cuestiones litigiosas, constituye acta de misión de los árbitros. (*Ídem*).

²⁶⁵ Sobre este despropósito comenta Fernando de Trazegnies que llegado el día del problema, las partes no pueden acudir directamente al árbitro, aun cuando éste se encontrara ya nombrado desde el inicio de la cláusula compromisoria y las reglas del arbitraje hubiesen sido igualmente determinadas de antemano. Previamente, las partes deben suscribir un nuevo acuerdo —el compromiso arbitral— en el que precisan los alcances de su controversia y la colocan expresamente en manos del árbitro. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 549).

²⁶⁶ Sin embargo, hay algunos autores que justifican esta «ruta decimonónica» de la cláusula compromisoria. Humberto Briseño sostiene que la cláusula compromisoria tendría su razón de ser en —y por increíble que parezca— ¡la facilitación del arbitraje! Y esto porque, según él, es el momento más adecuado para que converjan voluntades a favor del arbitraje y se evite así ahuyentar a las partes con la determinación detallada de todos los requisitos y circunstancias que son necesarios cumplir para que éste se configure en la realidad. (BRISEÑO SIERRA, Humberto. «El arbitraje comercial en México». En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zublowsky. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 43).

Por supuesto que no compartimos las justificaciones de Briseño para con la pertinencia de la cláusula compromisoria. No vemos qué dificultad puede haber en —si se quiere realmente que los problemas derivados de un contrato determinado se resuelvan por un arbitraje— contratar en el mismo contrato principal la sustracción a la jurisdicción estatal y especificar la jurisdicción arbitral a la que

Fue, precisamente, en razón de esta inutilidad manifiesta que la cláusula compromisoria, junto con todos y cada uno de los artículos referidos al tema arbitral, fue derogada del Código Civil de 1984 a sólo ocho años de su vigencia.²⁶⁷ La realidad demostró muy pronto el extravío jurídico que significaba consagrar, para llegar al arbitraje, el desvío de la cláusula compromisoria.

3. DEFINICIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

Entonces, queda preguntarnos, ¿qué da vida al arbitraje?

Sobre el particular, Mantilla-Serrano²⁶⁸ señala que en lo que a confirmaciones se refiere, vale la pena señalar que se conserva el tratamiento unitario de la cláusula compromisoria —para la sumisión a arbitraje

se someterá el hipotético conflicto, así como el procedimiento por el cual se designarán los árbitros, que son básicamente los requisitos necesarios para contratar un arbitraje. Es más, muy por el contrario de facilitar un arbitraje como sostiene Briseño, la cláusula compromisoria lo aleja. De Trazegnies explica por qué: «[...] como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral —contratar el arbitraje—, las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones [...]. No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia [...] hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje [...]. De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario». (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 549).

²⁶⁷ Todo el Título XI del Código Civil —Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral, artículos 1906 a 1922— fue derogado por la Primera Disposición Final de la Ley General de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935, promulgado el día 7 de noviembre de 1992 y publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el día 10 de diciembre de 1992). Posteriormente, el Decreto Ley n.º 25935 fue derogado por la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572, promulgada el día 3 de enero de 1996 y publicada por el Diario Oficial «El Peruano» el día 5 de enero de 1996). Finalmente, la Ley n.º 26572 fue derogada por el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, vigente desde el 1 de septiembre de 2008.

²⁶⁸ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 77.

de controversias futuras— y del compromiso —cuando se trate de una controversia ya existente—, bajo la sola y única denominación de convenio arbitral, evitándose así un tratamiento diferenciado, fuente de confusión y, hoy en día, abandonado por la casi totalidad de las nuevas leyes en materia de arbitraje.

En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi con absoluta mayoría, en lo que se conoce como cláusula arbitral. Esta cláusula es pues un contrato en toda línea. En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas, con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica²⁶⁹ existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte.

Jaime Guasp,²⁷⁰ en abono de lo señalado, establece que la naturaleza jurídica del convenio arbitral es contractual, aun cuando se discutía la famosa diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

Por su parte, Hilda Aguilar Grieder²⁷¹ indica que en el convenio arbitral existe una preponderancia del aspecto contractual sobre el pro-

²⁶⁹ Silvia Gaspar precisa que, por relación jurídica se debe entender una situación de poder y deber concretos en la que resultan vinculados determinados sujetos. Esto implica que alguno de ellos se halle facultado por el ordenamiento jurídico a exigir a otro una conducta que deberá cumplir este último. Comentando la legislación española, Gaspar sostiene que las relaciones jurídicas pueden ser contractuales o no, por lo que no sólo los conflictos surgidos como consecuencia de los contratos son susceptibles de ser sometidos a arbitraje, sino también las controversias que se produzcan respecto de las obligaciones que tienen su fuente en la ley, los cuasicontratos, o el ilícito penal o civil. (GASPAR LERA, Silvia. *Op. cit.*, p. 62).

²⁷⁰ GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Editorial Bosch, 1956, p. 115.

²⁷¹ AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Universidad

cedimental, esto es, de las declaraciones de voluntad sobre los efectos procesales, en las cuestiones relativas al perfeccionamiento, validez e interpretación de la cláusula arbitral. Con base a ello, la ley aplicable será la *Lex Contractus* y dentro de ella las normas relativas a la interpretación de los contratos, las declaraciones de voluntad, etc.

Por otra parte, Leonardo Charry Uribe,²⁷² jurista colombiano, explica la definición de convenio según la Corte Suprema de Justicia de su país:

Es el contrato que celebran personas capaces de transigir con el fin de someter a la decisión de árbitros, en el lugar de un fallo de la rama jurisdiccional del poder público, una diferencia concreta legalmente susceptible de transacción, antes o después que se haya iniciado el pleito correspondiente. Se trata de un acuerdo principal y solemne.

De la definición mencionada por Charry, puede señalarse que en la doctrina colombiana el convenio arbitral es también considerado como un contrato, caracterizándose por ser solemne y la particularidad de que debe constar por escritura pública. Por otra parte, al ser principal no necesita de ningún otro contrato para subsistir y es oneroso porque se benefician las dos partes del contrato.

Por ello, Charry²⁷³ afirma que «El contrato de convenio es sin duda un contrato de derecho privado, aun cuando tenga efectos procesales, ya que para su plena eficacia debe cumplir con los elementos genéricos de todo contrato».

de Santiago de Compostela, 2001, p. 348.

²⁷² CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 25.

²⁷³ *Ídem*, pp. 26 y 27.

Larroumet²⁷⁴ también sostiene que el acuerdo de arbitraje es un contrato en virtud del cual las partes se comprometen recíprocamente, lo que permite que dicho contrato sea de naturaleza sinalagmática. Es más, indica que al ser un contrato, éste debe cumplir con los requisitos de validez de los contratos y producir los mismos efectos. Sin embargo, el autor establece que dicho acuerdo posee características que tiene como objeto un acto jurisdiccional, lo cual demuestra la naturaleza dual del arbitraje.

Según Ulises Montoya Alberti²⁷⁵ el acuerdo arbitral es un contrato definitivo, por el cual las partes se pueden ir al asunto específico obviando lo genérico. Así, lo define como «un acto o convenio en virtud del cual las partes someten a la decisión de los árbitros [...] los puntos concretos que son materia de conflicto, pudiendo, además determinar las normas de procedimiento, las condiciones e impugnaciones del laudo que dictarán los árbitros [...]»

En resumen, la doctrina consultada pone especial énfasis en la autonomía de la voluntad de las partes; sin embargo, cabe citar que cierto sector de la doctrina, aun cuando recoge la idea central de los contractualistas, incorpora características peculiares.

Así, Alicia Bernardo,²⁷⁶ quien a pesar de considerar al «convenio arbitral» como un contrato, establece que independientemente del carácter contractual o jurisdiccional que se atribuya al arbitraje como institución, la naturaleza contractual del convenio arbitral resulta incuestionable. A continuación sus expresiones:

²⁷⁴ LARROUMET, Christian. *El contrato de Arbitraje. Naturaleza contractual del arbitraje internacional*. Rosario: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Legis S.A., 2008, pp. 13 y 14.

²⁷⁵ MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El arbitraje comercial*. Cuzco: Editores Cultural Cuzco S.A., 1988, p. 51.

²⁷⁶ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: s/e, 2002, p. 7.

El convenio arbitral, a diferencia de los que podríamos denominar contratos privados «ordinarios», tiene como finalidad específica la producción de efectos procesales, no materiales. En otras palabras, la eficacia de un convenio arbitral no altera las relaciones jurídico-materiales entre las partes contratantes, pero sí incide en la forma en que éstas van a resolver las controversias que eventualmente puedan surgir. Como es bien sabido, la finalidad primordial del convenio arbitral es excluir de la jurisdicción ordinaria el conocimiento de una determinada controversia y obtener su resolución a través de un *laudo* que produzca los mismos efectos que una sentencia firme: cosa juzgada y ejecutoriedad.

De la cita anterior, puede precisarse que aun cuando la autora acepta el origen contractualista privado del convenio arbitral, indica que sus efectos se producirán en una esfera procesal, en la que predominará el interés público ya que el Estado es, en último término, el garante de una ordenada y eficaz resolución de los conflictos intersubjetivos que evite la autotutela, y en la que subyace la renuncia «parcial» al derecho fundamental a obtener la tutela de jueces y tribunales. Así, de modo sintético puede decirse que serían contratos procesales todos aquéllos cuyo principal efecto se produce de modo directo en el plano del proceso. Así, esto es lo que los diferencia de los contratos privados de Derecho sustantivo, cuyo efecto principal tiene lugar en la esfera del Derecho material, es decir, en los contratos privados se produce un efecto en el interior de la relación de las partes, ya que surgen deberes y derechos.

Concluyendo con la opinión de Alicia Bernardo para sustentar esta tesis, tenemos que ésta encuentra la eficacia procesal que atribuye al convenio arbitral, pues supone el ejercicio, por las partes, de su derecho a sustraer el litigio del conocimiento de la jurisdicción para atribuírselo a los árbitros. Es en esta exclusión de la jurisdicción pública y atribución a árbitros la razón básica en la que descansa la autora.

Por su parte, y retomando la posición de Larroumet al hablar sobre la exclusión de la jurisdicción pública, éste expresa que: «[...] si el acuer-

do de arbitraje se aproxima a una cláusula relativa a la competencia del juez estatal en la medida en que, como esta última, el acuerdo de arbitraje prepara un acto jurisdiccional, el aspecto jurisdiccional es distinto y mucho más completo, puesto que las partes en el acuerdo excluyen la competencia de los jueces estatales a favor de la de los árbitros».

En consecuencia, tomando en cuenta las posiciones de la doctrina citada, queda claro que la característica de provocar una sustracción de la jurisdicción pública es propia del arbitraje, es decir, del contrato que produzca el nacimiento u origen real del arbitraje. Por ello, Christian Larroumet, explicando la posición que adopta la legislación francesa, señala que el objetivo del acuerdo de arbitraje es excluir la competencia de los jueces estatales, cualesquiera que sean estos jueces.

Ahora bien, el inciso 1) del artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que 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.

El objeto de la cláusula arbitral es pues, según esto, la solución de un hecho que en tanto probable se encuentra en el dominio del futuro y la incertidumbre: la controversia. Las partes la prevén pero no la desean, aunque su ocurrencia puede producirse por la misma voluntad de las partes.²⁷⁷

²⁷⁷ Hemos sido cautos en no calificar como hecho futuro e incierto a la controversia que deberá ser objeto de solución. Y esto porque para la doctrina de los contratos un hecho futuro e incierto es aquél cuya ocurrencia es ajena a la voluntad de las partes. Por el contrario, la controversia no necesariamente es excéntrica a esta voluntad, lo que no quita que en la contratación arbitral expresada en la cláusula, su ocurrencia tenga características futuras —porque no se ha producido en el pasado ni en el presente— e inciertas —porque nadie puede tener la certeza de que se produzca—.

Así pues, en tanto es la controversia un hecho probable de incierta ocurrencia en el futuro, no puede haber en la celebración de la cláusula arbitral alcance alguno sobre la materia controvertida. No existe materia controvertida en este tipo de contratación arbitral pues la controversia no ha surgido. Sí puede, por el contrario, haber «materia arbitrable» que no será otra que la que las partes señalen sobre el contrato principal, siempre y cuando no esté reñida con la ley. Así, todo el contrato principal puede ser materia arbitrable, es decir, todos los conflictos que puedan suscitarse de éste. Pero también puede ser materia arbitrable sólo alguna o algunas estipulaciones del contrato principal, o lo que es lo mismo, los conflictos resultantes de alguna o algunas estipulaciones del contrato principal.

Al igual que la derogada Ley General de Arbitraje, la Ley en vigencia permite que los acuerdos puedan ser previos a la controversia o posteriores, es decir, una vez haya surgido el conflicto.

Sin embargo, como bien señala Yáñez Velasco,²⁷⁸ en la práctica estos acuerdos posteriores a veces son difíciles de alcanzar, ya que cuando surge el conflicto, las partes pueden encontrarse tan enfrentadas que ya no resulte posible ningún acuerdo, ni siquiera el de someter a arbitraje su resolución. Por este motivo, los acuerdos autónomos y posteriores al conflicto adquieren mayor sentido en controversias surgidas a raíz de relaciones jurídicas no contractuales.

Asimismo, debemos resaltar que, según la definición de convenio arbitral, se pueden someter a arbitraje relaciones jurídicas no contractuales, es decir, declaraciones unilaterales de voluntad de cualquier índole o naturaleza, tanto de carácter *inter vivos* como *mortis causa*.

Finalmente, debemos señalar que el convenio arbitral —como cualquier contrato— debe cumplir con los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general. Es decir, tiene que nacer de

²⁷⁸ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 301.

un consentimiento que no esté viciado, y que haya sido expresado válidamente. Asimismo, dicho consentimiento debe ser manifestado por personas con plena capacidad para obligarse, teniendo un objeto lícito y posible jurídica y físicamente. Por otro lado también deberá hallarse revestido de la formalidad prescrita por ley, tema que abordaremos a continuación.

4. FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

4.1. *¿Formalidad ad solemnitatem o ad probationem?*

La regla en relación a la forma del convenio arbitral es bastante relativa y hasta cierto punto se ha convertido en un eufemismo.

La norma general está determinada por el inciso 2 del artículo 13 de la Ley bajo comentario, que establece que el convenio arbitral deberá constar por escrito y, agrega, podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato a modo de un acuerdo independiente.

Sobre el particular, Roca Martínez²⁷⁹ señala que si bien hay libertad formal del convenio arbitral, no puede decirse que haya desaparecido la forma como requisito del convenio arbitral. La forma escrita debe entenderse de una manera amplia (cuando resulte del intercambio de cartas, o de cualquier otro medio de comunicación que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje).

Sin embargo, para Maluquer de Motes²⁸⁰ —comentando el inciso 3 del artículo 9 de la Ley de Arbitraje española, de redacción similar al inciso 2 objeto de análisis—, el precepto no responde a un principio de

²⁷⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Op. cit.*, p. 147.

²⁸⁰ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Forma y contenido del convenio arbitral». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 181-182.

libertad de forma, que sería admitir también la forma verbal como válida, pero sí representa una libertad importante al descargar la exigencia de forma solemne.

A nuestro entender, en principio, se trataría de una forma exigida por ley, en tanto el legislador ha señalado que «deberá» constar por escrito. Sin embargo, dicha exigencia no ha sido seguida de la afirmación «bajo sanción de nulidad», a diferencia de lo establecido por el artículo 10 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

El artículo 144 del Código Civil establece que 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 esta manera, cuando se establezca el seguimiento de una determinada formalidad, pero —a su vez— el no seguimiento no se sanciona con nulidad, estaremos en presencia de un acto *ad probationem*. Entonces, de acuerdo a la normativa general, puede sostenerse que el convenio arbitral escrito es un acto *ad probationem* y no solemne.

Al respecto, Merino Merchán y Chillón Medina²⁸¹ afirman que no obstante el principio de libertad de formas en el convenio arbitral, éste debe constar por escrito para ser eficaz. Así, el convenio verbal es válido, pero para hacerse eficaz y exigible deberá probarse su existencia. Entonces, no sólo existe pluralidad formal (carta, telegrama, télex, fax o cualquier medio electrónico que deje constancia del acuerdo), sino que la forma es sólo *ad probationem*.

En efecto, coincidimos con Roca Martínez²⁸² cuando sostiene que la consideración de la escritura como requisito *ad probationem* es más acorde con la intención del legislador y con la propia naturaleza del arbitraje.

²⁸¹ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 257.

²⁸² ROCA MARTÍNEZ, José María. *Op. cit.*, p. 148.

En esta línea, según el citado autor, un convenio arbitral que no hubiera sido formalizado por escrito no estaría viciado de nulidad, no obstante, podría presentar graves inconvenientes. Sin embargo, la escritura o no del convenio arbitral tendrá escasa importancia, por cuanto lo verdaderamente relevante es la existencia de la voluntad de las partes.

Dentro de tal orden de ideas, como bien señala Maluquer de Motes,²⁸³ lo cierto es que se mantiene la exigencia de forma escrita como manifestación de seguridad y responsabilidad del consentimiento realizado por las partes. La ley no sólo propone constituir un instrumento de prueba de la existencia del convenio. Se propone evitar dudas sobre la real emisión de la voluntad y el contenido de la misma. Que las partes tengan conciencia de que voluntariamente han sometido su conflicto a una resolución arbitral.

Creemos que, en todo caso, esto abona en razón de la tesis de que la ley peruana de arbitraje, así como las leyes de arbitraje internacionales, han ido flexibilizando la forma del convenio arbitral, de tal manera que en estos casos ha quedado el convenio escrito como una regla que tiene muchas excepciones o asimilaciones formales a la escrita, como veremos en los siguientes puntos.

4.2. Acuerdo independiente o cláusula del contrato

Un punto de suma importancia es el referido a la autonomía del convenio arbitral.

Se sabe que el convenio arbitral puede pactarse por separado, es decir, en un contrato independiente, o también puede pactarse en el contrato en el que las partes se comprometen a distintas cosas; lo normal es que figure como cláusula dentro de un contrato principal. Por eso, en la práctica, suele hablarse de «cláusula arbitral».

²⁸³ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Forma y contenido del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 182.

En cualquier caso el convenio arbitral es un contrato diferente e independiente del contrato principal.

El convenio arbitral tiene un fundamento y una finalidad diversos de los que puede tener el contrato principal, razón por la cual, en caso surja alguna controversia sobre la validez del contrato principal, la cláusula arbitral contenida en dicho contrato no sufrirá los efectos de dicha situación.

Así lo establece Alicia Bernardo,²⁸⁴ al indicar que: «La autonomía del convenio arbitral significa, en primer lugar, que la eventual nulidad del contrato principal en el que el pacto arbitral se encuentra inserto no se extiende al pacto mismo».

En otras palabras, el convenio arbitral, conforme a la doctrina y la legislación expuesta, no es más que un contrato de arbitraje en toda regla al que, para variar, se le escamotea el nombre de contrato de arbitraje. Cuando éste adopta la forma de una cláusula incluida en un contrato no estamos más que en presencia de una cláusula arbitral a través de la cual se contrata un arbitraje. Cuando el susodicho convenio se expresa mediante un acuerdo independiente, bien podemos estar ante un contrato de arbitraje sobre controversia producida en el caso de un conflicto de intereses *ex ante* el contrato de arbitraje, o bien ante un hipotético contrato universal de arbitraje».²⁸⁵

Por ello, se dice que ambos emanan de sendas declaraciones de voluntad diferentes o, por lo menos, dirigidas a fines diversos: el contrato principal a regular las relaciones jurídico-materiales entre las partes contratantes, y el convenio arbitral a desplazar la jurisdicción, encomendando a los árbitros la resolución de los conflictos que puedan elegir.

²⁸⁴ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: s/e, 2002, p. 7.

²⁸⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «El dominio contractual en el arbitraje». En *Ius et Veritas*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 32, 2006, p. 102.

Por otra parte, Alicia Bernardo²⁸⁶ indica que la autonomía del convenio arbitral conlleva al menos tres consecuencias más: en primer lugar, expresa que significa que puede aplicarse al convenio arbitral una normativa diferente de la que regula el contrato base, de especial utilidad en el arbitraje internacional.²⁸⁷ En segundo lugar, supone también que la eficacia del convenio, tanto positiva (vinculando a las partes al arbitraje) como negativa (excluyente de la jurisdicción ordinaria), se extiende al enjuiciamiento de la validez o nulidad del contrato principal. Como dice Albadalejo, la doctrina de la autonomía del convenio arbitral ha surgido «porque se intenta salvar el tal pacto arbitral para que, en virtud de él, se pueda juzgar la validez o no del contrato arbitrable».

Por último, a nuestro entender, la autonomía supone, además, que la eficacia del convenio arbitral alcanza incluso al enjuiciamiento sobre la validez o nulidad del propio convenio arbitral. De este modo, si el actor solicita la nulidad del convenio con el propósito de excluir determinadas controversias del arbitraje, el demandado podrá proponer con éxito la declinatoria.

Nosotros concordamos con las ideas planteadas acerca de la autonomía del convenio arbitral, ya que aun en el caso que forme parte de un contrato, este convenio sigue poseyendo su propia naturaleza y fin para el cual ha sido constituido por las partes; por ello se dice repetidamente que en caso este convenio formara parte de un contrato en el que está en riesgo su validez, el convenio no se ve afectado. Entonces, el convenio arbitral resulta ser un contrato diferente e independiente del contrato principal, pese a que esté incluido en éste.

²⁸⁶ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción: incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada, 2002, p. 18.

²⁸⁷ Asimismo la autora establece que «La completa autonomía de la cláusula compromisoria del arbitraje exige una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento que ha de regirla, de manera que si bien el contrato de base puede quedar sometido a un ordenamiento jurídico, otro distinto será el aplicable, en muchos casos para regir la validez y los efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje» (*vid.* GONZALES CAMPOS. *Op. cit.*, pp. 7 y ss.).

4.3. Presunción de convenio arbitral escrito

Por su parte, el inciso 3 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que 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.

En realidad, lo señalado por este inciso constituye una ficción, porque el convenio bien podría no ser escrito, y es que en el inciso 3 de la Ley se han recogido una serie de ficciones formales, debido a que en realidad se regula varios supuestos en los que el convenio arbitral en realidad no reviste forma escrita.

4.4. Convenio arbitral celebrado a través de medios electrónicos

El inciso 4 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje señala 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.

Agrega esta disposición que por comunicación electrónica se entenderá toda petición que las partes hagan por medio de mensajes de datos y, además, señala que 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.

Para Maluquer de Motes,²⁸⁸ comentando el inciso 3 del artículo 9 de la Ley de Arbitraje española, de similar redacción al inciso 4 de la Ley peruana, bajo comentario, la norma establece un criterio de ampliación máximo respecto a la utilización de cualquier medio que pueda expre-

²⁸⁸ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Forma y contenido del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 183.

sar la voluntad de las partes. Cita de forma específica el intercambio de cartas, el uso de telegramas, télex, fax; pero quiere mantener el principio abierto y generalista y no cerrar cualquier posibilidad de exteriorización de la voluntad, siempre que estos medios permitan su documentación y constancia.

Como se aprecia, el inciso 4 regula el convenio arbitral celebrado por medios electrónicos, que tiene que ver directamente con la contratación electrónica.

En efecto, como bien señala Maluquer de Motes,²⁸⁹ se trata de no ignorar la realidad actual y tener presente que hoy en día se realizan relaciones económicas por medio de una técnica nueva implantada con toda normalidad en el contexto ordenado de nuestra sociedad. Es no ignorar la sociedad actual fruto del desarrollo y de la implantación de las tecnologías de la información y la comunicación.

González de Cossío²⁹⁰ señala que el télex, telegrama u otros medios de comunicación que dejaran constancia o registro del acuerdo, satisfacen el requisito de «por escrito»; sin embargo, un intercambio de comunicaciones puede no dejar constancia en papel impreso, como es el caso en la pantalla de una computadora, en un diskette o en la memoria.

Así, a entender del citado autor, el intercambio de comunicaciones no tiene que mencionar el acuerdo arbitral o siquiera estar firmado. Lo que se busca en estos casos es que cada parte otorgue su anuencia y que exista algún tipo de constancia por escrito.

Si bien es cierto que la voluntad del legislador ha sido la de no limitar la vasta lista de situaciones por medio de las cuales se puede estar frente a un convenio arbitral, creemos que el inciso 4 del artículo 13 deber ser leído en concordancia con lo establecido por el Código Civil,

²⁸⁹ *Ibidem*.

²⁹⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, pp. 65-66.

artículos 141 y 141-A, así como en torno a las reglas sobre el conocimiento de las comunicaciones remitidas a través de estas vías y, en general, las comunicaciones remitidas entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata, y a efectos de las tesis ahí acogidas, como son la tesis de la cognición o de la recepción con presunción de cognición (artículos 1373 y 1374, también del referido cuerpo legal).

Vidal Ramírez,²⁹¹ comentando el contenido del artículo 141 del Código Civil,²⁹² señala que la manifestación expresa formulada oralmente puede consistir en las palabras emitidas por el propio interesado y también por persona distinta, que lo hace por cuenta de él. Puede consistir también en el uso de medios mecánicos o electrónicos, que sirven de vehículo transmisor, como el teléfono. Lo que se requiere es que el destinatario reciba la voluntad que se manifiesta. La manifestación expresa por escrito se da a través de lo que escribe de su puño y letra el propio interesado, o de lo que escribe otro por cuenta o encargo suyo, o el empleo de una máquina de escribir o de impresión, u otros medios mecánicos o electrónicos, como el telégrafo, el télex, el fax o el correo electrónico, así como también mediante grabaciones en casetes o videos. Lo que interesa es que no se confundan los medios de manifestación de voluntad con los medios de prueba de tal manifestación, por más que muchas veces, cuando la manifestación se ha hecho por escrito, el documento que ha servido para la manifestación de voluntad constituye también su prueba. Lo impreso y lo escrito con máquina, como la escritura formada por persona diversa de la que declara la voluntad, son

²⁹¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 1999, 4.^a Ed., p. 98.

²⁹² El referido artículo establece que:

Artículo 141.- «La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario».

siempre medios idóneos de manifestación, pero no son siempre medios de prueba: lo son únicamente cuando van firmados por el que declara su voluntad. Sin embargo, al respecto, hay que tener en consideración los avances de la electrónica en los medios de comunicación, siendo del caso tomar en consideración el fax, que desplazó a los medios anteriormente señalados, y al cada vez más usado correo electrónico (que, hace ya muchos años desplazó al —hoy casi extinto— facsímil).

Ahora bien, el artículo 141-A del Código Civil señala que «En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.— Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta».

En lo que respecta al Código peruano de 1984, debemos recordar que el artículo 168 impone una interpretación de buena fe. Así, las relaciones entre voluntad y declaración se rigen por lo declarado, sin que la referencia a la buena fe atenúe el criterio objetivista.

De otro lado, el artículo 1361 del Código Civil peruano señala que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, estableciendo una presunción. Asimismo, el propio artículo 1361, en su segundo párrafo, permite pensar que si se prueba la existencia de discordancia, primará la voluntad, no valiendo la declaración.

Nuestro Código Civil, siendo el consentimiento uno solo, lo entiende de dos maneras distintas que, en realidad, son el fondo y la forma de un mismo fenómeno.

La primera manera de entender el consentimiento es dándole el carácter de coincidencia de dos o más declaraciones de voluntad o como

la declaración conjunta de una voluntad común, lo que responde a su origen etimológico (*sentire-cum o cum-sentire*).

La otra manera es considerándolo como la conformidad de la oferta con la aceptación (de acuerdo con el artículo 1373 del Código Civil peruano de 1984, precepto que dispone que el contrato queda perfeccionado (celebrado) en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente).

El Código Civil peruano, dentro de la tendencia de la objetivación del contrato, no ha acogido la teoría subjetiva; sin embargo, tampoco ha acogido la teoría objetiva en su sentido puro. Ha optado más bien, como se puede apreciar tras una lectura sistemática de las normas que conforman la teoría general del contrato, por la teoría de la confianza.

La concordancia entre la voluntad interna y la declarada, en el sentido de que la voluntad interna de cada una de las partes al coincidir con la voluntad interna de la otra parte, da lugar a la declaración conjunta de voluntad que debe representar necesariamente el contenido de las partes coincidentes.

Ahora bien, el artículo 1373 del Código se encarga de establecer la regla general en torno al momento y lugar en que se celebra el contrato:

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

Resulta más que importante conocer las reglas que fijan el momento en que se perfecciona el acuerdo entre las dos declaraciones. La mayor parte de los contratos se celebran entre personas que se encuentran en un mismo lugar, surgiendo entonces un problema específico: el consentimiento se forma cuando se acepta la propuesta, siempre que no se hubiera retirado por el oferente, o el peticionante para ser más exactos, con anterioridad a la aceptación.

En efecto, no son pocas las ocasiones en que los contratos se celebran entre personas radicadas en lugares distintos, ya sea por carta u otros medios más modernos. En estos supuestos, la oferta y la aceptación se emiten en momentos diferentes, por lo que resulta preciso determinar cuándo se celebra el contrato.²⁹³

Para dar solución a toda esta problemática que hemos descrito a grandes rasgos, son varias las teorías que se han elaborado y que tienen como objeto el determinar el momento en que se considera formado el contrato.

Dentro de tal orden de ideas, la oferta y la aceptación constituyen las declaraciones de voluntad contractuales.

Gete-Alonso²⁹⁴ define a la oferta como aquella declaración de voluntad unilateral, recepticia, mediante la cual se propone la celebración de un determinado contrato a otra persona. Es a partir de esta definición que señala sus características o requisitos.

Así, la doctrina, y en especial, Manuel de la Puente,²⁹⁵ reconocen cinco requisitos para la validez de la oferta:

- El primero de ellos es que sea completa; es decir, que contenga todos los elementos del contrato propuesto. Pero puede suceder que se deje un elemento del contrato al arbitrio del destinatario, como ocurre en el caso de las ofertas alternativas, tema regulado por el artículo 1377 del Código Civil.

²⁹³ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, vol. 2, p. 170.

²⁹⁴ GETE-ALONSO, María del Carmen. «La Formación del Contrato». En *Manual de Derecho Civil*. Madrid: Civitas, 2000, vol. I, p. 559.

²⁹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. 2.^a edición. Lima: Palestra Editores, 2007, tomo I, pp. 473 y ss.

- La oferta debe presentarse por el oferente como su propia declaración de voluntad contractual; o sea, que se refleje en la misma intención de quedar obligado si la otra parte acepta.
- En tercer lugar, es requisito de validez de la oferta el que ésta sea conocida por el destinatario o su representante.
- En cuarto lugar, la oferta debe contener la determinación del oferente para que el destinatario pueda comunicar de manera precisa su aceptación.
- A ello se agrega que la oferta debe cumplir con el requisito de forma exigido en su caso; lo que ocurrirá cuando sea necesario cumplir con determinada forma para el contrato, bien por disposición legal, bien por acuerdo, o sólo para la oferta.

De otro lado, la aceptación es definida como la declaración del destinatario al oferente, comunicándole su conformidad con los términos de la oferta. A través de la aceptación, el destinatario se convierte en aceptante.

La aceptación, al igual que la oferta, constituye una declaración de voluntad unilateral, recepticia, a través de la cual aquél a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con esta última.

La aceptación de la oferta consuma el acuerdo de voluntades. Para que produzca su efecto propio, esto es, la conclusión del contrato, la aceptación debe ser lisa y llana, lo que implica que no debe estar condicionada ni contener modificaciones a la oferta. Asimismo, la aceptación debe ser oportuna, no siéndolo si ha vencido el plazo de la oferta, el mismo que puede ser expreso o resultar de los usos y costumbres.²⁹⁶

La aceptación, para ser tal, debe cumplir con una serie de exigencias que María del Carmen Gete-Alonso²⁹⁷ sintetiza en cinco requisitos:

²⁹⁶ BORDA, Guillermo. *Manual de Contratos*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1973, p. 46.

²⁹⁷ GETE-ALONSO, María del Carmen. «La Formación del Contrato». En *Manual de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, pp. 563 y 564.

- Debe ser congruente con la oferta en todos sus términos. Si el declarante modifica, en alguno de sus extremos o en su totalidad, la oferta de la cual ha sido destinatario, su declaración no podrá ser considerada como aceptación, sino como contraoferta. En principio, esta nueva declaración del aceptante, que asume el papel de ofertante, produce la extinción de la oferta primitiva, la cual no revive aun cuando, a su vez, la contraoferta no sea aceptada.
- La declaración de voluntad debe ser definitiva, querida como obligatoria sin ninguna modalidad. Así, no hay aceptación si el declarante la sometiera a condición o estableciera un plazo para la misma.
- La aceptación debe ser tempestiva, lo que equivale a decir que debe producirse en el tiempo oportuno, esto es, antes de que la oferta se haya revocado o haya transcurrido el plazo fijado por el ofertante o por las circunstancias a las que se sometió aquélla. La aceptación fuera del plazo puede llegar a considerarse como una nueva oferta.
- La aceptación, por consiguiente, debe ser oportuna, es decir, debe llegar a conocimiento del oferente, mientras la oferta se encuentra vigente, es decir, que no haya caducado, tal como lo establece el artículo 1376 del propio Código.
- Al ser una declaración recepticia, es necesario que llegue a conocimiento del ofertante. Aunque la regla general es que el conocimiento determina la aceptación de la oferta y la celebración del contrato, es posible, al amparo de la autonomía privada de las partes, que se le dé sentido al silencio del aceptante, entendiéndolo como aceptación o como rechazo de la oferta.
- Por último, en cuanto a la forma, cabe reiterar lo ya expresado en relación a la oferta. Así, es menester señalar que la forma, en principio, es libre, a menos que el contrato que se concluye la requiera, o se haya acordado por las partes que, bien todo el contrato, bien sólo la aceptación, debe revestirla.

Finalmente, cabe hacer referencia a lo señalado por el artículo 1374, a través del cual se ha optado por la teoría de la recepción con presunción de cognición en los contratos celebrados entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata:

Artículo 1374.- La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que este pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla. Si se realiza a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirá la recepción de la declaración contractual, cuando el remitente reciba el acuse de recibo.²⁹⁸

Realizado este breve recuento, podríamos concluir en que para el caso de la Ley de Arbitraje, las declaraciones de voluntad por medios electrónicos son válidas y tienen valor de declaraciones expresas según lo prescrito por el ya citado artículo 141 de nuestro Código Civil.

Por otro lado, y según lo establecido por el artículo 141-A, nada impide celebrar contratos solemnes por medios electrónicos.

Finalmente, teniendo en cuenta que en la contratación electrónica no existen de manera inmediata cargos físicos de haberse entregado una carta o comunicación, la ley nacional considera conocida una oferta o una aceptación cuando el remitente reciba el acuse de recibo.

Claro está, se deberá tener presente las consideraciones expuestas en este punto respecto al contenido y alcance de los citados numerales del Código Civil que, como ya se dijo, deberán valorarse al momento de aplicar el inciso 4 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje.

²⁹⁸ El artículo 1374 fue modificado por el artículo 1 de la Ley n.º 27291 (promulgada el día 23 de junio de 2000 y publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el día 24 de junio de 2000). El texto anterior de dicho numeral era el siguiente:
Artículo 1374.- «La oferta, su revocación, la aceptación y cualquier otra declaración contractual dirigida a determinada persona se consideran conocidas en el momento en que llegan a la dirección del destinatario, a no ser que éste pruebe haberse encontrado, sin su culpa, en la imposibilidad de conocerla».

Para finalizar diremos, junto a González de Cossío,²⁹⁹ que la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en establecer si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades. De esta forma, la Ley de Arbitraje otorga el valor de convenios arbitrales expresos y escritos a aquéllos que se hayan celebrado por medios electrónicos u otros análogos.

4.5. Convenio arbitral consensual no formal

El inciso 5 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que 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.

Surgen dudas en torno a los alcances de esta norma y es que el precepto, efectivamente, podría referirse al intercambio de escritos en un proceso arbitral.

Sin embargo, la duda que surgiría estaría referida al hecho de que la existencia del convenio arbitral del cual estamos hablando no sería —precisamente— la del convenio arbitral que haya dado lugar a ese proceso arbitral, porque para que haya dado lugar a este proceso tendría que haber existido un convenio arbitral escrito; tendría que haber habido una solicitud arbitral, una contestación, y, de hecho, si hay un convenio celebrado por escrito, ya no regirá este inciso, sino los anteriores, y si no hubiese habido convenio arbitral celebrado por escrito, pero hubiese habido solicitud arbitral y contestación afirmativa a la solicitud, se entenderá que esa solicitud y la contestación a la misma habrán constituido o formado el convenio arbitral.

²⁹⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo». En *Arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Magna Editores, 2009, p. 217.

De tal manera que no se podría llegar a la demanda y contestación de la demanda, sin haber celebrado antes un convenio arbitral; salvo que la demanda verse sobre pretensiones diversas de aquéllas que fueron objeto de la petición de arbitraje y de aquellas materias comprendidas en el convenio arbitral. En este caso, si la demanda es contestada sin deducirse excepción de incompetencia, más allá de que se había prorrogado la competencia del tribunal arbitral, se había celebrado un convenio arbitral sobre esas nuevas materias arbitrables entre las partes.

Sin duda, la norma del inciso 5 no es clara y hubiese sido preferible que el tema se dejara en su regulación a los preceptos generales en materia de contratación que establece el Código Civil y a las normas anteriores que recoge el propio artículo 13, dentro de la existencia y formalidades del convenio arbitral.

Sobre este tema, Maluquer de Motes³⁰⁰ expresa que la manifestación de la existencia del convenio y no contradicción por la otra parte debe realizarse en el escrito de demanda que se presenta ante la propia jurisdicción arbitral.

El citado autor³⁰¹ señala que en este supuesto el legislador se contradice con el principio formalista de que el convenio arbitral debe constar por escrito o por otros medios, como soporte electrónico, que permitan su consulta. Sin embargo, en este apartado no se habla de medios que permitan su consulta, sino se está refiriendo a las manifestaciones de una parte en un escrito de demanda no contradichas por la otra en su escrito de contestación a la misma. No se pide tampoco que se alegue la existencia de un soporte o documento acreditativo. Solamente se está admitiendo la existencia del convenio por el hecho de producirse una manifestación no contradicha.

³⁰⁰ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Forma y contenido del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 185.

³⁰¹ *Ídem*, p. 184.

En tal sentido, Maluquer de Motes se pregunta si esto quiere decir que se está admitiendo la validez del convenio no escrito. A entender del citado autor, sí, ya que sería la admisión del puro consentimiento no formal. Incluso de la voluntad no expresa y sí tácita.

Ahora bien, resulta importante recordar lo establecido por el artículo 142 del Código Civil, el cual establece que:

Artículo 142.- El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado.

En el caso bajo estudio, se puede observar que la Ley de Arbitraje está otorgando valor de declaración al silencio. Cremades,³⁰² comentando la Ley de Arbitraje española del año 2003, similar en este extremo a la peruana, señala que queda reflejada la voluntad del legislador de superponer la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral a los requisitos de la forma. Las exigencias de la buena fe —continúa el citado profesor— impiden que habiendo alegado una de las partes la existencia del convenio arbitral en el escrito de demanda y no habiéndola negado la otra en el escrito de contestación, pueda oponerse la excepción de inexistencia de convenio arbitral.

Finalmente, cabe recordar que este tema tiene íntima relación con la ya desarrollada teoría de los actos propios. Escolá Besora,³⁰³ sobre este punto, sostiene que evidentemente esta norma (se refiere a la norma española, de similar redacción que la peruana) se basa en el principio de actos propios, pues si una de las partes afirma que existe convenio arbitral y la otra no lo niega, se debe entender que sí existe porque las partes interesadas así lo dan a entender. Esta regla supone dar un impulso al arbitraje. Si la otra parte no lo niega, proseguirá el procedimiento

³⁰² CREMADES, Bernardo M. «Del convenio arbitral y sus efectos». En *Comentarios a la ley de arbitraje*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2006, p. 279.

³⁰³ ESCOLÁ BESORA, María Elisa. «Forma y contenido del convenio arbitral». En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2004, p. 316.

arbitral. Por el contrario, si niega la existencia del convenio arbitral, la controversia deberá dilucidarse ante los órganos jurisdiccionales.

4.6. Convenio arbitral por referencia

El inciso 6 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje señala que 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.

En realidad, el alcance del inciso 6 es algo confuso, porque la norma alude a que se haga referencia a un documento que contenga una cláusula arbitral y se señala que esa referencia constituye un convenio arbitral celebrado por escrito, siempre que dicha referencia implique que la cláusula arbitral forme parte del contrato.

No creemos que existan dudas acerca de que en ese caso existe un convenio escrito, porque si se está refiriendo a un convenio que se halla plasmado en otro documento, de acuerdo a la teoría del contrato, si hay un acuerdo para incorporar ese convenio que se encuentra en otro documento, se considera que la referencia implica un convenio escrito.

Creemos que hay ciertas reiteraciones en determinadas normas, que puede que sean útiles para el empleo de los usuarios de la Ley. Sin embargo, en concordancia con las normas generales del Código Civil en materia de contratación y, especialmente, de consentimiento, resultan una demasía.

Así pues, a modo ilustrativo, los arbitrajes por los que se dirimen controversias de reaseguro, generalmente no se someten (ni siquiera los de ámbito internacional) a instituciones arbitrales permanentes, sino que las partes optan por la constitución de tribunales *ad hoc*.³⁰⁴

³⁰⁴ SÁNCHEZ CALERO, Fernando. «Artículo 79: Naturaleza de las normas aplicables». En *Ley de Contrato de Seguro*. Navarra: Aranzadi, 1999, p. 1433.

La cláusula de arbitraje normalmente viene incorporada al propio contrato de reaseguro como una cláusula más, formando parte del mismo; no obstante, nada impide que las partes, al margen del contrato de reaseguro, concierten un acuerdo independiente, por el cual sometan las divergencias que surjan a un procedimiento arbitral.

En cuanto, al arbitraje internacional, idénticas previsiones se establecen en el artículo 7 de la Ley Modelo de Uncitral sobre arbitraje comercial internacional, en donde se señala que el acuerdo de arbitraje podrá adoptar la fórmula de cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. Asimismo, en un segundo párrafo, *in fine*, dispone que la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria, constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Con relación a esta cuestión, Romero Matute³⁰⁵ plantea que si una cláusula de arbitraje contenida en la póliza de seguro original se puede considerar normalmente incorporada al contrato de reaseguro o retrocesión, por el hecho de que se incluya en estos últimos la llamada *subject to the same terms and conditions as the original policy*, es decir, una cláusula de incorporación por referencia de los términos y condiciones estipulados en el contrato de seguro reasegurado.

Según el referido autor, no parece adecuado considerar a una cláusula de arbitraje como un «término» o «condición» de un contrato de seguro; se trata en cambio de una cláusula accesorio e independiente de la póliza en sí. La incorporación de la misma por referencia en un contrato habría de ser expresa e inequívoca, de tal manera que realmente constara la voluntad de las partes de someter sus posibles divergencias a arbitraje.³⁰⁶

³⁰⁵ ROMERO MATUTE, Blanca. *El reaseguro*. Bogotá: Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, 2001, p. 399.

³⁰⁶ ROMERO MATUTE, Blanca. *Op. cit.*, p. 400.

Sin perjuicio de nuestras apreciaciones, sobre esta figura Maluquer de Motes³⁰⁷ afirma que nos encontramos ante un supuesto de convenio arbitral por referencia, en donde —precisamente— se hace referencia a aquel acuerdo que no consta en el documento contractual principal, pero sí en cualquier otro, ya que se encuentra documentado y siempre mantiene, consecuentemente, su constancia escrita, en la medida de que el referido documento al que se alude por referencia, guarda relación con la relación creada, en el marco de la cual se ha producido la controversia.

Asimismo, Castro de Cifuentes³⁰⁸ nos dice que se denomina convenio arbitral por referencia al pacto arbitral que no se encuentra contenido dentro del contrato, sino en un documento separado pero que en el contrato se hace remisión a dicho documento».

Von Wobeser³⁰⁹ señala que es importante distinguir la «referencia» de la «incorporación por referencia». En la primera se hace referencia a algún documento, pero no se hace parte del cuerpo de derechos y obligaciones que rige la relación jurídica determinada. En la incorporación por referencia,³¹⁰ por el contrario, el hacer referencia a un instrumento

³⁰⁷ MALUQUER DE MOTES I BERNET, Carlos J. «Forma y contenido del convenio arbitral». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 181-182.

³⁰⁸ CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. «La cláusula compromisoria por referencia». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario-Legis, 2005, p. 174.

³⁰⁹ VON WOBESER, Claus. «La incorporación por referencia». En *Pauta*. Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, n.º 58, enero del 2009, p. 36.

³¹⁰ Conforme al *Black's Law Dictionary*, la incorporación por referencia consiste en hacer que un documento se convierta en parte de un documento separado por medio de la referencia del primero en el segundo, declarando que el primero será considerado parte integrante del segundo. En tal sentido, la Ley Modelo de Uncitral, conforme a su texto del 2006, considera que «La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».

o a parte de él trae aparejada su incorporación al documento, es decir, el instrumento (o parte del instrumento) referido llega a ser parte del documento en el que se hace la referencia.

En síntesis, la incorporación por referencia permite enriquecer la relación jurídica entre partes contratantes mediante la alusión a otro contrato. El único requisito es que la referencia «implique» el acuerdo arbitral. Ello quiere decir que la alusión al contrato que contiene una cláusula arbitral *abarque* la misma. Se trata de un ejercicio interpretativo de la voluntad de las partes.³¹¹

4.7. Convenio arbitral en el arbitraje internacional

Como ya ha sido expuesto, la actual Ley de Arbitraje del Perú se adhiere al sistema monista, a través del cual sus normas se aplican tanto a los arbitrajes nacionales como a los internacionales.

De este modo, el inciso 7 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, afirmando este modelo, señala que cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si se cumplen los requisitos señalados por las normas jurídicas establecidas por las partes para regir el convenio arbitral o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el Derecho peruano.

Como se puede observar, la citada norma establece los principios en torno a la formalidad de la cláusula arbitral en el arbitraje internacional. De esta manera, en primer término se hace referencia a las normas jurídicas que han sido elegidas por las partes. En segundo lugar, si no hubiese tal acuerdo, se remite a las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia; y, en tercer lugar, a las normas jurídicas correspondientes al Derecho peruano, es decir, la *lex fori*.

³¹¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El Arbitraje*. Tercera edición. México: Porrúa, 2011, p. 311 y ss.

Sobre el particular, Carballo Piñeiro³¹² señala que el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes inspira la referencia a «normas jurídicas», de modo que es admisible que las partes elijan someter la validez del convenio, por ejemplo, a los principios generales del Derecho o a la *lex mercatoria*.

En efecto, se aprecia que la Ley de Arbitraje prefiere la expresión «normas jurídicas» y no «derecho aplicable», en la medida de que este último podría remitirnos al ordenamiento jurídico de un estado, cuando, en algunos casos, las partes podrían preferir a las reglas comunes del comercio internacional.

Por otro lado, cabe preguntarnos qué sucede si el convenio arbitral es inválido si se aplica el primero de los criterios establecidos por el inciso 7 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, es decir, si es inválido conforme a las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral.

A entender de Carballo Piñeiro,³¹³ se debe reconocer la posibilidad de no aplicar la elección de ley escogida por las partes, si con ella no se consigue la validez del convenio.

Ahora bien, la citada autora admite que dicha posibilidad implica un riesgo; a saber: abrir la puerta al desconocimiento de la voluntad de las partes expresada en la elección de ley rectora del convenio arbitral. Sin embargo, dicha potencial fuente de conflictos es residual, ya que la experiencia muestra que las partes en pocas ocasiones toman la precaución de elegir ley aplicable al convenio arbitral.

³¹² CARBALLO PIÑEIRO, Laura. «Forma y contenido del convenio arbitral». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 203.

³¹³ *Ídem*, p. 204.

ARTÍCULO 14

EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral

El convenio arbitral se extiende a aquellos 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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Este precepto no posee concordancia ni antecedente dentro de la normativa nacional ni extranjera. Desde el punto de vista legislativo, el artículo 14 de la Ley de Arbitraje es una novedad.³¹⁴

2. GENERALIDADES

La hasta ahora eterna discusión respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje (referida a si ella es de carácter jurisdiccional, contractual o mixta) ha servido para abordar la problemática que engloba el contenido del artículo 14 de nuestra Ley. Sin embargo, y en aras de un análisis lógico, coherente y, sobre todo, concordante con la Ley y la Constitución de nuestro país, al problema de la diversidad de interpretaciones que se esbozan sobre el particular, comenzaremos señalando que nuestro estudio

³¹⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Extensión del convenio arbitral». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 201.

no tomará de manera categórica como premisa de interpretación una u otra teoría sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, debido a que cada caso en particular merece un análisis distinto, y es que cada característica, por más pequeña que sea, podrá dirigirnos a una solución abiertamente distinta que la asumida por un tribunal arbitral en un caso arbitral que sea «similar». Empero, dejamos claro que la teoría mixta³¹⁵ nos otorgará, en muchísimos casos, una respuesta que será difícilmente rebatida.

Así, en primer término debemos considerar que tradicionalmente se ha entendido que el convenio arbitral solamente afecta a quienes han intervenido en su celebración. De hecho, la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo —cuando estuvo en vigencia la anterior Ley de Arbitraje—, interpretando y aplicando específicamente su artículo 9,³¹⁶ que no era posible extender los alcances del convenio arbitral a quien no lo había suscrito.³¹⁷

En adición a esta postura, resulta pertinente tener en cuenta lo establecido por el artículo 1363 del Código Civil, el cual establece que «Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan

³¹⁵ En una investigación anterior, uno de los autores del presente trabajo abordaba el particular, señalando que la teoría realista (conocida por la doctrina como la teoría mixta) sobre la naturaleza jurídica del arbitraje era la más acertada para explicar este tema. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op cit.*, pp. 33 y ss.

³¹⁶ La Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establecía, en su artículo 9, lo siguiente:

Artículo 9.- «Definición de convenio arbitral

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

[...]. (El subrayado es nuestro).

³¹⁷ Casación n.º 2435-97, de fecha 6 de noviembre de 1998.

(celebran) y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles».

Sin embargo, la enorme casuística desarrollada a nivel internacional y la doctrina³¹⁸ que la ha analizado, pese a que su opinión en este tema no ha tenido una aceptación pacífica, ha señalado que se permite la incorporación de partes no signatarias, es decir de alguien que es parte del convenio 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.³¹⁹

Somos de la opinión de que en el ánimo de favorecer el arbitraje y la comprensión en él de quienes tuviesen ciertos intereses relacionados a las partes que hubiesen celebrado el convenio arbitral, la Ley de Arbitraje vigente incurre en una inconsistencia normativa, conforme será expuesto más adelante. Ello, sin perjuicio de citar la postura de la doctrina extranjera, así como la opinión de quienes están de acuerdo con su contenido y alcances.

3. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL

La jurisprudencia estadounidense tiene en el caso Thompson a su figura más emblemática en lo que respecta a este tema. Caivano³²⁰ sintetiza los

³¹⁸ Como, por ejemplo, REGGIARDO SAAVEDRA, Mario y Álvaro TORD VELASCO. «Los alcances subjetivos del laudo arbitral». En *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, n.º 40, p. 301.

³¹⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Extensión del convenio arbitral». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 202.

³²⁰ CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, pp. 129 y ss.

supuestos, según esta sentencia, en los que los efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un tercero que no lo suscribió. Así, tenemos:

- *Incorporación por referencia.*- Este criterio tiene, en muchas legislaciones de arbitraje, expresa recepción normativa. Así, la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral, luego de disponer que el acuerdo arbitral debe constar por escrito, aclara que se entenderá que este requisito se cumple no sólo cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de comunicaciones y, particularmente, que «la referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato» (artículo 7.2).

En la jurisprudencia estadounidense, se ha interpretado que ello sucede cuando la parte no-signataria del acuerdo arbitral celebró con una de las partes un contrato diferente, mediante el cual «asumió todas las obligaciones y privilegios que nacen de aquél»; y que si la cláusula arbitral está expresamente incorporada a un conocimiento de embarque, los no-signatarios que están relacionados a este último documento por los principios generales pueden ser obligados por aquélla.

- *El asentimiento tácito.*- Por aplicación de este principio, se resolvió que correspondía extender la cláusula a un no-firmante si de su conducta puede inferirse una aceptación tácita de sus efectos. Por ejemplo, si su comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar —ni antes ni durante el mismo— objeción alguna ni rechazar el arbitraje.
- *La relación de «agencia».*- La teoría de la «agencia», en su más amplio sentido, incluye cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra.

- *La «penetración del velo societario»*.- También la teoría de la penetración de la personalidad societaria ha sido utilizada, bajo ciertas hipótesis, para extender los efectos del acuerdo arbitral a un no firmante, cuando éste es, en realidad, el *alter ego* de la parte firmante, dándose así preeminencia a la realidad económica subyacente.

Algunos tribunales federales de los Estados Unidos de América utilizan cuatro factores para determinar cuándo puede penetrarse el velo societario: (a) Gran infra-capitalización de la sociedad en el momento de su formación y durante su vida; (b) Incumplimiento de formalidades propias de las sociedades, tales como carecer de gerentes o directores, de archivos o registros, o no pagar dividendos; (c) Desvíos de fondos de la subsidiaria hacia la matriz o sus accionistas; y (d) Cuando reconocer la personalidad diferenciada puede violar el orden público o proteger a alguien de responsabilidad criminal.

- *El estoppel*.- En otros casos, se aplicó la doctrina del *estoppel*, en consideración de la previa conducta de la parte que resiste el arbitraje, por ejemplo, para rechazar acciones judiciales tendientes a evitar ser llevado a arbitraje, promovidas por quien ha «explo-tado conscientemente el contrato» y «aceptado sus beneficios». La Corte razonó que, quien actuó de ese modo, no puede luego pretender que no está ligado a ese contrato.
- *La «interrelación»*.- Por aplicación de esta teoría se obligó a una compañía a ventilar en sede arbitral sus reclamos contra la controlante de quienes fueran sus cocontratantes, al comprobarse que las controversias con la casa matriz y las que mantenía con sus subsidiarias estaban basadas en los mismos hechos y eran esencialmente inseparables.

De Trazegnies,³²¹ respecto a la práctica internacional, ha señalado que los juristas que se adhieren a la *lex mercatoria* (idiosincrasia, usos y costumbres del mercado) han estado entre los más entusiastas para introducir en el arbitraje a no signatarios en aras de la buena fe comercial, que es la base de la seguridad recíproca y, consecuentemente, del desarrollo del mercado y de los negocios. Obviamente, su acercamiento a esta tesis no deja de ser cauteloso y por ello exigen tres condiciones: que (i) las empresas no signatarias hayan estado involucradas en la operación económica; (ii) esas empresas, aunque no hayan sido signatarias, sean partes efectivas del negocio y, por tanto, estén vinculadas directamente al tema controvertido; y, (iii) esas empresas no signatarias hayan obtenido utilidades o ventajas con el negocio en discusión.

4. EL AMBIGUO CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY DE ARBITRAJE

Como bien señala Fernando de Trazegnies,³²² «los términos de sometimiento de una controversia a un juez y a un tribunal arbitral son bastante diferentes. Mientras que el juez en tanto que ejerce una función jurisdiccional pública puede involucrar a cualquiera en un juicio a pedido de la parte contraria si considera que hay razones suficientes, el árbitro se limita a ejercer una jurisdicción delegada por las partes que lo invistieron con el poder de juzgar y, por tanto, puede pensarse que no podría [...] incluir dentro del arbitraje a quienes no otorgaron el convenio arbitral».

Es evidente que las consecuencias de implicar en un proceso judicial a un tercero son visiblemente distintas que aquéllas que podrían presentarse si se implica a un tercero en un proceso arbitral. En este

³²¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius et Veritas*, revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, n.º 29, p. 18.

³²² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 16.

análisis sólo haremos referencia a este segundo supuesto, pues abordar el primero excedería el propósito de esta obra.

Así, la primera parte del artículo 14 establece la extensión del convenio arbitral a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje 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.

Antes de iniciar el análisis del artículo 14, creemos pertinente reflexionar en torno al concepto de «parte».

Sobre este punto, De la Puente³²³ señala que el concepto de parte no es tan fácil de explicar. Ante una primera posición 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 busca 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 formada 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.

Ahora bien, iniciamos nuestro análisis preguntándonos si cuando la Ley habla de «aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje», ¿tales sujetos deben ser vistos —en realidad— como personas que no se han sometido al arbitraje?

³²³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo I, p. 56.

La pregunta es válida, ya que en materia contractual, y dentro de la sana doctrina de contratos, o hay consentimiento o no hay consentimiento. No existen puntos medios ni aguas tibias.

Como ya se dijo, el artículo 1351 del Código Civil define el contrato como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Si hay consentimiento, la parte ha celebrado el contrato; entonces, en el caso que nos convoca, si hay consentimiento sobre el convenio arbitral, pues, entonces, la parte habría celebrado el convenio arbitral.

Por el contrario, si no hay consentimiento, se considerará que esa parte no integra dicho convenio arbitral.

Entonces, ¿qué situaciones podrían hacer entender que una parte, de acuerdo a la buena fe, habría dado su consentimiento?

Particularmente no creemos en la frase «habría dado». Nosotros creemos en el hecho de que el consentimiento, simplemente, o se dio o no se dio.

De Trazegnies³²⁴ señala que por su origen y naturaleza el convenio arbitral es un contrato. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. El artículo 1363 del Código Civil establece que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan (celebran) y sus herederos. En consecuencia, en tanto que contrato, que se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar, sea por suscripción o por adhesión.

³²⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Op. cit.*, p. 16.

Lo señalado hasta aquí tiene que ser entendido como una premisa general, básica y elemental a partir de la cual se deba iniciar cualquier razonamiento que pretenda incluir a un tercero no signatario en un convenio arbitral.

Resulta claro que someter el tema de un presunto consentimiento (que es lo que concibe el artículo 14 de la Ley), a las reglas de la buena fe implica abrir una Caja de Pandora.

Supongamos la existencia de dos empresas de un mismo grupo económico en donde sólo una de ellas negocia y celebra un contrato. Cabe aquí preguntarse si ¿debería entenderse comprendida a la otra empresa en el convenio arbitral? Es obvio que no. Y ello es así, porque sencillamente esa otra empresa que no suscribió el convenio arbitral no es que no haya negociado de buena fe; simplemente esta empresa nunca negoció el contrato, y si no lo negoció, no lo celebró, y si no lo celebró no debería ser parte en la controversia arbitral; y si no es parte en la controversia arbitral, mal se haría en convocarla para que participe en ella como —sería lo más probable— *litis consorte*.

Todo ello, claro está, no tiene nada que ver con el tema del levantamiento del velo societario, materia distinta y de la que no nos vamos a ocupar en estas páginas, pues de ella no trata el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Reiteramos nuestra posición en el sentido de que la redacción del artículo 14, al tener una fórmula abierta, permitiría que un caso como el descrito sea susceptible de tener otra interpretación, que sería a todas luces injusta y contraproducente con los principios de la administración de justicia en general y del arbitraje en particular.

Hay términos contenidos en el artículo bajo estudio cuyos alcances realmente son bastante dudosos. Así tenemos, por ejemplo, cuando se señala que la «participación haya sido activa y de manera determinante».

Yo puedo haber tenido una participación muy activa con una de las partes que negoció durante largo tiempo un contrato. Las consecuencias de esa negociación llevaron a que el contrato se celebrara, pero no conmigo, sino con un tercero. Entonces, si no se celebró conmigo, no tengo por qué formar parte —como efectivamente no formo— del convenio arbitral; ergo, no formaré parte de la controversia arbitral, porque no suscribí ese convenio arbitral, ya que ni siquiera suscribí el contrato. Entonces, a mí, en caso ocurra algún conflicto entre quienes sí celebraron el contrato que contiene el convenio arbitral, se me tendría que demandar —desde todo punto de vista— ante el Poder Judicial y no ante un tribunal arbitral. Esto sería lo lógico.

La Ley también hace referencia a la necesidad de una «[...] participación activa y determinante en la [...] celebración [...] del contrato».

Queda claro que si una parte participa en la negociación del contrato, pero no en su celebración, debería quedar excluida del contrato y del convenio arbitral que eventualmente se hubiese celebrado.

En cambio, si alguien ha participado en la celebración del contrato, y ese contrato contiene un convenio arbitral, es evidente que esta parte podrá ser convocada en cualquier proceso arbitral, porque simplemente habrá celebrado tal convenio. Por lo demás, su participación se produciría en base al artículo 13 de la Ley y no en base al artículo 14, bajo comentario.

Ahora bien, si esta parte hubiese celebrado el contrato, pero no hubiera celebrado el convenio arbitral, creemos que no se le podría convocar al proceso arbitral, por la sencilla razón de que se deberá respetar el motivo por el que la parte habrá suscrito una relación contractual determinada, dejando de obligarse en otra (en este caso, la que contiene el convenio arbitral) que, a lo mejor, sí celebraron las otras partes que negociaron el contrato.

Además, sería absurdo que en el supuesto en que la parte celebró un contrato que no incluye el convenio arbitral, sino más bien un sometimiento a los tribunales ordinarios, se invoque el artículo 14 de la Ley, para involucrarla, precisamente, en un proceso arbitral. Eso sería un despropósito.

En estos casos, los tribunales arbitrales, naturalmente, si se dedujera la excepción de incompetencia, deberían declararla fundada desde todo punto de vista.

Por otra parte, el precepto bajo comentario señala que esta participación activa y de manera determinante también podría haber ocurrido en la ejecución del contrato.

El tema es algo más complejo, porque podríamos encontrarnos en presencia de un contrato y de un convenio arbitral celebrado por dos partes en el que, sin embargo, en su etapa de ejecución no ha intervenido una de ellas y en sustitución a ella ha intervenido un tercero. También podría ocurrir que dicho tercero haya intervenido, además de las partes contratantes.

La pregunta que se tendría que formular aquí es si ese tercero podría ser convocado o atraído al arbitraje por el tribunal arbitral que conozca la controversia entre las partes que sí suscribieron el convenio arbitral y que sí suscribieron el contrato.

Creemos que, en principio, la respuesta debería ser negativa, porque en estos casos el convenio arbitral simplemente no ha sido celebrado por la parte que ha participado en la ejecución contractual.

No olvidemos que las normas generales del Derecho de Obligaciones permiten la ejecución (pago) por parte de un tercero. Los preceptos en materia de obligaciones y contratos facultan perfectamente a que el

cumplimiento de las obligaciones pueda ser efectuado con el auxilio de terceros o simplemente por terceros.

Ese tercero no subcontratado debe ser ajeno al convenio arbitral.

Pero podríamos encontrarnos ante una relación entre ese tercero y una de las partes que lo ha subcontratado, a efectos de que intervenga en la ejecución del contrato, o con quien tenga una relación comercial en virtud de la cual procede a ejecutar dichas prestaciones contractuales.

Esta situación no tendría necesariamente que colocar a ese tercero dentro de un eventual proceso arbitral, pero admitimos que el tema es discutible.

De otro lado, la norma también alude a las partes que hayan tenido participación activa de manera determinante en la terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado.

En principio, la palabra «terminación» no guarda sintonía con los conceptos del Derecho de Contratos. Este término puede darnos a entender el hecho de que se está terminando de ejecutar el contrato o, según sea el caso, que éste se está resolviendo. La norma no es clara en su redacción y es que cualquiera de las dos interpretaciones mencionadas podría ser la acertada.

Sin embargo, pese a este detalle, debemos preguntar si un tercero que no ha celebrado el contrato ni el convenio arbitral, que participara en la resolución del mismo, pasaría a formar parte del contrato que originalmente no firmó. Ello podría ser así porque si ha participado en la resolución del contrato, tal participación podría obedecer a que, de una u otra forma, tenía relación con el referido contrato.

Pese a esto, lo señalado tampoco debería ser tomado como una regla de oro, porque una persona podría participar en una resolución que sea trilateral, ya que en virtud de otras relaciones jurídicas distintas al contrato que contenía el convenio arbitral, este tercero podría haber adquirido derechos que tengan relación con las partes o haya asumido obligaciones con respecto a ellas a las que, precisamente, en virtud de dicha resolución quiera poner fin. Todo esto, en estricto apego a lo señalado por los artículos 1371 y 1372 del Código Civil.³²⁵

Lo propio se podría decir de la eventual participación de un tercero en una transacción.

Por otra parte, y siguiendo con el análisis del contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje, también nos queda la duda en torno a qué otros terceros podrían considerarse como partes susceptibles de ser atraídas o convocadas a un eventual proceso arbitral.

La norma es tan amplia que, sólo por citar un ejemplo recurriendo a un básico ejercicio mental, creemos que incluso permitiría pensar que los abogados que participaron en la negociación, o terceros que hayan participado en esa negociación asesorando a las partes como peritos o expertos, pudieran formar parte del convenio arbitral.

³²⁵ Artículo 1371.- «La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreveniente a su celebración».

Artículo 1372.- «La rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato.

La resolución se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la sentencia se retrotraen al momento en que se produce la causa que la motiva. Por razón de la resolución, las partes deben restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado en el párrafo anterior, y si ello no fuera posible deben reembolsarse en dinero el valor que tenían en dicho momento. En los casos previstos en los dos primeros párrafos de este Artículo, cabe pacto en contrario. No se perjudican los derechos adquiridos de buena fe».

Esto, sin embargo, sería un contrasentido, en la medida de que en esos terceros nunca habría existido la voluntad de ser parte de contrato alguno, sino simplemente de asesorar a quienes negociaron, celebraron y, tal vez, posteriormente, ejecutaron dicha relación contractual.

Hasta aquí nuestras críticas al contenido y redacción de este artículo.

Pese a la opinión vertida, creemos que existen determinados supuestos en los que sí se podría incluir en el convenio arbitral a un tercero no signatario (es decir, otorgarle la condición de parte no signataria), teniendo en cuenta determinados principios y analizando caso por caso la problemática. Afirmar abiertamente que es posible incluir a un tercero en un convenio arbitral resulta, así, la excepción de una excepción. Nunca deberá tenerse como regla esta estipulación, pese a que la Ley de Arbitraje la haya incluido de manera tan general.

Como señala Bullard,³²⁶ no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no resulta posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar de que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hacen extensivos los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria.

Entonces —ya en palabras nuestras— lo primero que se tendría que demostrar es la calidad de parte del convenio arbitral de esa persona. Caso contrario, no se hallaría ni en alguno de los supuestos del artículo 13, ni del 14 de la Ley. Simplemente, sería un tercero a quien debería emplazarse en los tribunales ordinarios.

³²⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Extensión del convenio arbitral». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. *Op. cit.*, tomo I, p. 209.

5. PRESUPUESTOS QUE SE DEBERÁN CUMPLIR PARA APLICAR EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY

Como ya hemos mencionado, el contenido del artículo 14 no debe ser tomado como una regla general. Jurídicamente hablando, lo sano y lógico es que no se pueda incorporar a un tercero no signatario en un convenio arbitral. Sin embargo, y sólo al momento de analizar cada caso en particular, se podrá aceptar, excepcionalmente, que esto ocurra. Y para que ocurra, precisamente, no deberá ser un tercero, sino parte o signatario del convenio arbitral. En ese sentido, se deberá exigir que se presenten en el caso una serie de presupuestos, a saber:

5.1. *Consentimiento*

Como se sabe, no obstante que el consentimiento es uno solo, éste muestra dos lados, constituido uno de ellos por las voluntades internas de cada parte que no se manifiestan y, el otro, por la exteriorización de ellas, como declaración de voluntad común. Conviene estudiar por separado cada uno de estos lados del consentimiento, siguiendo las enseñanzas del profesor De la Puente y Lavalle.³²⁷

Así, se tiene en primer lugar el lado interno del consentimiento. Para facilitar su estudio se va a considerar que se trata de un contrato en el que hay dos partes, un oferente o grupo de oferentes, y un aceptante o grupo de aceptantes.

Al llegar el momento de celebrar el contrato existen dos voluntades internas, o sea la voluntad interna de cada parte, las cuales pueden haber sido originariamente distintas entre sí, aunque no han tenido necesariamente que serlo. En realidad, se confunde muchas veces el contenido de estas dos voluntades internas de los contratantes. Consecuentemente, llegado ese momento (el de celebrarse el contrato), las voluntades inter-

³²⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo I, pp. 131 y ss.

nas de las partes, con relación al contrato, tienen que ser coincidentes, porque el contenido de la oferta debe ser necesariamente el mismo de la aceptación para que haya acuerdo de voluntades internas. Es cierto que existen dos voluntades internas, pero no es menos cierto que esas dos voluntades quieren consentir, quieren desear la misma cosa, y si no lo logran, si no quieren lo mismo, no habrá contrato.

En estas condiciones, cuando se habla de los dos lados del consentimiento, o sea de la voluntad interna y de la declaración, se está hablando de las dos caras de una misma moneda. La voluntad interna de los contratantes, llegado el momento del contrato, es la misma voluntad que va a ser expresada; precisamente el contrato va a estar constituido por la declaración de esas dos voluntades internas que ya se han unido, mediante la aceptación de la oferta, para constituir una voluntad común.

El acto interno de la voluntad debe ser deliberado, en el sentido de que el contratante debe estar consciente de que mediante la exteriorización de esa voluntad interna se va a formar un contrato.

Por su parte, el lado externo del consentimiento, se presenta cuando las voluntades internas de las partes se encuentran y coinciden por razón de la aceptación de la oferta, dan lugar a una nueva voluntad, que no es distinta en su esencia, o mejor dicho en su contenido, de las dos voluntades internas coincidentes, pero que tienen una característica nueva, que recién aparece, y es la de ser una voluntad común, por ser dos voluntades iguales. El encuentro de las dos voluntades da lugar a una nueva voluntad, que es el resultado, no la suma, de la unión de las voluntades de los contratantes.

Para que exista consentimiento es necesario, pues, que las voluntades internas, que ya son coincidentes entre sí, se manifiesten externamente como definitivamente unidas. Un consentimiento que no se manifiesta es un no consentimiento.

Ahora bien, en abono de nuestra posición en el sentido de que puede resultar un exceso que la Ley permita que un tercero no signatario, esto es, un tercero que no prestó su consentimiento para ser parte de un acuerdo, pueda ser parte de un convenio arbitral, cabe preguntarse ¿cuál será el caso en el que esta excepción pueda ser aplicada?

El mismo Bullard González,³²⁸ pese a estar de acuerdo con el contenido del artículo 14 de la Ley, no tiene una respuesta clara a esta interrogante. Así, señala que:

Durante la discusión del artículo 14 se buscaron identificar supuestos de hecho en que podría entenderse que tal consentimiento podría existir. La Comisión que elaboró el proyecto desistió de tal forma de regular el problema cuando advirtió que era muy difícil contemplar con claridad todos los supuestos posibles. Por eso, cambió la perspectiva y prefirió usar una cláusula general, de texto abierto, para que el intérprete la llenara de contenido. En otras palabras, dejó un texto que permite al intérprete del convenio arbitral definir qué puede entenderse como consentir. De esta manera, el artículo se enmarca dentro de la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina, que se orienta precisamente a buscar cómo la persona pudo consentir, así no haya firmado el convenio o incluso no haya participado necesariamente en su celebración.

Señala Bullard que el intérprete será quien llene de contenido esta cláusula siguiendo la «moda» impuesta por la jurisprudencia y la doctrina. Es decir, dependerá del criterio del árbitro incluir o no a un tercero no signatario en el convenio arbitral.

Esta solución nos parece poco objetiva y creemos que con ella se incentiva la inseguridad jurídica y hasta se podría llegar a hacer un uso indebido y abusivo de ella.

³²⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Extensión del convenio arbitral». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 212.

5.2. Buena fe

Como se sabe, la buena fe se ha impuesto como criterio moralizador del comercio o tráfico jurídico. Acudir a ella supone buscar una fórmula que excede ampliamente el marco jurídico, con un profundo contenido ético que importa un obrar conforme a la honestidad, la lealtad y la previsibilidad. La conducta ajustada a este principio, lógicamente, genera la tan ansiada confianza, que constituye el mejor clima para el desarrollo de negocios jurídicos y es la base de la seguridad jurídica, valor tan arduamente perseguido en todos los tiempos.³²⁹

Ahora bien, el concepto de buena fe tiene una doble dimensión, a saber: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva.

Según Ferreira Rubio,³³⁰ la buena fe subjetiva es la condición de un sujeto en una situación jurídica dada, con referencia al conocimiento o grado de conocimiento que tenga de las circunstancias generales de la misma. La buena fe resulta de cierto estado psicológico, de una convicción sincera del espíritu, que debe estar fundada, por cierto, con moderada razonabilidad, y no en el simple creer candoroso. Consiste en una firme persuasión sobre la legitimidad con que se adquiere y mantiene una determinada situación jurídica.

Por otro lado, la buena fe objetiva es un criterio objetivo de valoración, un estándar o prototipo de conducta, fundado en las reglas objetivas que tipifican la honradez en el comercio o en las relaciones sociales. Se trata del patrón de comportamiento del hombre medio, de la conducta social media, de la de aquél que procede con cuidado y previsión, de conformidad con lo que verosíblemente ha entendido o pudo entender.

³²⁹ DE LOS MOZOS, José Luis. *Derecho Civil. Método, sistemas y categorías jurídicas*. Madrid: Editorial Civitas, s/f, p. 226.

³³⁰ FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. *La buena fe*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1984, p. 80.

En tal sentido, resulta importante determinar si es que la ausencia de buena fe implica necesariamente la presencia de mala fe. Nos hacemos esta interrogante, ya que en la respuesta encontraremos mayores elementos de juicio para ver si es que nos hallamos en el supuesto que regula el artículo 14 o si, por el contrario, el mismo sigue siendo muy lato y, por lo demás, impreciso.

De la Puente³³¹ aborda este tema de manera prolija. Así, señala que:

Objetivamente es posible que se dé fe de algo, sin que ésta tenga que ser necesariamente buena o mala. Así, el notario da fe de determinado acto; el documento auténtico hace fe de su contenido.

La dificultad surge en el campo subjetivo, esto es, si una persona sólo puede actuar de buena o de mala fe, o si es posible que actúe sin verse colocada en uno de esos extremos.

Pienso que en el terreno de la buena fe subjetiva, la persona, sin actuar con dolo o culpa, puede tener dudas sobre la bondad de su derecho, sin llegar a pensar que éste no existe. En este caso, creo que ella no actúa de buena fe, porque no cree que tiene derecho, ni tampoco de mala fe, porque no sabe que no tiene derecho.

En el caso de la buena o mala fe subjetiva, la persona sólo adquiere derechos si actúa de buena fe y sólo los pierde cuando actúa de mala fe. En los casos en que no actúe de buena ni de mala fe no adquirirá derechos ni los perderá.

Algo distinto ocurre en el campo de la buena fe objetiva, pues en el cumplimiento de las obligaciones no hay zonas grises. Si se actúa con la diligencia ordinaria requerida se actúa de buena fe, aun cuando se ineficace la obligación. Si no se actúa con dicha diligencia, se incurre en dolo o culpa (aunque ésta sea leve, que es la omisión de la diligencia ordinaria) y, por lo tanto, se procede de mala fe. Al menos, eso ocurre en el Código Civil peruano.

³³¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo I, pp. 343 y 344.

Ahora bien, un último tema que resulta importante abordar es el relativo a cómo se prueba la buena fe. Es sabido que la buena o mala fe no se pueden presumir. Salvo lo prescrito por el artículo 2014 del Código Civil, que establece una presunción de buena fe del tercero, la Ley de Arbitraje nada dice al respecto.

Es más, creemos que la propia Ley se tiende una trampa, porque al señalar expresamente que «el convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe [...]», no hace sino destruir su propia construcción, en el sentido de que podría bastar con que ese tercero demuestre, con una simple declaración de voluntad, que no tiene el más mínimo interés en ser parte del convenio arbitral, con lo cual, en él no se podrá apreciar el más mínimo atisbo de buena fe, con lo que, según la propia norma, no podría ni debería ser incluido en el convenio arbitral.

Sin duda, en vez de facilitar el arbitraje y difundir su uso, el artículo bajo análisis muestra serias incongruencias e inconsistencias.

Es más, prueba de que no hubo serenidad al momento de concebir este extremo de la norma, es que uno de los miembros que participó en la Comisión³³² ha señalado que este extremo del artículo 14, referido a la buena fe, «fue incorporado al final de la redacción, literalmente el día anterior al envío del proyecto para su aprobación».

Sin dejar de tener presente esta anécdota, existen en el medio local juristas que se han pronunciado defendiendo el concepto de la buena fe en esta figura cuando se la aplica a temas societarios. Así, De Trazegnies³³³ señala que:

³³² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Extensión del convenio arbitral». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 213.

³³³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Op. cit.*, p. 19.

Extender el arbitraje a no signatarios vinculados al grupo económico y que han participado posteriormente en el negocio y además han obtenido ventajas con detrimento de los demandantes parece ser, más bien, un ajustarse sanamente a la intención de las partes. Siendo el convenio arbitral un contrato, la primera regla de interpretación es la prevista en el artículo 1362 del Código Civil: ceñirse a la buena fe y común intención. Lo más importante es la intención, que es el núcleo de lo expresado en el contrato; la buena fe es una forma de evaluar la existencia y el sentido de esa intención de acuerdo a la voluntad real de los contratantes. Por tanto, es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, que justifica [la inclusión de los no signatarios].

Dentro de tal orden de ideas, una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretenda razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta con el objeto de confundir a la parte demandante o de colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en materia de la identidad o del estatus de la obligada por la operación que es materia de la controversia. Y, aun cuando tal conducta no fuera propiamente fraudulenta, se debe proceder a integrar el arbitraje con las partes no suscriptoras cuando el tribunal considere la posibilidad de que pueda haber un abuso del derecho sobre la base de enmascararse con el velo societario.

No obstante, el levantamiento del velo societario es materia distinta al contenido del artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Esta norma es ajena a tal figura, cuya aplicación al caso concreto se derivará de la doctrina que la sustenta y no —precisamente— del artículo 14, que no lo regula.

5.3. Participación activa y determinante

En este punto sólo queda reafirmar que actos de mero apoyo o asesoramiento no pueden ser considerados como determinantes para que un tercero sea incluido en un convenio arbitral. La conducta debe generar la sensación clara de que sería injusto e inadecuado dejar a la

persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir sus consecuencias sería consentir una conducta fraudulenta.³³⁴

5.4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato

Este punto ya ha sido abordado por nosotros en el apartado cuarto del presente análisis, por lo que remitimos al lector a lo allí señalado.

5.5. Pretender derivar un beneficio del contrato

Si algo claramente positivo tiene el artículo 14 es su último extremo. A través de él se establece que se extiende también el convenio arbitral a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Evidentemente, aquí se incluye a todos aquellos terceros que ingresan a la relación contractual de una u otra forma. En el siguiente apartado analizaremos los casos en que este hecho se puede presentar.

6. ALGUNOS SUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY

Ya hemos mencionado, en el apartado destinado a la experiencia internacional sobre este tema, los supuestos en los que según el caso Thompson se podría incluir a un tercero no signatario en un convenio arbitral. Allí se señaló que, eventualmente, y analizando cada caso en particular, podría aplicarse esta doctrina a figuras como:

- (i) Incorporación por referencia;
- (ii) Asentimiento tácito;
- (iii) Relación de agencia;
- (iii) Levantamiento del velo societario;

³³⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Extensión del convenio arbitral». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. *Op. cit.*, tomo I, p. 213.

- (iv) *Estoppel*; y,
- (v) La interrelación.

A continuación ampliaremos esta lista señalando algunos otros supuestos en los que cabría, excepcionalmente, aplicar la tesis bajo análisis. Sin embargo, debemos precisar que la relación que estamos ensayando puede incluir más supuestos; empero, no es propósito de este estudio agotar toda la casuística que sobre este tema se puede presentar.

6.1. *El contrato por persona a nombrar*

El contrato por persona a nombrar es la estipulación en virtud de la cual, al momento de celebrarse el respectivo contrato, una de las partes se reserva el derecho de designar en oportunidad posterior a una tercera persona que asumirá sus derechos y obligaciones derivados de ese contrato.

De la Puente³³⁵ señala que para que pueda hablarse con propiedad sobre la celebración de un contrato por persona a nombrar, es preciso que la estipulación de designación se haga en el propio momento de celebrarse el contrato y no en un momento posterior. Si así se hiciere se estarían, en realidad, celebrando dos contratos: un primer contrato básico, o común y corriente de su tipo, sin peculiaridad alguna; y un segundo contrato, cuyo contenido sería únicamente la estipulación y referencia al contrato básico al que se aplica, que sería el verdadero contrato por persona a nombrar.

Ahora bien, resulta evidente que ese tercero tendrá que aceptar la designación realizada por el estipulante. Aquí, como vemos, hay consentimiento, por ende, existe contrato.

³³⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo III, p. 298.

Podría darse el caso en el que A contrata con B para que éste construya una casa. En el contrato se establece que frente a cualquier inconveniente las partes recurrirán a un arbitraje institucional para solucionar el conflicto. Asimismo se estipula que B tiene la facultad de nombrar a un tercero para que pueda cumplir con la obligación contraída. En efecto, luego de algunos días, B decide hacer uso de esa facultad y nombra a C, quien acepta cumplir con todo lo establecido en el contrato celebrado entre A y B.

Este caso se encuentra regulado por la última parte del artículo 14, referida a que el convenio se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos. En ese sentido, y como ya se demostró, no cabe hacer mayores comentarios al respecto, pues, a diferencia de la primera parte del artículo bajo estudio, la norma es clara y no ofrece lagunas o zonas grises de difícil análisis.

6.2. Cesión de posición contractual

García Amigo³³⁶ señala que la cesión de contrato es el acto jurídico mediante el cual una de las partes originarias de la relación obligacional creada por un contrato (llamada cedente), con el consentimiento imprescindible de la otra parte originaria (llamada cedido), permite realizar la llamada circulación del contrato, es decir, la transferencia a un tercero (llamado cesionario) de la titularidad de dicha relación, la cual permanece idéntica en su dimensión objetiva; de tal forma que a través de esa sustitución negocial del tercero en la posición de parte del contrato, dicho tercero subentra, en lugar del cedente, en la totalidad de los derechos y obligaciones que se derivan del contrato celebrado entre el cedente y el cedido.

³³⁶ GARCÍA AMIGO, Manuel. *La cesión de los contratos en el derecho español*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 80.

Resulta evidente que esta figura representa una herramienta bastante útil para que, mediante un solo negocio jurídico, se transfieran a un tercero todos los créditos, incluyendo los derechos potestativos, y todos los débitos, con sus respectivos deberes secundarios.

En este caso, al igual que en el anterior, la voluntad del cesionario de asumir la titularidad de dicha relación es indispensable. De esta manera, al existir una aceptación, se tiene por cierta la premisa estipulada por la segunda parte del artículo 14 de la Ley.

6.3. Acción subrogatoria u oblicua

El artículo 1219, inciso 4, del Código Civil, otorga al acreedor, ante un deudor negligente e insolvente, el derecho de ejercitar, en vía de acción o para asumir su defensa, los derechos de su deudor, con excepción de los inherentes a la persona de tal deudor o cuando lo prohíba la ley.

Varios son pues los requisitos previstos por la norma bajo análisis que podrían calzar en lo establecido por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

En primer término, que se trate de un deudor negligente, esto es, que el deudor no ejercite un derecho respecto del cual puede y debe accionar o actuar para defenderse. La negligencia es culpa, esto es, falta de responsabilidad para cautelar su patrimonio. Esta culpa o negligencia debe ser cierta, ya que un simple o breve retraso impediría al acreedor inmiscuirse en asuntos ajenos, o sea en los derechos de su deudor.

Luego es imprescindible la insolvencia del deudor, porque en caso contrario el acreedor carecería de legítimo interés para accionar o para asumir su defensa. Una acreencia asegurada por un patrimonio significativo impediría al acreedor invadir los fueros de su deudor para actuar respecto a terceros.

Los otros requisitos son el impedimento que establece la ley para plantear acciones subrogatorias u oblicuas cuando se trata de asuntos inherentes al propio deudor o cuando la propia ley lo prohíbe.

Usualmente las acciones subrogatorias u oblicuas se promueven cuando el deudor, titular de un crédito, por negligencia y no encontrándose en capacidad de satisfacer su obligación ante el acreedor por ser insolvente, no ejercita las acciones destinadas a hacer efectiva esa acreencia con el propósito de incrementar su patrimonio. Pero siendo estos los casos comunes, no son los únicos.

El Código Civil vigente, a diferencia del Código de 1936, introduce un nuevo concepto: el acreedor tiene el derecho de asumir la defensa de los intereses de su deudor negligente e insolvente. Y esta nueva norma es lógica, porque los derechos del acreedor pueden vulnerarse en una doble vía: por inacción, para actuar exigiendo la restitución de un derecho, o por omisión, en la defensa de un derecho.

Sin embargo, en ambos casos el beneficio se convertirá en prenda común de todos los acreedores. Quien ejercite la acción subrogatoria u oblicua no cuenta con privilegios sobre el bien que hizo reingresar en el patrimonio de su deudor; en la misma medida en que tampoco tiene privilegios quien haya evitado, mediante su defensa, la salida de un bien de dicho patrimonio. Por ello la acción subrogatoria u oblicua no se ejercita frecuentemente, más aún cuando en la prelación de derechos el acreedor se encuentra relegado. Entonces, si lo hiciera, los acreedores prioritarios lograrían —como algún tratadista francés lo ha expresado— «que les sacaran las castañas del fuego con mano ajena».

Aunque para el caso de la acción subrogatoria u oblicua el acreedor no necesita recabar autorización judicial previa, creemos que sí estará obligado a solicitar que se cite a su deudor en el arbitraje que se promueva.

Sin perjuicio de lo señalado, reiteramos nuestra posición en el sentido de que cada caso deberá ser cautelosamente estudiado por los árbi-

tros, pues aplicar de manera indiscriminada el artículo 14 podría traernos serios problemas que terminarán siendo ventilados en sede judicial, vía anulación de laudo.

6.4. Cesión de derechos

Mediante la cesión se transmiten los derechos que han sido adquiridos o transferidos en virtud de título distinto, ya sea contractual —una compraventa, por ejemplo— o extracontractual —por ejemplo, la herencia— o cuando una disposición legal así lo ordena.

A su turno, la cesión de créditos no es sino una especie dentro de un género más amplio constituido por la cesión de derechos. Los derechos comprenden no sólo los créditos, esto es, los derechos de obligación de una persona respecto de otra, sino toda clase de derechos patrimoniales transferibles, siempre que no tengan por ley un procedimiento de transmisión distinto.

El artículo 1206 del Código Civil establece que: «La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto.— La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor».³³⁷

Tal como ya ha sido señalado en el análisis de las figuras precedentes, la cesión de derechos en general, y la de cesión de créditos en particular, podrían entenderse como supuestos regulados por el artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

³³⁷ A mayor abundamiento, revisar la obra de OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra Editores, 2008, pp. 411 y ss.

Sin embargo, cabe hacer una distinción, en el sentido de que esta figura, tal como lo señala el segundo párrafo del artículo 1206, se puede hacer aun sin el asentimiento del deudor.

En este caso surgen tres posiciones claramente diferenciadas. En primer lugar, el hecho de que se acepte que en todos los casos de cesión de derechos se permita que el tercero no signatario sea incluido en el convenio arbitral. La segunda tendencia estaría constituida por la idea de que sólo en los casos en que el deudor preste su asentimiento podría incluirse a un tercero en el convenio arbitral. Finalmente, se podría hablar de que no cabe la presencia de esta figura en un caso de cesión de derechos.

Nosotros creemos que el convenio arbitral vincula al cedido, salvo que la cesión no sea válida.

6.5. *Derecho sucesorio*

Tampoco tenemos duda de que la segunda parte del artículo 14 alcanza al Derecho Sucesorio.

Es evidente que, en materia sucesoria, los herederos del causante que hubiese celebrado un convenio arbitral, serán parte del proceso arbitral que eventualmente se produjera en el futuro.

Cabe recordar que la ley anterior (Ley n.º 26572) preveía este supuesto en su artículo 9:

Artículo 9.- Definición de convenio arbitral

[...]

El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

[...].

El artículo 1218 del Código Civil establece un principio claro y unánimemente aceptado: la obligación, salvo cuando es inherente a la persona (*intuitu personae*), lo prohíba la ley o se haya pactado en contrario, se transmite a los herederos. Éste es el principio de la transmisibilidad de las obligaciones. Sin embargo, resulta evidente que si una obligación no puede ser exigida a los herederos de un deudor, por parte del acreedor, tampoco podrá ser exigida por los herederos del acreedor a aquéllos del deudor.

Ilustraremos las excepciones previstas por el artículo 1218 a través de algunos ejemplos:

- *Obligación no transmisible a los herederos por ser inherente a la persona*

Sería el caso de la persona que encarga a un pintor la elaboración de un retrato suyo. Si el pintor fallece, la prestación no se transmite a sus herederos, ya que ellos no podrían cumplir con la obligación, pues ninguno tendría las mismas aptitudes y cualidades de su causante (habida cuenta de que no existen dos personas que tengan idénticas calificaciones artísticas). Aquí estaríamos ante una obligación *intuitu personae* por naturaleza.

- *Obligación no transmisible a los herederos por prohibirlo la ley*

La ley, como fuente de las obligaciones, puede establecer esta limitación. Pero debemos distinguir en este punto dos supuestos claramente diferenciables.

En primer lugar, tenemos a las obligaciones no transmisibles por su naturaleza —traducida ésta en normas legales específicas—. Es el caso del contrato de renta vitalicia (artículo 1937), cuando se prevé: «Si muere la persona cuya vida se designó para el pago de la renta, se extingue ésta sin que exista obligación de devolver los bienes que sirvieron de contraprestación».

En segundo término, existen obligaciones no transmisibles exclusivamente porque la ley así lo establece, pero no por impedirlo su naturaleza. Sería el caso, por ejemplo, del artículo 1733 del Código Civil: «Las obligaciones y derechos que resulten del comodato no se transmiten a los herederos del comodatario, salvo que el bien haya sido dado en comodato para una finalidad que no pueda suspenderse».

- *Obligación no transmisible a los herederos por pacto*

En este supuesto se encontrarán todas las obligaciones no enmarcadas dentro de las dos hipótesis anteriores, pues no se tratará de aquéllas inherentes a la persona ni de las prohibidas por la ley para transmitirse a los herederos. En estas circunstancias nada impide que las partes estipulen la intransmisibilidad de la obligación a los herederos del deudor, del acreedor, o de ambos.

Podría ser el caso de la obligación de pagar una suma de dinero. Esta obligación es transmisible por excelencia a los herederos; pero nada impide que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pacten que ella no se transmitirá en caso de fallecimiento del deudor.

Pero, a pesar de la eventual intransmisibilidad de estas obligaciones, los problemas que comprendan estas relaciones jurídicas deberán ser resueltas en arbitraje, si aquellos contratos contuvieran convenios arbitrales. Esto, dado el principio de autonomía del convenio arbitral.

7. COMENTARIOS FINALES

Antes de concluir nuestros comentarios al artículo 14 de la Ley de Arbitraje nacional, debemos señalar que la primera parte del mismo, que es precisamente aquélla que ha concentrado nuestras críticas, sin duda ha tenido propósitos loables, como lo hemos dicho al principio de esta exposición, consistentes en el hecho de favorecer la inclusión de

más personas o más partes en el proceso arbitral, o que en él se dilucide toda controversia y que no existan litigios paralelos en el fuero ordinario y en el fuero arbitral.

La intención es buena, sin embargo creemos que los tribunales arbitrales deben aplicar con mucho cuidado el contenido del artículo bajo estudio; ello, debido a que si se atrajeran a los arbitrajes a terceros (considerándolos como «partes no signatarias») contra su voluntad de manera indiscriminada, el destino de dichos procesos sería la impugnación de las decisiones que emitan esos tribunales arbitrales. Y no sólo eso, pues nos atreveríamos a afirmar que la validez del laudo podría discutirse con mucho éxito en sede judicial por los terceros que sean obligados a formar parte del proceso arbitral.

Decimos que esos terceros podrán tener éxito, porque podrían presentarse violaciones del debido proceso, y no sólo eso, ya que en caso de que sus reclamos frente a los tribunales ordinarios en materia de anulación de laudo no prosperasen, tendrían expedito su camino para recurrir a las acciones de garantía, específicamente la acción de amparo, por violación del debido proceso y el apartamiento de la jurisdicción ordinaria.

Así es la vida del Derecho: confrontar continuamente posiciones probables que cada parte considera ciertas desde su punto de vista, pero cuya verdad legal sólo será definitivamente establecida con la cosa juzgada.³³⁸

³³⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». *Op. cit.*, p. 22.

ARTÍCULO 15

RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES

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 éste 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 éste 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 éste último es por escrito y está firmado por las partes.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

El artículo 15 de la Ley de Arbitraje tiene como antecedente inmediato el artículo 11 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, el cual establecía lo siguiente:

Artículo 11.- Convenios arbitrales y relaciones jurídicas estándares
Sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en

Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria. Se presumirá, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral era conocible si se cumple con alguno de los siguientes supuestos:

1. Fue puesto a conocimiento del público mediante adecuada publicidad.
2. Si las condiciones generales que incluyen el convenio arbitral se hallan insertas en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por ambas partes.
3. Si las condiciones generales, a pesar de no estar reproducidas en el cuerpo del contrato principal, están reproducidas en el reverso del documento y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste es por escrito y firmado por la otra parte.
4. Si el convenio arbitral se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, pero se hace referencia en el cuerpo del contrato principal a la existencia del arbitraje y este (sic) es por escrito y firmado por la otra parte. Si se estableciera que el convenio arbitral no fue conocido o conocible por la contraparte al momento de la celebración del contrato, el estipulante del convenio arbitral no podrá exigir su aplicación, salvo que posteriormente su contraparte lo acepte expresamente y por escrito. Empero, la contraparte sí podrá exigir la aplicación de dicho convenio arbitral, así éste no hubiera sido inicialmente conocido o conocible.

2. SOBRE EL CONCEPTO DE RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES

La Ley habla de relaciones jurídicas estándares. Por ellas se debe entender lo que comúnmente se conoce como contratación en masa. En ese sentido, y antes de iniciar el estudio del artículo 15 de la Ley de Arbitraje, creemos necesario realizar algunas precisiones de índole dogmática en torno a los alcances y limitaciones de estas figuras contractuales.

Para tales efectos, repasaremos brevemente el contenido de los artículos 1390, 1392 y 1398 del Código Civil.

El artículo 1390 regula lo referido a los contratos por adhesión. Dicha norma establece lo siguiente:

Artículo 1390.- El contrato es por adhesión cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar.

La situación del mercado en el que se ha generalizado la contratación en masa respecto de los bienes y servicios ofrecidos, así como la distribución de los poderes económicos, que fractura el principio de igualdad entre las partes, han originado una serie de cambios en las formas de contratar y en la misma manera en que el contrato es concebido.

Dos son los aspectos característicos de este fenómeno: el primero, la necesidad de que una parte establezca todo el contenido contractual, siendo eventualmente quien ofrece los productos o servicios; el segundo, consiste en la necesidad de excluir toda posibilidad de negociación: tómalo o déjalo.

Así, en muchos contratos la fase previa de negociación ha desaparecido; de otra se tiende a una estandarización de todos los contratos a través del establecimiento de reglas, pretendidamente generales, que alcanzan a los que pertenecen a un mismo tipo de operaciones económicas, reglas que las partes económicamente fuertes utilizan a la hora de contratar, con la agilidad que se logra con ello.³³⁹

Alberto Trabucchi³⁴⁰ define los contratos por adhesión como aquellos contratos que se forman en base a un esquema preestablecido por

³³⁹ GETE-ALONSO, María del Carmen. «La formación del Contrato». En *Manual de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, p. 567.

³⁴⁰ TRABUCCHI, Alberto. *Instituciones de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. 2, pp. 184 y 185.

uno de los contratantes, y cuyo texto no puede ser generalmente discutido por la otra parte (cliente).

Dichos contratos responden, en opinión de Trabucchi, a la exigencia de una rápida conclusión de los contratos, por el gran número de contratantes, y por la necesidad de unificar el contenido de las relaciones semejantes que contienen.

Por su parte, María del Carmen Gete-Alonso³⁴¹ define la figura enfatizando la posibilidad de que el predisponente tome ventaja de su posición e incluya cláusulas abusivas respecto de los intereses del adherente:

Reciben la calificación de *contratos de adhesión* aquellos en los que el aceptante no tiene la oportunidad de modificar la oferta contractual, en cuanto ésta ya determina el contenido del contrato, y se ve abocado, si quiere contratar, a adherirse a aquélla. El contenido del contrato se encuentra prefijado por la otra parte y puede conducir, su rigidez, a que en el mismo la parte dominante (que lo impone) introduzca cláusulas abusivas que perjudiquen al adherente y a las que éste no puede sustraerse. Se caracteriza por su automatismo en el momento de la contratación y por la predisposición que de su contenido efectúa la parte contratante más fuerte.

Según De la Puente,³⁴² el contrato por adhesión presenta cinco características.

La primera característica consiste en que el contrato es configurado exclusivamente por una de las partes, no existiendo en la otra, libertad de configuración interna. La segunda característica consiste en que la

³⁴¹ GETE-ALONSO, María del Carmen. «La formación del Contrato». En *Manual de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, p. 568.

³⁴² DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo I, pp. 661 y ss.

oferta no puede ser discutida. Así, o se aceptan o se rechazan todas las estipulaciones: o lo tomas o lo dejas. En tercer lugar, el oferente se encuentra en una situación de poderío. Goza del poder de disponer la provisión de bienes o servicios que son necesarios para el destinatario. Como cuarta característica, De la Puente señala que el destinatario de la oferta o de la invitación a ofrecer debe considerarse necesitado del bien o servicio. Y, en quinto lugar, indica que la oferta contiene estipulaciones que agravan la situación del destinatario.

Por otro lado, el artículo 1392 regula lo relativo a las cláusulas generales de contratación. Así, dicho numeral establece lo siguiente:

Artículo 1392.- Las cláusulas generales de contratación son aquéllas redactadas previa y unilateralmente por una persona o entidad, en forma general y abstracta, con el objeto de fijar el contenido normativo de una serie indefinida de futuros contratos particulares, con elementos propios de ellos.

Los contratos por adhesión se estructuran, comúnmente, sobre la base de las denominadas condiciones o cláusulas generales de contratación, que se definen esencialmente por haber sido concebidas con carácter uniforme para un número indeterminado de futuros contratantes.

María del Carmen Gete-Alonso³⁴³ parte de una definición: «Las condiciones generales de los contratos son las cláusulas que, de antemano, fija la parte contratante fuerte y que pretende incluir en todos los contratos, de manera general, que lleve a cabo en el futuro, es decir, constituyen el contenido del denominado contrato de adhesión».

Díez-Picazo y Gullón³⁴⁴ destacan, entre las características de las cláusulas generales de contratación su carácter unilateral; su necesidad

³⁴³ GETE-ALONSO, María del Carmen. La formación del Contrato. En *Manual de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, p. 568.

³⁴⁴ Díez-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Editorial Tecnos, 1976, vol. I, p. 120.

en la vida económica moderna en la que, señalan con acierto, no es posible la discusión del contenido de cada contrato con cada cliente, al impedirlo la contratación masiva y las exigencias de uniformidad que se derivan de la planificación empresarial en todos los órdenes, y su evidente imposición en la inmensa mayoría de los casos a los hipotéticos contratantes, que no poseen otra libertad contractual más que para aceptarlas o rechazarlas.

Su existencia —resalta Gete-Alonso— obedece al carácter uniforme de la contratación que se produce debido a la masificación del mercado. Normalmente, además, la presencia de las condiciones generales se produce en contratos en los que una parte es una empresa o profesional que actúa en tal condición y la otra un particular (parte débil) y no puede sustraerse, en la realización de los contratos, a las mismas si quiere, efectivamente, contratar. Aunque las condiciones generales se producen, normalmente, en el ámbito del consumo (es el consumidor o usuario quien se ve afectado por ellas), sin embargo, también alcanzan a personas y contratos que no entran dentro de la calificación de consumo (así, cuando la parte contratante débil es otra empresa o profesional, generalmente menos potente económicamente).

Consideramos oportuno señalar que estas cláusulas contienen condiciones que se insertan en el contrato, regulando el contenido total o parcial del mismo. De esta manera, dentro de un contrato que incluya cláusulas generales de contratación se pueden distinguir a aquellas condiciones generales —iguales para todos los contratos del mismo tipo—, de aquellas condiciones particulares que se elaboran específicamente para cada contrato, siendo fruto de la negociación de las partes contratantes y que, en ocasiones, pueden dejar sin efecto alguna de ellas.

En tal sentido, precisa De la Puente³⁴⁵ que son cláusulas especiales en los contratos celebrados por cláusulas generales de contratación,

³⁴⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo I, pp. 702 y 703.

aquéllas que varían de contrato a contrato. Las cláusulas especiales pueden ser prerredactadas o fruto del debate o negociación previa.

La normativa respecto de las cláusulas generales de contratación se estructura sobre dos ejes, los mismos que constituyen sus objetivos o fines:³⁴⁶ establecer reglas que permitan y aseguren que el consentimiento de la parte contratante débil (consumidor o no) es libre, consciente y conoce el alcance de las obligaciones que asume, y la previsión del régimen de su eficacia o ineficacia en relación al contrato celebrado. Así como reforzar los criterios a tener en cuenta a la hora de interpretar el contrato, de manera tal que el adherente no resulte perjudicado por éste.

Ahora bien, siguiendo a De la Puente,³⁴⁷ podríamos señalar la existencia de cinco diferencias notables entre las cláusulas generales de contratación y los contratos por adhesión.

La primera diferencia consistiría en que en los contratos por adhesión, el contratante que no los redacta carece de libertad contractual, en tanto que en las cláusulas generales de contratación, ese contratante conserva parte de dicha libertad.

En segundo lugar, los términos de los contratos por adhesión pueden variar de contrato en contrato, en tanto que los términos de los contratos celebrados con cláusulas generales de contratación, no.

Sin embargo, disintimos de este parecer, en la medida de que tanto el contenido de un contrato por adhesión, como de las cláusulas generales de contratación pueden ser todo lo rígidos que uno pueda imaginar, como también susceptibles de variar con respecto a contratos futuros, en caso la parte que ha prerredactado dichos contratos decida modifi-

³⁴⁶ GETE-ALONSO, María del Carmen. «La formación del Contrato». En *Manual de Derecho Civil. Op. cit.*, vol. I, p. 569.

³⁴⁷ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Op. cit.*, tomo I, pp. 719 y ss.

carlos para los demás contratos que desee celebrar. Es obvio que tanto el contenido de los contratos por adhesión y de las cláusulas generales de contratación no es inmutable, a pesar de tener vocación de permanencia en el tiempo. Ambos, sin duda, están hechos para durar, pero el que estén hechos para durar, no significa que duren, pues la parte que los ha prerredactado puede constatar su inutilidad o la conveniencia de variar su contenido.

De la Puente sostiene como tercera diferencia de los contratos por adhesión y las cláusulas generales de contratación, que los términos de los contratos por adhesión pueden ser determinados en función de la personalidad y situación de cada contratante. En cambio, las cláusulas generales de contratación son de aplicación uniforme a todos los futuros contratos particulares.

En cuarto lugar, De la Puente señala que en el contrato por adhesión existe la sumisión de una parte a la voluntad de la otra, en tanto en las cláusulas generales de contratación no hay tal situación.

En quinto y último lugar, el contrato por adhesión es fruto del ejercicio del poder de uno de los contratantes, ya sea debido a una situación de monopolio o privilegio. En cambio, el contrato celebrado con cláusulas generales de contratación responde a las necesidades de la contratación en masa de bienes y servicios.

Como habrá podido apreciar el lector, de acuerdo a nuestra concepción con respecto a los contratos por adhesión y a aquéllos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación, estimamos que el elemento común en ambos es la rigidez de la oferta, existiendo una rigidez absoluta en los contratos por adhesión y cierta flexibilidad en cuanto al contenido, en los contratos celebrados con arreglo a cláusulas generales de contratación.

Finalmente, el artículo 1398 del Código Civil prescribe que:

Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

El artículo transcrito representa el primer gran mecanismo de protección asumido por nuestro sistema, el cual consiste en señalar una lista taxativa de cláusulas que la ley considera inválidas en estos contratos en masa, pero que en los contratos paritarios, podrían ser válidas. Este mecanismo, en principio y partiendo de una interpretación literal, únicamente funciona en el caso de cláusulas no aprobadas que favorezcan al pre-redactante.

Resulta por demás evidente que la aprobación administrativa no puede convertir en lícita o válida una cláusula que siempre sería ilegal o nula (cláusulas que están prohibidas para cualquier contrato).

Así, en el artículo 1398 se regula el tema de las cláusulas vejatorias o leoninas, que pueden ser normales o comunes en otros contratos, pero que son inválidas en los contratos en masa.

El numeral 1398 se aplica únicamente a cláusulas no aprobadas, pero como el artículo presenta algunos defectos en su redacción, podría entenderse que se aplica también a las aprobadas, puesto que se refiere a los contratos por adhesión, que son todos aquellos que se celebran con cláusulas generales (sean aprobadas o no). El legislador debió ser más exacto y establecer que la norma se aplicaba a los contratos por adhesión en base a cláusulas generales no aprobadas.

De esta manera, como se deduce del propio texto del artículo 1398 del Código Civil, el control de las cláusulas vejatorias por él impuesto,

se extiende tanto a los contratos celebrados por adhesión como a las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente.

Atilio Aníbal Alterini³⁴⁸ destaca que el discurso jurídico descalificador de las cláusulas abusivas, y de las condiciones generales írritas, tiene un alto voltaje ético: en él aparecen la moral, las buenas costumbres, el imperativo de buena fe, las riquísimas nociones del error y del dolo (engaño), del ejercicio regular de los derechos, de la lesión, de la debilidad jurídica. Tales cláusulas abusivas son naturalmente inaceptables para el Derecho común, tanto en los contratos de empresa como en cualquier contrato.

La protección que el artículo 1398 del Código Civil peruano otorga a la parte que no estipula los contratos por adhesión se restringe a la prohibición de las siguientes cláusulas:

- Invalidez de estipulaciones que establezcan exoneraciones o limitaciones de responsabilidad.
- Invalidez de estipulaciones que establezcan facultades unilaterales de rescisión o resolución del contrato.
- Invalidez de estipulaciones que establezcan prohibiciones de oponer excepciones.
- Invalidez de estipulaciones que establezcan prohibiciones de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.

Una de las preguntas que resulta ineludible formular en lo que respecta al tema de las cláusulas vejatorias, es la relativa a si la enumeración hecha por el artículo 1398 del Código Civil constituye un *numerus clausus*, vale decir, si es cerrada o si, por el contrario, existen otras cláusulas no enumeradas como vejatorias, pero que en realidad sí lo son.

³⁴⁸ ALTERINI, Atilio Aníbal. *Bases para armar la teoría general del contrato en el derecho moderno*. En http://www.alterini.org/fr_tonline.htm (visitado el 25-10-2011, a las 20:30 horas).

Consideramos que el segundo supuesto es el que se impone.

La legislación y la doctrina extranjeras consideran que existe una serie de cláusulas que también son vejatorias, tales como establecer la derogación de competencia jurisdiccional; la elección por parte del predisponente de la ley aplicable; la caducidad de derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico; la reserva de propiedad en las ventas a plazos; la tácita reconducción del contrato por períodos largos; la renuncia al derecho al saneamiento por vicios ocultos; la renuncia al derecho al saneamiento por evicción; la estipulación de cláusulas penales excesivas; las restricciones a la libertad contractual de la contraparte en sus relaciones con terceros; la exclusión y limitación de garantías; entre otras.

Señala De la Puente³⁴⁹ que existen dos criterios para considerar a una cláusula como vejatoria: si ella ha sido redactada en beneficio del predisponente; y si ha sido redactada en perjuicio o a cargo de la contraparte.

Considera el citado profesor que existen dos posibilidades con respecto a la solución más conveniente para evitar la presencia de cláusulas vejatorias: una primera consiste en establecer una regla general y una segunda en enumerar las cláusulas que tienen este carácter.

A criterio de De la Puente, la solución idónea es la de establecer una lista negra, respaldada por una regla general.

Estimamos que la solución adoptada por el Código nacional es, en principio, correcta, pues ha establecido dicha lista negra en el artículo 1398, pero en ningún momento señala que las ahí contempladas sean las únicas cláusulas vejatorias existentes, razón por la cual resulta claro que la interpretación que hemos seguido en este trabajo, en el sentido de considerar la posible existencia de otras cláusulas vejatorias, reviste plena validez.

³⁴⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo I, pp. 726 y 727.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí servirá de base para nuestros comentarios al contenido del artículo 15 de la Ley de Arbitraje, el cual se encuentra íntimamente vinculado con los conceptos antes mencionados, pese a que cierto sector de la doctrina señala que el legislador arbitral afortunadamente ha tomado distancia del anacrónico proteccionismo que subyace en el artículo 1398 del Código Civil.³⁵⁰

3. ALCANCES DEL ARTÍCULO 15 DE LA LEY DE ARBITRAJE

El inciso 1 de esta norma señala que 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.

Esta norma debe ser interpretada concordándola con lo establecido por el artículo 1393 del Código Civil, norma relativa a las cláusulas generales de contratación aprobadas por la autoridad administrativa, las cuales se incorporan automáticamente a todas las ofertas que se formulan para contratar con arreglo a ellas, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 1395, supuesto en el que las partes convienen expresamente que determinadas cláusulas no se incorporen a la oferta.

En estos casos, la pregunta que habría que responder está referida al hecho de si los convenios arbitrales contenidos en cláusulas generales de contratación aprobadas administrativamente, se incorporan de manera

³⁵⁰ Cfr. O'NEILL DE LA PUENTE, Cecilia. «Relaciones jurídicas estándares». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Op. cit., tomo I, p. 237.

La citada profesora interpreta el contenido del artículo 1398 del Código Civil considerándolo una norma del tipo *numerus clausus*. He ahí su disconformidad, la cual es perfectamente entendible y atendible. Sin embargo, y como ya lo hemos mencionado, nada obsta para que vía interpretación se puedan incluir más cláusulas vejatorias dentro de los alcances de dicha norma.

automática a todas las ofertas que se formulen, con independencia de su conocimiento.

La respuesta podría ser afirmativa porque, más allá de la ubicación de las normas relativas al convenio arbitral (es decir, la Ley de Arbitraje), no olvidemos que el convenio arbitral, por más autonomía que tenga, generalmente forma parte de un contrato y las normas sobre la celebración del contrato y el consentimiento se encuentran reguladas en el Código Civil, razón por la cual creemos que este código sería una norma de plena aplicación al caso.

En adición a lo señalado, recordemos que el artículo 1397 señala que las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se incorporan a la oferta de un contrato particular cuando sean conocidas por la contraparte o haya podido conocerlas usando una diligencia ordinaria; y agrega que se presume que la contraparte ha conocido las cláusulas generales de contratación cuando han sido puestas a conocimiento del público mediante adecuada publicidad.

Como se puede apreciar, el artículo 1397 tiene directa relación con el inciso 1 del artículo 15 de la Ley de Arbitraje, por cuanto trata acerca de cláusulas no aprobadas administrativamente. Es más, se repite casi textualmente el contenido del primer párrafo del artículo 1397.

De esta manera, con respecto a la posibilidad de conocimiento de las cláusulas generales de contratación, sostiene De la Puente³⁵¹ que ello impone dos deberes a las partes.

El primero de dichos deberes es el relativo a la carga de cognoscibilidad. Ella impone al predisponente el deber de exteriorizar las cláusulas generales de contratación prerredactadas; ponerle en conocimiento su existencia y hacérselas accesibles. Debe hacerse inteligible para la otra parte.

³⁵¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. Op. cit., tomo I, p. 772.

El segundo deber, según De la Puente, es la carga de diligencia. Refiere que una vez que el predisponente ha cumplido con la carga de cognoscibilidad, la otra parte debe ser diligente, ya que las cláusulas generales de contratación se incorporan a la oferta si esta parte ha podido conocerlas.

Sostiene que el contratante tiene el deber de procurar conocer dichas cláusulas. En Italia es la denominada diligencia del buen padre de familia.

En el Perú no se podría entrar a analizar las consideraciones personales de cada contratante, pues la medida de diligencia ordinaria debe entenderse referida a un criterio de normalidad (lo normal para la masa de adherentes). Ello, según De la Puente, significa que no se requiere de un particular esfuerzo ni competencia especial.

Por otra parte, el inciso 2 del artículo 15 establece disposiciones más específicas que las contenidas en el inciso 1.

El literal a) del inciso 2 señala que se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido 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.

Sobre este supuesto, creemos que resulta innecesario realizar mayor comentario, pues su contenido es bastante claro y muy sencillo. Sólo diremos que en este caso no se habla de un convenio arbitral por referencia.

El literal b) establece que se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido 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.

Vale decir, en este supuesto en el contrato principal no se encontrará el propio convenio arbitral, sino más bien tal convenio estará en las condiciones generales reproducidas en el reverso del documento principal. Sin embargo, cabe señalar que en el documento principal sí se deberá hacer mención a la existencia del convenio arbitral, mas no a su texto.

Bastaría esta referencia y el hecho de que se encuentre inserto en el reverso, dentro de las condiciones generales, a efectos de que se considere que las partes tuvieron pleno conocimiento del convenio arbitral sin admitirse prueba en contrario.

Finalmente, tenemos lo dispuesto en el literal c) del inciso 2 del artículo 15 de la Ley de Arbitraje, norma que establece que se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido 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.

La lógica del literal c) es la misma que la del literal b) del inciso 2 del artículo 15, en la medida en que se basa en la idea de que las partes conocen de la existencia de un convenio arbitral, ya que el mismo se encuentra en el texto del contrato principal, independientemente de que el texto del convenio arbitral —y aquí ya sería una cuestión accesorio— se encuentre incluido en las condiciones estándares separadas del contrato.

Éstas serían las típicas condiciones generales de contratación, que muchas veces se encuentran adheridas, engrapadas o anexas al contrato principal.

ARTÍCULO 16

EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

Artículo 16.- *Excepción de convenio arbitral.*

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Al antecedente inmediato del artículo 16 de la Ley de Arbitraje se encuentra contenido en el artículo 16 de la derogada Ley General de Arbitraje de 1996. Dicha norma establecía lo siguiente:

Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral

Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. Vencido el plazo correspondiente se entiende renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral.

Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el artículo 1.º. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo.

Dentro de la legislación extranjera, podría acercarse al contenido de nuestro artículo 16, lo establecido por el numeral 22 de Ley de Arbitraje española, el cual señala que:

Artículo 22.- Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia.

1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros

que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral.

De la misma forma, la Ley Modelo Uncitral establece, con similar redacción que la que posee la Ley española, lo siguiente:

Artículo 16.- *Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia*

- 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.
- 2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción

por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación.

La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

- 3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.

Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

2. GENERALIDADES

Antes de iniciar el estudio del artículo 16 de la Ley de Arbitraje, es necesario recordar los conceptos que engloba el tema de los efectos del convenio arbitral.

De esta manera, la doctrina ha clasificado en dos los efectos del convenio. El efecto positivo y el efecto negativo.

El efecto positivo tiene rasgos contractuales. Éstos se traducen en la decisión tomada por las partes para someter a arbitraje cualquier conflicto de intereses que surja de la celebración de un contrato. Cabe recordar, asimismo, que este efecto se encuentra relacionado a una serie de principios básicos del Derecho, a saber: autonomía de la voluntad, reciprocidad y buena fe.

Por otro lado, el efecto negativo del convenio arbitral implica que el juez que de otra manera sería competente, se encuentra impedido de conocer una controversia amparada por un convenio arbitral.

González de Cossío³⁵² señala, sobre este punto, que para asegurar plenamente la facultad de los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia, es necesario no solamente excluir todo control directo por el juez, sino también darle la facultad a los tribunales arbitrales de decidir antes que la jurisdicción estatal, a quien se le ha presentado una demanda que abarca el mismo litigio que ha abarcado el acuerdo arbitral. Tal es el efecto negativo: impedir a los tribunales estatales conocer de una controversia cuando exista (aunque sea *prima facie*) un acuerdo arbitral. Ello incluye la prohibición de resolver sobre la existencia o la validez de dicho acuerdo arbitral antes que los árbitros mismos hayan tenido la ocasión de pronunciarse al respecto.

Roque Caivano,³⁵³ siguiendo esta misma línea, señala que «[el convenio arbitral] produce el efecto de sustraer cierta categoría de litigios de la jurisdicción de los jueces ordinarios, otorgándosela en su reemplazo a particulares que temporalmente se hallan investidos de similares funciones. Por imperio de la voluntad de las partes se sustituye la jurisdicción estatal por una privada».

Dentro de tal orden de ideas, a continuación abordaremos el análisis del contenido del artículo 16 de la Ley de Arbitraje.

3. ALCANCES DEL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 16 DE LA LEY

En materia procesal la doctrina interpreta muchas de las actuaciones en base a dos principios fundamentales: acción y contradicción.

³⁵² GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 140.

³⁵³ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 115.

El derecho de acción es el poder jurídico de reclamar la prestación de tutela jurisdiccional. Es un derecho subjetivo procesal que se dirige al juez para solicitar la puesta en movimiento de la actividad judicial y obtener un pronunciamiento jurisdiccional al margen de que ampare o no la pretensión interpuesta.

A su turno, la contestación de la demanda permite la posibilidad de contradecir o no la demanda. Ésta es sólo una facultad y se agota en la mera posibilidad del ejercicio de la contradicción.³⁵⁴

Ambas figuras se manifiestan a través del derecho a la defensa.

Asimismo, cabe recordar que existen las denominadas defensas de forma y las defensas de fondo. Las primeras están referidas al cuestionamiento de la ausencia o presencia defectuosa de algún presupuesto procesal o condición de la acción. Las segundas se darán cuando se conteste directamente la pretensión postulada en una demanda (ambos conceptos son mucho más amplios y revisten características especiales; sin embargo, consideramos que con lo señalado basta para entender el tema que nos aboca).

La doctrina procesal es unánime al señalar que las excepciones se tramitan vía defensas de forma.

En ese sentido, recordemos lo prescrito por el inciso 1 del artículo 16 de la Ley, el cual señala lo siguiente: «[...] Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje. [...]».

³⁵⁴ A mayor abundamiento, revisar las consideraciones que sobre el tema expone Marianella Ledesma Narváez (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. 3ª edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2011, tomo I, pp. 61 y ss.).

Éste es el típico supuesto en el cual una de las partes busca sustraerse de los alcances del convenio arbitral y decide recurrir al Poder Judicial demandando a su contraparte en esa jurisdicción ordinaria.

Evidentemente, allí la parte demandada podrá deducir la excepción de convenio arbitral, en la medida en que dicha controversia amerita ser discutida en la vía ordinaria y no, precisamente, en la vía arbitral.

Así, lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 16, en el sentido de que dicha excepción procederá aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje, resulta idónea, y es que la finalidad de la excepción no es señalar que hay un proceso arbitral en curso, sino que la materia debe ser discutida en un proceso arbitral.

El inciso 2 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje señala que la excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

Como se puede observar, esta norma constituye, básicamente, una herramienta de orden procedimental y en su contenido se aprecia la importancia de que el artículo 13 de la Ley exija la formalidad escrita del convenio arbitral (aunque bastante relajada, por cierto, como hemos podido apreciar y comentar). De la misma forma, refuerza el hecho de que la existencia del convenio arbitral debe ser incontrovertible.

Esto abona la tesis señalada por nosotros en el sentido de que no debe flexibilizarse tanto —como, de hecho lo está haciendo ya en algunos casos de manera innecesaria el artículo 13 de la Ley de Arbitraje— la asimilación de formalidades que se consideren similares a la formalidad escrita. Esto, porque en casos como el del inciso 2 del artículo 16, cuando se tenga que deducir una excepción de convenio arbitral, la misma deberá ser lo suficientemente clara para la magistratura ordinaria, en

el sentido de que no exista duda acerca de que la controversia debe ser discutida en sede arbitral y no judicial.

Por otra parte, debemos hacer mención a que el inciso 3 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje, señala que la excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo el primer caso, cuando el convenio fuese manifestamente nulo.

Esta norma resulta importante, por cuanto obliga a los jueces a declarar fundada la excepción de convenio arbitral, en tanto se acredite su existencia. Es decir, el juez no va a ingresar al estudio del convenio arbitral. No tiene por qué hacerlo.

Sin embargo, creemos que se ha hecho bien al recoger la tesis de las nulidades manifiestas, dejando a salvo la facultad al juez para que, a pesar de la existencia de un convenio arbitral, si éste es manifestamente nulo, declare infundada la excepción de convenio arbitral.

Como se sabe, un convenio arbitral manifestamente nulo sería aquél, por ejemplo, que faculte la determinación de todo el tribunal arbitral a una de las partes, o, según sea el caso, contenga situaciones que pongan en evidencia una inequidad absoluta. En esos casos, el convenio arbitral sería manifestamente nulo.

Es evidente que lo señalado por este inciso constituye un gran avance, en la medida de que resultaría inútil seguir un proceso arbitral que al final se vendría abajo por la nulidad de la cláusula arbitral. Sería mejor, en estos casos, que si se declara infundada la excepción del convenio arbitral, por tratarse de un convenio arbitral manifestamente nulo, el proceso se siga ante el Poder Judicial y ya no ante el tribunal arbitral. Actuar de otra forma sería una pérdida de tiempo, porque el proceso arbitral luego culminaría con un laudo que sería impugnado por una de las partes, quien solicitaría su anulación, hecho éste que sería bastante

probable de lograr. Recordemos que una de las características del arbitraje y el motivo por el que las partes recurren a él, es la celeridad que ofrece en el proceso.

Ahora bien, el inciso 4 del artículo 16 encierra una serie de supuestos que a continuación vamos a estudiar.

Se parte de la premisa de que estamos ante un arbitraje de orden internacional. Así, se habla de dos hipótesis. La primera referida a si el arbitraje no se hubiera iniciado, y la segunda relativa al hecho de que éste ya se inició.

Tal como señala la norma, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia.

Sobre este punto, hacemos de aplicación *mutatis mutandis* los comentarios vertidos con ocasión del análisis del inciso 3, en el sentido de que resulta adecuado facultar al juez para que deje sin efecto un convenio arbitral que padece de las denominadas nulidades manifiestas. Cabe anotar que dichas nulidades deben guardar íntima relación con la normativa elegida por las partes para que rija el convenio arbitral o aquéllas que se vayan a aplicar a la resolución del fondo de la controversia.

No obstante, y siempre siguiendo con este primer supuesto, la norma señala que pese a que el convenio arbitral sea manifestamente nulo debido a la normativa elegida por las partes para regirlo o para resolver la controversia, si este convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el Derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Lo señalado en este extremo resulta adecuado debido a que el tema de la nulidad constituye materia no disponible por las partes. Así, se podría pensar que en determinado país X constituye un supuesto de nulidad

que en nuestro país no lo es. Entonces, deberá primar lo señalado por la normativa nacional. Por otro lado, debemos recordar el principio que reza que sólo serán nulos los actos jurídicos que contravengan las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, así como aquellos supuestos expresamente establecidos en la ley.

La segunda hipótesis que contiene el inciso 4 del artículo 16 se refiere al hecho de que el arbitraje ya se hubiera iniciado. En este caso, dice la norma, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifestamente el orden público internacional.

Fabián Novak³⁵⁵ señala, respecto al orden público, que desde el punto de vista de su materia o contenido, el orden público concierne a la protección de los intereses esenciales del Estado o de la sociedad o comunidad y a los cimientos jurídicos que sostienen el ordenamiento material y moral de esos entes. Desde el punto de vista de sus efectos, el orden público gravita indudablemente sobre las voluntades de los sujetos jurídicos y, por consiguiente, los actos que lo contraríen adolecen de nulidad.

A su turno, Gros³⁵⁶ señala que el concepto de orden público internacional es más amplio y comprensivo. La idea de orden público, tanto interno como internacional, supone que en toda comunidad regida por el Derecho, tiene que haber necesariamente normas superiores a la voluntad de los sujetos que integran esa comunidad. Como consecuencia de ello, se llega a la afirmación de la irregularidad de todo acto contrario a ese orden público. Estas ideas originadas en el Derecho interno, pueden ser aplicadas al caso de los actos jurídicos internacionales y de la

³⁵⁵ NOVAK TALAVERA, Fabián. *Materiales de enseñanza del curso de Derecho Internacional Público*. Lima: Fondo de Publicaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 110.

³⁵⁶ GROS ESPIELL, Héctor. *Derechos Humanos*. Lima: Cultural Cuzco, 1991, p. 213.

Comunidad internacional: El concepto de orden público internacional se refleja en todos los campos y materias del Derecho de los Tratados.

De esta manera, y haciendo una interpretación analógica con el concepto de orden público interno (claro está, teniendo en cuenta que tanto éste como el orden público internacional son conceptos que tienen matices propios pero que, como lo señala Gros, pueden ser equiparables), será imperativo que el juez declare fundada la excepción cuando la materia viole a todas luces el orden público internacional. Ello, debido a que ésta no es materia de libre disposición por las partes.

Finalmente, el inciso 5 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje, señala que las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral. Este inciso merece dos comentarios puntuales.

En principio, creemos que lo contemplado por él resulta positivo debido a que no se ata el inicio y desarrollo del proceso arbitral a la resolución en sede judicial de la excepción de convenio arbitral. Todos conocemos lo extensos que son los trámites judiciales y la existencia de los recursos impugnatorios que dilatan aún más estos temas y que podrían hacer que, incluso, la resolución de la excepción de convenio arbitral y la resolución que deje firme la decisión en torno a este particular, sean especialmente más extensas o más largas que la duración de todo el proceso arbitral propiamente dicho.

Sin embargo, por otra parte resulta importante resaltar lo señalado por Simons Pino,³⁵⁷ cuando manifiesta que si bien es cierto que el inciso 5 del artículo 16 de la Ley de Arbitraje permite a los árbitros iniciar o continuar con el proceso arbitral, es de advertir que se generaría una situación de incertidumbre y de actuaciones paralelas innecesarias.

³⁵⁷ SIMONS PINO, Adrián. «Excepción del convenio arbitral». En *AA. VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 271.

Para muestra un botón: el artículo 447 del Código Procesal Civil establece que la interposición de la excepción de convenio arbitral no suspende los plazos para contestar la demanda judicial, lo cual obligaría al demandado a contestar la demanda ante el juez y ofrecer todos los medios probatorios que le sirvan de sustento, si es que no desea caer en rebeldía y se le apliquen las consecuencias derivadas de su silencio procesal. Como la interposición de la excepción no suspende el trámite del principal, se podría discutir el objeto de la controversia tanto en sede judicial, como en sede arbitral; es decir, de manera paralela, podríamos estar ante un tribunal arbitral que, al mismo tiempo, esté conociendo la misma materia objeto de controversia, y que incluso podría emitir un laudo antes de que se resuelva la excepción de manera definitiva en el Poder Judicial. Ello, sin perjuicio de que el tribunal arbitral suspenda el dictado del laudo a la espera de lo que se resuelva en definitiva en sede judicial.

Como se puede observar, en cierta forma la normativa procesal le hace un flaco favor al arbitraje, y es que, de ser el caso, se podría llegar a un ejercicio abusivo de un derecho procesal que únicamente busque dificultar la discusión del objeto de controversia en sede arbitral.

ARTÍCULO 17

DERIVACIÓN DE CONTROVERSIAS JUDICIALES A ARBITRAJE

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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La presente norma tiene su antecedente inmediato en el numeral 17 de la derogada Ley de Arbitraje, Ley n.º 26572, de 1996. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 17.- Celebración de convenio arbitral durante un proceso judicial

Si durante un proceso judicial, las partes formalizan voluntariamente un convenio arbitral sobre todas o parte de las pretensiones controvertidas en aquél, deben presentar al Juez un escrito conjunto con firmas legalizadas por el Auxiliar Jurisdiccional, adjuntando copia del convenio arbitral. A la vista de tal documentación, el Juez dispondrá el archivamiento del proceso, o la continuación del mismo respecto de las materias que las partes declaren no haber sometido a arbitraje. El Juez no puede objetar el convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el Artículo 1.º Puede también requerir a las partes para que precisen su contenido, o para que

aclaren los puntos que considera oscuros. Los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral con el valor que los árbitros les asignen, salvo pacto expreso en contrario contenido en el convenio arbitral.

A su turno, el citado artículo 17 tenía su antecedente en la Ley de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su numeral 11, señalaba lo siguiente:

Artículo 11.- Si durante un proceso judicial, las partes formalizan voluntariamente un convenio arbitral sobre todas o parte de las pretensiones controvertidas en aquél, deben presentar al Juez un escrito conjunto con firmas legalizadas por el Auxiliar jurisdiccional, adjuntando copia del convenio y, en su caso, de la aceptación de los árbitros. A la vista de tal documentación, el Juez dispondrá el archivamiento del proceso, o la continuación del mismo respecto de las materias que las partes declaren no haber sometido a arbitraje.

El Juez no puede objetar el convenio, salvo por nulidad manifiesta, pero sí puede requerir a las partes para que precisen su contenido, o para que aclaren los puntos que considere oscuros. Los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral con el valor que los árbitros les asignen, salvo pacto expreso en contrario contenido en el convenio.

2. ANÁLISIS

La facultad concedida a las partes en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje vigente, que también se encontraba regulada en las anteriores leyes de arbitraje de nuestro país, es una norma que facilita el descongestionamiento de los tribunales ordinarios de justicia, en la eventualidad de que las partes, en pleno curso del proceso judicial, consideren conveniente derivar la solución de la controversia a arbitraje.

Sin embargo, para que esto ocurra en la práctica, se debe tener presente que se exige la existencia de ciertos requisitos que se deberán presentar para que el supuesto de hecho de la norma se cumpla, a saber:

- La no existencia de un convenio arbitral previo entre las partes o, existiendo el mismo, la no oposición oportuna de la excepción de convenio arbitral. También cabe señalar que si se opuso dicha excepción, ésta fue declarada infundada por el órgano jurisdiccional;
- La existencia de un proceso judicial en trámite;
- La existencia en ese proceso de la discusión de al menos un derecho (o materia) de carácter disponible;
- La iniciativa de las partes o la propuesta del juez para que la controversia se derive a un arbitraje; y,
- Que las partes de este proceso judicial formalicen un convenio arbitral.

Creemos que sobre el primer punto no hace falta hacer mayor comentario.

Entre tanto, cuando la norma hace referencia a que se puede derivar a arbitraje «en cualquier parte del proceso», se debe hacer la precisión en el sentido de que esta facultad puede ejercerse hasta antes de que se haya alcanzado una sentencia firme sobre la materia controvertida. Incluso, creemos que es posible derivar a arbitraje una pretensión que haya sido objeto de recurso de casación y se encuentre sometida al voto.

Sobre el tema de la naturaleza de los derechos que se discuten en el proceso judicial, es importante señalar que dentro de un proceso se puede ventilar la discusión de una o más pretensiones. Algunas de ellas podrán tener el carácter de disponibles y otras no. Son estas últimas a las que la Ley de Arbitraje se refiere.

Así, sobre el concepto de libre disponibilidad, es necesario recordar que sólo son arbitrables aquellas materias de libre disposición de las partes, lo que excluye las normas imperativas o los ámbitos especialmente excluidos del arbitraje.³⁵⁸

Debemos subrayar que las materias de libre disposición no se circunscriben a las que se ventilan en la jurisdicción civil, por lo que junto con las propias del Derecho Civil y Mercantil, se verían otras que se adentran en cuestiones de otra índole. En este punto, debemos recordar lo señalado con ocasión del análisis del artículo 2 de la presente Ley.

Por otro lado, el artículo 17 señala que este camino puede nacer en la propia iniciativa de las partes o, incluso, como propuesta del juez.

Sin embargo, es raro que los jueces ordinarios realicen propuestas de esta naturaleza, debido a que será bastante peculiar que un juez proponga a las partes su renuncia a la jurisdicción ordinaria y el sometimiento de la controversia a la jurisdicción arbitral.

En este punto, es importante señalar que esa facultad de poder «proponer», que la Ley le otorga al juez, no implica, de modo alguno, que éste pueda imponer, obligar o exigir que las partes solucionen su conflicto en un proceso arbitral. Por otro lado, en caso la partes decidan actuar de esta manera, el juez tiene la obligación de facilitar y poner a disposición de aquéllas todas las facilidades para que logren el objetivo propuesto.

Asimismo, cabe señalar que las partes, al suscribir el convenio arbitral, deberán tener presente, como no podía ser de otra manera, la formalidad exigida por la Ley de Arbitraje (la cual se encuentra recogida

³⁵⁸ Merino Merchán y Chillón Medina realizan un exhaustivo análisis sobre este punto. (MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson Civitas, 2006, 3.^a Ed., pp. 274 y ss.).

en su artículo 13). Sobre este punto, también remitimos al lector a los comentarios formulados con ocasión del análisis de dicho numeral.

Antes de concluir con nuestro análisis del artículo 17 de la Ley de Arbitraje, cabe hacerse la interrogante en el sentido de ¿qué ocurre con todo lo actuado en el proceso judicial si es que la controversia se deriva a un arbitraje?

Sobre este punto, cabe citar lo establecido por el numeral 343 del Código Procesal Civil, el cual señala que:

Artículo 343.- Desistimiento del proceso o del acto procesal

El desistimiento del proceso lo da por concluido sin afectar la pretensión. Cuando se formula después de notificada la demanda, requiere la conformidad del demandado expresada dentro de tercer día de notificado, o en su rebeldía. Si hubiera oposición, el desistimiento carecerá de eficacia, debiendo continuar el proceso.

El desistimiento de algún acto procesal, sea medio impugnatorio, medio de defensa u otro, deja sin efecto la situación procesal favorable a su titular. Si el desistimiento es de un medio impugnatorio, su efecto es dejar firme el acto impugnado, salvo que se hubiera interpuesto adhesión.³⁵⁹

De esta forma, si se diese lo establecido por el artículo 17 de la Ley de Arbitraje, la consecuencia práctica en materia judicial sería que las partes desistieron del proceso que seguían.

Finalmente, cabe señalar que todo lo actuado en sede judicial, en principio, carecerá de validez en sede arbitral. La parte demandante tendrá que presentar su demanda nuevamente y el proceso arbitral deberá impulsarse desde cero. Claro está, nada obsta para que las partes, si así lo

³⁵⁹ A mayor abundamiento sobre este tema, recomendamos al lector lo expuesto por Marianella Ledesma Narváez (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit.*, tomo I, pp. 738 y ss.).

deciden, e incluso los árbitros, tengan en cuenta todo lo actuado en sede jurisdiccional. Recordemos que esto último constituía la regla general establecida en el artículo 17 de la Ley General de Arbitraje de 1996 (así como en la Ley de Arbitraje de 1992, en su artículo 11), la cual establecía que los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral con el valor que los árbitros les asignen, salvo pacto expreso en contrario contenido en el convenio arbitral.

ARTÍCULO 18

RENUNCIA AL ARBITRAJE

Artículo 18.- Renuncia al arbitraje

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La norma bajo estudio tiene su antecedente inmediato en el numeral 15 de la derogada Ley de Arbitraje de 1996. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 15.- Renuncia al arbitraje

Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso.

A su turno, el citado artículo 15 tenía su antecedente en la Ley de Arbitraje del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su numeral 12, señalaba lo siguiente:

Artículo 12.- Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso.

Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral.

En este caso, queda sin efecto el convenio arbitral y las partes se someten a lo que se resuelva en el proceso judicial.

2. RENUNCIA EXPRESA O TÁCITA, TOTAL O PARCIAL

La Real Academia Española³⁶⁰ señala que el término «renunciar» significa «Hacer dejación voluntaria, dimisión o apartamiento de algo que se tiene, o se puede tener».

De la lectura del artículo 18 de la Ley de Arbitraje del Perú, se aprecia que en ella se subraya que la renuncia al arbitraje puede darse de dos maneras, a saber: expresa o tácitamente.

Roca Martínez³⁶¹ señala que hoy se entiende que el arbitraje nunca puede ser forzoso, porque su base legitimadora se encuentra en la voluntad de las partes que confían en la solución que provoca y suscita; el hacer obligatoria esta institución es quitarle la mejor de sus condiciones y desnaturalizarla. Así lo ha entendido el legislador al establecer que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de estas cuestiones a la decisión de uno o más árbitros.

Como se observa, la base de todo proceso arbitral y la base del arbitraje mismo es la autonomía privada, la cual se objetiviza con la manifestación de voluntad de las partes de someterse a arbitraje para solucionar su conflicto.

³⁶⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Versión online. En www.rae.es (visitado el 30-10-2011, a las 4:00 horas).

³⁶¹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. *Op. cit.*, p. 31.

Esta misma autonomía es la que constituye la base para que la Ley faculte a las partes a que puedan renunciar al proceso arbitral. En ese sentido, lo que hace la norma es reiterar, a nuestro modo de ver, lo señalado en el artículo 141 del Código Civil, cuando establece que:

Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

Cabe reiterar que no puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Creemos que la norma contenida en el artículo 141 del Código Civil resulta perfectamente aplicable a la renuncia del arbitraje y complementa lo establecido por el artículo 18 de la Ley de Arbitraje, el cual, en su primera parte, no hace sino enumerar la forma en que la renuncia expresa debe realizarse. Así, se señala que ésta deberá hacerse a través de alguna de las siguientes formas:

- En un documento suscrito por las partes.
- En documentos separados.
- Mediante intercambio de documentos.
- Mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo.

De otra parte, la Ley, en el artículo bajo estudio, también se encarga de subrayar que «la renuncia es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente».

Es decir, se entiende que la renuncia al arbitraje, cuando no se deduce la excepción de convenio arbitral, sólo se refiere a las materias que han sido o que son objeto de controversia, concretamente, que constituyen materia pretendida en la demanda en el proceso judicial y no a todos aquellos aspectos de la cláusula arbitral, que pudieran luego ser invocados por las partes en el arbitraje.

Podría estimarse que la renuncia tácita es una especie de sanción a la parte que no dedujo la excepción de convenio arbitral dentro de los plazos respectivos.

Por otro lado, y siempre en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, es perfectamente posible que ellas no renuncien en su totalidad al convenio arbitral, pudiendo hacerlo sólo respecto a determinados aspectos o materias. Esto último constituiría una renuncia parcial.

En cambio, si las partes deciden renunciar completamente al fuero arbitral, estaremos en presencia de una renuncia total.

Finalmente, cabe señalar que la renuncia al arbitraje puede producirse en distintos momentos, a saber: cuando aún no se ha generado la controversia entre las partes, cuando habiéndose generado la controversia las partes aún no inician el arbitraje, cuando el proceso arbitral ya se inició y hasta antes de que se emita el laudo arbitral.

TÍTULO III

ÁRBITROS

ARTÍCULO 19

NÚMERO DE ÁRBITROS

Artículo 19.- Número de árbitros

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley Modelo Uncitral, en su numeral 10, contempla una norma de similar contenido que la de nuestro artículo 19:

Artículo 10.- Número de árbitros

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

De la misma forma, la Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este punto estipula lo siguiente:

Artículo 12.- Número de árbitros

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.

Dentro de la normativa nacional, el artículo bajo estudio tiene como antecedente inmediato el numeral 24 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 24.- Número de árbitros

Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, los árbitros serán tres. Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional, que actuará como Presidente del tribunal arbitral.

De otro lado, el artículo que nos corresponde analizar también tiene antecedente en la Ley General de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en el numeral 19, señalaba lo siguiente:

Artículo 19.- Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral, presidido por el que ellos elijan.

En caso de falta de acuerdo sobre el número de árbitros o de referencia a un reglamento arbitral, y siempre que sean designados judicialmente, serán tres y el tribunal estará presidido por el de mayor edad.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes se aplicará para la designación de árbitros de segunda instancia, cuando sea el caso, y las partes no se hubieran sometido a un reglamento arbitral que tenga establecida la forma de designación.

Por último, el Código Civil peruano de 1984 contenía una norma, derogada por el Decreto Ley n.º 25935 del año 1992, que sobre este tema señalaba lo siguiente:

Artículo 1918.- Los árbitros deben ser designados por las partes en número impar. Si son tres o más formarán tribunal, presidido por el que ellos elijan. [...]

2. SOBRE EL CONCEPTO DE ÁRBITRO

No cabe duda de que la elección del árbitro (o del tribunal) constituye el acto central y fundamental del arbitraje, ya que la figura del árbitro

cumple un papel protagónico dentro de la institución del arbitraje. En efecto, todo el sistema arbitral gira en torno al árbitro, en la medida de que sobre su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje.

Recordemos que las partes buscan nombrar como árbitro (o árbitros) a personas que gocen de determinada capacidad y pericia para resolver el conflicto de la manera más eficaz; es decir, a profesionales especialistas respecto de la controversia que se halla sometida al arbitraje.

Al respecto, William Park³⁶² señala que se debe tener en cuenta que a pesar de que los litigantes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales competentes a favor de las instituciones arbitrales, en éstas también se busca promover un tratamiento igualitario entre las partes a través de nociones básicas de justicia. Para lograr dicho objetivo, se espera que los árbitros sean personas íntegras, experimentadas y con la habilidad suficiente como para ser buenos oidores y diligentes lectores.

Tal como señala De Castro,³⁶³ el arbitraje es una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses en presencia en cada momento histórico. Es anterior a las sociedades modernas, al juez del Estado y al propio Estado como organización política, pero ha sido bajo este último cuando ha llegado a su madurez al dotarle el legislador de plenas garantías formales y materiales que llegan hasta el propio control de constitucionalidad del laudo. El legislador se ha limitado a configurar los contornos de la institución arbitral atendiendo a las exigencias de los ciudadanos y de los operadores nacionales e internacionales, posibilitando un marco adecuado para que se pueda utilizar

³⁶² PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, enero-junio 2005, n.º 2, p. 14.

³⁶³ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *El arbitraje y la nueva lex mercatoria*. Madrid: Anuario de Derecho Civil, 1979, p. 624.

con plenas garantías esta vía alternativa y sustitutiva de los jueces y tribunales, como medio voluntario de solución de conflictos.

Dentro de esta línea de pensamiento, señalan Merino y Chillón³⁶⁴ que el árbitro, como dirimente de la contienda que enfrenta a dos o más ciudadanos, no goza de ninguna posición institucional predeterminada. Su posición sólo viene dada por la voluntad de las partes en conflicto y por el reconocimiento que el legislador nacional o internacional (tratados y convenios) le otorga para que resuelva mediante un procedimiento garantista el conflicto que se somete a su consideración y juicio. Cuestión diferente es que, dada la función decisoria que se le atribuye al árbitro por la voluntad de las partes y por el ordenamiento, la actividad de éste y su resolución tengan indudable trascendencia pública y no meramente privada. El árbitro adquiere así una particular y ocasional relevancia pública porque sus decisiones acaban rebasando la relación interprivados que le dio origen; y esto ocurre así por tener la actividad arbitral efectos idénticos a la cosa juzgada oponible *erga omnes*. Esa es la razón por la cual se ha calificado al árbitro como un juez privado o convencional.

Le Pera,³⁶⁵ con una definición un tanto peculiar, señala que los árbitros son personas de inteligencia por lo menos media, independientes de las partes, no preocupadas por su propio interés o conveniencia más que por la bondad de sus decisiones, no apasionadas y no ignorantes, que escuchan con atención lo que las partes tengan que decir, y llegan a la decisión más justa conforme al derecho que éstas eligieron, o al que su ciencia o su criterio les señale como aplicable.

³⁶⁴ MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Op. cit., p. 494.

³⁶⁵ LE PERA, Sergio. *Justicia, arbitraje y las reglas Uncitral 1985 en la Argentina, en Uncitral y el futuro Derecho Comercial*. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 49.

Finalmente, Ledesma Narváez³⁶⁶ señala que el árbitro es la persona natural que interviene para definir heterocompositivamente el conflicto o situación jurídica incierta, como expresión de la voluntad de las partes contratantes bajo un ámbito de confidencialidad.

3. NÚMERO DE ÁRBITROS

Como no podía ser de otra manera, una vez más la Ley de Arbitraje, a través de este numeral, reafirma su postura en el sentido de otorgar a las partes plena libertad para regular sus intereses.

Tal como señala Yáñez Velasco,³⁶⁷ dado el principio de autonomía de la voluntad de las partes que rige en materia de arbitraje, la ley concede libertad para que las partes determinen el número de árbitros.

De la misma forma, y de manera oportuna, la Ley señala que sólo en caso de que no haya acuerdo (entiéndase como acuerdo el hecho de que las partes no se pronunciaron sobre el particular, o, discutiéndolo, no llegaron a una decisión conjunta) o exista duda, se entiende que los árbitros serán tres.

Ahora bien, sin perjuicio de ello, debemos resaltar la diferencia existente entre el numeral bajo estudio y su precedente legislativo inmediato, el artículo 24 de la Ley de Arbitraje del año 1996, que establecía la necesidad de que el número de árbitros sea impar.

Creemos que el hecho de que se haya partido de la idea de que no necesariamente tiene que tratarse de un número impar, simplemente es una cuestión de opción legislativa.

³⁶⁶ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisdicción y arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 66.

³⁶⁷ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 343.

Consideramos que sobre este punto, y en relación a las facultades que la propia Ley otorga en materia de laudo arbitral, realizando una lectura sistemática de toda la Ley, se debe tener en cuenta una norma que tal vez pudiera aplicarse a la generalidad de actuaciones arbitrales: el artículo 52, relativo a la adopción de decisiones en torno a las facultades especiales de dirimencia o de voto preeminente que tiene el presidente del tribunal arbitral. Dicho numeral, en su parte pertinente, señala:

Artículo 52.- Adopción de decisiones

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

[...]

En ese sentido, interpretando de manera sistemática el artículo 52, en caso de presentarse algún inconveniente en la toma de decisiones, y con las salvedades en torno a sus alcances, texto y defectos que luego analizaremos, estimamos que el artículo 19 de la Ley no necesariamente ofrecería problemas de aplicación práctica cuando el número de árbitros sea par. Ello, claro está, siempre y cuando se establezca un mecanismo de designación de los árbitros de parte, distinto al habitual. Es decir, tal designación siempre debería ser hecha por un tercero nominador o de consuno por las propias partes. Decimos esto, porque si cada parte designada a un árbitro (en caso estuviésemos frente a un tribunal de dos miembros), la presidencia del tribunal (con todo lo que ello implica, conforme al artículo 52 de la Ley) recaería —peligrosa e ineludiblemente— en un árbitro de parte.

ARTÍCULO 20

CAPACIDAD

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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este punto estipula lo siguiente:

Artículo 13.- Capacidad para ser árbitro

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Ahora bien, dentro de la normativa nacional, el artículo bajo estudio tiene como antecedente inmediato el numeral 25 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 25.- Calificaciones legales de los árbitros

Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos

civiles. El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados. El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras. Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, de conformidad con el artículo 20.

El artículo que nos corresponde analizar también posee antecedente en la Ley de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su numeral 20, señalaba:

Artículo 20.- Pueden actuar como árbitros las personas naturales, nacionales o extranjeras, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad y se encuentran en pleno ejercicio de los derechos civiles.

Cuando la cuestión controvertida deba resolverse con arreglo a derecho, el árbitro debe ser, además, Abogado colegiado y mayor de veinticinco años.

2. SUJETO DE DERECHO

El artículo 20 de la Ley establece un criterio general a tener en cuenta. Así, señala como primer requisito el hecho de que el árbitro debe ser una persona natural.

Como sabemos, el sujeto de derecho es un centro de imputación de derechos y deberes, adscribible, siempre y en última instancia a la vida humana.³⁶⁸

De esta forma, serán sujetos de derecho el concebido, la persona individual (o natural, como la denomina el Código Civil), la persona

³⁶⁸ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p. 37.

colectiva (o jurídica, como la llama el Código Civil) y las personas colectivas no inscritas.³⁶⁹

Ahora bien, tal como enseña Fernández Sessarego,³⁷⁰ la persona individual, teniendo en cuenta su concepto tridimensional (hoy ampliamente aceptado), es hombre en su dimensión de coexistencia, realizando o dejando de realizar valores. Pero este hombre es aprehendido a través de una construcción lógico-normativa, mediante la cual se describe y regula la conducta humana intersubjetiva. La categoría jurídica específica denominada persona es adscribible sólo al ser humano, éste es titular de un plexo de derechos y deberes, los cuales tienen como fundamento su plena realización existencial.³⁷¹

Dentro de tal orden de ideas, en primer término la Ley subraya el hecho de que el árbitro tiene que ser una persona natural. El desarrollo de la función arbitral se circunscribe a las personas naturales. No se concibe que en el arbitraje una persona jurídica forme parte del tribunal.

Sobre este tema, que ha sido y es aún discutido por diversos juristas, podríamos citar las palabras de Roque Caivano,³⁷² quien defiende la tesis de que no existe problema ni razón alguna para que una persona jurídica pueda tener la calidad de árbitro. Así, sostiene que:

Al tratar el tema se está olvidando que finalmente las personas jurídicas no tienen sino la voluntad y el entendimiento de las personas físicas encargadas de representarla; son dirigidas por personas de existencia visible. Es evidente que los actos mate-

³⁶⁹ Como se sabe, no estamos frente a una lista de carácter *numerus clausus*, pues también se considera bajo la categoría de sujetos de derecho a la sociedad de gananciales, a las sociedades de hecho, entre otros.

³⁷⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *La noción jurídica de persona*. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la UNMSM, 1968, p. 184.

³⁷¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*. *Op. cit.*, p. 168.

³⁷² CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. *Op. cit.*, pp. 191 y 192.

riales y la toma de decisiones serán realizados por las personas físicas que encarnan la representación de aquélla.

De manera que así como se asigna a las personas jurídicas la calidad de sujeto de derecho, y se admite que sean socias o síndicos de una sociedad comercial, no existiría objeción válida para impedirles ser árbitros, desde luego dando por sentado que son sus representantes quienes ejercen el rol de árbitros. La delegación de la función estaría ínsita en la voluntad de las mismas partes contratantes que al suscribir el acuerdo arbitral de sometimiento a una persona jurídica como árbitro ya saben que ello sólo podrá ser posible a través de la actuación personal de los representantes de aquélla.

La indeterminación relativa de las personas físicas que resolverán el litigio —los árbitros, en definitiva, si bien no estarían determinados con nombre y apellido, serían determinables— es en última instancia una cuestión que en modo alguno puede afectar el interés público, por lo que queda reservada a la zona de autonomía de la voluntad de los particulares. Ese principio es el que determina también la libertad de las partes de establecer ellas mismas la forma de determinar la identidad concreta de los árbitros, o delegarlo en la propia persona jurídica escogida. El primer caso se daría cuando las partes convengan someterse al arbitraje del presidente de una Bolsa o Cámara, o a su comisión directiva; y el segundo cuando no se indique referencia alguna, en cuyo supuesto la persona física que actuará como árbitro será definida por la persona jurídica a la que se hayan sometido.

Deberá entenderse, en definitiva, y si no es específicamente aclarado en el acuerdo arbitral, que la actuación como árbitro de una persona jurídica y la decisión del conflicto estará a cargo de las personas físicas que la representen o que sean designadas por esa persona jurídica. A este respecto, debe recordarse que se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su representación. En suma, esto será posible en la medida en que las partes así lo hayan pactado, que el objeto social de la persona jurídica designada como árbitro se lo permita, y que ésta acepte la designación.

Creemos que los argumentos de Caivano son plenamente válidos y muy ilustrativos, pero ellos nos llevan a la misma conclusión: la función arbitral, siempre la realizará una persona natural, independientemente de si la decisión que se emita sea de ella misma o de la corporación a la que represente.

En ese sentido, la decisión de la Ley peruana es plenamente válida; pero pensamos que debió incorporar el supuesto en que se designe como árbitro a una persona jurídica.

Sobre este tema, vale la pena recordar que la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, preveía en su artículo 25 que cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora. De esa forma, dicha Ley seguía la línea de pensamiento de la actual Ley de Arbitraje, en el sentido de que sólo podrá ser árbitro una persona natural; sin embargo, regulaba de manera expresa el tema, a diferencia de la Ley en actual vigencia.

Finalmente, sobre este punto debemos plantear el supuesto referido al hecho de que se produzca un nombramiento de árbitro de carácter determinable, es decir, que se terminará en un futuro. Por ejemplo, ¿cabría la posibilidad de que las partes nombren como árbitro de un eventual conflicto al Premio Nobel de la Paz del año 2020? Creemos que esto es perfectamente factible, ya que de una u otra forma se estaría respetando la exigencia de la norma bajo estudio.

3. CAPACIDAD

Uno de los temas que por lo general pasa desapercibido en el arbitraje es el relativo a la capacidad para desempeñarse en la función de árbitro y el mismo resulta algo más complicado de lo que aparenta ser, no sólo porque tiene implicancias de orden civil, sino también de carácter

administrativo, caso este último cuando estemos en presencia de un arbitraje sujeto a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Ahora bien, en segundo lugar, el artículo 20 de la Ley de Arbitraje exige que para el desempeño de la función arbitral no se debe tener restricciones en cuanto a los derechos civiles,³⁷³ es decir, que no sean incapaces relativos o que no sean incapaces absolutos, en los términos de los artículos 43 y 44 del Código Civil y demás normas complementarias.

Como sabemos, el Código Civil efectúa una división entre las personas absolutamente incapaces y quienes son relativamente incapaces.

Es claro que esta división se refiere única y exclusivamente a las restricciones relativas a la capacidad de ejercicio, pues la capacidad de goce nunca sufrirá tales restricciones.

De esta forma, el artículo 43 del referido Código señala que serán absolutamente incapaces: 1. Los menores de dieciséis años, salvo por aquellos actos determinados por la ley; 2. Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento; y 3. Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

El artículo 44, por su parte, se encarga de establecer que son relativamente incapaces: 1. Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho

³⁷³ Sobre la capacidad de ejercicio, Fernández Sessarego (FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *Derecho de las personas*. Lima: Grijley, 2004, 9.ª edición, pp. 143 y ss.) sostiene que ésta es entendida como la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho de ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto a persona.

Se considera, de acuerdo a la ley vigente, la edad de 18 años para la adquisición de la plena capacidad de ejercicio de los derechos civiles.

Se supone, de acuerdo a la realidad social, que a esa edad la persona está dotada de suficiente madurez intelectual, equilibrio psicológico, poder de reflexión y sentido de responsabilidad para ejercer, por sí misma y sin necesidad de asistencia, los derechos de que es capaz desde su nacimiento.

años de edad; 2. Los retardados mentales; 3. Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad; 4. Los pródigos; 5. Los que incurren en mala gestión; 6. Los ebrios habituales; 7. Los tóxicómanos; y 8. Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.

El artículo 45 del Código Civil agrega que los representantes legales de los incapaces ejercen los derechos civiles de éstos, según las normas referentes a la patria potestad, tutela y curatela.

Queda claro que los actos celebrados por los representantes legales de los incapaces, en principio son válidos, a diferencia del caso en que ellos hubieran sido celebrados por los propios incapaces.

Las normas civiles a que hemos hecho referencia, deben ser concordadas necesariamente con los preceptos relativos a la nulidad y anulabilidad de los actos jurídicos, temas regulados en el Libro II, Acto Jurídico, Título IX, Nulidad de Acto Jurídico, artículos 219 y siguientes del propio Código Civil.

En el artículo 219, inciso 2, se establece que el acto jurídico es nulo cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.

Cabe señalar que el artículo 1358 es una norma de excepción en la que se establece que los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria.

Sin embargo, esta norma en nada afecta la línea de razonamiento que venimos siguiendo, en la medida de que el ejercicio de la función arbitral nunca va a estar comprendido dentro de los alcances del artículo 1358, al tratarse de un tema complejo y delicado.

Por lo demás, la doctrina que comenta esta norma y sus antecedentes, no comprende el desarrollo de la función arbitral dentro de los alcances del artículo 1358. Coincido plenamente con esta perspectiva.

Por otra parte, el artículo 221 del Código Civil se ocupa de las causales de anulabilidad de los actos jurídicos y señala en su inciso 1 que el acto jurídico es anulable, por incapacidad relativa del agente.

Queda claro que los actos nulos no son confirmables, salvo por el paso del tiempo que determine la prescripción de la pretensión de nulidad; en tanto que los actos anulables sí lo son, no sólo por la prescripción de la pretensión procesal, sino por la propia figura de la confirmación de los actos jurídicos, regulada por los artículos 230, 231 y 232 del Código Civil.

Hasta este punto quedaría claro que el ejercicio de la función arbitral no podría ser desempeñado por personas que resulten absoluta o relativamente incapaces.

Pero similar consideración puede formularse con respecto a cualquier otro acto jurídico; y da la casualidad que esos otros actos jurídicos son ejercidos por los representantes legales de los incapaces (padres, tutores o curadores).

Así las cosas, cabría formularse la pregunta en el sentido de si resultaría posible designar como árbitro a un incapaz absoluto o relativo y que dicha función fuese ejercida por su representante legal, quien, al fin de cuentas, podría ejercer el cargo de árbitro en representación del incapaz.

Vale decir, el incapaz sería el árbitro titular y su nombre figuraría como integrante del tribunal arbitral, pero el incapaz no desarrollaría las actuaciones arbitrales, ya que quien se encargaría de ello sería su representante.

Entendemos que la Ley no ha sido pensada para eso, pero también que las partes podrían pactar perfectamente la validez de una situación de esta naturaleza.

La siguiente pregunta que podríamos formular se refiere a si lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley de Arbitraje, en lo que respecta a la capacidad de las personas naturales para ejercer el cargo de árbitros, constituye una norma de orden público o se trata de un precepto de carácter dispositivo.

La pregunta tiene plena relevancia, en la medida de que fácilmente se podría pensar que las partes establecieran un arbitraje en el que se permita que ejerzan el cargo de árbitro personas que no tengan plena capacidad de ejercicio.

Es verdad que nada lo prohíbe e incluso uno podría pensar que tal situación, en algunos casos de incapacidad, no impediría que determinadas personas ejerzan a plenitud la función arbitral.

Excluimos, naturalmente, a aquellas personas comprendidas en los incisos 2 y 3 del artículo 43 del Código Civil, así como a las comprendidas en los incisos 2 y 3 del artículo 44 del propio Código.

Sin embargo, creemos que las personas comprendidas en los demás incisos sí podrían ser dispensadas por las propias partes para que ejerzan función arbitral, habida cuenta de que no habría una razón de fondo que impida su desempeño en el cargo de árbitro.

Sería el caso de un menor de dieciséis años no dispensado por Ley (es decir, no comprendido dentro de los supuestos del artículo 46 del Código Civil).

También sería el caso de los mayores de dieciséis y mayores de dieciocho años de edad (artículo 44, inciso 1), pues esta causal de incapacidad

relativa sólo tiene relación con un tema de edad de quien pudiera ser árbitro.

Lo mismo podríamos decir sobre los pródigos; pues la prodigalidad, es decir el dispendio indiscriminado e irracional del patrimonio, no afectaría, en principio, el desempeño de la función arbitral (artículo 44, inciso 4 del Código Civil).

Lo propio podríamos decir de aquéllos que incurren en mala gestión (artículo 44, inciso 5 del Código Civil), pues ser mal gestor con su propio patrimonio no implica, necesariamente, ser mal árbitro.

Similar consideración podríamos efectuar en relación a los ebrios habituales (artículo 44, inciso 6 del Código Civil), naturalmente, en tanto y en cuanto dicha ebriedad habitual no afecte el desarrollo y conocimiento cabal del desarrollo del proceso.

Idéntico razonamiento se aplicaría a los toxicómanos (artículo 44, inciso 7).

Por otra parte, en lo que respecta a las personas que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil, no cabe duda de que tal pena habrá sido fruto de un acto delictivo cometido por ellos; sin embargo, si bien la sociedad ha sancionado la conducta de estas personas, ello no impide que las partes de un arbitraje puedan ponerse de acuerdo en que alguien que se encuentre interdicto civilmente, se desempeñe como árbitro.

Por lo demás, si hubiese asentimiento recíproco de las partes y, tratándose de un caso de incapacidad relativa, nos hallaríamos ante un supuesto de confirmación anticipada de los actos jurídicos celebrados por esta persona, razón por la cual no habría problema alguno en estimar la actuación de un árbitro que padezca de tal incapacidad, dentro de un proceso.

En este punto cabe hacerse la pregunta en torno a ¿desde qué momento se debe hallar la persona en pleno ejercicio de sus derechos civiles? ¿Desde que la persona es designada por la parte o partes o al momento de la aceptación? Nos hacemos esta interrogante porque puede ocurrir que entre el tiempo de la designación y el momento de la aceptación, una persona que sea menor de edad, cumpla los dieciocho años. La norma es clara cuando señala que puede «ser» árbitro, y sólo se es árbitro cuando se acepta serlo. Así, creemos que la exigencia del pleno ejercicio de derechos civiles del que se habla, deberá ser observada al momento de la aceptación del cargo de árbitro.

De esta manera, siendo ya árbitro se deberá continuar con la observancia de este requisito, vale decir que la calidad que se requiere (es decir, la capacidad plena) deberá ser mantenida a lo largo de todo el proceso arbitral.

Sin embargo, de la lectura del artículo 30, inciso 1, de la Ley, esta última afirmación parece no ser del todo contundente. Dicho precepto establece que 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. Es decir, esta norma faculta a las partes para que continúen ventilando su proceso ante un árbitro que no pueda ejercer su función por cuestiones, por ejemplo, de derecho (en este caso podríamos pensar en que no tiene pleno ejercicio de sus derechos civiles).

Lo establecido por el artículo 20 y el inciso 1 del artículo 30, debe ser aplicado sistemáticamente respetando el principio general señalado por el primer precepto citado.

Por otro lado, el artículo 42 del Código Civil establece que tienen plena capacidad de ejercicio de sus derechos civiles las personas que hayan cumplido dieciocho años de edad, salvo lo dispuesto en los artículos 43 y 44.

No obstante, uno podría imaginar el supuesto de un árbitro menor de edad, ya que el artículo 46 del Código Civil establece que la capacidad de las personas mayores de dieciséis años cesa por matrimonio o por obtener título oficial que les autorice para ejercer una profesión u oficio; lo que podría ocurrir perfectamente en el caso de una persona que habiendo cumplido con este requisito y teniendo sólo dieciséis años sea nombrada árbitro.

Sencillamente no habría impedimento legal alguno para que pudiera ejercer dicha función.

Lo propio podríamos decir de las mujeres mayores de catorce años, en cuyo caso la incapacidad cesa por matrimonio, no perdiéndose por la terminación de éste.

No obstante lo señalado, también es cierto que se trata de situaciones excepcionales y muy particulares, en las cuales a veces se encuentran los seres humanos. Ellas, si bien justifican la solución legal dada por el artículo 46 del Código Civil, no necesariamente van a determinar que en la práctica, estas personas puedan tener reales capacidades para ejercer función arbitral y, mucho menos, determinarán que vayan a ser designadas para ejercer tan delicada misión.

Otro tema a tener en cuenta, y que es resaltado por Lohmann Luca de Tena,³⁷⁴ es el referido a lo establecido por el artículo 2070 del Código Civil. En adelante sus comentarios:

Punto importante a dilucidar es el de la capacidad en relación con el domicilio. El artículo 2070 del CC peruano dispone que: [...] la capacidad de la persona natural se rige [...] por la ley de su domicilio.

³⁷⁴ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Capacidad». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 292.

El cambio de domicilio no altera el estado [civil] ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

[...] (Énfasis agregado).

Como expresa la Exposición de Motivos la regla impide que la [capacidad] adquirida en el lugar de domicilio se restrinja luego, mediante el cambio de domicilio, pero permite que sea ampliada cada vez que el individuo cambie de domicilio, de acuerdo a las tendencias doctrinaria y jurisprudencial, de optar por la ley más favorable a la capacidad. Como dice la misma Exposición de Motivos [...] el respeto al estado y a la capacidad regularmente adquiridos en otro país es principio recogido en casi todos los textos modernos de Derecho Internacional Privado como el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1940 [...].

De esta forma, y junto a Lohmann, podríamos señalar que la capacidad de un árbitro de ejercer plenamente sus derechos civiles se determina según la ley de su domicilio y no según la ley peruana si el árbitro, siendo peruano o de cualquier otra nacionalidad, ocasionalmente en funciones en el Perú, no tuviese domicilio en nuestro país.

4. INCOMPATIBILIDAD

La Real Academia Española³⁷⁵ define el término «incompatibilidad» como el «impedimento o tacha legal para ejercer una función determinada, o para ejercer dos o más cargos a la vez».

La actual Ley de Arbitraje no regula en detalle los supuestos de incompatibilidad o impedimento para actuar como árbitros, a diferencia de lo que ocurría con la Ley n.º 26572, antigua Ley de Arbitraje, la misma que establecía en su artículo 26 qué personas se hallaban impedidas de actuar como árbitros.

³⁷⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Versión online www.rae.es, 22.ª edición (visitado el 5 de junio de 2013).

La actual Ley de Arbitraje es muy vaga al respecto, ya que en su artículo 21, que lleva por sumilla la palabra *incompatibilidad*, señala que 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.

En otras palabras, el artículo 21 no establece incompatibilidades expresas para tales funcionarios y servidores públicos en lo que respecta al arbitraje civil y comercial, sino deja el tema para su regulación en las leyes de la materia, lo que implica que las personas impedidas de actuar como árbitros sólo lo serán en sede de arbitraje administrativo.

Llama la atención que la Ley en vigencia no haya establecido una norma similar a través de la cual se impida —en términos de aplicación general— que determinadas personas ejerzan función arbitral.

Y se trata de un vacío muy grande porque, en principio, dado que lo que no está prohibido está permitido, las personas que se mencionaban en el artículo 26 de la derogada Ley n.º 26572, hoy no tendrían problema alguno en desempeñarse como árbitros en procesos civiles y comerciales.

Sin embargo, es evidente que no lo podrían hacer en los procesos en los que se discutan materias relativas a contratación pública, habida cuenta de que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF,³⁷⁶ establece en su artículo 221 la relación de personas que se encuentran impedidas para actuar como árbitros, incluyendo a todos aquellos que se encon-

³⁷⁶ Cabe precisar que la presente obra se trabajó en base al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado contenida en el Decreto Legislativo n.º 1017, en la medida de que al cierre de la presente edición aún no se publicaba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado contenida en la Ley n.º 30225, publicada el 11 de julio de 2014.

traban mencionados en el antes referido artículo 26 de la derogada Ley General de Arbitraje:

Artículo 221.- Impedimentos

Se encuentran impedidos para actuar como árbitros:

1. El Presidente y los vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
4. El Contralor General de la República.
5. Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado.
6. El personal militar y policial en situación de actividad.
7. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
8. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.
9. Los declarados en insolvencia.
10. Los sancionados o inhabilitados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

En ese sentido, cae por su propio peso la omisión en que incurrió el Decreto Legislativo n.º 1071, actual Ley de Arbitraje, cuando no se establecieron estas restricciones para las referidas personas.

La razón es muy simple y ya la hemos citado tantas veces,³⁷⁷ habida cuenta de que se trata de personas que por el cargo que ocupan ya ejercen determinado poder y el Derecho busca que tal poder se limite al que ejercen y no se extienda a otros ámbitos de la vida social.

Por lo demás, la presencia de cualquiera de estas personas como miembro de un tribunal arbitral, podría desequilibrar la equiparidad que debe existir dentro de los árbitros en cualquier tribunal.

Por otro lado, cabe recordar que el tema de la incompatibilidad se encuentra íntimamente relacionado con lo establecido por el artículo 63, inciso 1, literal c, que señala que el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

Vale decir, que este requisito de compatibilidad deberá tenerse muy en cuenta, ya que su inobservancia podría acarrear la nulidad del laudo arbitral.

5. NACIONALIDAD

Establece, además, el artículo 20 de la Ley, como regla general el hecho de que la nacionalidad de una persona no es obstáculo para que pueda actuar como árbitro. En ese sentido, es perfectamente posible que una persona extranjera pueda ejercer en el Perú la función de árbitro.

³⁷⁷ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje: el juicio privado. La verdadera reforma de la Justicia. Op. cit.*

Esta última parte de la Ley, a diferencia de la primera, tiene carácter dispositivo y creemos que ello está bien. Prima en este extremo la libre autonomía de la voluntad de las partes y se respeta un principio constitucionalmente reconocido: la no discriminación.

Sobre lo último, cabe señalar que nuestra Constitución Política, en su artículo 2, inciso 2, establece que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

Por otro lado, y sólo como una reflexión atendiendo al principio de reciprocidad —que es uno bastante difundido y respetado en la experiencia internacional—, tal vez hubiera sido idóneo que se exija la misma condición en el país del árbitro, con respecto a profesionales de nuestro país.

Entendemos que la Ley de Arbitraje ha querido fomentar que el Perú se desarrolle paulatinamente como plaza de arbitrajes en la cual participen, en calidad de árbitros, profesionales extranjeros; y que el fomento de esta actividad se realice sin establecer mayores condiciones, a efectos de tener una ventaja comparativa por sobre las legislaciones y realidades arbitrales de los países de la región.

Esto nos parece bien.

Es verdad que podría pensarse en exigir como requisito la reciprocidad legislativa, a efectos de no otorgar ventajas a los connacionales de un país que no las otorgue a los profesionales peruanos para que puedan desempeñar función arbitral en esos países.

El razonamiento es válido.

Sin embargo, también es válido pensar que tal como está redactada la norma, ella va a generar un mayor desarrollo del arbitraje en el Perú, a pesar de que (en lo directo e inmediato) podría ser en detrimento del trabajo de profesionales de nuestro país.

Sólo el tiempo dirá cómo son las cosas.

Es de resaltar que en lo que respecta a la nacionalidad de los árbitros, cabe pacto en contrario, tal como lo establece la segunda parte del artículo 20 del Decreto Legislativo n.º 1071.

Es necesario reparar también en que tratándose de arbitrajes de Derecho, la nacionalidad de origen del árbitro tendrá importancia, en la medida de que si se va a aplicar como norma de fondo el Derecho peruano, no dará lo mismo la participación de un árbitro formado en una Facultad de Derecho del Perú, que uno formado en una Facultad de Derecho del extranjero.

Decimos esto, en la medida de que no bastará con el conocimiento de algunas normas específicas que en apariencia resulten aplicables al proceso, sino del ordenamiento jurídico en su conjunto y, en especial, de aquellos extremos del mismo que tengan relevancia con el proceso, a efectos de su adecuada y muchas veces compleja concordancia.

La importancia de lo que acabamos de señalar se acentúa si tenemos en consideración que el árbitro puede provenir de una tradición jurídica distinta a la romano-germánica, caso en el cual las diferencias en la formación profesional con las de un abogado peruano, serían mucho más notorias.

De otro lado, en lo relativo al arbitraje de conciencia, es claro que no apreciamos inconveniente alguno con lo dispuesto en este segundo párrafo del artículo 20 de la Ley de Arbitraje, pues al tratarse de un arbitraje de esta naturaleza, poco importará la nacionalidad del árbitro.

Para concluir con nuestros comentarios a este artículo, diremos que los requisitos enunciados por la legislación son los mínimos, por debajo de los cuales no es posible adquirir la calidad de árbitro. Ello, obviamente, no limita el derecho de las partes a través del convenio arbitral, o de una institución que administra arbitrajes, de establecer requisitos adicionales, imponiendo mayores exigencias que las que impone el texto legal.

Los recaudos establecidos por ley no pueden dejarse íntegramente de lado, ni obviarse por pacto en contrario, porque importan la más elemental garantía de seguridad en el arbitraje; pero en nada agravia el orden público que las partes, directa o indirectamente, se pongan de acuerdo en requerir cualidades específicas para quienes habrán de ser designados como árbitros. El espíritu será permitir la búsqueda de aquellas personas que reúnan las mejores cualidades para el cargo. Y mientras ello no importe una discriminación infundada o que agravie principios constitucionales, no existirá razón para limitarla.³⁷⁸

³⁷⁸ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 183.

ARTÍCULO 21 INCOMPATIBILIDAD

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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Dentro de la normativa nacional, tenemos como antecedente inmediato del artículo en estudio, al artículo 26 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 26.- Personas impedidas de actuar como árbitros

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:

1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes; los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional.
3. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados.
4. Los ex-Magistrados en las causas que han conocido.
5. El Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República.

Finalmente, el artículo que nos corresponde analizar, también posee antecedente en la Ley General de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su artículo 21, señalaba lo siguiente:

Artículo 21.- Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:

1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes, los parlamentarios, los Ministros de Estado, los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales, los integrantes del Jurado Nacional de Elecciones, los miembros de los Tribunales Administrativos, los representantes ante las Asambleas Regionales, los miembros de los Consejos Regionales y los Alcaldes.
3. El Superintendente y los Intendentes de Banca y Seguros, el Contralor y Subcontralor de la Contraloría General de la República y los directores del Banco Central de Reserva.
4. Los Prefectos y Sub-prefectos.
5. Los Vice-ministros y Directores Generales de la administración pública Central, Regional y Local.
6. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados.
7. Los Notarios Públicos y los Fedatarios.
8. Los Registradores Públicos y los funcionarios públicos a dedicación exclusiva.
9. Los Auxiliares de Justicia y los funcionarios y empleados del Poder Judicial y del Ministerio Público.
10. Los ex-Magistrados en las causas que han conocido.

2. ANÁLISIS

Antes de iniciar el estudio del artículo 21 de la Ley de Arbitraje, creemos importante referirnos a los conceptos de algunos términos que contiene la citada norma. Así, principalmente, trataremos sobre dos de ellos, a saber: funcionario público del Estado y servidor público del Estado.

Para tal efecto, recurriremos a la normativa que regula estas figuras. En ese sentido, la Ley marco del empleo público, Ley n.º 28175, en su

artículo 4,³⁷⁹ establece una clasificación del personal de empleo público, en donde diferencia al servidor del funcionario público.

³⁷⁹ Artículo 4.- Clasificación

El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera:

1. Funcionario público.- El que desarrolla funciones de preeminencia política, reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas del Estado y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser:

- a) De elección popular directa y universal o confianza política originaria.
- b) De nombramiento y remoción regulados.
- c) De libre nombramiento y remoción.

2. Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

3. Servidor público.- Se clasifica en:

a) Directivo superior.- El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano programa o proyecto, la supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno.

A este grupo se ingresa por concurso de méritos y capacidades de los servidores ejecutivos y especialistas, su porcentaje no excederá del 10% del total de empleados de la entidad. La ineficiencia en este cargo da lugar al regreso a su grupo ocupacional.

Una quinta parte del porcentaje referido en el párrafo anterior puede ser designada o removida libremente por el titular de la entidad. No podrán ser contratados como servidores ejecutivos o especialistas salvo que cumplan las normas de acceso reguladas en la presente Ley.

b) Ejecutivo.- El que desarrolla funciones administrativas, entiéndese por ellas al ejercicio de autoridad, de atribuciones resolutivas, las de fe pública, asesoría legal preceptiva, supervisión, fiscalización, auditoría y, en general, aquellas que requieren la garantía de actuación administrativa objetiva, imparcial e independiente a las personas. Conforman un grupo ocupacional.

c) Especialista.- El que desempeña labores de ejecución de servicios públicos. No ejerce función administrativa. Conforman un grupo ocupacional.

d) De apoyo.- El que desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento. Conforman un grupo ocupacional.

Rubio Correa,³⁸⁰ comentando el numeral 40 de la Constitución Política, señala que «lo interesante [...] consiste en diferenciar a funcionarios y servidores del Estado. Los primeros tendrán responsabilidad en la tarea de conducción del Estado bajo los cargos políticos, en tanto que los servidores son profesionales que no tienen otra responsabilidad que la administrativa y, en general, no tienen control del poder.

De otro lado, debemos señalar que serán funcionarios públicos de elección popular directa y universal o confianza política originaria, por ejemplo, el Presidente de la República, los Congresistas de la República, los Alcaldes y Regidores, entre otros.

De la misma manera, serán funcionarios públicos de nombramiento y remoción regulados, por ejemplo, los Magistrados del Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo, el Contralor General de la República, el Presidente del Jurado Nacional de Elecciones, los Miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, etc.

Finalmente, serán funcionarios públicos de libre nombramiento y remoción, por ejemplo, los Ministros de Estado, los Vice Ministros, los Presidentes del Directorio y Secretarios o Directores Ejecutivos o de rango similar de los organismos públicos descentralizados, los Gerentes Generales de los Gobiernos Regionales y Locales, los Prefectos y Sub Prefectos, entre otros.

Ahora pasaremos a analizar el contenido del artículo 21 de la Ley de Arbitraje.

³⁸⁰ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo II, p. 424.

A diferencia de sus antecedentes normativos —que contenían una lista de las personas que no podían ser árbitros—,³⁸¹ el artículo 21 de la Ley de Arbitraje cobija una norma de carácter general.

Esto nos parece razonable en vista de que, como sabemos, el método de que una norma intente abarcar todas las hipótesis pasibles de presentarse en la práctica se encuentra siempre con una realidad mucho más amplia que ofrece nuevos supuestos de hecho. De esta forma, la opción legislativa adoptada por la Ley, que es de carácter general y no taxativa, resulta bastante prudente.

En ese entender, el objeto de este precepto se ha ideado teniendo en cuenta que la sociedad, en general, y las partes, en particular, desconfían *a priori* del hecho de que determinados sujetos, independientemente de sus cualidades personales y profesionales, puedan actuar como árbitros.

La Ley de Arbitraje prohíbe que se pueda confiar la función arbitral en determinadas personas, sin que haya habido una experiencia previa que dé origen a tal desconfianza. Así, el veto contra estos individuos debe producirse debido a que, de lo contrario y así las partes tuviesen fe ciega en ellos, el arbitraje sería nulo.

En este escenario, podríamos estar frente a un supuesto de nulidad (en los términos del artículo 219, inciso 4, del Código Civil), por cuanto el fin de nombrar a una persona que no es compatible con el cargo, contraviene lo lícito (vale decir, lo señalado por el numeral 21 de la Ley de Arbitraje).

³⁸¹ Un desarrollo exhaustivo del por qué del impedimento de cada una de estas personas para ser árbitros, se puede observar en: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. *Op. cit.*, volumen 1, pp. 133 y ss.

Vidal Ramírez³⁸² señala sobre este tema que «la ilicitud de la finalidad se determina, entonces, cuando la manifestación de voluntad no se dirige a la producción de efectos jurídicos que puedan recibir tutela jurídica, pues la intención evidenciada del o de los celebrantes del acto jurídico es antijurídica».

De esta forma, el artículo 21 de la Ley de Arbitraje nos dice —de manera laxa— quiénes son esos sujetos que no pueden ser elegidos por las partes para desempeñar función arbitral. Un actuar contrario a lo allí establecido iría en contra de la norma, con lo que dicho proceder encajaría dentro de un acto que sería calificado como antijurídico.

Ahora bien, creemos que el sentido de la norma ha sido el de vigilar y proteger el que la justicia arbitral no pueda estar en manos de personas que no posean —aparte de una serie de cualidades éticas y profesionales— las calificaciones legales para ser árbitros o que, aun teniéndolas, estén impedidas de serlo por circunstancias transitorias (como, por ejemplo, el cargo público que ocupan).

Finalmente, pese al carácter general que posee el precepto, resulta importante resaltar su última parte, cuando señala que esto será así «dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas».

Es decir, la Ley de Arbitraje, con mucha prudencia, ha preferido no legislar taxativamente los supuestos de incompatibilidad y ha dejado a otras normas la difícil tarea de establecer claramente quiénes no pueden ser árbitros.

En ese entender, resulta importante lo dispuesto en la Ley n.º 27588, «Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten

³⁸² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto Jurídico*. 4ª edición. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1999, p. 502.

servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual», al igual que su reglamento, el Decreto Supremo 019-2002-PCM, «Reglamentan Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual».

Dicha Ley establece en su artículo 2, literal f, lo siguiente:

Artículo 2.- Impedimentos

Las personas a que se refiere el Artículo 1 de la presente Ley, respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen los siguientes impedimentos:

[...]

- f. Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. [...].

Ahora bien, el artículo 1, al cual hace referencia el numeral citado, trata acerca de «Los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos [...]».

Así, pues, encontramos en estas normas algunos supuestos en los cuales las personas inmersas en los numerales citados no podrán ejercer la función de árbitro.

De otro lado, de manera tradicional se ha hecho aplicable esta prohibición a una serie de funcionarios que, aparentemente, no tendrían por qué ejercer función arbitral.

Un caso interesante, es el referido a si resulta razonable que se prohíba el desempeño de esta función a los jueces y magistrados.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 196, incisos uno y tres, señala que «Es prohibido a los Magistrados: 1.- Defender o asesorar pública o privadamente. [...] 3.- Ejercer el comercio o la industria o cualquier actividad lucrativa personalmente o como gestor, asesor, empleado, funcionario [...]». (El subrayado es nuestro).

Yves Derains³⁸³ sostiene que en Francia, un juez puede desempeñar la función de árbitro si es que recibe una autorización de su superior.

Mangard, citado por Cantuarias Salaverry,³⁸⁴ sigue esa línea aportando mayores argumentos (bastante sólidos, por cierto), al señalar que «es el propio juez quien debe decidir en primer lugar si su participación en un caso concreto de arbitraje puede resultar perjudicial para su reputación como juez, incapacitarle para tratar determinados casos futuros en el tribunal o simplemente exigir demasiado tiempo que debería dedicar a su trabajo habitual. Así, en mi país [Suecia] existe actualmente un grupo cada vez más amplio de jueces que han recibido formación práctica en el campo del arbitraje y a quienes los hombres de negocios o sus abogados se dirigen para que participen, bien como árbitros únicos o como presidentes de un tribunal arbitral, en los casos comerciales más importantes. No puedo imaginar ninguna objeción razonable, desde el punto de vista ético o jurídico, contra un sistema de esta clase».

Nosotros creemos que la prohibición debe continuar. Ya un juez tiene mucho poder administrando justicia. El Estado no debe extenderle ese poder al ámbito del arbitraje.

³⁸³ DERAINS, Yves. «France». En *The Yearbook on Commercial Arbitration*, vol. VI. Revista editada por Kluwer Law International, 1981, p. 8.

³⁸⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones. Op. cit.*, p. 286.

Asimismo, en torno al tema de las incompatibilidades se debe tener presente lo establecido por el artículo 221 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo n.º 184-2008-EF,³⁸⁵ precepto que señala lo siguiente:

Artículo 221.- Impedimentos

Se encuentran impedidos para actuar como árbitros:

1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
3. Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
4. El Contralor General de la República.
5. Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado.
6. El personal militar y policial en situación de actividad.
7. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
8. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.
9. Los declarados en insolvencia.
10. Los sancionados o inhabilitados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas.

³⁸⁵ Modificado mediante Decreto Supremo n.º 138-2012-EF. Cabe precisar que la presente obra se trabajó en base al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado contenida en el Decreto Legislativo n.º 1017), en la medida de que al cierre de la presente edición aún no se publicaba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado contenida en la Ley n.º 30225, publicada el 11 de julio de 2014.

Dicho artículo tiene una redacción muy parecida al artículo 26 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572, y al artículo 21 de la Ley de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935.

Sin embargo, el referido Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hace la salvedad de que en el caso de «los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado» y en el de «los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes», el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenece la persona.

Ello implicaría, por ejemplo, que un funcionario público que trabaja en ESSALUD, podría ser árbitro en una controversia surgida entre un contratista y la Zona Registral IX de los Registros Públicos.

Otra norma que debemos tener presente en torno a incompatibilidades es el artículo 64 del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, Decreto Supremo n.º 010-2002-TR, que establece lo siguiente:

Artículo 64.- El arbitraje puede estar a cargo de un árbitro unipersonal, un tribunal ad hoc, una institución representativa, la propia Autoridad de Trabajo, o cualquier otra modalidad que las partes específicamente acuerden, lo que constará en el acta de compromiso arbitral. Si no hubiere acuerdo sobre el órgano arbitral se constituirá de oficio un tribunal tripartito integrado por un árbitro que deberá designar cada parte y un presidente designado por ambos árbitros o, a falta de acuerdo, por la Autoridad de Trabajo.

En ningún caso podrán ser árbitros los abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, las personas que tengan relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado.

Las normas procesales serán idénticas para toda forma de arbitraje y estarán regidas por los principios de oralidad, sencillez, celeridad, intermediación y lealtad. (El subrayado es nuestro).

Como se aprecia, la norma que regula el arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo establece expresamente quiénes no podrán ser árbitros y dicha norma también resultaría aplicable cuando el empleador resulta siendo una entidad del Estado, ya que dicha exclusión alcanzaría a aquellos funcionarios o servidores públicos que sean —precisamente— abogados, asesores, representantes, apoderados o, en general, algún funcionario que tenga relación con las partes o interés, directo o indirecto, en el resultado de la controversia.

ARTÍCULO 22

NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Artículo 22.- Nombramiento de los árbitros

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.
3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que considere necesaria para el cumplimiento del encargo.
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.
5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley Modelo Uncitral, sobre este tema, señala lo siguiente:

Artículo 11. *Nombramiento de los árbitros*

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.
- 3) A falta de tal acuerdo,
 - a) en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6;
 - b) en el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6.
- 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,
 - a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o
 - b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o
 - c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
- 5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debida-

mente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

De la misma forma, la Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este particular estipula lo siguiente:

Artículo 15.- Nombramiento de los árbitros

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.
Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.
2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:
 - a) En el arbitraje con un solo árbitro, éste será nombrado por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
 - b) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación.
En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros

serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

- c) En el arbitraje con más de tres árbitros, todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
3. Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello.
4. Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal.
5. El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
6. Si procede la designación de árbitros por el tribunal, éste confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo.
7. Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno.

(Este artículo está redactado conforme a la Ley n.º 11/2011, de 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reforma la Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de 23 de diciembre).

Dentro de la normativa nacional, el artículo bajo estudio tiene como antecedente inmediato el numeral 20 de la derogada Ley de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 20.- Nombramiento

Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral. La designación deberá ser comunicada a la parte o partes, según el caso, inmediatamente después de efectuada. Podrán designarse igualmente uno o más árbitros suplentes.

Por último, el artículo que nos corresponde analizar también registra antecedente en la Ley de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su numeral 18, señalaba lo siguiente:

Artículo 18.- Los árbitros son designados directamente por acuerdo de las partes.

Se exceptúa de lo anterior:

1. Cuando son nombrados judicialmente.
2. Cuando en el convenio arbitral las partes encomiendan expresamente a un tercero la designación.
3. Cuando las partes se someten al reglamento de una institución organizadora de arbitrajes, que contenga el procedimiento de designación.

Cuando por cualquier razón haya que designar un árbitro sustituto y no existiera árbitros suplentes, a falta de acuerdo entre las partes, se sigue el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido.

2. ANÁLISIS

Como se puede observar, el artículo 22 de la Ley de Arbitraje constituye una norma de corte reglamentarista, pues establece una serie de reglas que deben tenerse en cuenta al momento de nombrar al árbitro o árbitros ante quienes se ventilará el proceso. A continuación haremos algunas reflexiones sobre lo allí regulado.

2.1. La necesidad de ser abogado para ser árbitro y la innecesaria distinción entre arbitrajes nacionales e internacionales

El inciso 1 del artículo 22 señala que en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, el árbitro requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. Asimismo se establece que en el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.

Creemos que resulta acertado aquello que se señala en la primera parte de este inciso, en la medida de que en arbitrajes nacionales de derecho se trata de buscar la aplicación correcta de una serie de normas que, por lo demás, en muchos casos son de orden público.

Lo lógico es que los tribunales arbitrales de derecho estén compuestos por abogados, es decir, por gente de derecho. En ese sentido, si un tribunal arbitral está compuesto por abogados, se encontrará en la capacidad de conocimiento y de entendimiento suficientes para poder laudar conforme a derecho. Es decir, para emitir un laudo de derecho. Ello, obviamente, más allá de que se pueda equivocar o pueda —voluntaria o involuntariamente— no aplicar normas legales que debía aplicar.

De opinión contraria es Cantuarias,³⁸⁶ quien señala que más allá de la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia, la exigencia de que en el primer caso el árbitro tenga que ser abogado, pretende únicamente mantener un inaceptable coto de caza a favor de los abogados, a la par que significa una inaceptable intromisión en la autonomía de la voluntad de las partes.

Justamente sobre este tema, el referido autor cita a Eduardo Zuleta, quien afirma que una primera limitación se encuentra en el ya tradicional concepto de que los árbitros, siempre que trate del llamado arbitraje de derecho, deberán ser abogados, limitándose la intervención de otros

³⁸⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, Lima, Editora Jurídica Grijley, 2006, pp. 77-78.

profesionales a los llamados arbitrajes técnicos o al arbitraje de conciencia. Es indudable que las decisiones que involucren la interpretación y aplicación de normas jurídicas, requieren de la presencia de expertos para garantizar, en la medida de lo posible, que el laudo pueda hacerse efectivo; pero ello no significa, como se ha considerado tradicionalmente, que en todo arbitraje de los llamados «de derecho» los árbitros deban ser únicamente abogados.

Si bien es cierto la lógica del arbitraje reside principalmente en ese ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad que el Estado, a través de la ley, otorga a los ciudadanos, no por ello se debe descuidar una serie de valores que encuentran regulación en diversas normas de orden público que sólo podrán ser entendidas, interpretadas y reguladas por personas versadas en Derecho. Es cierto lo señalado por Cantuarias cuando reclama lo que por derecho le corresponde a esa «autonomía de voluntad», pero será más sensato no otorgar tanta libertad a las personas para que puedan elegir a un árbitro que resuelva su conflicto de derecho y, contradictoriamente, no tenga conocimientos sobre la materia. Lo contrario sería aceptar, por ejemplo, que una persona contrate a un abogado para que diseñe los planos de ingeniería de estructuras de un edificio. En este caso, como en el señalado por quienes defienden una irrestricta autonomía de la voluntad, no existe coherencia ni eficiencia alguna. Por lo demás, razones de orden público llevan a que el Estado deba prohibir prácticas de esta naturaleza. Con los planos elaborados por un abogado, se atenta contra la vida de las personas. En el arbitraje de derecho confiado a legos en derecho, se atenta contra la justicia.

Ahora bien, como ya se dijo, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico es que en un arbitraje nacional de derecho quien decida tiene que ser abogado. No interesa si estamos frente a un árbitro único o ante un tribunal arbitral. Lo curioso es que en materia de contratación estatal para poder laudar conforme a derecho, es decir, para emitir un laudo de derecho, no necesariamente debemos estar frente a un tribunal arbitral conformado únicamente por abogados, tal como lo permi-

te el artículo 45.6 de la Ley de Contrataciones del Estado,³⁸⁷ (Ley n.º 30225).³⁸⁸

Si el tribunal arbitral estuviese integrado por un árbitro único, ese árbitro único tiene que ser necesariamente abogado. Y si el tribunal arbitral fuese colegiado, es decir, un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, únicamente el presidente tiene que ser abogado, pudiendo los otros dos profesionales ser de especialidades de conocimiento distintas. Es decir, podríamos encontrarnos perfectamente ante un tribunal arbitral en donde una de las partes designe como árbitro a un ingeniero y la otra parte designe como árbitro a un arquitecto. Y dichos árbitros de parte solamente tendrían la obligación de escoger como presidente del tribunal arbitral a un abogado.

Al respecto, Kundmüller³⁸⁹ señala que, en virtud del principio de especialidad, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que

³⁸⁷ Artículo 45.- «Medios de solución de controversias de la ejecución contractual
[...]

45.6. El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado.

[...].» (El subrayado es nuestro).

³⁸⁸ Ley publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 11 de julio de 2014 y que entrará en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación del Reglamento, de conformidad con lo establecido por la Octava Disposición Complementaria Final. Cabe precisar que el Reglamento se deberá aprobar dentro de los ciento (180) días calendario siguientes a la publicación de la Ley, de conformidad con lo establecido por la Segunda Disposición Complementaria Final de la Ley.

³⁸⁹ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius et Praxis*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2003, n.º 34, p. 7.

esté integrado hasta por dos árbitros no abogados. Esto es posible, siempre que la presidencia del tribunal sea ejercida por un abogado, garantizando la normativa de contrataciones y adquisiciones que este tribunal produzca un laudo de derecho.

Sin perjuicio de lo señalado por Kundmüller, la interrogante que puede asaltar al lector es en qué medida un tribunal arbitral compuesto mayoritariamente por personas de conocimientos o especialidades ajenos al Derecho, podría estar en aptitud de laudar conforme a derecho.

Se podría alegar, sin duda, que el presidente del tribunal debería constituir o representar una especie de guía en la resolución del caso.

Sin embargo, todos sabemos que el presidente, más allá de las facultades decisorias o de dirimencia que establece la propia Ley de Arbitraje, es simplemente un árbitro entre tres, y que su decisión no necesariamente podrá modificar, convencer o persuadir a aquéllas de los otros árbitros que lo acompañan en la integración de este tribunal arbitral.

Entonces, dentro de tal orden de ideas, los tribunales arbitrales de derecho en materia de contratación pública podrían no estar compuestos mayoritariamente por abogados y, sin embargo, los laudos sí tienen que ser laudos de derecho.

¿En qué medida un laudo de derecho puede apartarse de normas de Derecho? ¿En qué medida un tribunal arbitral compuesto mayoritariamente por ingenieros puede laudar apartándose de esas normas de Derecho o, incluso, yendo contra esas normas de Derecho?

Aquí entra, sin duda, a discusión o a controversia un tema inagotable, y es el relativo a que los tribunales tienen que respetar, y más aún, no siendo tribunales de conciencia, preceptos de orden público fundamentales; y si este respeto de los preceptos de orden público fundamen-

tales es imperativo incluso en los tribunales arbitrales de conciencia, con mayor razón lo será en los tribunales arbitrales de derecho.

Por lo tanto, si se tratara de árbitros ajenos a la profesión de abogado, deberían informarse lo suficiente y asesorarse bien, ya sea por el presidente o por su cuenta, a efectos de no incurrir en errores, y siempre salvaguardando el principio de confidencialidad, para que las materias que conozcan en los procesos arbitrales no sean objeto de difusión pública con respecto a terceros, salvo cuestiones esquemáticas o teóricas, tratando de obviar partes, nombres y situaciones específicas, con el objetivo de que ningún tercero se pueda enterar de situaciones controvertidas única y exclusivamente en los propios procesos arbitrales.

Por otra parte, y siguiendo con el inciso primero del artículo 22, no entendemos la razón por la cual se señala que en el arbitraje internacional, que se entiende de derecho, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.

Esto nos parece equivocado, porque si se trata de un arbitraje internacional y de derecho debería exigirse cumplir con el requisito fundamental de que los árbitros sean abogados.

Entendemos que no se tenga que ser abogado con título revalidado por la República del Perú, pero sí abogado de conformidad con las normas legales aplicables en el país en donde se haya obtenido la licenciatura, sea éste de la tradición jurídica que fuere.

Es más, si la Ley de Arbitraje ha optado por una tesis monista, y teniendo en cuenta que sólo se harán distinciones entre el arbitraje nacional e internacional cuando haya cuestiones que inexorablemente deberán ser tratadas de distinta manera, no tiene sentido otorgar un tratamiento diferenciado ambas formas de arbitraje. Recordemos el viejo adagio que reza que *a igual hecho igual derecho*.

De otro lado, el inciso 2 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje señala que cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.

Sin duda, la Ley de Arbitraje tiende a brindar la mayor cantidad de facilidades a efectos de que se desarrolle el proceso arbitral, no exigiendo los requisitos de ejercicio de la profesión ni la pertenencia a colegios o gremios de abogados en el Perú o en el extranjero.

Sin embargo, en este punto surgen algunas dudas, ya que se podría exigir como requisito que el abogado que integre un tribunal arbitral se encuentre habilitado en el respectivo registro profesional. Podría darse el caso en el que dicho abogado se encuentre inhabilitado en su Colegio de Abogados (o equivalente) por una falta ética, por ejemplo.

No debería prescindir el medio arbitral de consideraciones como ésta que son importantes, sobre todo, para el conocimiento de las partes sobre las que va a administrar justicia en ese tribunal y que, sin duda, alguna de ellas o ambas, tendría razones como para sentirse incómoda e insegura por la presencia de esta persona, sancionada por razones éticas en su respectivo Colegio de Abogados o equivalente.

Resulta natural que estos requisitos no tendrían por qué ser exigidos cuando en el país donde el árbitro hubiese obtenido la licenciatura no se requiriera de colegiatura obligatoria; pero si fuese el caso, por una cuestión de control de la idoneidad formal y ética del árbitro que va a desempeñar la función en el proceso, sí convendría exigir la colegiatura hábil del árbitro.

2.2. Plena autonomía del ejercicio de la libertad

El inciso tercero del artículo 22, bajo comentario señala que los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral

o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. Asimismo, establece que la institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.

Tal como señalan Merino y Chillón,³⁹⁰ la legitimación del arbitraje es estrictamente subjetiva porque el conflicto que resuelve es intersubjetivo y en consecuencia la posición del árbitro y su actividad nace, se desarrolla y se extingue para una concreta controversia y en función exclusivamente de la autodeterminación que los interesados le dan para que despliegue tales funciones.

De esta manera, la fórmula contenida en el inciso tercero sólo se limita a enumerar, en orden de importancia, a los actores que deberán cumplir con la delicada tarea de nombrar al árbitro o árbitros.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe recordar que pese a que la Ley concede a las partes total libertad para determinar el sistema de designación de los árbitros, debe tenerse presente un único límite: el principio de igualdad (el cual se encuentra contenido en el numeral 23 de la Ley de Arbitraje). En efecto, el procedimiento que diseñen las partes debe respetar el principio de igualdad, que es de orden público, por lo que un procedimiento que no lo respete conllevaría la nulidad de la designación.³⁹¹

Por otro lado, la parte final de dicho inciso hace referencia a la solicitud de información necesaria que pueden realizar la institución arbitral o el tercero para cumplir con el encargo. Dicha solicitud de

³⁹⁰ MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, p. 505.

³⁹¹ Yáñez Velasco, comentando la ley española sobre este punto, señala que las partes, a la hora de determinar el procedimiento, deberán respetar los principios de equidad y justicia, que no son propiamente el de igualdad, aunque el principio de justicia engloba el de igualdad. De todas formas, se hace difícil imaginar que las partes presten su consentimiento a un procedimiento que no respete dicho principio de igualdad. (YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 359).

información puede ser de diversa índole, desde la especialidad que el árbitro debe poseer, hasta la de su nacionalidad, por ejemplo. Aquí la ley no hace mayores precisiones, ergo, no cabe hacer distinciones allí donde la ley no las hace.

2.3. Posibilidad de revocar el nombramiento del árbitro

El inciso 4 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje señala que 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.

Lo señalado por el inciso 4 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje es muy importante, por cuanto se trata de preservar la seriedad en las comunicaciones habidas entre las partes. Lo que se quiere evitar es otorgar a las partes la facultad de arrepentimiento.

El Derecho, salvo contadas excepciones, como el caso de las arras penitenciales o de retractación y otros pocos supuestos, no otorga impunemente la facultad de arrepentimiento.

De hecho, cabe señalar que el inciso 4 del artículo 22 es una norma que bien podría no haberse contenido en la Ley de Arbitraje, ya que en el Código Civil —que en éste y muchos casos es la norma supletoria por excelencia—, cuando se está frente al ámbito de las comunicaciones en materia de decisiones o en materia de transmisión de la voluntad de una persona a otra, se tienen preceptos bastante claros en el sentido de que las declaraciones de voluntad se consideran conocidas por el destinatario de las mismas cuando lleguen a destino. Es el típico caso contenido en los artículos 1373 y 1374 de dicho cuerpo normativo.

Es evidente, entonces, que una vez que una parte ha notificado a la otra sobre el nombramiento de un árbitro, no puede desdecirse de ese nombramiento, quedando éste firme para todos los efectos, salvo, natu-

ralmente, que la persona designada no lo aceptara o que, aceptándolo, fuese recusada y dicha recusación se declarase fundada; o, finalmente, el supuesto —muy extraño, por cierto— en que las partes hubiesen pactado en contrario.

2.4. Falta de designación del árbitro por una parte

Finalmente, el inciso 5 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, establece que si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23.

Uno de los aspectos más importantes en materia de la constitución de los tribunales arbitrales, es que las leyes busquen —de la manera más firme— el rápido nombramiento de los miembros del tribunal, y que la norma no deje abierta la posibilidad para que las partes empleen manio-bras dilatorias a efectos de no nombrar a los presidentes o no nombrar a los miembros, en general, de los tribunales arbitrales.

En ese sentido va redactado el inciso 5 del artículo 22, en donde si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde, en el plazo establecido, se podrá recurrir a la institución arbitral o, en general, al tercero nombrado por las partes para estos efectos o, en su defecto, recurrir al mecanismo que en detalle se establece en el artículo 23 de la Ley y que va a ser comentado a continuación.

Cabe señalar, tal como lo hace Bachmaier, que este apartado se aplica con independencia de cuál sea la causa por la que no es posible realizar el nombramiento de los árbitros conforme a lo pactado. En este aspecto es indiferente que lo acordado no pueda llevarse a cabo por el

incumplimiento de una de las partes, o porque concurre una causa ajena a la voluntad de las mismas.³⁹²

En efecto, incluso cuando la parte no designa a su árbitro debido a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor,³⁹³ deberá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado para tales efectos o, en todo caso, se deberá proceder de acuerdo a lo establecido por el artículo 23 de la Ley de Arbitraje.

Si bien, de conformidad con lo señalado por el primer párrafo del artículo 1316 del Código Civil, la obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor, entendemos que el artículo 22 de la Ley de Arbitraje es una excepción a dicha regla.

En efecto, en este caso, el deudor es aquella parte que está obligada a designar a su árbitro (es decir, obligada a ejecutar una obligación de hacer). Sin embargo, si se presentara un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, no se podrá entender que dicha obligación se extinguió; sino que se aplica lo establecido por el referido inciso 4 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje.

Asimismo, lo establecido por el artículo 22 resulta ser una excepción a lo señalado en el segundo párrafo del artículo 1316 del Código Civil, que indica que «si dicha causa es temporal, el deudor no es responsable por el retardo mientras ella perdure». Decimos esto, porque

³⁹² Citada por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nombramiento de árbitros». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, 2011, tomo I, p. 300.

³⁹³ Como sabemos, el incumplimiento de la obligación puede tener origen en causas independientes de la voluntad del deudor, extraordinarias, imprevisibles e irresistibles, dando lugar a lo que en Derecho se llama caso fortuito o fuerza mayor. En otras palabras, el incumplimiento le es impuesto al deudor por un hecho ajeno a él, se configura de esta forma un supuesto de inimputabilidad, merced a la cual el deudor no será responsable por tal incumplimiento ni por sus consecuencias. Es, pues, un motivo más de la ruptura del nexo causal de la responsabilidad. (Ver: OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 826)

la presencia de una causa no imputable a la parte que debe designar árbitro, no implicará esperar a que dicha situación finalice, para luego cumplir con la obligación de designar al árbitro. En estos casos, corresponde que el árbitro sea designado por la institución arbitral o por el tercero designado para tales efectos o, en todo caso, se deberá proceder conforme a lo establecido por el artículo 23 de la Ley de Arbitraje.

Entendemos que esta excepción a lo dispuesto por el artículo 1316 del Código Civil se da por un tema de seguridad jurídica y en resguardo de la propia institución arbitral.

ARTÍCULO 23

LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO

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:

- a. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.
- b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- d. 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.
- e. 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».

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Dentro de la normativa nacional, el artículo bajo estudio tiene como antecedente inmediato el numeral 21 de la derogada Ley de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 21.- Libertad de procedimiento de nombramiento

Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de el o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada una nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez. En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurridos diez (10) días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez. En todo supuesto de falta de designación del Presidente del tribunal arbitral, asumirá tal condición el árbitro designado por los miembros del tribunal arbitral.

2. ANÁLISIS

El artículo 23 de la Ley de Arbitraje señala que sin perjuicio de lo dispuesto en los literales d) y e) del mismo, 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.

En ese sentido, la Ley ha optado por establecer el espectro más amplio posible a efectos de permitir que las partes determinen la composición del tribunal arbitral. Es decir, podría establecerse cualquier fórmula, partiendo de las fórmulas tradicionales y llegando incluso a la creación de fórmulas novedosas.

En principio, es sabido que una de las objeciones que generalmente se hace al nombramiento de los árbitros en los tribunales arbitrales, es que se teme que los árbitros designados por las partes puedan comportarse como abogados de ellas.

En ese sentido, una de las posibilidades a las que podrían recurrir las partes, es que el tribunal esté conformado por árbitros en cuya designación hayan convenido, precisamente, ambas partes. Es decir, los tres árbitros o el árbitro único hayan sido designados de común acuerdo por las partes en conflicto.

Tal vez esta situación, sin duda, plantearía un punto de partida teóricamente mejor que el caso en el cual el tribunal arbitral sea designado a través del esquema tradicional. No obstante ello, reconocemos que esa ventaja se podría producir solamente en un ámbito teórico. Decimos esto, porque será muy difícil que se presente una situación en la cual, derivado el conflicto, las partes se pongan de acuerdo en la composición del tribunal arbitral, en la medida en que existe controversia, recelo y desconfianza entre ellas.

Sin embargo, este esquema de composición tendría, sin duda, la ventaja de que ninguno de los árbitros se sentiría con cercanía mayor a alguna de las partes, en la medida de que no habría sido designado sólo por una de ellas sino por las dos.

Sin perjuicio de lo señalado, lo usual en materia de designación de los tribunales arbitrales, es recurrir al mecanismo tradicional de nombramiento.

La Ley, que desarrolla este mecanismo en el artículo 23, no obstante, indica que cualquier otro mecanismo al que las partes recurran no podrá vulnerar el principio de igualdad.

Ninguna parte puede tener algún tipo de ventaja con respecto a la otra en el nombramiento de los árbitros. Tal principio es básico para el desarrollo del arbitraje, y es que lo más importante es que el tribunal sea imparcial y que su designación resulte equitativa.

En ese sentido, están vedadas las cláusulas que asignan a una de las partes mayores prerrogativas que a la otra para el nombramiento de los árbitros, ya sea en el nombramiento de más de un árbitro, en el nombramiento del presidente, o en el nombramiento supletorio, en defecto de su señalamiento por la parte contraria. Cabe recalcar que lo nulo será la estipulación y no el convenio mismo de arbitraje; ello, en aras de mantener el desarrollo del arbitraje y la observancia del precepto contenido en el principio de conservación del contrato.

No está de más señalar que un tema que hay que tener muy en consideración, es el relativo a la independencia del organismo que designe supletoriamente a los árbitros en defecto de las partes.

Este organismo debe contar con la suficiente independencia e imparcialidad con relación a las partes. Ellas no deben tener injerencia ni en el organismo ni en los órganos decisorios del organismo, de manera

tal que esta situación deberá ser considerada como muy importante, ya que en la medida en que una de las partes tenga injerencia en la composición del Consejo Directivo del organismo que se encargue de la designación supletoria de los árbitros, en esa misma medida la parte que se considere afectada tendrá posibilidades de alegar la violación del debido proceso y plantear la anulación del laudo ante el Poder Judicial.

Ahora bien, a manera ejemplificativa cabe citar lo señalado por Cantuarias,³⁹⁴ cuando enumera algunas de las formas más comunes para designar a los árbitros:

- Mediante acuerdo de 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.³⁹⁵
- Mediante el método de que cada parte nombre a un árbitro y éstos últimos designen al presidente del tribunal arbitral.
- Mediante su designación por el Poder Judicial.

Ahora bien, señala el artículo 23 de la Ley de Arbitraje que, a falta de acuerdo, se aplicarán una serie de reglas.

La primera regla, contenida en el literal a), señala que en caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común

³⁹⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Libertad de procedimiento de nombramiento». En *AA. VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, pp. 305 y 306.

³⁹⁵ Señala Cantuarias que el método de listas posee varios sub métodos. Por ejemplo, uno de ellos consiste en el intercambio entre las partes de una lista de X número de potenciales árbitros. Otro, por ejemplo, utilizado por la American Arbitration Association (AAA), consiste en que la AAA alcanza a ambas partes una lista idéntica de potenciales árbitros, etc.

acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.

Como señalábamos al principio de nuestros comentarios, éste sería un mecanismo tal vez más difícil de llevar a la práctica y, en tal sentido, la Ley señala un plazo de quince (15) días que es, sin duda, un plazo razonable para que las partes puedan llegar a un acuerdo.

En segundo lugar, el supuesto contemplado por el literal b) es el más usual. Señala este literal que en caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

Sin duda, el mecanismo del literal b) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, es el más recurrido y usual en la práctica.

Nos parece adecuado el plazo de quince días. Evidentemente, la parte que solicita el arbitraje no tendrá dicho plazo, en la medida en que la parte que solicita el arbitraje nombrará el árbitro, efectivamente, cuando se produzca dicha solicitud de arbitraje. Es decir, tendrá un plazo mucho mayor, pues esta parte maneja sus tiempos, habida cuenta de que es ella quien solicita el arbitraje. Por su parte, el plazo de quince días correrá para la contraparte una vez que se hace el requerimiento del arbitraje.

A su vez, se señala que los dos árbitros ya elegidos tendrán un plazo de quince días para elegir al presidente del tribunal arbitral.

Debemos subrayar que los plazos que señala la Ley son plazos de caducidad. Es decir, no admiten interrupciones, conforme lo establecido por el Código Civil en esta materia.

Además, se debe entender que será dentro de estos plazos que deberán llegar las comunicaciones a destino y no que dentro de esos plazos deberá formularse la comunicación y que ésta llegue a destino después de vencido el respectivo plazo.

Por lo demás, todas estas reglas se rigen de manera supletoria por las disposiciones generales que el Código Civil contempla acerca de los contratos y, específicamente, acerca de las declaraciones de voluntad encaminadas a la celebración y a la ejecución de los contratos.

Es inevitable no sólo en el Perú sino en cualquier parte del mundo, que en los arbitrajes cada parte tenga cierto grado de desconfianza, con respecto al árbitro designado por la parte contraria.

No cabe duda de que por más pergaminos profesionales, académicos o de rectitud profesional que tengan esos árbitros, ellos siempre serán merecedores de algún recelo o suspicacia por la parte que no los designó.

Y esto es natural, pues siempre se podrá pensar que existe algún elemento de carácter oculto o desconocido que haga que ese árbitro tenga una mayor vinculación o compromiso con la parte que ha efectuado su designación, y que tales vínculos no sean de conocimiento de la contraparte.

En buena cuenta —y aunque ello termine no siendo así— es común que las partes en controversia sospechen que el árbitro que no han designado, actuará y laudará a favor de la parte contraria.

No crea el lector que estamos afirmando que esto sea así, pues en la mayoría de casos los laudos se expiden por unanimidad y los árbitros designados por las partes tienen una conducta acorde a su investidura; no obstante, durante el desarrollo del proceso, estos temores están pre-

sententes y todos los hemos tenido cuando ejercemos la labor de abogados defensores en un arbitraje.

De ahí que resulte en extremo importante el mecanismo que los árbitros de parte empleen para la designación del presidente del tribunal arbitral.

Dicho mecanismo deberá pasar por una serie de consideraciones que a mi juicio resultan indispensables, en una serie de aspectos.

La actuación de los árbitros de parte para la elección del presidente del tribunal, debe estar marcada por la transparencia con respecto al otro árbitro.

Esto significa que cada uno de los árbitros de parte, deberá actuar de la manera más honesta con respecto al otro, no recurriendo a vericuetos, ardides, maniobras, trampas o situaciones similares que hagan que la elección del presidente pueda estar viciada o inclinada a favor de una de las partes.

En ese sentido, estimo que lo más idóneo sería que ambos árbitros intercambien una serie de nombres de posibles presidentes en quienes confíen para el desempeño de dicha labor.

Podría tratarse, por ejemplo, de un intercambio de correos electrónicos, en los cuales cada uno de ellos incluya o remita una lista de diez o quince nombres de posibles presidentes del tribunal, y que en ese intercambio de nombres, pueda surgir alguno o algunos sobre los cuales hagan confianza dichos árbitros.

Lo que resultaría inaceptable sería que uno de los árbitros recurra a un mecanismo tan transparente como el descrito, incluyendo en dicha relación a los árbitros más connotados del medio y que el árbitro designado por la parte contraria, restrinja su relación a un número muy

reducido de personas, fundamentalmente, desconocidas o, incluso, básicamente, de dudosa (o certera mala) reputación.

En casos como éstos, el árbitro que ha actuado de manera transparente, no debería ceder en lo absoluto, ya que resulta de evidencia que el árbitro de la parte contraria está jugando sucio, y que, a la vez, está desnudando su catadura moral, restringiendo su propuesta para la presidencia del tribunal, a una lista lo suficientemente pequeña, como para que el presidente sea, no sólo un amigo suyo, sino además una persona cuyas decisiones arbitrales sean fácilmente *negociables en el mercado*.

El árbitro de parte que actúa con limpieza debería exigir que su contraparte reflexione y escoja alguno de la lista o, en todo caso, introduzca en la discusión una propuesta de nuevos nombres de personas de igual valía, para que el presidente del tribunal termine siendo alguien que revista plenas cualidades identificadas con la independencia e imparcialidad que debe tener, no sólo el presidente, sino cualquiera de los miembros del tribunal arbitral.

Si la negociación se frustrara por la necesidad del árbitro de la parte contraria, tranquilamente deberá ponerse fin a dicha deliberación, a efectos de que sea el órgano competente el que designe al presidente del tribunal arbitral.

En ese sentido, con independencia del órgano que corresponda, debemos tener en cuenta lo establecido por la Ley de Arbitraje, en el sentido de que el presidente del tribunal arbitral deberá ser elegido en estos casos en base a criterios de aleatoriedad.

Si bien es cierto que la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) se refiere a la Cámara de Comercio correspondiente, en el caso de que estos órganos funcionen de manera supletoria a la voluntad de las partes, no cabe duda de que tal esquema de aleatoriedad debe aplicarse a cualquier situación en la cual un centro de arbitraje deba designar supletoriamente a un árbitro de parte o a un presidente de tribunal arbitral.

Salvo situaciones excepcionales, de las cuales no nos vamos a ocupar en este trabajo, la regla de la aleatoriedad no debería ser variada.

Pero, volviendo al tema de la designación del presidente por los árbitros de parte, debemos ser enfáticos en que aquellas personas cuyos nombres se propongan para presidentes del tribunal, no deben tener vinculación alguna con las partes ni con los árbitros que las propongan.

En este sentido, es muy usual que alguno de los árbitros recurra a proponer al otro el nombre de un amigo común, tratando de poner en compromiso al árbitro de la contraparte con respecto a la elección de dicha persona.

El razonamiento es muy simple. Si se trata de un amigo común y en la conversación se dice expresamente que ambos árbitros son amigos de él, en buena cuenta, aparentemente, no habría razón alguna para no elegir a esa persona como presidente del tribunal arbitral.

Ésta es una *de las mejores jugadas*, pero todo dependerá del grado de confianza en la independencia e imparcialidad de ese amigo común que tenga el árbitro que recibe la propuesta.

Si algo debe tener claro este árbitro, es que aquí no valen los compromisos ni el amilanarse por el hecho de que ese amigo común pueda ofenderse por el hecho de que no ha sido designado árbitro.

Dedimos esto, porque uno puede tener muchos amigos, pero a la vez, no necesariamente confiar en la independencia e imparcialidad de todos ellos.

Uno en la vida conoce a mucha gente, e incluso tiene amistad con varios de ellos, pero son amistades que se reducen a determinados planos sociales, y que en situaciones como la designación de un presidente de tribunal, conducen inexorablemente al árbitro que recibe dicha pro-

puesta, a preguntarse si él se sentiría cómodo con la presencia del *amigo común*, en la presidencia del tribunal arbitral.

Si la respuesta es positiva, pues, a designarlo como presidente, pero si la respuesta es negativa o si existen dudas sobre el particular, la respuesta negativa se impone. Así de simple.

Ahora bien, los temores relativos a que este *amigo común* se pueda resentir con uno por no haberlo designado como presidente del tribunal arbitral, deberían ser despejados, pues, en principio, si esta persona llegase a enterarse de la ingrata situación, ello obedecerá a que el árbitro que lo propuso, habrá sido infidente y le habrá comentado acerca del tema.

Queda claro que tal infidencia podría llevar implícita, en cierta medida, alguna indebida familiaridad o previa conversación con la persona cuya propuesta para presidente se frustró.

En ese sentido, si nuestro *común amigo* se resiente, ello debería alegrarnos y no entristecernos, pues sería la prueba más palpable de que había un cierto arreglo entre él y quien lo propuso, y de que nuestro actuar correspondió a la sensatez y corrección.

Pero el caso extremo es aquel en el cual aquel a quien se propone como árbitro, se promoció a sí mismo, comunicándose con el árbitro receptor de la propuesta. En este caso no hay duda alguna de que no se le debe designar presidente.

La elección del presidente del tribunal debe ser un acto libre por parte de los árbitros designados por las partes.

Ello significa que desde el momento en que tales personas ostentan la condición de árbitros, no deben seguir instrucciones de las partes que, respectivamente, los han designado.

En tal caso, no corresponderá que los árbitros de parte consulten con las partes que los han designado, acerca de los nombres de las personas que van a ser propuestas por ellos para ocupar el cargo de presidente del tribunal arbitral.

Esto, pues, se estaría dando preferencia a la parte que lo designó a uno para plantear una lista de posibles presidentes que sean *amigos* de la parte que ha designado a dicho árbitro; y que, por tanto, de igual manera, podrían favorecer a dicha parte.

En ese sentido, no cabría el procedimiento de consulta entre los árbitros de parte, es decir, que las conversaciones o deliberaciones que ellos sostengan para designar al presidente del tribunal arbitral, sean puestas en conocimiento de las partes en conflicto; naturalmente, hecha la excepción en que, por lo delicado del asunto, ambos árbitros acuerden recurrir a dicho procedimiento o, por último, en el exótico caso, en el cual tal procedimiento se hubiese estipulado en el convenio arbitral.

Pero, si no nos encontrásemos en alguno de estos supuestos de excepción, el presidente del tribunal arbitral deberá ser escogido confidencialmente por los árbitros de parte, sin intervención alguna de las partes que los designaron.

Por último, si alguna parte tuviese algún conflicto de interés con el árbitro designado como presidente, podrá proceder a recusarlo, siguiendo el procedimiento establecido por la ley.

En otras palabras, la recusación del presidente siempre se producirá con posterioridad a su designación por los árbitros de parte, y no a través de un veto impuesto como consigna al árbitro que la parte haya designado.

Asimismo, no cabe duda de que la designación de los árbitros constituye un acto de confianza, el mismo que no sólo se circunscribe a los

árbitros de parte, sino que se extiende, obviamente, al presidente del tribunal arbitral.

En ese sentido, para proceder a la designación del presidente del tribunal, los árbitros de parte deberán tener en consideración la confianza que ellos mismos depositen en aquél a quien designen como presidente.

Cuando me refiero a *confianza*, no necesariamente estoy pensando en un análisis de conocimiento previo y profundo de aquél a quien se designe como presidente.

Es claro que en algunos casos podrá presentarse la situación en la cual ambos árbitros tengan un conocimiento cercano de aquél a quien designan como presidente, e incluso guarden amistad con él.

En estos supuestos, el conocimiento se hallará en su mayor expresión.

Sin embargo, en otros casos, tal situación no se presentará, por cuanto los árbitros de parte podrán tener un relativo conocimiento de aquél a quien pretenden designar como presidente.

Y es que muchas veces la conversación para designar al presidente del tribunal, puede entramparse en la medida de que los árbitros carezcan de amigos en común en quienes confíen para depositar la confianza en la elección del cargo.

En estos casos, cuando no existen amigos comunes o aquéllos que lo fueren no reúnan la confianza de los árbitros de parte para ocupar ese cargo, se tendrá que recurrir a terceros a quienes uno conozca por referencias de orden profesional, académico o por su desempeño en otros procesos arbitrales, en que uno los haya visto actuar directa o indirectamente; es decir, ejerciendo la defensa arbitral o por referencias de terceras personas.

Elegir un presidente en tales circunstancias, también implica un acto de confianza, pues, como puede apreciarse, este concepto no se circunscribe al directo, amplio y antiguo conocimiento personal sobre el futuro presidente del tribunal.

Para la elección del presidente del tribunal arbitral, los árbitros de parte deben tratar de que aquella persona que pueda ocupar ese importante cargo, guarde similar distancia con las partes y con los árbitros.

Esto por una cuestión de sentido común, pues habiendo pasado la valla de la independencia e imparcialidad, siempre será mejor escoger como presidente a una persona que idealmente sea equidistante de las partes y de los árbitros de parte.

Una situación como ésta será fácil de superar en la medida en que ambos árbitros de parte tengan oficio arbitral, entendiendo por esto último a que ambos árbitros ejerzan usualmente la función de tales en diversos arbitrajes en el medio.

La experiencia vivida enseña que en estos casos será mucho más fácil para tales árbitros lograr consenso para la elección del presidente del tribunal arbitral; ello, por la sencilla razón de que ambos árbitros tendrán una serie de conocidos e, incluso, amigos comunes, en quienes puedan confiar la presidencia del tribunal arbitral.

Naturalmente, esto no siempre ocurrirá, sobre todo cuando a pesar de que los árbitros de parte tengan amplio oficio arbitral, uno de ellos se hubiere coludido con la parte que lo nombró, a efectos de intentar —por todos los medios— que el presidente del tribunal sea alguien cercano a la parte que lo ha designado.

En estos casos, será obvio que lograr la elección del presidente resultará sumamente difícil.

Otro caso en el cual no será sencillo designar a un presidente de tribunal que guarde similar distancia con los árbitros y las partes, será aquél en el cual uno de los árbitros de parte tenga amplio oficio arbitral, en tanto el otro carezca de tal oficio.

En una situación como ésta será claro que quien carezca de oficio no conocerá a quienes se desenvuelven en el medio arbitral, y terminará designando como presidente del tribunal a un árbitro con oficio, pero a quien seguramente poco o nada conoce.

Hay situaciones en las cuales la elección de presidente se complica de manera notoria, en la medida en que resulta muy difícil para los árbitros hallar a alguien que no haya tenido o tenga vinculación alguna con las partes en conflicto.

Es el caso en el cual ambas partes sean empresas tan grandes y con tantos problemas y aristas legales que, prácticamente, hayan consultado o consulten a un número muy importante de estudios de abogados o de abogados independientes de la Capital.

En estos casos, a veces será difícil escoger a un árbitro peruano como presidente del tribunal (aunque por experiencia, buscando bien se encuentra, e incluso a alguien con buenas cualidades); pero en el supuesto de que la elección se entrampase por los árbitros de parte o por el órgano encargado de efectuar la elección con carácter supletorio, será factible recurrir a un árbitro extranjero.

En el caso de los árbitros extranjeros, siempre es necesario tener el cuidado de que éstos no guarden mayores vinculaciones con alguno de los coárbitros o con el Estudio de Abogados que defiende a dicha parte o, incluso, con la parte misma.

Para tal efecto, los árbitros de parte deberán tener sumo cuidado en la designación de un árbitro extranjero, tanto como si fuera peruano,

con la preocupación adicional de que puedan estar presentes relaciones o amistades poco perceptibles al momento de su designación, y que pudieran ser decisivas al tiempo de laudar.

Estas medidas de cautela y precaución, evidentemente, no sólo se extienden a los árbitros de parte, sino a la entidad nominadora, en defecto de acuerdo y, por sobre todo, a las partes en conflicto y sus asesores legales, quienes deberán realizar una búsqueda mucho más intensa acerca de las vinculaciones que pudieren existir entre el árbitro extranjero designado y la contraparte, así como sus respectivos asesores legales.

Los árbitros de parte deben tener también mucho cuidado en que aquél a quien designen como presidente, no sólo sea una persona que revista todas las buenas cualidades de las que hemos tratado en estas páginas, sino que además se trate de una persona diligente y que se encuentre en aptitud, tanto en materia de conocimientos, como de tiempo y disposición, para poder ocupar la presidencia del tribunal arbitral.

No olvidemos que el presidente del tribunal, no sólo por lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, sino por la práctica consuetudinaria, es la persona encargada de dar impulso al proceso.

Un presidente negligente o que carezca de cualquiera de las condiciones antes mencionadas, conducirá, casi seguro, a que el arbitraje fracase.

De esta manera, se puede concluir que los árbitros de parte tienen la difícil misión —encomendada precisamente de manera implícita por quienes los designaron— de escoger un *buen presidente* del tribunal, con todo lo que implica la expresión que acabamos de mencionar.

Esta labor debe ser tomada con la mayor responsabilidad y cuidado, a efectos de evitar con posterioridad, no sólo el lamento de alguno de los árbitros, sino —fundamentalmente— de la parte que lo nombró.

Por otra parte, el literal c) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje señala que en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

En este caso, la ley trata de solucionar un tema que no estaba contemplado en la normativa anterior, y es el caso en que no estemos en presencia de un solo demandado o un solo demandante, sino en el de una pluralidad de personas que integren una parte procesal.

En este caso, el vacío de la normativa anterior era aprovechado por los demandados cuando, en efecto, había pluralidad de personas en la parte demandada, con el propósito de dilatar la conformación del tribunal arbitral.

La excusa que generalmente empleaba alguno o, en general, todos los codemandados, era que ellos no podían designar en conjunto a una persona para que fuese su árbitro. Ello, naturalmente, en la medida de que los intereses y los argumentos y los medios de defensa de todos los codemandados no eran los mismos. Entonces, ahí surgía el siguiente argumento:

Señor, si es que nosotros somos dos demandados y hay un demandante, lo justo es que cada uno de los demandados designe a un árbitro y —de esta manera— se componga el tribunal arbitral.

Tales situaciones, sin duda, plantean cuestionamientos de orden teórico.

Sin embargo, la respuesta deberá ser generalmente negativa.

No podría admitirse una solución de esta naturaleza, debido a que los árbitros no van a representar a las partes. Es decir, los árbitros van a resolver una controversia, pero no van a ser sus representantes en el tribunal.

Creemos que la norma es positiva y recoge algunos de los problemas que usualmente se presentaban en tribunales arbitrales en el Perú, resolviéndolos con una fórmula —en principio— idónea.

Sin embargo, aquí no habría una solución perfecta. Ello, porque cabría la posibilidad de que los codemandados sean de número par. Entonces, en este caso, evidentemente tendría que haber acuerdo, porque si no, no habría árbitro y ¿qué pasaría si los codemandados fuesen un número impar y una mayoría de ellos fuese proclive a designar a una persona como árbitro y otro u otros no quisieran designar a esa persona o quisieran designar a otra persona para que sea el árbitro?

Creemos que en estos casos cabría preguntarse si debería haber necesariamente un pleno acuerdo al respecto.

El artículo 23, literal c) de la Ley, es enfático al señalar que las partes, los codemandantes o codemandados, deben llegar a un acuerdo para tal designación.

Sin embargo, pensamos que el tema podría —como de hecho ocurre en la práctica— complicarse, en la medida en que una mayoría quiera actuar en un sentido y la minoría quiera actuar en otro.

En esta hipótesis creemos que la Ley pudo haber optado por lo que la mayoría decida, en la medida en que habría una posición precisamente mayoritaria para poder designar a alguien en condición de árbitro. Lo contrario implicaría que se tenga que recurrir al mecanismo de designación supletoria previsto por la Ley, con lo que se dilataría aún

más la designación del árbitro. Por lo demás, esta designación supletoria no necesariamente será del agrado de todos quienes integran esa parte.

La solución en caso no nos encontraríamos ante una mayoría absoluta, sino ante mayorías relativas sí estaría acorde con lo que hoy prevé la Ley peruana. Es decir, cinco codemandados de los cuáles dos formarían un sub grupo, otros dos formarían otro sub grupo y el quinto tendría una posición distinta a la de estos dos sub grupos. ¿Qué pasaría en esos casos? Creemos que al no haber una mayoría absoluta, la designación se tendría que regir por la designación supletoria contemplada por el propio literal c) del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, que nos encontramos comentando.

Ahora bien, en cuarto lugar, el literal d) del artículo 23 de la Ley establece que si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llega 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.

El artículo 23, literal d), plantea una situación bastante particular, porque hasta antes de la vigencia del Decreto Legislativo n.º 1071, el nombramiento supletorio de los árbitros quedaba en manos de los jueces civiles.

Es verdad que la principal crítica que se hacía a este esquema de nombramiento era el de su lentitud, ya que de manera usual el nombramiento de un árbitro de modo supletorio demoraba alrededor de medio año, tiempo excesivo para un trámite de tan poca dificultad procesal.

Esto se derivaba, básicamente, de la excesiva carga procesal que, como todos sabemos, existe dentro de los tribunales ordinarios.

La modificación fundamental en este aspecto pasa por el hecho de que se ha asignado dicha función supletoria de designación de los árbitros a las Cámaras de Comercio de la localidad donde se va a desarrollar el arbitraje.

Esto, naturalmente, rige no sólo para los arbitrajes que son administrados por los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio, en cuyo caso no habría ninguna novedad al respecto, sino también, y fundamentalmente, para los arbitrajes *ad-hoc*, en la medida en que no se hubiese establecido un procedimiento supletorio de designación en el convenio arbitral. No rige, claro está, para todos aquellos casos en donde se hubiese convenido que el arbitraje será institucional y que la entidad administradora no sea, precisamente, una Cámara de Comercio.

Es verdad que la modificación de este procedimiento de nombramiento supletorio fue aplaudida por el medio arbitral. Sin embargo, tenemos algunas observaciones al respecto.

En primer lugar, creemos que el hecho de que las partes hayan pactado un arbitraje *ad-hoc*, y no institucional, y en especial no regido por las normas de una Cámara de Comercio, puede implicar como punto de partida una desconfianza de las partes hacia esa institución.

Si bien es cierto que uno puede guiarse por la imagen de la Cámara de Comercio de Lima, cuya tradición respecto al tema arbitral es bastante conocida, no olvidemos que a nivel nacional ella no es la única. Existen diversas cámaras de comercio en el Perú que no pueden equiparar, necesariamente, la seriedad y prestigio que posee la Cámara de Comercio de Lima.

En ese sentido, una norma como ésta podría traer eventuales procesos de anulación del laudo o ulteriores amparos por desviación de la jurisdicción. Decimos esto por dos razones.

En primer lugar, porque el precepto constitucional establece que la jurisdicción ordinaria es la jurisdicción que rige, evidentemente, en todos los procesos, salvo que las partes se sometan a la jurisdicción arbitral o salvo que se trate de algún supuesto especial sometido a la jurisdicción militar.

No obstante, cuando nosotros hablamos de la justicia ordinaria, el apartamiento de ella hacia la vía arbitral debe ser, naturalmente, impuesto por las propias partes o establecido por la ley. Pero aquí el problema se acrecienta, en la medida de que, por lo menos, todos los convenios arbitrales celebrados antes de la vigencia de la Ley de Arbitraje, no tenían en consideración lo que ahora señala el Decreto Legislativo n.º 1071.

Es decir, cuando yo celebré (antes del 1 de septiembre de 2008) un convenio arbitral y establecí que el arbitraje sería un arbitraje *ad-hoc*, no me sujeté a ninguna decisión de una Cámara de Comercio, debido a que, probablemente, las partes consideramos que no era pertinente someter nuestro arbitraje a la administración de una Cámara de Comercio. Y luego, una Ley establece lo señalado en el precepto bajo análisis con respecto a las designaciones supletorias de los árbitros.

Sin perjuicio de lo expuesto, creemos que el tema podría estar zanjado por lo que se indica en la segunda disposición transitoria de la Ley de Arbitraje, referida a las actuaciones en trámite, cuando se establece que, salvo pacto en contrario, en los casos en que con anterioridad a la entrada en vigencia de ese Decreto Legislativo, una parte hubiere recibido la solicitud para someter la controversia a arbitraje, las actuaciones arbitrales se registrarán por lo dispuesto en la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje.

Por otra parte, es necesario desarrollar una idea que viene siendo objeto ya de algunos vicios sobre este tema y es la siguiente: no existe en la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, ninguna disposición

que establezca la prohibición de que los miembros de los Consejos Superiores de Arbitraje de las Cámaras de Comercio del Perú o los funcionarios o empleados de cualquier rango de dichas Cámaras de Comercio, puedan participar o puedan ser designados como árbitros con carácter supletorio. En ese sentido, aquí se presenta un serio problema, porque al no existir esa prohibición, el órgano decisorio de la respectiva Cámara de Comercio podría designar como árbitro —con carácter supletorio— a alguno de sus miembros. Naturalmente, en la medida en que el Reglamento de la propia Cámara no lo prohíba.

Es verdad que situaciones como éstas abonarían en la pérdida de prestigio del ente rector de la respectiva Cámara de Comercio.

Sin duda, este vicio latente está abierto y pensamos que debería plasmarse una prohibición al respecto en una eventual modificación al Decreto Legislativo n.º 1071.

Por otra parte, en la práctica hemos visto también que en ocasiones se recurre a un mecanismo más solapado y perverso, que sería que el ente nominador de la respectiva Cámara de Comercio designa, como lo establece la propia Ley y, digamos, siguiendo el mecanismo del *sorteo*, a un árbitro «X».

En esta hipótesis vamos a partir de la idea siguiente: la designación de los árbitros por sorteo o el nombramiento por las Cámaras de Comercio tiene que revestir ciertas características de transparencia, tal como se establece en el inciso 6 del artículo 25.

Sin embargo, la verdad es que la Ley no indica que el funcionamiento de dicho mecanismo de transparencia deba ser supervisado por un notario público, de tal manera que al no establecerse esta disposición por la Ley, podría entenderse que es el propio órgano decisorio de la Cámara de Comercio respectiva el que hará la supervisión de su propia labor sobre este particular.

Creemos que allí, sin duda, se plantea una situación bastante peligrosa. Sobre todo porque si no existe la supervisión de un notario público o de una entidad estatal que verifique que se emplee el mecanismo aleatorio o transparente, simplemente se podría preferir la designación de algunas personas para proceder a un intercambio de favores arbitrales.

Los favores arbitrales son, sin duda, uno de los elementos que más perjudican al arbitraje, por cuanto en algunas ocasiones se puede apreciar el mecanismo por el cual los funcionarios encargados de decidir o de proponer la designación de árbitros con carácter supletorio, proponen y designan a personas que no tienen experiencia arbitral y que no poseen prestigio profesional.

Pero, ¿por qué lo hacen?

Lo hacen con el único y exclusivo propósito de intercambiar favores arbitrales. Es decir, designan a esas personas para que luego ellas los propongan como presidentes de tribunales arbitrales logrando, en algunos casos, su cometido, por cuanto por el solo hecho de ser propuestos ya tienen una obvia ventaja.

Por otro lado, se actúa de esta manera debido a que cuando se designa a estas personas, sin duda, ellas piensan, de manera temerosa, que si se niegan a nombrar como presidentes a quienes los designaron, podrían recibir represalias, por cuanto ya se conoce que estas personas pueden actuar de manera corrupta en algunas Cámaras de Comercio realizando este tráfico de influencias, con lo cual también podrían trabar la designación de aquél que se oponga al nombramiento del corrupto como presidente o como árbitro en otros procesos arbitrales futuros, en donde se le tenga que designar por la Cámara de Comercio respectiva.

Estas corruptelas se han producido en algunas ocasiones y creemos que por esa razón debería procederse a una modificación inmediata de

la Ley, específicamente en lo que respecta al nombramiento supletorio de árbitros por parte de las Cámaras de Comercio, en donde se prohíba que estas personas (directivos de las Cámaras, personas que formen parte del Consejo Superior de Arbitraje, funcionarios y demás empleados), integren —directa o indirectamente— los tribunales arbitrales en que la Cámaras intervienen como entes nominadores, de acuerdo a Ley.

Para terminar nuestros comentarios al artículo 23 de la Ley de Arbitraje, diremos que su literal e) señala que en el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el literal 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 se puede observar, lo único que hace esta norma es modificar la fórmula establecida por el literal d) cuando estemos en presencia de un arbitraje internacional.

Cabe señalar que con excepción de lo establecido por el literal d), el contenido del artículo 23 de la Ley de Arbitraje es de plena aplicación tanto para el arbitraje nacional como para el internacional. En ese entender, no comprendemos por qué es que se hace la distinción, en esta última parte del precepto, de un supuesto de hecho que, como los anteriores regulados por el numeral, no merece tratamiento diverso. Al parecer, en este aspecto, el legislador también olvidó que había escogido la tesis monista como inspiradora de toda la Ley.

ARTÍCULO 24

INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO

Artículo 24.- Incumplimiento del encargo

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley Modelo Uncitral del año 2006 regula este tema, señalando lo siguiente:

Artículo 11.- Nombramiento de los árbitros

[...]

4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes,

[...]

c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.

Dentro de la normativa nacional, el artículo bajo estudio tiene como antecedente inmediato el artículo 22 de la derogada Ley de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 22.- Incumplimiento del encargo

Si el tercero a que se refiere el Artículo 20, encargado de efectuar la designación de el o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de diez (10) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de el o los árbitros.

2. ANÁLISIS

Esta norma también resulta de bastante utilidad en la práctica porque cierra el círculo en relación a la intervención de carácter supletorio de las Cámaras de Comercio. Decimos esto, por cuanto el supuesto del artículo 23 es que se trataba de un arbitraje *ad-hoc* y que las partes no hubiesen pactado algún mecanismo supletorio de designación de árbitros.

De esta forma, el artículo 24 se refiere a la posibilidad de que las partes sí hubiesen contemplado un mecanismo supletorio de designación de árbitros. Así, y tal como lo establece el artículo 24, existen dos posibilidades:

La primera es que las partes sí hubiesen sometido esa designación supletoria a alguna institución arbitral o no arbitral. Podría tratarse de un centro de arbitraje determinado o incluso de una institución determinada, como sucedió en el emblemático caso del arbitraje Sulliden-Algamarca, en donde la institución que se había previsto para la desig-

nación supletoria de los árbitros era el Instituto Nacional de Derecho de Minería, Petróleo y Energía.

En ese entender, lo mismo podrá ocurrir con cualquier otra institución de cualquier naturaleza, tenga o no fines de lucro, o con cualquier persona natural, a la que se encargue la determinación del árbitro o de los árbitros con carácter supletorio.

Cabe entonces la posibilidad de que estas instituciones, arbitrales o no, o que estas personas, incumplan el encargo, es decir que a pesar de haberse previsto en el convenio arbitral que ellos realizarán ese encargo, no lo realicen. Esto podría ocurrir en razón de que, en efecto, no estarían obligados a ello, en la medida en que no son instituciones a las cuales se les haya confiado la administración del arbitraje, sino simplemente se trate de instituciones o personas que son terceros ajenos al convenio arbitral, es decir, que no han participado, obviamente, en él y a quienes se delega la determinación supletoria de los árbitros. Bien podría ocurrir, claro está, que acepten el encargo.

Dentro de esta hipótesis, la ley establece, en su artículo 24, un plazo máximo que será de quince días, plazo que, obviamente, regirá de manera supletoria, en la medida en que las partes no hubiesen establecido un plazo menor o un plazo mayor.

Estos quince días se computarán desde la fecha en que se solicite la intervención de esta institución arbitral o del tercero, en términos generales. Así, si dentro de esos quince días la institución o el tercero no comunica a las partes el nombramiento supletorio del árbitro, se entenderá rechazado el encargo. En ese caso, el encargo pasará a ser cumplido por la Cámara de Comercio que corresponda.

Sin embargo, en este punto resulta interesante plantear una inquietud, en la medida en que el artículo 24 no distingue si estamos frente a

un arbitraje *ad hoc* o un arbitraje administrado; pero entendemos que se trata de la aplicación supletoria de esta regla a los procesos *ad hoc*.

Cuando las partes hubiesen establecido como entidad administradora del arbitraje a un determinado centro de arbitraje, el procedimiento (y plazos) para la designación del árbitro será aquél establecido en los Reglamentos, precisamente, de dicho Centro. Es decir, no necesariamente se aplica el plazo de quince días al que hace alusión el artículo 24.

¿Qué pasaría si ese centro de arbitraje no nombrara al árbitro dentro de quince días? ¿Se tendría que seguir esperando, habida cuenta de que el respectivo centro ya habría incumplido el encargo? O se podría recurrir a la Cámara de Comercio, a pesar de que se trate de un arbitraje administrado.

Entendemos que no se podría aplicar el plazo de quince días ni la consecuencia (la de entender que rechaza el encargo de designar), si los Reglamentos del Centro contemplan un plazo mayor. Ello, en la medida de que las partes se sometieron a la administración de dicho Centro de Arbitraje, lo que implica respetar los plazos que el mismo establece para la designación de árbitros.

Si el Centro no cumple con designar al árbitro en el plazo establecido en sus Reglamentos, consideramos que sí se podrá entender que está rechazando el encargo de designar (pero no así el de administrar el proceso, que es materia distinta). Por ello, en estos casos, se debería seguir el procedimiento previsto en el literal d) del artículo 23, es decir, recurrir a la Cámara de Comercio.³⁹⁶

³⁹⁶ Siguiendo esta línea crítica, Enrique Ferrando Gamarra (FERRANDO GAMARRA, Enrique. «Incumplimiento del encargo». En *AA. VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, pp. 314 y 315). da cuenta de algunos otros problemas que podrían suscitarse. Así, señala que:

Existen varios aspectos que bajo la antigua ley eran solucionados por aplicación supletoria del Código Procesal Civil al proceso de designación judicial, que ahora

Como se puede observar, no todas estas interrogantes son resueltas por el artículo 24. Es más, dicho numeral genera dudas, en la medida de que su primera parte solamente hace referencia a los supuestos en que quien deba efectuar el nombramiento de los árbitros sea una institución arbitral o un tercero, guardando silencio sobre los otros posibles escenarios.

Con todo, creemos que, finalmente, será la práctica arbitral la encargada de dilucidar los problemas que acabamos de mencionar.

Para concluir, cabe recordar que la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, otorgaba un plazo de diez días y que, además, era un juez quien, en última instancia, nombraba al árbitro o árbitros. Sobre esto último, Chocrón³⁹⁷ señala que dicha intervención constituye

ya no son aplicables. En tal sentido, la no aplicación del Código Procesal Civil a dicho proceso nos lleva a hacernos las siguientes preguntas:

- i) ¿Qué ocurriría en caso de conflicto de competencia? Si tenemos en cuenta que una de las reglas es el sometimiento a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana, podría darse el caso en que más de una Cámara de Comercio se considere competente en razón a su proximidad geográfica. A ello se suma el interés que podría tener alguna de las partes en generar un conflicto de competencia o en hacer que éste se resuelva a favor de sus intereses.

Para tales supuestos no resultarían aplicables las normas del Código Procesal Civil sobre conflicto de competencia, lo cual entraparía ostensiblemente el proceso de designación. Téngase presente al respecto que las Cámaras de Comercio no están regidas por normas especiales, ni están sujetas a supervisión alguna, por lo que no existe garantía de idoneidad y profesionalismo en el cumplimiento de este importante encargo legal, más allá de la seriedad y conocida reputación de algunas Cámaras de Comercio.

- ii) ¿Qué pasaría si alguna de las partes cuestionara la decisión de la Cámara y decidiera ventilar su cuestionamiento ante el Poder Judicial? La protección al derecho de defensa podría llevar al Órgano Jurisdiccional a dar trámite a este pedido, lo cual nos colocaría exactamente en la posición que la nueva ley pretendía evitar.

³⁹⁷ CHOCRÓN GIRALDES, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2000, p. 198.

un favor legal de la propia ley a la institución que ella misma regula con el fin de evitar su frustración por un mero desacuerdo de voluntades.

Pese a los inconvenientes que hemos resaltado en el contenido del artículo bajo análisis, sin duda, la nueva Ley de Arbitraje contiene considerables ventajas con respecto a su predecesora.

ARTÍCULO 25

NOMBRAMIENTO POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Artículo 25.- *Nombramiento por las Cámaras de Comercio*

1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por 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. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.
2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.
3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.
4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23º y en el artículo 24º, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
5. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

6. En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.
7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Sobre este tema, la Ley de Arbitraje y Conciliación boliviana, Ley n.º 1770, establece lo siguiente:

Artículo 19.- (*Designación por tercero*)

[...]

- II. Las partes podrán también encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a entidades o asociaciones especializadas a través de centros de arbitraje, de acuerdo con los reglamentos de dichas instituciones.

Asimismo, la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras, Decreto n.º 161-2000, establece que:

Artículo 45.- [...]

A falta de acuerdo de las partes o de no designación de los mismos por el tercero o terceros delegados, los árbitros serán designados por la institución arbitral que corresponda, cuando se trate de arbitraje institucional, o por cualquiera de las instituciones arbitrales que estuviere legalmente establecida en el lugar del domicilio donde habrá de llevarse el arbitraje, a solicitud de cualquiera de las partes.

2. ANÁLISIS

El inciso 1 del artículo 25 de la Ley de Arbitraje establece que cuando por disposición de la ley corresponda el nombramiento de un árbitro por 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. Asimismo, establece que dicha decisión es definitiva e inimpugnable.

Como se puede observar, lo que hace el inciso 1 es establecer, en primer término, cuál será el órgano encargado de resolver el nombramiento supletorio de los árbitros dentro de las Cámaras de Comercio.

Para efectos prácticos, diremos que, por ejemplo, el máximo órgano de la Cámara de Comercio de Lima es su Asamblea General seguida del Consejo Directivo, que tiene, además, un Presidente.

Sin embargo, la Cámara de Comercio de Lima posee un órgano especializado que se denomina Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el cual, a su vez, tiene un órgano que es el Consejo Superior de Arbitraje, el mismo que, de acuerdo a sus reglamentos y conforme a lo que establece el inciso 1 del artículo 25 del Decreto Legislativo n.º 1071, sería el encargado de nombrar de manera supletoria al árbitro, en defecto de nombramiento y conforme a lo dispuesto por los artículos 23 y 24 de la Ley.

No obstante, se debe tener en consideración que la existencia de centros de arbitraje en las Cámaras de Comercio es un hecho relativamente nuevo, en la medida de que el mismo se viene planteando recién hace algunos años en algunas de estas cámaras, como son los casos de La Libertad, Arequipa, Piura, Huancayo y algunas otras. El propio Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, recién se creó en el año 1993.

Teniendo esto presente, si estuviésemos ante un supuesto en el cual el nombramiento con carácter supletorio tuviera que ser realizado por

la Cámara de Comercio, y no existiese en ella constituido un Centro de Arbitraje, tal nombramiento debería ser efectuado por el máximo órgano de gobierno de la Cámara, que sería el equivalente al Consejo Directivo de la propia Cámara.

Es importante señalar también que estas normas son, evidentemente, de carácter dispositivo y podría haberse acordado algo distinto o contrario en el convenio arbitral.

De la misma forma, también resulta relevante indicar que la decisión que adopte la Cámara de Comercio a través del órgano competente —a efectos de designar de manera supletoria al árbitro—, es una de carácter definitiva e inimpugnable.

El carácter de la decisión definitiva e inimpugnable resulta de trascendencia, en la medida en que no sería correcto proceder a efectuar una revisión de lo señalado a través de algún recurso que contemplara la Ley, como un recurso de reconsideración o el establecimiento de una segunda instancia vía apelación.

Naturalmente, si la designación del árbitro vulnerara algún derecho de las partes o de alguna de ellas, ésta podrá hacerlo saber al órgano que efectuó dicho nombramiento, a efectos de dejar constancia de que el proceso arbitral se inicia con un vicio de origen y, en caso fuese posible, para que proceda a corregir el error. El derecho de recurrir a la anulación del laudo ya se tiene desde que se notifique una decisión adversa e inimpugnable del Consejo Superior de Arbitraje.

Esta situación podría permitir que posteriormente se interponga el recurso de anulación del laudo, en virtud de las disposiciones que establece la propia Ley de Arbitraje.

Ahora bien, entendemos que el carácter de inimpugnable se ha establecido en el artículo 25, inciso 1, por una cuestión de seguridad jurí-

dica. No obstante, creemos que lo idóneo hubiera sido que esa decisión sí pudiese ser impugnada vía recurso de reconsideración, porque de lo contrario, el dicho de la parte solamente tendría por objeto dejar constancia de lo ocurrido y de ninguna manera representaría la posibilidad de abrir el camino a efectos de poder remediar el error.

Imagínese el lector, por ejemplo, la posibilidad de que la Cámara de Comercio hubiese designado a un árbitro que tuviera una vinculación directa con la otra parte.

En ese caso, se tendría, pues, que recurrir al mecanismo de la recusación, pero este mecanismo podría evitarse en la medida en que el órgano de la Cámara de Comercio que hubiese nombrado el árbitro pudiese reconsiderar esa decisión vía recurso de reconsideración.

Es verdad, no obstante, que si se nombrara a una persona vinculada con una de las partes o que tuviese algún impedimento, ella podría ser recusada y sería la propia Cámara de Comercio la que, de acuerdo a las disposiciones que señalaremos posteriormente, podría encargarse de resolver dicha recusación.

Como vemos, las facultades que se están otorgando a las Cámaras de Comercio son bastante amplias, notorias e importantes.

Sin embargo, nos queda la duda en el sentido de si esas facultades constituyen no solamente una ventaja para el desarrollo rápido de los procesos arbitrales, o más bien son un arma de doble filo.

Ellas serán una ventaja, en la medida de que la respectiva Cámara de Comercio funcione adecuadamente, guiada por criterios de moralidad y decencia y respetando siempre los principios generales del Derecho, así como la legislación vigente. *A contrario*, constituirá un instrumento pernicioso, en la medida de que dicha Cámara funcione de manera opuesta.

Ahora bien, el inciso 2 del artículo 25 de la Ley establece que para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.

En primer lugar, es evidente que tiene que haber una solicitud a la Cámara de Comercio a efectos de que ésta proceda a hacer el nombramiento supletorio del árbitro.

En ese entender, ¿qué requisitos debe contener dicha solicitud?

En primer lugar, se debe señalar el nombre o la denominación social de la otra parte, a efectos de verificar la identidad de la persona natural o jurídica con la cual se va a entender dicho procedimiento.

En segundo lugar, se tiene que señalar el domicilio de la otra parte, con el objeto de que se le pueda notificar de una manera adecuada y fehaciente.

En tercer lugar, la norma hace referencia a una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje.

En este punto es necesario subrayar que se trata sólo de eso, de una breve descripción de lo que será materia de un futuro arbitraje. Es decir, no resulta indispensable señalar en esta solicitud de nombramiento supletorio todos los elementos que sí resulta necesario desarrollar en la solicitud de arbitraje, donde se debe establecer de manera detallada cuáles serían esos elementos, cuáles serían las eventuales pretensiones de la parte demandante en el arbitraje cuyo inicio está solicitando, entre otros.

En el caso del inciso 2 del Decreto Legislativo n.º 1071, solamente se requiere una breve descripción de la controversia que será objeto de

arbitraje, en donde podrán omitirse, evidentemente, algunas de las futuras pretensiones.

Consideramos que bastaría con realizar una referencia genérica. Esto es exigido por la Ley, porque la parte emplazada deberá conocer si la futura controversia se encuentra o no dentro de los alcances del convenio arbitral; y, además, porque la designación con carácter supletorio del árbitro tendrá que recaer en una persona que revista condiciones de idoneidad, a efectos de ejercer apropiadamente el cargo para el cual va a ser nombrada. Si se tratara, por ejemplo, de un arbitraje en materia de contratación pública, se entenderá que estaremos en presencia de una persona que deberá tener la respectiva experiencia. De la misma forma si, por ejemplo, se tratase de un arbitraje sobre una materia contractual, sería ideal que el árbitro sea una persona entendida en contratos. Ésa es la razón por la cual el inciso 2 del artículo 25 de la Ley exige esa breve referencia a la futura controversia.

Adicionalmente, este inciso exige que se acredite la existencia del convenio arbitral.

Sobre el tema ya nos hemos pronunciado con ocasión del análisis de las características que debe contener el convenio arbitral. De allí que hayamos enfatizado, en su oportunidad, la importancia de que el mismo constara por escrito, así como los riesgos de diversas salidas que la Ley establecía para favorecer la existencia del arbitraje (básicamente, nos referimos al principio que favorece el arbitraje).

Sin embargo, esas excepciones —que ya han sido desarrolladas— podrían conducir a que exista una duda en la Cámara de Comercio ante la que se solicite el nombramiento con carácter supletorio del árbitro, acerca de si se cumple o no con el requisito de que el convenio conste por escrito.

Imaginamos, por ejemplo, el caso en el cual la parte que solicita el nombramiento supletorio del árbitro presenta en la Cámara de Comer-

cio un intercambio facsimilar o un intercambio de correos electrónicos. En ese caso, ¿habrá convicción en la Cámara de Comercio acerca de la existencia de ese convenio arbitral? Creemos, en principio, que no, siendo ése uno de los problemas que se podrían derivar de la amplitud en materia de forma establecida por la Ley de Arbitraje en actual vigencia.

Por último, el inciso 2, del artículo 25, señala que también debe acompañarse la solicitud de arbitraje formulada a la otra parte.

Entendemos que cuando se exige acompañar la solicitud de arbitraje formulada a la otra parte, la Ley se refiere solamente a los casos en los cuales ambas partes no recurran de común acuerdo para que se nombre al presidente, sino que sea la parte (o la futura parte) demandante, la que recurra a la Cámara de Comercio, a efectos de que la contraparte a quien se ha solicitado el inicio de un arbitraje nombre un árbitro ante, precisamente, la omisión del cumplimiento del deber de nombramiento de dicho árbitro.

En el inciso 3 de la Ley se establece que si la respectiva Cámara no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco días. Agrega la norma que, vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.

Naturalmente, se está delineando cuál es el procedimiento aplicable para la designación por parte de la Cámara de Comercio.

Resulta evidente que la solicitud de nombramiento tiene que ser puesta en conocimiento de la contraparte, a efectos de que exprese lo que convenga a su derecho.

En principio, la contraparte podría, por ejemplo, negar la existencia de la cláusula arbitral y considerar que aquello que se presenta como convenio arbitral es un convenio inexistente o falso, o que se trata de

un convenio que no reúne las formalidades aplicables, o que el convenio arbitral haya señalado algo distinto en relación al nombramiento supletorio, o, en suma, lo que considere conveniente.

Luego de vencido ese plazo, con contestación o sin ella de la futura parte demandada, la Cámara de Comercio procederá a efectuar el nombramiento.

Por su parte, el inciso 4 del artículo 25 de la Ley señala que la Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los literales d) y e) del artículo 23 y en el artículo 24, dentro de un plazo razonable. Agrega esta norma que la Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.

El inciso 4 señala la obligación de la Cámara de Comercio de efectuar esta designación. Esta obligación parte de un mandato legal; por ello, se entiende que aquí no hay un contrato, sino un mandato de la Ley sobre las cámaras de comercio. Aquí, incluso, podría cuestionarse, en el plano teórico, esta obligación, por cuanto implica el deber de realizar una labor sin haber dado previamente consentimiento.

Creemos que el gran problema en este caso parte de un tema de orden monopólico y es que dado que la prerrogativa de designar supletoriamente a los árbitros recae exclusivamente sobre las Cámaras de Comercio de la localidad (o de la localidad más cercana, si no hubiese Cámara de Comercio en el lugar donde se va a desarrollar el arbitraje), esta situación partiría de la idea de que los precios o tarifas señalados por las Cámaras no van a tener competencia con respecto a otros organismos.

Por lo demás, estas tarifas de nombramiento supletorio de árbitros usualmente son bastante altas. Definitivamente no están destinadas a

cubrir los costos del nombramiento de árbitros de manera supletoria, pues ellas tienen un fin claramente lucrativo.

Ahora bien, cuando el inciso 4 del artículo 25 de nuestra Ley de Arbitraje trata acerca de la obligatoriedad del nombramiento por parte de las Cámaras de Comercio, establece que esta obligatoriedad es bajo responsabilidad.

Evidentemente, al no señalar de qué tipo de responsabilidad se trata, queda claro que se está haciendo alusión a la responsabilidad civil, la misma que se regiría por las normas de los artículos 1969 y siguientes del Código Civil, al tratarse de un supuesto extracontractual.

Es importante subrayar lo anotado en la última parte de esta norma, cuando indica que la Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral.

En estos casos, son aplicables las consideraciones y cuestionamientos que hicimos con relación a la formalidad del convenio arbitral y a las posibilidades de asimilar formas que, en estricto, no son escritas.

Como señala el inciso 1 del artículo 25 de la Ley, las decisiones de las Cámaras de Comercio son definitivas e inimpugnables.

En ese sentido, cabría preguntarse ¿qué pasará una vez que la Cámara de Comercio rechace el nombramiento supletorio del árbitro? ¿Qué camino tiene que seguir el interesado en llevar adelante el arbitraje? El camino que tendría sería el de iniciar un proceso judicial (porque no va a poder iniciar el proceso arbitral) en donde su contraparte (aquella que dedujo la no existencia de convenio arbitral, es decir, la parte demandada), tendrá que ventilar sus argumentos de fondo.

Es importante reparar también en el extremo del inciso 4 del artículo 25 de la Ley, referido a que la Cámara de Comercio está obligada a efectuar el nombramiento dentro de un plazo razonable.

En principio, la designación de los árbitros de manera supletoria se rige por los reglamentos de las Cámaras, de tal manera que mientras se cumpla con los plazos reglamentarios, no habrá ninguna posibilidad de que se le reclame a la Cámara el pago de daños y perjuicios.

Así, en la medida en que la Cámara exceda sus propios plazos reglamentarios, los daños y perjuicios que cause su demora serán susceptibles de reclamársele vía indemnización de daños y perjuicios (responsabilidad extracontractual).

Naturalmente, si la Cámara de Comercio no estableciese un plazo en su Reglamento, regirá lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 25 de la Ley, es decir, que la resolución donde se nombre supletoriamente a los árbitros sea emitida y notificada, precisamente, dentro de un plazo razonable.

Como se puede observar, la expresión «plazo razonable» es ambigua, lo que implica que esa situación llevará, sin duda, en algunos casos a conflictos de interpretación en torno a los alcances y a la posibilidad de haber excedido ese plazo.

Sin embargo, la Ley no establece una sanción para cuando la Cámara de Comercio no haga el señalamiento dentro del plazo razonable.

Estimamos que se trata de un vacío que debió cubrirse estableciendo las respectivas sanciones.

Cabe señalar que el incumplimiento de esa obligación podría obedecer a diversas circunstancias, entre otras, a un tema de conflicto de intereses, por ejemplo.

Podemos imaginar el caso en que una de las partes del proceso sea la Cámara de Comercio en donde se tramita, precisamente, la designación supletoria del árbitro. Esa cláusula arbitral, sin duda, sería nula y la propia Cámara de Comercio estaría en la imposibilidad de ser juez y parte, nombrando supletoriamente a un árbitro.

En esos casos, por ejemplo, cuando la Cámara no designe al árbitro, debería entenderse rechazado el nombramiento por la Cámara y ella no necesariamente será pasible de responsabilidad, ya que en casos como éstos no podría haber responsabilidad.

Particularmente, lo que correspondería sería que la Ley hubiese establecido que adquiere competencia el juez civil y, en ese caso, claro está, nunca se podría presentar el supuesto en el cual el juez no proceda a nombrar un árbitro de manera supletoria.

Creemos, por lo demás, que cuando el artículo 25, inciso 4 de la Ley se refiere a la facultad de no nombrar supletoriamente al árbitro por parte de las Cámaras de Comercio, cuando se aprecia la inexistencia del convenio arbitral, se está refiriendo, obviamente, al hecho material de que el convenio no existe, es decir, a que no le quede constancia a la Cámara de Comercio sobre la realidad misma del convenio arbitral.

Una Cámara de Comercio no podría, en ningún caso, ante un convenio arbitral presentado por una de las partes, deducir su inexistencia como si fuera tribunal de justicia. Lo único que podría hacer es verificar la no presencia o la no existencia del convenio arbitral, dentro de la documentación aportada por la parte que solicita el nombramiento supletorio del árbitro. Lo contrario sería entrar a sustituir las funciones que, de acuerdo a la Constitución y la ley, son propias de los tribunales ordinarios y de los propios tribunales arbitrales, a efectos de declarar nulidades e inexistencias (esta última, en el Derecho peruano, recibe el tratamiento de la nulidad).

Por su parte, el inciso 5 del artículo 25 de la Ley, señala que la Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la Ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

Lo regulado en este inciso es de suma importancia, por cuanto las partes o la propia Ley, podrían haber establecido algunos requisitos en particular. Por ejemplo, las partes podrían haber decidido que los árbitros revistan necesariamente la condición de especialistas en una determinada materia, por ejemplo, en Derecho Mercantil. En ese sentido, la Cámara debería cuidar de hacer tal designación, es decir, de realizar el sorteo dentro de los expertos en Derecho Mercantil registrados en la lista de árbitros de la respectiva Cámara de Comercio.

En este punto también se debería tener mucho cuidado y los centros de arbitraje de las Cámaras de Comercio, o las Cámaras mismas, deberían ser lo suficientemente transparentes para que se publicaran las listas de expertos según especialidades.

Es evidente que cuando el inciso 5 del artículo 25 se refiere a los requisitos establecidos por la Ley, naturalmente, hace referencia al caso en el cual el arbitraje sea de derecho.

En este caso, los árbitros tendrán que ser abogados, independientemente de si están colegiados o no y de si son peruanos o no.

La Ley, a través del artículo 25, inciso 5, establece que las Cámaras de Comercio tomarán las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

Naturalmente, a lo que se está haciendo alusión aquí es a que no participen en el mecanismo aleatorio de designación como candidatos a ser designados, algunas personas o algunos eventuales futuros árbitros

que puedan tener —de manera manifiesta— algún conflicto de interés con las partes o con sus representantes o, en general, que se hallen incursos dentro de las incompatibilidades señaladas por la propia Ley de Arbitraje, y que hagan que el nombramiento sea un nombramiento viciado o tendencioso a efectos de favorecer los intereses de una de las partes.

En ese caso, las Cámaras de Comercio deberán tomar las precauciones (por lo menos dentro de la información que manejen preliminarmente) para que no se produzcan situaciones como éstas.

A su turno, el inciso 6 del artículo 25 de la Ley establece que en el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.

Sobre este punto ya hemos realizado algunos comentarios. Así, ya se dijo que los mecanismos de elección de árbitros pueden ser de lo más variados, en la medida en que siempre se trate de una asignación aleatoria y, evidentemente, no una asignación por méritos. Decimos esto, debido a que una asignación por méritos siempre va a ser subjetiva y va a acarrear la posibilidad de que la Cámara de Comercio condicione el resultado. Ello, naturalmente, salvo que los méritos se valoren de manera objetiva y, dentro de rangos y categorías de árbitros, se proceda, siempre con absoluta transparencia, a realizar un sorteo en presencia de notario público.

También ya nos pronunciamos sobre el tema del respeto a los criterios de especialidad. Sólo quisiéramos reiterar, en cuanto a este mecanismo de designación, que el mismo debería ser lo suficientemente transparente, e, incluso, para tener la certeza y garantía de ello, se debería requerir la presencia de un notario público cada vez que se realice dicho sorteo.

Creemos, por lo demás, que incluso si ello no estuviese previsto y una de las partes exigiese la presencia de un notario público para la verificación de un mecanismo transparente de designación aleatoria, dicha parte tendría todo el derecho de hacerlo y, naturalmente, si la Cámara no aceptara tal situación, se vería en una situación incómoda, ya que posteriormente la parte perjudicada podría recurrir en anulación del laudo.

Por último, el inciso 7 del artículo 25 de la Ley de Arbitraje señala que en el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, se tendrá en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

La disposición del inciso 7 tiene como propósito fundamental el garantizar la equidad, en la medida de que, si bien es cierto el criterio de nacionalidad no implica parcialidad, que el presidente comparta la nacionalidad con alguna de las partes, podría hacer que el árbitro respectivo tenga una situación de mayor cercanía que aquélla que tendría un árbitro de nacionalidad distinta.

ARTÍCULO 26

PRIVILEGIO EN EL NOMBRAMIENTO

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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

Dentro de la legislación extranjera, podríamos señalar que la Ley de Arbitraje española del año 2003 contiene un principio que se condice con lo establecido por el artículo 26 de nuestra Ley de Arbitraje. Así, dicha Ley, en su artículo 15, inciso 2, señala lo siguiente:

Artículo 15.- Nombramiento de los árbitros

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal.

Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista.

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

[...].

(Este artículo está redactado conforme a la Ley n.º 11/2011, de 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reforma la Ley n.º 60/2003

de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de 23 de diciembre).

Asimismo, la Ley Modelo de la Uncitral, sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece en su artículo 18 el principio que inspira lo señalado por el artículo 26 bajo análisis:

Artículo 18.- *Trato equitativo de las partes*

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Dentro de la normativa nacional, tenemos que el Código Civil de 1984, en su artículo 1918, hoy derogado, establecía una norma que contenía un principio similar al que posee el artículo 26 de la Ley de Arbitraje. Dicho numeral señalaba lo siguiente:

Artículo 1918.- [...]

Es nulo el pacto de deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros.

De otro lado, el artículo que nos corresponde analizar también posee antecedente en la Ley General de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su artículo 9, señalaba lo siguiente:

Artículo 9.- [...]

Es nulo el convenio arbitral que concede a una de las partes derecho exclusivo para la designación de los árbitros, para la fijación de la materia objeto de arbitraje, o para establecer las reglas del proceso arbitral.

Por último, el artículo 26 de la Ley de Arbitraje tiene como antecedente inmediato al numeral 14 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. El referido precepto señalaba que:

Artículo 14.- *Separabilidad del convenio arbitral*

[...]

Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento.

2. ANÁLISIS

Cabe recordar que con ocasión del análisis del artículo 25, ya hicimos algunas precisiones en torno a las eventuales situaciones en las cuales exista un privilegio en el nombramiento de los árbitros.

Sin perjuicio de ello, Yáñez Velasco³⁹⁸ recuerda que la ley concede total libertad para determinar el sistema de designación de los árbitros, con un único límite: el principio de igualdad. En efecto, el procedimiento que diseñen las partes debe respetar el principio de igualdad, que es un principio de orden público, por lo que un procedimiento que no lo respetase conllevaría la nulidad de la designación.

En ese sentido, resulta necesario reiterar que cualquier situación que marque una inequidad en el nombramiento de los árbitros por las partes, sea cual fuere aquélla, determina la nulidad del convenio arbitral. De tal forma que si se constituye un tribunal arbitral en base a estas consideraciones, la parte que se crea afectada puede recurrir a la anulación del laudo.

Resulta interesante subrayar la interrogante planteada por González de Cossío,³⁹⁹ quien se cuestiona el hecho de si alguna ventaja «estratégica» debe interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación de los árbitros.

³⁹⁸ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 359.

³⁹⁹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 173.

Ante esta interrogante, el mismo autor señala que sí, y que este hecho causaría la invalidez del laudo ya que se estaría dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes.

En efecto, no debemos confundir estrategia con fraude, pues toda actuación debe enmarcarse, siempre, dentro del respeto a la Constitución Política y a las leyes especiales, en este caso, la Ley de Arbitraje.⁴⁰⁰

En este punto también es necesario comentar un tema importante, en el sentido de qué ocurriría si una de las partes recurriese a solicitar un arbitraje en base a una cláusula arbitral que esté contemplada dentro de los supuestos del artículo 26 de la Ley. Es decir, cuando el convenio arbitral establezca una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes.

⁴⁰⁰ González de Cossío cita un ejemplo bastante ilustrativo sobre este tema. Se trata del caso Dutco; un caso francés consistente en un arbitraje multipartes en el que había tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco), quienes celebraron un contrato para la construcción de una fábrica de cemento. En dicho instrumento, del que las tres empresas eran partes, se incluyó un acuerdo arbitral CCI que contempló un tribunal arbitral de tres miembros. Dutco inició el arbitraje demandando en conjunto a las otras dos empresas y nombró su árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó a los demandados que designen un árbitro, hecho 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 CCI designó al árbitro y continuó el procedimiento llegándose a emitir el laudo, el cual fue cuestionado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados consideraron que se trató de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara a su árbitro, hecho que no fue amparado por la Corte, la cual falló a favor de Dutco. Posteriormente, la Corte de Casación, en base al principio de igualdad, revocó la sentencia de la Corte de Apelación, argumentando que la existencia de pluralidad de partes y la diferencia de tratamiento procesal que de ello resultó, deberán dar lugar a una nulidad de laudo en base a una falta de trato igualitario para las partes. (GONZÁLEZ DE COSSÍO, FRANCISCO. *Arbitraje. Op. cit.*, pp. 173-175).

En principio, lo que tendría que hacer la futura parte demandada, en la contestación de esa petición de arbitraje, sería deducir dicha nulidad.

Así, es evidente, como bien sabe el lector, que tal nulidad no será conocida previamente por el Poder Judicial, sino que, lamentablemente —y éste es un mecanismo sobre el cual en la teoría del arbitraje no existiría remedio posible—, el tribunal arbitral se tendrá que conformar e instalar en base a las pautas establecidas por el convenio arbitral, no importando si podríamos llegar a tener una conformación del tribunal arbitral que sea injusta, arbitraria, sesgada, etc., debido a la mayor influencia que una parte pueda tener con respecto a la otra en la conformación de ese tribunal arbitral.

De esta forma, resulta penoso que la única vía para poder solucionar esta situación será, en principio, dejar sentado tal hecho en la respuesta a la solicitud del arbitraje y, posteriormente, si el proceso arbitral concluyese con un laudo que no favoreciera a la parte que ha deducido dicha nulidad, recién tener la posibilidad de recurrir al Poder Judicial para que se anule el laudo.

Esto último, en virtud del artículo 63, literal c), de la propia Ley de Arbitraje, que establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación, alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

Naturalmente, podría constituir objeto de una de las pretensiones del demandado cuando reconvenga, el deducir la nulidad del convenio arbitral, la que tendría que ser deducida necesariamente, a efectos de

poder recurrir con posterioridad (si es que ella fuese declarada infundada) a la anulación ante el Poder Judicial.

Creemos que éste podría ser el camino para solucionar este grave problema que, estamos seguros, ocasionará en la práctica no pocos dolores de cabeza.

Por otra parte, cabría preguntarse si sería posible que las Cámaras de Comercio, en virtud de las facultades que la Ley establece en el artículo 25, inciso 4, puedan considerar que el convenio nulo es un convenio inexistente. No olvidemos que la segunda parte del inciso 4 del artículo 25, señala que la Cámara de Comercio únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral.

Es verdad que la teoría de la inexistencia se asimila en el Derecho nacional en consecuencias a la de la nulidad. Un acto es nulo cuando la ley establezca una causal para su nulidad en virtud de lo señalado por el artículo 219 del Código Civil y de las normas especiales que regulan casos específicos de nulidad.

Un acto jurídico es inexistente cuando no cumple con los requisitos para poder ser, precisamente, un acto jurídico, sin que se encuentre regulada la causal como una de nulidad.

De la Puente y Lavalle,⁴⁰¹ sobre este particular, señala que cuando falta la declaración de voluntad no se produce la nulidad del acto jurídico, como, equivocadamente, lo dice el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, sino la inexistencia del acto. En realidad, la manifestación de voluntad mencionada en el artículo 140 es necesaria para la existencia del acto jurídico, mientras que los cuatro requisitos exigidos por el

⁴⁰¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «Conversión del acto jurídico». En *Negocio Jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2004, pp. 499 y 500.

mismo artículo 140 (o sea, agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad) son necesarios para la validez del acto jurídico, no obstante lo cual el artículo 219 otorga la misma sanción a la falta de una y otros, esto es, la nulidad, ignorando que un acto inexistente no puede ser declarado nulo.

Los casos de inexistencia, como se recuerda, se empezaron a tratar de manera distinta que los de nulidad en la jurisprudencia francesa. Así, en un caso muy antiguo se presentó el problema en el que una pareja de homosexuales quiso contraer matrimonio y los jueces les impidieron hacerlo.⁴⁰²

La pareja sostenía que el Código francés señalaba que el matrimonio es la unión libremente contraída por dos personas que desean casarse y que la ley no distinguía si debían ser hombre y mujer. Por lo tanto, no cabía distinguir ahí donde la ley no distingue.⁴⁰³

Los tribunales de justicia, en cambio, consideraron que en este caso, si bien no había un supuesto de nulidad contemplado por la ley (habida cuenta de que las causales de nulidad tienen que estar contempladas expresamente por el ordenamiento jurídico), sí había un supuesto de inexistencia, dado que era implícito que no podía contraerse matrimonio por personas del mismo sexo y al faltar la voluntad de una de ellas para celebrar el matrimonio, el acto jurídico, como tal, no existía.⁴⁰⁴

Entendemos que las Cámaras de Comercio no podrían hacer uso de la facultad contemplada en el inciso 4 del artículo 25 de la Ley de Arbitraje, invocando la inexistencia del convenio arbitral, cuando se trate de un supuesto de nulidad manifiesta, es decir, en los casos del

⁴⁰² Cfr. LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Librería Studium, 1986, p. 385.

⁴⁰³ *Ibidem*.

⁴⁰⁴ *Ibidem*.

artículo 26, por cuanto, en los supuestos de nulidad la ley civil establece que aquélla debe ser declarada judicial o arbitralmente, de tal manera que una Cámara de Comercio no podría declarar la nulidad en trámite administrativo.

Sólo podrán aplicar la inexistencia cuando la parte que solicite el arbitraje no acredite —en modo alguno— la existencia del convenio arbitral. Pero no es que la Cámara de Comercio declare inexistencia alguna. Sólo servirá esto para que ella no proceda a efectuar el trámite solicitado.

ARTÍCULO 27

ACEPTACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Artículo 27.- Aceptación de los árbitros

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.
2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este tema estipula lo siguiente:

Artículo 16.- Aceptación de los árbitros

Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de 15 días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

También constituye antecedente la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras, Decreto n.º 161-2000, la cual establece que:

Artículo 46.- Notificación del nombramiento. Reemplazo

El nombramiento debe ser comunicado a los árbitros designados, de manera personal, y quienes tendrán cinco (5) días para

manifestar si lo aceptan o no. La falta de respuesta durante el término referido se tendrá como no aceptación y permitirá proceder al reemplazo.

2. ANÁLISIS

Antes de iniciar el análisis del primer inciso del artículo 27 de la Ley, es necesario señalar que el mismo constituye una norma de carácter dispositivo, ya que empieza su redacción con la frase «salvo acuerdo distinto de las partes». Una vez más se reitera e impone el principio a través del cual, en uso pleno del ejercicio de la voluntad de las partes, los actores de un proceso arbitral son quienes tienen toda la libertad posible para regular el proceso.

Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, consideramos que el plazo establecido en el inciso 1 del artículo 27 de la Ley, es excesivo. La mayoría de centros de arbitraje señala para tal efecto plazos mucho menores. Concretamente, la Cámara de Comercio de Lima establece en su reglamento un plazo de cinco (5) días;⁴⁰⁵ mientras que el reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de

⁴⁰⁵ Artículo 26.- Procedimiento de designación del Tribunal Arbitral

1. Si las partes hubieran establecido el procedimiento a seguir para el nombramiento del Tribunal Arbitral, la Secretaría General verificará su cumplimiento, pudiendo complementarlo en lo que fuere necesario.
2. En defecto de lo previsto por el numeral anterior, el procedimiento de designación del Tribunal Arbitral, se regirá por las siguientes reglas:

[...]

- c) Si el árbitro designado rechazara su designación o no manifestara su conformidad dentro de los cinco (5) días de notificado, la Secretaría General otorgará a la parte que lo designó un plazo igual a fin de que nombre a otro árbitro.

[...].

la Pontificia Universidad Católica del Perú establece un plazo de dos (2) días.⁴⁰⁶

Creemos que no es necesario un plazo tan largo como el establecido por la Ley, ya que de esta manera se desnaturaliza la brevedad de plazos, usual en los arbitrajes.

No es necesario contar con quince días para que el árbitro pueda dilucidar y manifestar a las partes si desea o no conformar el tribunal arbitral para el cual se le ha propuesto.

Por otro lado, la Ley señala que la comunicación de los árbitros debe ser por escrito. En este punto se plantea una situación digna de comentario y es la referida al hecho de si podría asimilarse, cuando nosotros nos referimos al artículo 27, inciso 1, esa referencia a la aceptación escrita a todas aquellas asimilaciones que la propia Ley de Arbitraje hace a la forma escrita cuando trata acerca de la forma del convenio arbitral.

Creemos que aquí cabría una interpretación que favoreciera el arbitraje, en el sentido de considerar que sí, que no tendría por qué no asimilarse estas otras formalidades a la forma escrita, que incluso se podrían considerar como escritas pero que no consten en soporte papel.

⁴⁰⁶ Artículo 24.- Designación del Tribunal Arbitral colegiado

Salvo que el arbitraje esté a cargo de un árbitro único, la designación del tribunal arbitral

colegiado se regirá por las siguientes reglas:

[...]

b) Los árbitros designados deberán manifestar su aceptación al cargo dentro del plazo de dos (2) días de notificados por la Secretaría General. Si él o los árbitros designados rechazaran su nombramiento o no manifestaran su parecer en dicho plazo, la Secretaría General otorgará a las partes o a los árbitros designados, según corresponda, un plazo de tres (3) días para que proceda(n) a realizar una nueva designación.

Creemos, junto a lo señalado por Natale Amprimo⁴⁰⁷ —quien cita a Juega y González Malabia—, que la evolución legal, doctrinal y jurisprudencial que se viene produciendo al adaptar la normativa y su interpretación a la realidad social, ha suprimido tales formalismos (se refiere al hecho de comunicar la aceptación por escrito y en papel), equiparando al documento escrito tradicional cualquier soporte óptico, electrónico o informático que permita su ulterior consulta.

En este escenario, es importante recordar que cuando la Ley de Arbitraje hace referencia en el inciso 1 de su artículo 27, al deber de comunicar la aceptación por escrito, se entiende que dicha comunicación debe llegar a destino, es decir, a la parte que designó al árbitro, dentro de esos quince días.

En ese orden de ideas, se presume que la declaración es conocida por el destinatario cuando llega a destino. No rigen para tal efecto la teoría de la expedición, ni —mucho menos— la teoría de la declaración. Es decir, no bastaría que la declaración de aceptación haya sido expedida o haya sido emitida dentro de los quince días, sino que llegue a destino dentro de esos quince días.

Por otro lado, un punto que hubiese sido importante señalar en el inciso 1 del artículo 27 de la Ley, es el relativo a quién hay que dirigir la aceptación de nombramiento del árbitro. A diferencia de lo señalado por la ley española, en su artículo 16, la normativa peruana no establece ante quién se debe realizar la aceptación. Como ya se dijo, la ley española señala que la comunicación debe realizarse a quien lo designó, en cambio en nuestro caso existe un vacío que, entendemos, es llenado por la práctica arbitral.

⁴⁰⁷ AMPRIMO PLÁ, Natale. «Aceptación de los árbitros». En *AA. VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 331.

Así, como la Ley no dice algo sobre el tema, entendemos que debería comprenderse que la aceptación al nombramiento de árbitro, al menos, debe ser efectuada a la parte que lo nombra.

Sin embargo, entendemos que más allá de cumplir con el requisito mínimo, si el árbitro procediera de esta manera, debería seguirse una consideración adicional, y es que no basta con que el árbitro acepte y dirija la carta de aceptación solamente a la parte que lo nombra, sino que tiene que enviar copia de esa carta de aceptación a la contraparte y, en todo caso, si correspondiera, al árbitro ya nombrado por la otra parte, a efectos de que tome conocimiento de su aceptación.

En todo caso, si ello no ocurriera, la parte que designó al árbitro tiene el deber de poner en conocimiento de su contraparte y del otro árbitro, la aceptación formulada por el árbitro designado.

Es obvio que si se tratase de un arbitraje institucional, el nombramiento y su aceptación deberán seguir las formalidades establecidas en el respectivo reglamento arbitral.

Finalmente, respecto al inciso 1 del artículo 27, es necesario señalar que si el árbitro no comunica la aceptación en el plazo establecido, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Esto no es novedad, pues lo allí señalado concuerda plenamente con las normas generales sobre acto jurídico y las declaraciones de voluntad en ellas contenidas; y es que el artículo 142 del Código Civil señala que: «El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado». En este caso, es la propia Ley de Arbitraje la que otorga a la no comunicación de la aceptación un efecto negativo, vale decir, de rechazo del nombramiento.

Sobre este último punto, no compartimos la opinión de Roque Caivano,⁴⁰⁸ cuando sostiene que parece que una persona a quien se le comunica su designación como árbitro, aunque no exprese de manera formal su aceptación, si pone claramente en ejecución sus atribuciones, deberá ser considerado como tal, en virtud de haber expresado mediante signos inequívocos su consentimiento en ese sentido.

Consideramos que dicha afirmación resulta contradictoria en sí misma, pues una persona que no acepte la designación de árbitro y, pese a ello, actúe como tal, iría en contra de lo deseado por las partes y lo estipulado por la ley, al no tener en cuenta el requisito antes señalado. Entendemos que el deber de aceptación es un acto formal y que, por ello, no resulta de aplicación al arbitraje lo dispuesto por el artículo 1380 del Código Civil peruano de 1984, norma que establece lo siguiente:

Artículo 1380.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios.

Por su parte, el inciso 2 del artículo 27 de la Ley de Arbitraje señala que una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

Este precepto tiene por finalidad el habilitar al tribunal arbitral para poder tomar acciones en cuanto a la eventual solicitud de medidas cautelares.

⁴⁰⁸ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 198.

La redacción del inciso 2 del artículo 27 se relaciona directamente con lo establecido por el artículo 47 de la misma Ley, cuando señala en su inciso 1, lo siguiente:

Artículo 47.- Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida. [...].

Ahora bien, es necesario establecer que la constitución del tribunal arbitral no coincidirá, necesariamente, y en la inmensa mayoría de casos, con su instalación.

La instalación del tribunal arbitral supone el hecho de que se haya llevado a cabo la audiencia en la cual se establezcan todas las reglas del proceso que se inicia, además de otras estipulaciones que configurarán un contrato celebrado entre las partes y los árbitros.

Es necesario, además, señalar que el hecho de que se complete la constitución del tribunal arbitral, en los términos establecidos por el artículo 27, inciso 2, no significa necesariamente que el tribunal arbitral esté firme. Decimos esto, en la medida de que, independientemente de que recién se conozca la situación del árbitro, todos sabemos que contra esa aceptación cabría interponer recurso de recusación y, para tal efecto, sea que se trate de un arbitraje administrado, sea que se trate de un arbitraje *ad-hoc*, las partes deben formular la recusación tan pronto como sea conocida la causal que la motiva (eso es lo que establece de manera supletoria la Ley).

En este sentido, podría presentarse cierto conflicto entre la consideración de estimar constituido un tribunal arbitral desde este momento y no desde el momento en el cual quede firme la designación de los

árbitros. Creemos, por las razones que acabamos de mencionar, que lo correcto sería estimar constituido el tribunal arbitral una vez transcurrido el plazo establecido por la Ley o el reglamento arbitral respectivo, para poder recusar a los árbitros.

Lo ideal, además, es que si el tema de la constitución se toma en cuenta a efectos de dar competencia al tribunal para conocer las medidas cautelares que eventualmente se interpongan, pues, será mejor que dichas medidas cautelares sean conocidas y resueltas por un tribunal que no se encuentre cuestionado en su conformación.

Si éste fuese el caso, la Ley estaría permitiendo que un tribunal cuestionado en su conformación, conozca, resuelva y disponga lo relativo a las medidas cautelares que eventualmente le soliciten.

Pero lamentablemente esta situación, en realidad, es inevitable, pues no se puede conocer, *a priori*, cuándo se recusará a los árbitros; y ella no resultaría preferible a que se siga otorgando competencia al Poder Judicial (en realidad, de manera indefinida) para conocer acerca de las medidas cautelares.

ARTÍCULO 28

MOTIVOS DE ABSTENCIÓN Y DE RECUSACIÓN

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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley Modelo Uncitral establece sobre el tema de la recusación lo siguiente:

Artículo 12.- Motivos de recusación

- 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.
- 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. 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 efectuada la designación.

De la misma forma, la Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este particular estipula lo siguiente:

Artículo 17.- Motivos de abstención y recusación

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.
2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.
En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes.
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 cualificaciones convenidas por las partes. 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 designación.

4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro no podrá haber intervenido como mediador en el mismo conflicto entre éstas.

(Este artículo está redactado conforme a la Ley n.º 11/2011, de 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reforma la Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de 23 de diciembre).

Dentro de la normativa nacional, el artículo 31 del Decreto Legislativo n.º 1071 tiene como antecedentes inmediatos a los numerales 28 y 30 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Dichos preceptos señalaban que:

Artículo 28.- Causales de recusación

Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25º o en el convenio arbitral o estén incursos en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26º.
2. Cuando estén incursos en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

Artículo 30.- Recusación de árbitro designado por las partes

Los árbitros son recusables por la parte que los designó, sólo por causas que hayan sobrevenido a su nombramiento, o por causas no conocidas al momento de la designación.

Los árbitros nombrados por la otra parte o por un tercero pueden ser recusados también por causa anterior al nombramiento.

Finalmente, el artículo 28 del Decreto Legislativo n.º 1071 también posee antecedente en la Ley de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en sus numerales 22 y 23, señalaba lo siguiente:

Artículo 22.- El cargo de árbitro sólo puede renunciarse:

1. Por incompatibilidad sobrevenida conforme al Artículo 21;
2. Por causales pactadas al aceptarlo;
3. Por enfermedad comprobada que impida desempeñarlo;
4. Por causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas; o,
5. Por tener que ausentarse por tiempo indeterminado o por más de treinta días, si las partes no excusan la inasistencia, y el plazo para laudar lo permite.

Artículo 23.- Los árbitros nombrados directamente por las partes sólo pueden ser recusados por incompatibilidad conforme al Artículo 21 o por las mismas causas que los Jueces, siempre que éstas hayan sobrevenido al nombramiento.

Cuando el nombramiento hubiera sido efectuado por tercero o por entidad organizadora, el árbitro puede ser recusado dentro de los tres días de comunicado el nombramiento a las partes. En este caso, la recusación puede fundarse en cualquier causal que de acuerdo al reglamento al que las partes se hubieran sometido o a las circunstancias concretas, pueda motivar justificadas dudas sobre su imparcialidad o independencia.

2. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD

El tema de la independencia e imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje, por la sencilla razón de que el arbitraje se basa en la confianza.

Roque Caivano⁴⁰⁹ expresa que los árbitros, en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterio frente a las partes. Los principios sobre los que deben actuar no surgen muchas veces de preceptos escritos, sino más bien constituyen un conjunto de reglas implícitas o sobreentendidas.

⁴⁰⁹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, pp. 172-173.

Como bien señala De Trazegnies,⁴¹⁰ un principio general —que ha sido tomado por la ley peruana como por muchas otras del artículo 12 de la Ley Modelo de Uncitral— se refiere a que el árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes, tanto al momento de aceptar el encargo como a lo largo de todo el proceso hasta el momento del laudo.

La primera parte del inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, establece que todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial.

Al respecto, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides⁴¹¹ señalan que generalmente se considera que la «dependencia» se refiere exclusivamente a cuestiones surgidas de la relación entre el árbitro y una de las partes, sea de índole financiera o de cualquier otra naturaleza. Se entiende que esto puede determinarse mediante un criterio objetivo, dado que no guarda ningún tipo de relación con la forma en que está mentalizado el árbitro (o posible árbitro).

Alonso Puig⁴¹² señala que frecuentemente se ha entendido que la independencia es un concepto objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes, mientras que la imparcialidad apunta más a una actitud o un estado mental del árbitro, necesariamente subjetivo, frente a la controversia que se le plantea.

⁴¹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». En *Lima Arbitration*. n.º 1, Lima: Círculo Peruano de Arbitraje, 2006, p. 171.

⁴¹¹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 305.

⁴¹² ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». En *Thémis*. Revista editada por los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año 2007, n.º 53, p. 162.

Por su parte, Merino y Chillón⁴¹³ sostienen que la independencia es una situación de hecho, la imparcialidad una predisposición del espíritu. Asimismo, sostienen que la independencia constituye una presunción de imparcialidad, y por ser susceptible de apreciación objetiva, le es exigida a los árbitros.

A decir de los citados juristas, la imparcialidad es una predisposición de neutralidad que ha de guardar en todo momento el árbitro con respecto a la *litis* sobre la que ha de actuar. La razón de esta exigencia estriba en que se ha acabado por consagrar la práctica del llamado árbitro de parte, en los tribunales de composición colegiada, y en el que éste termina convirtiéndose si no en defensor de la parte que lo designó, sí en un promotor más o menos encubierto de la misma. Agregan Merino y Chillón que, como es lógico suponer, no existe a *priori* una regla objetiva o mensurable para establecer la imparcialidad, por pertenecer ésta al mundo de lo subjetivo. Puede establecerse, no obstante, que el límite de la imparcialidad es justamente la parcialidad; y ésta comienza cuando sin motivación o con motivación notoriamente insuficiente o escasa, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes (normalmente aquélla que ha propuesto o designado al árbitro) sobre una evidencia legal incontrovertible o cuando se considera como acreditado un hecho o un dato que no ha podido ser probado ni siquiera de forma indiciaria. En todo caso, señalan los profesores citados, la imparcialidad tiene su senda más segura como veladora de las garantías procedimentales y de la igualdad procesal entre las partes en el conflicto.

Creemos que el deber de independencia e imparcialidad es fundamental para el desarrollo de la función arbitral.

⁴¹³ MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Op. cit., pp. 507 y 513.

La Real Academia Española⁴¹⁴ señala que el término «independencia» significa: «Cualidad o condición de independiente. Entereza, firmeza de carácter». En tanto que «independiente» está conceptualizado como: «Dicho de una persona: Que sostiene sus derechos u opiniones sin admitir intervención ajena».

La independencia significa que el árbitro no debe guardar con respecto a la parte que lo nombró y, evidentemente, tampoco con respecto a la otra, alguna relación de dependencia de cualquier tipo, ya sea laboral, económica, financiera, afectiva, amorosa o de cualquier otra naturaleza.

Podría ocurrir que el árbitro designado sea, por ejemplo, empleado de una de las empresas de propiedad del grupo que lo nombra como árbitro. Ése sería el caso de una dependencia de orden laboral. Una dependencia de orden profesional sería que brinde servicios profesionales externos, es decir, que no tenga contrato de trabajo, sino de asesoría profesional con la empresa que lo nombró o con el grupo de empresas de las cuales forma parte la empresa que lo nombró. De otro lado, una dependencia financiera, sería aquella por la cual el árbitro dependa de fuentes de financiamiento: podría tratarse de varios contratos de crédito por celebrar o ya celebrados con la parte o grupo de empresas que lo nombró. Una dependencia de orden afectivo podría presentarse en el caso en el que exista relación de enorme amistad y hasta un sentimiento de familiaridad en base al afecto con respecto a la parte que la designa como árbitro. Finalmente, una dependencia amorosa podría ser aquella en virtud de la cual la empresa que lo nombra sea dirigida por la persona que constituye el centro de los afectos del árbitro nombrado.

De esta forma, en todos estos casos, así como en otros que sigan esta misma línea, podemos apreciar que el árbitro es dependiente; o sea, que su actuación está muy condicionada a la voluntad de la parte que

⁴¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22.^a edición *on line*. www.rae.es.

lo nombró. Hacemos extensivas todas estas consideraciones referidas a la parte que lo nombró, en la eventualidad de que se produjera la situación —inusual, por cierto— en la que esa dependencia se apreciara con respecto a la otra parte.

La Ley de Arbitraje, en el inciso 1 del artículo 28, también trata acerca del deber del árbitro de ser imparcial.

Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides⁴¹⁵ consideran que el concepto de «imparcialidad» está ligado a la preferencia real o aparente del árbitro —ya sea a favor de una de las partes o en relación con las cuestiones controvertidas—. La imparcialidad es, por ende, un concepto subjetivo y más abstracto que el de independencia, ya que principalmente se refiere a una predisposición mental.

A entender de Latorre Boza,⁴¹⁶ la imparcialidad es el desinterés frente a las partes o el trato sin favoritismo o la consideración equidistante y ecuánime, todo ello por cuanto las partes en litigio necesitan concordar los intereses en discordia y esto no puede obtenerse mediante la preponderancia de los puntos de vista de una de ellas.

Tal como lo señala González de Cossío,⁴¹⁷ la imparcialidad es un criterio subjetivo y difícil de verificar, que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular.

⁴¹⁵ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 305.

⁴¹⁶ LATORRE BOZA, Derik. «Mitos y Quimeras: La neutralidad en el arbitraje» En *Derecho & Sociedad*, n.º 26, Lima; Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2006, p. 358.

⁴¹⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*. En http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf, p. 2.

Para la Real Academia Española,⁴¹⁸ la palabra «imparcialidad» significa: «Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud».

La imparcialidad implica que el árbitro aprecia o debe apreciar el desarrollo de la controversia desde un punto de vista equitativo. Es decir, mirar por igual a ambas partes, a no tener prejuicios en relación a una, ni a favor ni en contra. Significa, asimismo, que las posiciones de ambas sean vistas como si se tratara de un laboratorio, en donde el árbitro se encuentra con guantes blancos y la materia controvertida sea analizada de la manera más aséptica.

Es obvio que dentro de la imparcialidad se encuentra lo señalado, pero también se encuentra el tratar de desvincularse afectivamente de la causa de una de las partes. Es decir, el árbitro debe resolver en Derecho, si se tratara, como es la regla general hoy en día, de un arbitraje de derecho o en conciencia, si se tratara de este supuesto de excepción.

Pero, ni en derecho ni en conciencia el laudo debe poder estar influenciado por estos condicionamientos afectivos, que podrían atacar la percepción que el árbitro tenga sobre los hechos o sobre el derecho, si fuera el caso.

En estos supuestos, si el árbitro se sintiera comprometido de la manera que venimos señalando, lo ideal sería que renunciara al cargo de árbitro y tenga que expresar la razón, o cualquier otra razón atendible de acuerdo a ley, a efectos de poder apartarse del conocimiento del proceso.

Sobre los términos independencia e imparcialidad, Fernando de Trazegnies⁴¹⁹ hace una precisión al señalar que estos dos grandes temas

⁴¹⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22.^a edición *on line*. www.rae.es.

⁴¹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Motivos de abstención y recusación». En *AA.VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. *Op. cit.*, tomo I, p. 336.

tienen que ser examinados y precisados en el tribunal frente a cada caso concreto. Y notemos, dice el autor, que la ley exige que esa independencia (ausencia de relación objetiva) y esa imparcialidad (ausencia de relación subjetiva) deben existir no sólo al inicio del proceso sino que deben mantenerse a todo lo largo del proceso arbitral. Por consiguiente, como lo establece el artículo comentado de la Ley, la recusación puede interponerse en cualquier momento del proceso, dentro de los diez días de conocida la causal. Sin embargo, se prohíbe interponer una recusación cuando comienza a correr el plazo de emisión del laudo, porque se supone que ya a estas alturas de la controversia las partes han tenido plenamente conocimiento de los árbitros y de sus relaciones.

Algunas legislaciones han optado por incluir en su normativa sólo el término independencia, debido a que éste engloba un concepto más objetivo y verificable en el caso concreto.⁴²⁰ Otros, a su turno, optan por hablar solamente de imparcialidad.⁴²¹

Como hemos podido apreciar, la doctrina es unánime en señalar que la obligación del árbitro se centra en poner de manifiesto la existencia de cualquier tipo de relaciones con las partes o el objeto del proceso.

En consecuencia, los árbitros no pueden tener con las partes ningún tipo de relación personal, profesional o comercial, ya que dichas relaciones pueden generar dudas justificadas acerca de la independencia e imparcialidad de los árbitros.

En este punto, cabe preguntarnos cuáles son esas situaciones que pueden generar dudas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro.

⁴²⁰ Un claro ejemplo de este caso lo observamos en el contenido del artículo 7, inciso 1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), el cual establece que: «Todo árbitro debe ser y permanecer independiente de las partes en el arbitraje».

⁴²¹ A mayor abundamiento, recomendamos la lectura de José María Alonso Puig (ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». En *Thémis. Op. cit.*, p. 162).

Al respecto, De Trazegnies⁴²² señala que podría considerarse *iuris et de iure* que una duda justificada sobre la independencia o imparcialidad del árbitro existe si hay identidad entre una de las partes y el árbitro o si el árbitro es representante o funcionario de una de las partes de la controversia o si el árbitro tiene un interés significativo, ya sea personal o económico, en el resultado de la controversia. Todas estas causales terminantes de recusación derivan del gran principio que establece que «nadie puede ser árbitro de sí mismo».

A entender de Yáñez Velasco,⁴²³ entre las circunstancias que ponen de manifiesto una falta de imparcialidad estarían el parentesco de los árbitros con alguna de las partes, el haber sido denunciado con anterioridad por alguna de ellas, la amistad íntima o la enemistad manifiesta, el haber sido letrado de alguna de ellas, tener un interés directo o indirecto en el proceso principal, etc. Y entre los motivos de falta de independencia se situaría el haber sido empleado o ser empleado de alguna de las partes en litigio.

Ahora bien, existen también una serie de situaciones que el árbitro puede sentir que no afectan su imparcialidad o independencia pero que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.

Dentro de tal orden de ideas, el problema fundamental es que a menudo no se establecen los criterios necesarios para determinar las circunstancias que dan lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Al respecto, Castillo, Vásquez y Sabroso,⁴²⁴ señalan que algunas instituciones arbitrales elaboran, sobre la base de la experiencia vivida, ciertos patrones de conducta para los árbitros, como una especie de guía

⁴²² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». *Op. cit.*, p. 172.

⁴²³ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 370.

⁴²⁴ CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del Estado» En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Grijley, 2006, p. 153.

para el mejor cumplimiento de sus obligaciones, con la pretensión de abarcar aquellos aspectos del comportamiento de los árbitros que no son regulados por el acuerdo entre las partes o las disposiciones legales. Su objetivo es, finalmente, apuntalar la confiabilidad y eficacia del sistema arbitral, garantizando ciertos principios elementales, inherentes a toda actividad jurisdiccional.

Por ejemplo, el Código de Ética para árbitros de la *American Arbitration Association* establece algunas reglas; a saber:⁴²⁵

- Las personas a quienes se propone ser árbitros aceptarán la designación sólo si ellos consideran que pueden conducir el arbitraje con celeridad y justicia;
- Antes de aceptar una designación como árbitro, deberán verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado del pleito, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad y, en su caso, hacerla conocer a las partes;
- Mientras están actuando como árbitros, deberán evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, que haga dudar de su neutralidad, o que sea susceptible de crear la apariencia de parcialidad o predilección hacia alguna de las partes. No es necesario que el hecho haya generado efectivamente esa imparcialidad. Basta con que sea potencialmente capaz de producirla, o que el árbitro crea que las partes puedan haber dudado de ella;
- Si esa situación no hubiera podido evitarse, deberán ponerla inmediatamente en conocimiento de las partes y ofrecerles apartarse voluntariamente del caso. Si a pesar de conocer el hecho, las partes le ratifican la confianza, sólo podrá seguir actuando en la medida de que se sienta verdaderamente imparcial. La convalidación de las partes no bastará si en su fuero íntimo el árbitro conoce que su neutralidad se ha visto afectada. Esto es, obviamente, una cuestión que queda reservada a la conciencia del árbitro;

⁴²⁵ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 172-173.

- Deberán conducirse en todo momento con equidad, absteniéndose de resolver sobre la base de inclinaciones o simpatías personales y absteniéndose de consideraciones subjetivas que puedan implicar un preconceito. Procurarán laudar en la forma más objetiva posible; etc.

Sin embargo, en algunas ocasiones las partes suelen considerar que los árbitros que nombran, no sólo son árbitros, sino que son «sus árbitros». Creen que los árbitros son sus «abogados de parte» dentro del tribunal arbitral.⁴²⁶

Esta práctica, que lamentablemente no es poco común, se ha difundido y ha venido pervirtiendo a un buen sector del medio arbitral.

Ahora bien, no creemos que para alguien sea rentable nombrar a un árbitro como «abogado de parte», en la medida de que la credibilidad

⁴²⁶ Al respecto resulta interesante lo señalado por Latorre, quien busca responder si todos los árbitros, independientemente de la forma en que hayan sido designados, deben cumplir en la misma medida con los principios que rigen la ética en el arbitraje o si, por el contrario, deben hacer un análisis particular, dependiendo de si se trata de «árbitros de parte» o de «árbitros neutrales».

A entender de Latorre, nadie, con un mínimo de honestidad intelectual, podrá negar que en la mayoría de casos, las partes designan a «su» árbitro, habiendo entablado contactos previos para analizar la conveniencia o no de tal designación. Es más, en gran parte de esos casos, lo que sucede es que las partes buscan «ganar» un representante en el colegiado arbitral, con lo que no sólo se daría esa «inclinación general», sino que en la realidad esos árbitros están asumiendo, prácticamente, el rol de defensores de la posición de la parte que los designó al interior del colegiado arbitral.

En consecuencia, para el referido autor, quizá lo lógico sería que se acepte las diferencias entre los árbitros de parte y los árbitros neutrales y que la evaluación de sus deberes éticos se efectúe a la luz de esa consideración real; así, por ejemplo, el análisis debiera ser igual respecto a la independencia, pero no respecto de la imparcialidad, pues ciertamente un árbitro de parte no tendría que ser imparcial en la misma medida en que un árbitro no designado por una parte en particular. Por tanto, no podría —o no debería— exigirse a estos árbitros de parte el que sean neutrales. (LATORRE BOZA, Derik. *Op. cit.*, pp. 362-363).

a lo largo de las actuaciones de este árbitro, de seguro, irá mellando su presencia dentro del tribunal arbitral.

Si el presidente es una persona imparcial, pues tomará distancia de este árbitro que actúa como abogado de parte, en la medida en que desconfiará de él. Será una cuestión absolutamente natural.

Y cuando presente proyectos de resoluciones o incluso un proyecto de laudo, su contribución no será apreciada como una contribución valiosa, desinteresada y amistosa, sino por el contrario, como una contribución que tiene por objeto desnivelar el funcionamiento del arbitraje e inclinar la balanza a favor de una de las partes que, en este caso, sería precisamente aquélla que lo ha nombrado.

Por lo demás, en el medio arbitral nacional, que todavía sigue siendo un medio pequeño (no olvidemos que tal vez ni el 10% de los abogados peruanos se dediquen en alguna de las facetas del ejercicio profesional a temas arbitrales), es bastante usual que se conozca quiénes o qué árbitros actúan de esta manera y/o realizan funciones como si fueran abogados de parte.

Estas situaciones deben ser objeto de alerta en el medio arbitral en su conjunto, y, sin duda, debe tenderse al apartamiento de estas personas porque hacen mucho daño al funcionamiento de los arbitrajes en nuestro país.

3. DEBER DE REVELACIÓN DEL ÁRBITRO

Cucarella⁴²⁷ señala que, precisamente, como garantía de la independencia e imparcialidad, la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre

⁴²⁷ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, p. 97.

su imparcialidad e independencia, ya que el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

En efecto, uno de los temas más importantes en torno a la aceptación del árbitro para desempeñar tal función en un proceso arbitral, no sólo en la contratación del Estado sino en cualquier arbitraje, es el relativo al deber de declaración.

En primer lugar, debemos decir que por deber de declaración se entiende aquella conducta que tiene que realizar el árbitro al momento de aceptar el cargo e incluso después de iniciado el proceso arbitral, en caso surja algún hecho posterior que amerite ser informado a las partes.

El deber de declaración, también llamado deber de revelación, es el deber ético de informar, de revelar o declarar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con las partes; es decir, dudas fundadas sobre la idoneidad del árbitro para el cargo.

Sobre el particular, la segunda parte del inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje agrega que la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Según José María Alonso,⁴²⁸ el deber de revelación del árbitro es uno de los más importantes y delicados de la propia función arbitral debido a que tiene un doble propósito: por un lado, el respeto a las partes que acuden al arbitraje y, por otro, el proteger al futuro laudo ante cualquier cuestionamiento posterior.

⁴²⁸ ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, año 2006, Lima: Editorial Grijley, p. 99.

Por su parte, Mateo Sanz⁴²⁹ señala que este deber es de obligado cumplimiento, pues su contenido viene marcado por el ser y el permanecer. Así, para «ser» independiente e imparcial, el propuesto como árbitro revelará todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas. Para «permanecer» imparcial el nombrado árbitro revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida.

Lo señalado en la parte final del inciso 2 del artículo bajo estudio, se refiere, en términos de Mateo Sanz, al «ser» independiente e imparcial, ya que existen dos momentos en los que un árbitro debe revelar cierta información, a saber: antes de su nombramiento y después de éste.

Por su parte, el inciso 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje señala que 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 algunas de las otras partes o con sus abogados.

Sobre este deber, Alonso Puig⁴³⁰ realiza una interesante reflexión, al señalar que el deber de revelación es uno de carácter delicado, ya que su ejercicio no siempre es tarea fácil porque las circunstancias a revelar no son solamente las que el propio árbitro considere ponen en duda su imparcialidad o independencia, y que seguro le llevarán directamente a comunicar a las partes que no puede actuar como tal, sino también aquellas otras circunstancias que, a los ojos de las partes, pongan en duda esas cualidades. Se exige así al árbitro un esfuerzo de apreciación, marcado necesariamente por su visión subjetiva de las cosas, de lo que otras visiones, también ineludiblemente subjetivas, las de las partes, puedan entender como dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia. Inmerso en este subjetivismo, continúa el citado autor,

⁴²⁹ MATEO SANZ, Jacobo B. «Motivos de abstención y recusación». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 324.

⁴³⁰ ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». En *Thémis. Op. cit.*, p. 163.

el método más seguro que probablemente puede seguir el árbitro para dar cumplimiento a su deber de revelación consiste en revelar lo que directamente crea que deba revelar y, además, lo que dude si debe revelar. Agrega Alonso que por poca que sea la relevancia que tenga una determinada circunstancia a los ojos del árbitro, la decisión de ponerla en conocimiento de las partes en caso de duda parece la más acertada, no tanto por la circunstancia en sí, que una vez revelada por el árbitro es bien posible, y además frecuente, que no dé lugar a ninguna objeción, sino por las dudas que podría despertar en una de las partes, que más tarde tuviese conocimiento de esa circunstancia, el hecho de que el árbitro hubiese decidido u olvidado en su momento no revelarla.

Dentro de tal orden de ideas, es importante señalar que el deber de declaración contenido en el inciso 1, ya analizado, no se circunscribe a aquello que se debe declarar al momento en que uno es propuesto como árbitro y emite esa declaración en base al deber del artículo 28, inciso 1 de la Ley.

El deber de declaración se extiende en el tiempo desde el momento en que se acepta el arbitraje hasta la finalización del mismo. El árbitro deberá revelar —en cualquier estado del proceso— cualquier hecho o circunstancia que corresponda a la naturaleza de los hechos o circunstancias que se deben revelar dentro de los alcances del inciso 1. Es decir, deberá «permanecer» independiente e imparcial.

En ese sentido, todas las consideraciones de aquello que amerita ser revelado en base al inciso 1, se extienden hasta la finalización del proceso, en base al inciso 2.

Un aspecto sobre el cual es importante reparar, es que se señala que este deber de revelación o de declaración, tendría que ser efectuado sin demora. Sin demora implica, inmediatamente.

Lo señalado implica que apenas se tenga conocimiento de una circunstancia como ésta, el árbitro deberá declarar tal situación.

¿Cómo deberá entenderse esta disposición que hace referencia a la comunicación sin demora?

Creemos que ella deberá entenderse —analógicamente— en los términos del artículo 1385 del Código Civil,⁴³¹ relativo a la caducidad de la oferta, que sería la norma sustantiva aplicable a un caso como éste. No tenemos conocimiento de otra norma que pueda ser asimilada de una manera más fidedigna que este artículo.

De otro lado, el inciso 2 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que 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.

Para que se presente el supuesto contenido en este extremo del inciso 2 del artículo 28, debería ocurrir que el árbitro considere que no se encontraba en el deber de declarar algo que al final no declaró.

En ese sentido, también podría ocurrir que esa ausencia de declaración motive que la parte no cuente con información suficiente como para poder efectuar una recusación del árbitro. Es decir, que la parte que eventualmente se considere en esa duda o sospecha, no tenga los elementos probatorios necesarios y el conocimiento de causa suficiente como para poder recurrir a interponer la citada recusación.

De otro lado, consideramos apropiado lo que señala el inciso 2 del artículo 28 de la Ley, cuando se faculta a que cualquiera de las partes

⁴³¹ Artículo 1385.- «La oferta caduca:

1. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente está en comunicación inmediata y no fue seguidamente aceptada.
2. Si se hizo sin conceder plazo determinado o determinable a una persona con la que el oferente no está en comunicación inmediata y hubiese transcurrido el tiempo suficiente para llegar la respuesta a conocimiento del oferente, por el mismo medio de comunicación utilizado por éste.
3. Si antes de recibida la oferta o simultáneamente con ésta llega a conocimiento del destinatario la retractación del oferente».

solicite a los árbitros aclarar sus relaciones con alguna de las partes, sus representantes o sus abogados.

Es, precisamente, luego de la información proporcionada por el árbitro, requerido para tal efecto, o en su defecto, en ausencia de dicha declaración, que con los elementos probatorios con que cuente y con el conocimiento de causa que corresponda, la parte que se considere afectada por la presencia de dicho árbitro en el tribunal, podrá interponer la recusación.

Estas situaciones de requerimiento deberán conducir a que el árbitro aclare de la manera más prístina sus relaciones con respecto a la parte o las partes, sus representantes y abogados.

El requerimiento que le haga la parte no implicará, necesariamente, que el árbitro vaya a ser recusado porque, tal vez, las aclaraciones o explicaciones que brinde el árbitro, sean lo suficientemente sólidas como para que no se produzca dicha recusación.

Es evidente, claro está, que la solicitud de aclaración o ampliación de declaración de un árbitro, deberá hacerse de manera oportuna y nunca con fines dilatorios, maliciosos o de entorpecimiento del proceso, como sería si se formulara después de cerrada la etapa probatoria, o peor aún, en momento procesal posterior.

En ese último caso, si tal declaración derivara en una recusación, ésta debería ser rechazada, al ser manifestamente improcedente, por extemporánea.

Debemos subrayar también que no se requiere pedir ampliación de declaración a un árbitro por asuntos obvios o de conocimiento general. Lo que es conocido por todos —y no hubiera sido declarado— podría ameritar una oportuna recusación, pero no una ampliación de declaración.

Por otra parte, resulta claro que no procede solicitar una ampliación de declaración a un árbitro si es que éste, a pesar de haber omitido expresarse en su declaración sobre determinados rubros (como por ejemplo, sus relaciones con las partes), ante ese silencio, hubiese merecido el voto de confianza expreso de las propias partes. Esto significaría que ellas lo están relevando de declarar sobre ese rubro. Sólo cabría recusar al árbitro si hubiese omitido declarar algún aspecto de importancia y no existiese el voto de confianza de las partes. Caso contrario, la recusación motivada en la omisión de oportuna declaración, debería desestimarse.

4. CALIDAD EXIGIDA POR LAS PARTES O POR LA LEY PARA SER ÁRBITRO

El inciso 3 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que 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.

Sobre este tema, hacemos extensivos los comentarios que realizamos con ocasión del análisis de los numerales 20 y 21 de la Ley de Arbitraje, referidos a la capacidad e incompatibilidad funcional.

Básicamente se trata del hecho de que las personas nombradas como árbitros sean personas naturales con pleno ejercicio de sus derechos civiles, poseer la calidad de abogado en determinados supuestos, u otras cualidades personales que las partes exijan, entre otros requisitos.

5. DISPENSA DEL MOTIVO DE RECUSACIÓN

El inciso 4 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y, en tal caso, no procederá la recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

Es evidente que hay situaciones que no constituyendo causales de impedimento para ejercer la función arbitral, sí pueden constituir causales de recusación, dadas las vinculaciones que tenga el árbitro con alguna de las partes o con sus representantes, abogados, etc.

Sin embargo, existen supuestos en los cuales, incluso conociendo esa situación, y dando mérito tales situaciones a una ulterior o eventual recusación, las partes pueden efectuar una dispensa de dicha recusación.

En estos casos, la dispensa de la recusación se puede efectuar de manera expresa o tácita.

Se producirá de manera expresa cuando la parte señale, dentro del plazo para recusar, que procede a dispensar la causal existente. Vale decir, la parte, considerando la idoneidad y la probidad que posee el árbitro, perdona la causal que subsiste a efectos de poder desarrollar el proceso arbitral con normalidad.

La otra posibilidad de dispensa es que la parte que tiene derecho a recusar al árbitro deje transcurrir el plazo respectivo, a efectos de que el solo transcurso del plazo haga que no resulte procedente la ulterior recusación.

En este caso, bastará con que se deje pasar la fecha límite para recusar al árbitro, para que se dé por entendido que ese silencio implica una dispensa tácita.

Es verdad que en este caso la Ley no hace referencia a que el silencio tiene valor de manifestación de voluntad, en los términos señalados por el artículo 142 del Código Civil, al establecer que el silencio importa manifestación de voluntad, cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado. Sin embargo, creemos que debería entenderse como tal, en la medida de que si después la parte que podría haber recusado o podría no haber dispensado (que es lo mismo) la existencia de la causal de re-

cusación, si se decidiera a recusar, dicha recusación debería ser declarada improcedente por extemporánea.

Sobre este particular, debemos decir que hay casos en los cuales el árbitro no solamente declara la existencia de alguna situación que pudiera ameritar una eventual recusación, sino que exige en la carta de aceptación una dispensa expresa de la parte a la que concierne o, en general, a ambas partes.

En estos casos, la situación sería un poco más complicada porque en realidad no se trataría de una carta de aceptación, en la medida de que la aceptación a las ofertas y la propuesta de designación de árbitro sin una oferta, tienen que ser puras y simples.

Si se tratara de una aceptación condicionada, la dispensa tendría que efectuarse dentro del plazo de cinco días, que es el plazo que establece la Ley para poder recusar a un árbitro.

Si no se produjera dicha recusación, se entenderá que no se ha dispensado la causal y, por lo tanto, que no se ha recusado al árbitro, porque no ha existido recusación alguna; pero se entenderá que el árbitro no ha aceptado el nombramiento. Por lo tanto, la parte que lo nombró tendrá, en ese caso, que nombrar a un nuevo árbitro para que pueda desempeñar tal función.

Finalmente, el inciso 4 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje, señala que si las partes dispensaran los motivos de recusación que conocieren, es evidente que no procederá la recusación, pero tampoco procederá la impugnación de los motivos.

Naturalmente, cabrá impugnar el laudo si es que la parte recusó al árbitro y esa recusación fue declarada infundada o improcedente.

Si no hubiese habido recusación, no habrá la posibilidad, al menos por esta causal, de impugnar el laudo vía anulación.

6. RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO POR QUIEN LO NOMBRÓ

El inciso 5 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje señala que la 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.

Esta disposición es fundamental a efectos de evitar que la parte que nombre a un árbitro, luego utilice alguno de los elementos de relación que conocía del árbitro, para apartarlo del proceso.

El apartamiento del proceso del propio árbitro, se derivaría fundamentalmente del hecho de que se haya perdido la confianza en él, a efectos de poder contar con su adhesión y seguir lo dispuesto en el artículo 28, inciso 5 de la Ley, ciñendo la posibilidad de recusarlo al conocimiento de hechos que haya desconocido la parte que lo nombró, al momento en que se efectuó su nombramiento.

Sólo nos encontraremos ante la posibilidad de recusar a ese árbitro por la parte que lo nombró, cuando se trate de hechos que comprometan de alguna manera la relación del árbitro nombrado con la contraparte, con sus abogados o con sus representantes, pero de ninguna manera cuando hablemos de hechos que favorezcan una relación entre el árbitro nombrado por la propia parte que lo designó como tal.

Resulta evidente que aquí también podríamos encontrar un supuesto especial y es que uno podría descubrir, con posterioridad al nombramiento, determinados hechos o circunstancias que deterioren la relación entre el árbitro nombrado y la parte que lo nombró. Concretamente, por ejemplo, descubrir que el árbitro, si bien tuvo alguna relación de contacto, servicios, etc., hacía años con la parte que lo nombró, a pesar de haber declarado tal situación al momento de ser designado, cuando actuó como abogado lo haya hecho con deslealtad, la misma que recién fuese descubierta por la parte que lo nombró.

Esta circunstancia, evidentemente, degradaría la confianza que se tiene en el árbitro designado y se perdería con respecto a la parte que lo nombró. Por lo demás, toda circunstancia que afecte esa relación entre el árbitro nombrado y la parte que lo nombró (que no haya sido revelada por el árbitro al momento de su aceptación), implicará o hará que se presuma que ha sido ocultada dolosamente por dicho árbitro.

No olvidemos que el deber de declaración no sólo implica la necesidad de revelar aquellos elementos o circunstancias que pudieran afectar, eventualmente, la relación con la parte que no lo ha nombrado, sino que también deben mencionarse todos los elementos o circunstancias que impliquen algún punto de contacto entre el árbitro, ambas partes y los abogados y representantes de todas las partes del proceso.

7. LOS LINEAMIENTOS SOBRE CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA *INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION* - IBA⁴³²

La *International Bar Association* - IBA, aprobó en el año 2004 unas directrices sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional. Si bien es cierto este cuerpo normativo no resulta vinculante con el arbitraje peruano, creemos que el mismo constituye un esfuerzo importante por regular la materia que venimos analizando.

Dentro de tal orden de ideas, pensamos que resulta interesante reseñar, de manera muy sucinta, su contenido y es que, como se sabe, la normativa extranjera constituye una fuente de referencia de suma importancia.

Así, pues, la parte Introductoria de estas directrices señala, con acierto, que el desarrollo del comercio internacional y la manera como éste se lleva a cabo hoy en día, incluidos los vínculos cada vez más com-

⁴³² Se puede acceder a este documento a través de la siguiente dirección electrónica www.ibanet.org

plejos que se vienen creando entre los grupos de sociedades y los grandes bufetes internacionales de abogados, han incrementado el número de hechos o circunstancias que el árbitro debe revelar y han generado conflictos de intereses cada vez más difíciles de resolver. Las partes —continúa el documento— reticentes al arbitraje, encuentran en la recusación de árbitros un medio para demorar los arbitrajes o privar a la contraparte del árbitro que ha elegido. Cuando el árbitro da a conocer cualesquiera hechos o circunstancias, no importa lo insignificante o lo grave de la cuestión, pues con demasiada frecuencia conduce a que se planteen objeciones, recusaciones y se origine la renuncia o sustitución de un árbitro.

Como se puede observar, en muchos casos la figura de la recusación ha servido no para cumplir el fin que persigue: ser un mecanismo para nombrar a un árbitro capaz, idóneo, competente, imparcial e independiente. Sino más bien, es muy usual que se recurra a esta figura con el afán de retrasar y entorpecer el desarrollo del arbitraje.

De esta forma, por una parte hay una tensión entre el derecho que tienen las partes a que se revelen hechos o circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad o independencia de un árbitro y su derecho a un proceso con las garantías debidas, y, por otra, el derecho de las partes a elegir al árbitro libremente. Si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, éstas adolecen de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad del arbitraje no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros.

Así, pues, las directrices reflejan lo que un grupo de trabajo entiende como la mejor y más reciente práctica internacional existente, la misma que queda recogida en una serie de principios. Cabe señalar que

el grupo de trabajo redactó las Normas Generales⁴³³ y los Listados de Aplicación, basándose en el Derecho y la jurisprudencia de diversos países, así como en el criterio y la experiencia de los miembros del Grupo de Trabajo y de otros interesados en el arbitraje comercial internacional.

Ahora bien, creemos que las normas generales no merecen mayor comentario ya que, básicamente, contienen los principios que la Ley de Arbitraje peruana acoge. Sin embargo, pensamos que sí merecen una breve opinión los supuestos contenidos en los «Listados de Aplicación» de las directrices bajo estudio.

⁴³³ Las normas generales que plantean las directrices son siete. A continuación su texto:

(1) *Principio general*

Cada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios.

(2) *Conflictos de intereses*

- (a) El árbitro no deberá aceptar su designación si tuviere dudas acerca de su imparcialidad o independencia y, si le surgieren dudas una vez comenzado el procedimiento, deberá negarse a seguir actuando como árbitro.
- (b) Rige el mismo principio si existen, o hubieren surgido con posterioridad al nombramiento, hechos o circunstancias tales que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto consideraría que dan lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, a menos que las partes hayan aceptado al árbitro de conformidad con lo establecido en la Norma General (4).
- (c) Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.
- (d) Existirán dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro si hubiere identidad entre una de las partes y el árbitro, si el árbitro fuera el representante legal de la persona jurídica parte en el arbitraje o si tuviere una participación económica significativa o interés personal en el asunto en litigio.

(3) *Revelaciones del árbitro*

- (a) Si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere y siempre que así lo prevea el reglamento de arbitraje aplicable) y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos.
- (b) De la Norma General 1 y 2(a) se infiere que un árbitro que revela ciertos hechos o circunstancias que pudieran generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, se considera a sí mismo imparcial e independiente respecto de las partes, a pesar de haber revelado tales hechos o circunstancias y, por consiguiente, capaz de cumplir con sus deberes de árbitro. De lo contrario, el árbitro no habría aceptado la designación desde un principio o habría renunciado.
- (c) Cualesquiera dudas que surjan acerca de si ha de revelarse algún hecho o circunstancia que pudiera generar dudas acerca de su imparcialidad o independencia, deberá de resolverse a favor de darlo a conocer.
- (d) Al sopesar si existen hechos o circunstancias que hayan de darse a conocer, el árbitro no tendrá en cuenta si el arbitraje acaba de comenzar o si se halla en una fase avanzada del procedimiento.

(4) *Renuncia de las partes*

- (a) Si una de las partes no recusa explícitamente al árbitro dentro de los treinta días siguientes de recibir de éste la revelación de hechos o circunstancias susceptibles de crearle un conflicto de intereses o dentro de los treinta días siguientes a que la parte tenga conocimiento efectivo de ellos, se entiende que renuncia a hacer valer su derecho a objetar al posible conflicto de intereses resultante de dichos hechos o circunstancias y no podrá objetar el nombramiento del árbitro más adelante sobre la base de los mismos hechos o circunstancias. Lo anterior está sujeto a los apartados (b) y (c) de esta Norma General.
- (b) No obstante lo anterior, si hubiere hechos o circunstancias tales como los expuestos en la Norma General 2(d), no surtirá efecto la renuncia por una de las partes a su derecho a objetar, ni será válido el acuerdo entre las partes que permita a la persona involucrada desempeñar las funciones de árbitro.
- (c) Cuando haya un conflicto de intereses como aquellos ejemplificados en el Listado Rojo Renunciable, la persona involucrada no deberá desempeñar funciones de árbitro. No obstante, dicha persona puede aceptar la designa-

ción como árbitro o puede continuar desempeñando funciones de árbitro si se cumplen las siguientes condiciones:

- (i) Todas las partes, los demás árbitros y la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) deben estar plenamente informadas del conflicto de intereses; y
 - (ii) Todas las partes deben manifestar explícitamente su conformidad con que la persona involucrada desempeñe las funciones de árbitro, pese al conflicto de intereses.
- (d) En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia. Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro. Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo conciliatorio, la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, se generan dudas que le impidan mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento.

(5) *Alcance o ámbito de aplicación*

Estas Directrices se aplican por igual a presidentes de tribunales arbitrales, árbitros únicos y a árbitros designados por las partes. Estas Directrices no se aplican a árbitros no neutrales, quienes no tienen el deber de permanecer imparciales e independientes de las partes, según sea permitido por algún reglamento de arbitraje o en algún Derecho nacional.

(6) *Relaciones*

- (a) Al examinar la relevancia de determinados hechos o circunstancias para juzgar si existe un posible conflicto de intereses o si se han de revelarse en cada caso particular, deberán tenerse en cuenta razonablemente las actividades del bufete de abogados del árbitro, de haberlo, para cada caso en concreto. Por consiguiente, el simple hecho de que el bufete de abogados del árbitro intervenga en alguna actividad con una de las partes no quiere decir que automáticamente este hecho dé lugar a un conflicto de intereses, ni que haya que revelarlo.

En ese entender, dicho documento considera que para que las directrices adquieran importancia e influencia práctica, deben reflejar situaciones factibles de presentarse en la práctica actual del arbitraje. De tal forma, las directrices han de guiar a los árbitros, a las partes, a las instituciones arbitrales y a los tribunales estatales sobre el tipo de circunstancias que creen o no un conflicto de intereses y sobre aquéllas que, de un modo o de otro, haya que revelar a las partes.

Para dicho propósito, el documento analiza la práctica jurídica en diversos países y crea en los «Listados de Aplicación» unas categorías de situaciones que pueden presentarse. Cabe resaltar el hecho de que

-
- (b) De igual manera, si una de las partes fuere una persona jurídica que formare parte de un grupo de sociedades con el cual el bufete de abogados del árbitro tuviere alguna vinculación, dicho hecho o circunstancia ha de ser tomado en consideración razonablemente y examinarse cada caso particular. Por consiguiente, este tipo de circunstancias por si solas no originan automáticamente un conflicto de intereses, ni requieren de revelación automáticamente.
 - (c) Si una de las partes fuere una persona jurídica, se considerará que hay identidad entre ella y sus gerentes, administradores y miembros de su comité de vigilancia y cualesquiera otras personas que ejerzan control sobre la sociedad.

(7) El deber del árbitro y de las partes

- (a) Cada parte deberá informar al árbitro, al Tribunal Arbitral, a las demás partes y a la institución arbitral o a cualquier otra institución nominadora (si la hubiere) sobre cualquier relación directa o indirecta que hubiere entre ella (o cualquier otra sociedad del mismo grupo de sociedades) y el árbitro. Las partes informarán motu proprio antes de que comience el procedimiento o tan pronto como tengan conocimiento de la existencia de dicha relación.
- (b) En cumplimiento de la Norma General 7(a) las partes presentarán toda la información de que dispongan y realizarán diligentemente todo tipo de averiguaciones de información al que se tenga acceso públicamente.
- (c) Es deber del árbitro de actuar con diligencia para averiguar si existe un posible conflicto de intereses y si hubiere circunstancias susceptibles de crear dudas acerca de su imparcialidad e independencia. La omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por la ignorancia de su existencia, cuando el árbitro no haya hecho el esfuerzo, en el ámbito de lo razonable, por averiguar la existencia del posible conflicto de intereses.

aunque las listas no abarcan todas las situaciones que se pueden dar, sirven de guía en muchas situaciones, ya que se pretendió que fueran lo más exhaustivas posibles. En cualquier caso, se deberá tener siempre en cuenta el contenido de las normas generales ya citadas.

A continuación el concepto y contenido de cada una de las listas comprendidas en estas directrices.

7.1. Listado rojo irrenunciable

El listado rojo irrenunciable contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas susceptibles de crear dudas acerca de la imparcialidad e independencia del árbitro, según el caso. Es decir, si se presentan tales hechos o circunstancias, cualquier persona prudente, con conocimiento de los hechos principales, considerará que existe un conflicto de intereses.

Dentro de este listado, existen cuatro supuestos que, creemos sin admitir prueba en contrario, reflejan un claro conflicto de intereses. Estos son los siguientes:

- a) Existe identidad entre una de las partes y el árbitro, o el árbitro es el representante legal de una persona jurídica parte en el arbitraje.
- b) El árbitro es un gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre una de las partes en el arbitraje.
- c) El árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o el resultado del asunto lleva aparejado consecuencias económicas significativas para el árbitro.

- d) El árbitro asesora con regularidad a la parte que lo designó o a su filial, y el árbitro o su bufete de abogados percibe por esta actividad ingresos significativos.

7.2. Listado rojo renunciabile

El listado rojo renunciabile incluye situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez. Por consiguiente, el revelar los hechos o circunstancias del caso no evitará el conflicto de intereses.

Este listado incluye situaciones serias, mas no tan graves como el primero. Dada su seriedad, se tendrán por renunciabiles sólo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro.

A continuación las hipótesis que conforman este listado:

- a) Relación del árbitro con la controversia.
 - a.1. El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.
 - a.2. En el pasado el árbitro intervino en el asunto.
- b) El interés económico, directo o indirecto, del árbitro en la controversia.
 - b.1. El árbitro es socio directo o indirecto de una de las partes o de una filial de una de las partes.

- b.2. Un pariente cercano (cónyuge, hermano o hermana, hijo o hija, padre o madre, o pareja de hecho) del árbitro tiene un interés económico significativo en el resultado de la controversia.
 - b.3. El árbitro o un pariente cercano suyo tiene una relación estrecha con una persona física o jurídica contra quien la parte que resulte perdedora en el pleito pudiera dirigir un recurso.
- c) Relación del árbitro con las partes o sus abogados.
- c.1. El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.
 - c.2. El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.
 - c.3. Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.
 - c.4. El árbitro es gerente, administrador o miembro del comité de vigilancia, o ejerce un control similar sobre la filial de una de las partes y dicha filial interviene directamente en asuntos que son materia del arbitraje.
 - c.5. Anteriormente (aunque ya no) el bufete de abogados del árbitro intervino en el caso pero sin la participación personal del árbitro.
 - c.6. El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.

- c.7. El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial, pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.
- c.8. El árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes o con un gerente, administrador, miembro del comité de vigilancia, o con cualesquiera personas que ejerzan un control similar sobre las partes, o sobre su filial, o con el abogado de una de las partes.
- c.9. Un pariente cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una filial de éstas.

7.3. *Listado naranja*

El Listado Naranja es una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que (dependiendo de los hechos o las circunstancias particulares del caso), a los ojos de las partes, pudieran crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro.

Así, el Listado Naranja refleja situaciones comprendidas en la Norma General 3(a) (referidas al hecho de que si en opinión de las partes existieren hechos o circunstancias que hicieren dudar acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro, éste deberá poner de manifiesto tales hechos o circunstancias ante las partes, la institución arbitral o cualquier otra institución nominadora y los co-árbitros, de haberlos, antes de aceptar su designación o, si sobrevinieren tras la aceptación, tan pronto como tenga conocimiento de ellos).

En todos estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo éste revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no hacen uso de su derecho de objetar al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto.

A continuación, los supuestos que dentro de este listado pueden presentarse:

- a) Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso.
 - a.1. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.
 - a.2. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.
 - a.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas.
 - a.4. Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro.
 - a.5. Actualmente el árbitro desempeña funciones de árbitro o lo ha hecho dentro de los tres años anteriores en otro arbitraje relacionado con el de la causa en el cual también participa una de las partes o su filial.

b) Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad.

b.1. El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.

b.2. Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas.

b.3. El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.

c) Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado.

c.1. Los árbitros son abogados del mismo bufete.

c.2. Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales.

c.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje.

c.4. Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas.

- c.5. Un pariente cercano del árbitro es socio o empleado del bufete de abogados que representa a una de las partes sin que participe en el arbitraje.
 - c.6. Hay un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes, que se manifiesta en el hecho de que el árbitro y el abogado suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales o sociales.
 - c.7. En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados.
- d) Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje.
- d.1. El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.
 - d.2. Dentro de los tres años anteriores el árbitro estuvo vinculado profesionalmente con una de las partes o una filial de éstas, por ejemplo como empleado o socio.
 - d.3. Hay una amistad personal estrecha entre el árbitro y un gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o la persona que ejerza un control similar sobre una de las partes o una filial de éstas, o entre el árbitro y un testigo o perito; situación que se manifiesta por el hecho que el árbitro y alguna de estas personas suelen compartir bastante tiempo en actividades que no están relacionadas ni con su trabajo ni con asociaciones profesionales ni sociales.

d.4. Si el árbitro hubiese sido antes juez y, dentro de los tres años anteriores, hubiera sido el juez de la causa en un pleito importante en el que intervino una de las partes.

e) Otras circunstancias.

e.1. El árbitro es accionista, directa o indirectamente, de una de las partes o de una filial de éstas cuando se trate de una sociedad pública que cotice en bolsa y las acciones, bien sea por su cantidad o por su clase, representen una parte significativa del capital de dichas sociedades.

e.2. El árbitro haya manifestado públicamente una posición específica respecto de algún aspecto de la materia del arbitraje mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma.

e.3. El árbitro tiene un cargo en una institución arbitral con facultad para designar árbitros en el arbitraje en cuestión.

e.4. El árbitro es gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o ejerce un control similar sobre una filial de una de las partes que no interviene directamente en el asunto materia del arbitraje.

7.4. *Listado verde*

El listado verde contiene una enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones que abarca el listado verde.

Cabe señalar que se deben revelar hechos y circunstancias dentro de ciertos límites razonables. En algunos casos la prueba objetiva deberá

prevalecer sobre la prueba meramente subjetiva que se basa en el punto de vista de las partes.

A continuación enumeramos las situaciones que contempla este listado:

- a) Dictámenes anteriores al arbitraje.
 - a.1. Anteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista jurídica o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión materia del arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión).
- b) Servicios profesionales prestados en la actualidad contra los intereses de una de las partes.
 - b.1. El bufete de abogados del árbitro actuó contra una de las partes o una filial de éstas en un asunto que no está relacionado con el arbitraje y en el que el árbitro no participó.
- c) Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes.
 - c.1. Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.
- d) Contactos con otro árbitro o con el abogado de una de las partes.
 - d.1. El árbitro tiene relación con otro árbitro o con el abogado de una de las partes por pertenecer a una misma asociación profesional u organización de tipo social.

- d.2. Con anterioridad, el árbitro y el abogado de una de las partes u otro árbitro han desempeñado conjuntamente funciones de árbitro o de abogados.
- e) Contactos entre un árbitro y una de las partes.
 - e.1. Previamente a su designación, el árbitro tuvo un primer contacto con la parte que lo designó o con una filial de ésta (o con sus respectivos abogados) pero el contacto estuvo limitado a indagar sobre la disponibilidad del árbitro y su cualificación o sobre los nombres de posibles candidatos a la presidencia del tribunal arbitral y no se discutió el fondo del asunto de la controversia ni cuestiones de procedimiento.
 - e.2. El árbitro es accionista de una de las partes o de una filial de éstas, siempre que se trate de sociedades públicas que coticen en bolsa, pero la cantidad de acciones que tiene el árbitro es insignificante.
 - e.3. El árbitro y el gerente o administrador o miembro del comité de vigilancia o quien ejerza un control similar sobre una las partes o una filial de éstas trabajaron juntos como peritos o trabajaron juntos como profesionales de alguna otra manera, incluso desempeñando las funciones de árbitro en un mismo asunto.

Finalmente, debemos señalar que el esfuerzo plasmado en este documento resulta de suma importancia dentro de la práctica arbitral. Sin embargo, ocurre, de manera muy frecuente, que las líneas que separan las situaciones de cada caso en particular son muy delgadas y no siempre se tiene la certeza acerca de si una situación determinada encaja en un listado o en otro.

Asimismo, cabe poner atención en el hecho de que en los listados se utilizan términos amplios que abarcan diversas situaciones, como por ejemplo el término «significativo». En ese entender, cada caso en particular deberá ser estudiado e interpretado a la luz de sus hechos y circunstancias concretos.

8. EL AMOR EN EL ARBITRAJE⁴³⁴

No cabe duda de que el amor es uno de los sentimientos más importantes e incluso uno de los motores de la vida cotidiana.

El amor generalmente es apreciado por sí mismo, vale decir, es analizado por sí y ante sí, pero todos sabemos que tiene connotaciones jurídicas, estando ellas centradas fundamentalmente en el Derecho de Familia.

Ello no quiere decir que el amor sea necesario antecedente de la formación de una familia o incluso de la paternidad o maternidad, habida cuenta de que puede haberse formado una familia o procreado hijos sin que exista amor; a la par que, puede existir mucho amor en una pareja y no haber ni matrimonio ni hijos.

Es evidente que no pretendemos en estas páginas escribir un tratado sobre el amor. Tampoco pretendemos abordar el tema dentro del Derecho de Familia, pues, como resulta evidente, ello no constituye objeto del presente estudio.

Lo que buscamos es abordar las repercusiones de las relaciones amorosas o sentimentales en materia arbitral.

⁴³⁴ CASTILLO FREYRE, Mario. «El amor en el arbitraje». En *Jurídica*, Suplemento del Diario Oficial *El Peruano*. Lima, 9 de julio de 2013, parte I, pp. 6 y 7 y 16 de julio de 2013, «El amor en las relaciones humanas». parte II, pp. 6 y 7.

Por lo general, *arbitraje* y *amor* o *relaciones sentimentales* son dos temas que se aprecian como compartimentos estanco, pero pretendemos demostrar que ello no es así y que las implicancias entre uno y otro son mucho más estrechas e interesantes de lo que cualquiera pudiera imaginar.

Para desarrollar esta materia vamos a proceder a dividirla en determinados ítems que me permitirán ordenar nuestras ideas en razón de los objetivos trazados.

Trataremos acerca de temas pacíficos y de temas complicados, pues así es el amor, a veces tranquilo y a veces apasionado, pero lo es aún más cuando se mezcla con el arbitraje.

8.1. El amor en la defensa arbitral

Como es evidente, salvo que uno ejerza la profesión de manera individual, situación cada vez más escasa, dado que los Estudios tienden a tener un número cada vez mayor de integrantes, será frecuente que la defensa de parte radique en más de un abogado, razón por la cual podrían existir relaciones amorosas o sentimentales de cualquier tipo entre los miembros de la defensa de una parte.

Sería el caso, por ejemplo, en que dos abogados integrantes de la defensa de una de las partes hayan contraído matrimonio o mantengan una relación amorosa.

Todo ello, así como cualquier otra situación de éste o de otro tipo al interior de la defensa de una de las partes, resultará irrelevante con respecto al proceso arbitral, ya que no existirá riesgo alguno de conflicto de interés, pues estas situaciones sólo serían concernientes a la parte defendida por ese Estudio de abogados.

Sin embargo, el problema podría suscitarse si es que se produjera una ruptura notoria, difícil y abrupta entre las personas que mantienen esa relación sentimental, pues ello podría dificultar la futura defensa del proceso, en la medida de que se podría llegar al extremo de que una de esas personas, abogado de parte, deje la defensa, precisamente motivado por la ruptura sentimental.

Entonces, como podrá presumir el lector, la pregunta que corresponde formular aquí es si en situaciones como ésta, el cliente o, mejor dicho, el futuro cliente, debe ser informado, al momento en que se contrate al Estudio, acerca de la existencia de esa relación sentimental; o, si ella no existiese al momento de la contratación, si el cliente debería ser informado cuando ella se inicie.

Puede ocurrir que para algunos clientes una situación como ésta resulte irrelevante, en la medida de que no se dude del profesionalismo de los abogados, independientemente de sus vínculos sentimentales; pero bien podría ocurrir lo contrario, es decir, que el cliente no se sienta cómodo y que prefiera ser defendido por un equipo en el cual no estén presentes este tipo de situaciones que, de una manera u otra, podrían representar una contingencia futura en la calidad de su defensa arbitral.

Es natural que en estos casos sólo nos estemos refiriendo a la eventual necesidad de informar al cliente acerca de relaciones de carácter formal o cuasi formal, tales como matrimonios o noviazgos, las mismas que pueden ser puestas en conocimiento de manera coloquial y obviamente sin necesidad de formalidad alguna. Es claro que resultaría ridículo hacerlo formalmente, así como también lo sería informar acerca de relaciones sentimentales esporádicas o que se encuentren en un estado de maduración que no ameriten una revelación al cliente.

En síntesis, este tipo de casos solamente tendrán relevancia entre el Estudio de abogados y el cliente y, como es obvio, en lo absoluto comprenderán al tribunal arbitral, ni mucho menos, a la contraparte.

8.2. Amor entre espinas: me enamoré de la abogada de mi contraparte

A diferencia del punto anterior, el que vamos a desarrollar ahora sí ofrece una problemática bastante compleja, pues plantea el caso en el cual un miembro de la defensa arbitral de un cliente, parte de un Estudio de abogados, precisamente se enamora de una abogada, miembro del equipo legal de la contraparte.

Menudo problema.

En tales casos, es ineludible el deber de revelación al cliente al que uno defiende, para que dicho cliente pueda juzgar, con la libertad que le corresponde, si confía en la defensa del Estudio de abogados cuyo equipo arbitral tiene a uno de sus miembros en amores con una persona del equipo arbitral de la parte contraria.

En casos como éstos, no cabe duda de que el cliente podrá poner fin a la relación contractual con el Estudio de abogados, precisamente por no confiar en que, en una situación como ésta, se puedan mantener siempre las cosas en su sitio y que la confidencialidad que corresponde al asunto en particular se mantenga en los niveles exigidos en cualquier circunstancia.

Para evitar soluciones como la descrita, podría ocurrir que cada uno de los Estudios aparte del equipo de defensa a la persona comprometida, de manera que la defensa arbitral sea ejercida por personas ajenas a cualquier vínculo sentimental.

Pero aun así, estaríamos frente a una situación en la cual uno de los abogados del Estudio que defiende a cada parte, estaría vinculado sentimentalmente con un abogado del Estudio que defiende a la parte contraria.

Más allá del deber de comunicar una situación como ésta a los respectivos clientes, las soluciones al problema serán fundamentalmente las descritas en el acápite anterior, pues siempre podrá ocurrir que el cliente confíe o no en un Estudio que se encuentra en una situación como ésta; a pesar de que la persona comprometida no ejerza directamente la defensa arbitral.

Por otra parte, es claro para nosotros que una vinculación sentimental como la descrita no deberá ser comunicada o puesta en conocimiento del tribunal arbitral.

Se podría decir que en el rubro que venimos tratando en este punto 2, las defensas de cada una de las partes se encontrarían en igualdad de condiciones. Y nos referimos tanto al caso en el cual ninguno de los sujetos vinculados sentimentalmente se aparte de la defensa directa del caso, como a aquellos otros supuestos en los que ambos sujetos se aparten o al caso extremo en el que uno de ellos se aparte y el otro continúe defendiendo a su cliente.

Decimos esto, pues en las tres situaciones mencionadas el abogado comprometido tendrá la facultad de conocer los entretelones del caso —directa o indirectamente— en su propio Estudio de abogados.

Es necesario subrayar que estos deberes de revelación al propio cliente los entendemos circunscritos a aquellos casos en los cuales estamos hablando de abogados, en tanto dicho deber se irá atenuando y tal vez suprimiendo cuando nos encontremos frente a asistentes legales o a practicantes del Estudio.

8.3. Todo queda en casa: el amor entre árbitros

La teoría relativa al deber de declaración de los árbitros establece que éstos deberán revelar a las partes y a sus colegas de tribunal todas aquellas circunstancias preexistentes o sobrevinientes, que aquéllos deban conocer en razón de que las mismas tuvieren relevancia con respecto a aspectos inherentes a su independencia o imparcialidad.

Nos planteamos entonces el caso en el cual, al momento de conformar el tribunal arbitral, dos árbitros de parte mantengan una relación sentimental.

No nos cabe duda de que en un caso como éste, tales árbitros deberían revelar la existencia de dicha relación sentimental, pues la misma podría no agradar a las partes en litigio, quienes tal vez prefieran que no existiese vínculo entre los árbitros de parte.

Naturalmente, nos estamos refiriendo a situaciones confesables, como podría ser el que ambos estuvieran saliendo juntos en una relación de enamoramiento; pero no nos estamos refiriendo a otro tipo de situaciones que obviamente no podrían ser reveladas a las partes, como cuando se trate de un amor ilícito, el mismo que se presentaría cuando el árbitro de parte y la árbitro de parte estuvieran casados con una tercera y cuarta personas.

En estos casos, la respuesta sólo sería una y es que al momento de la conformación del tribunal arbitral, uno de los dos no debería aceptar el cargo de árbitro; más aún, habida cuenta de que tratándose de un hecho de revelación indispensable, el mismo no podrá ser revelado y las partes no podrán juzgar esta situación a efectos de considerar la eventual recusación de tales árbitros.

Situación similar se presentaría en caso tal relación sentimental se dé entre uno de los árbitros de parte y el presidente del tribunal arbitral,

supuesto en el cual dicho presidente, al momento en el cual es elegido por los árbitros, no debería aceptar tal nombramiento.

Sin embargo, en cuanto al presidente, distinto es el caso en el que mantenga una relación pública, notoria y formal con uno de los árbitros de parte, como ocurriría cuando uno de los árbitros de parte fuera su esposa.

Debo confesar que, en una oportunidad, un colega muy amigo mío y mi esposa acordaron —a iniciativa del referido amigo— designarme presidente de un tribunal arbitral y estuve tentado de aceptar tal nombramiento, en la medida de que el mismo había satisfecho —obviamente— a tales árbitros.

No obstante, creo que con buen criterio, el Secretario General del respectivo Centro de Arbitraje me solicitó no aceptar, a efectos de que el hecho no pudiera ser malinterpretado, petición a la que accedí con mucho gusto.

Como es natural, estos deberes de revelación de relaciones sentimentales entre los miembros del tribunal arbitral no sólo se circunscriben al momento en que uno es designado como árbitro, sino que se extienden durante todo el arbitraje, de manera tal que no habrá excusa para dejar de revelar una situación de esta naturaleza.

Ello, lo repetimos, en la medida de que se trate de situaciones confesables, pues si se tratara de las otras, allí lo que corresponderá será la inmediata renuncia (o no aceptación al cargo, si fuese el caso) de uno de los dos árbitros.

Por otra parte, dentro del tema que venimos tratando, podrá ocurrir que una vez informado el hecho por los árbitros, las partes lo consideren irrelevante, pues estimen que cada uno de ellos conservará su natural autonomía para proceder de manera justa, independiente e imparcial;

como también podría ocurrir lo contrario, conduciendo tal situación a la eventual recusación de ambos árbitros.

Y decimos de *ambos*, ya que no habría razón alguna para recusar a uno solo de los árbitros, pues ello implicaría un prejuzgamiento en torno a la conducta del recusado, en beneficio de aquél a quien no se recusa.

Estimamos también que al tratarse de situaciones sentimentalmente tan complejas y profundamente inherentes al ser humano, una recusación en el sentido descrito debería ser declarada fundada.

8.4. Las relaciones sentimentales entre un árbitro y un miembro de la defensa de una de las partes

Éste sería el caso en el cual un miembro de un tribunal arbitral de conformación plural o unipersonal, se haya relacionado sentimentalmente con uno de los abogados que integran el Estudio que ejerce la defensa de una de las partes.

Si éste fuera el caso, queda claro que el árbitro no debería aceptar asumir el encargo, pues nunca podrán encontrarse ambas partes en igualdad de condiciones, dado que, al menos en el aspecto formal, una situación como la descrita resultaría intolerable para una de esas partes.

Si la relación fuese sobreviniente al nombramiento del árbitro, es decir que ella se suscitara en pleno desarrollo del proceso arbitral, nos queda claro que el árbitro tendrá que escoger entre el cargo de árbitro y su relación sentimental; y si se quisiera quedar con dos, evidentemente tendría que comunicarlo a las partes, las mismas que podrán dispensar o no tal situación.

Algo similar podría presentarse en el caso en el cual la relación sentimental que tuviera el árbitro fuera con alguna persona integrante del

Estudio de una de las partes, por más de que tal situación no comprometiera a los abogados que ejercen directamente la defensa de la parte.

8.5. *Las relaciones sentimentales entre un miembro del Estudio de uno de los árbitros y un miembro del Estudio de una de las partes en litigio*

Esta situación es distinta, en la medida de que los miembros de un tribunal arbitral no tienen por qué conocer acerca de la vida privada de los integrantes de los Estudios de abogados que conforman. Podría ocurrir fácilmente que uno de los miembros de su Estudio entable relación sentimental con un integrante de uno de los Estudios que ejercen la defensa de las partes en controversia.

Si uno de los vinculados sentimentalmente fuese un superior jerárquico del árbitro en cuestión y se tratase de una relación formal y pública, dicho árbitro deberá revelar tal hecho a las partes, dado que una situación como ésta podría ser interpretada, sobre todo por la parte que no está inmiscuida en el asunto, como una potencial situación de influencia de su contraparte con respecto al referido árbitro.

Claro está que no ocurrirá lo mismo en la situación contraria, vale decir cuando se trate de personal subalterno del árbitro o cuando estemos frente a relaciones que el árbitro no conozca o que aun conociéndolas no sean formales.

Asimismo, se debe diferenciar si la relación sentimental entre un miembro subalterno del árbitro es con uno de los abogados que ejerce —en estricto— la defensa de una de las partes, o si dicha relación es con un abogado ajeno a dicha defensa (por formar parte del Estudio, pero en un área totalmente ajena a las materias controvertidas en el arbitraje).

Resulta evidente que en el segundo caso de los mencionados, no corresponde —de modo alguno— informar sobre dicha relación a sus

coárbitros ni a las partes, en tanto no la conozca o conociéndola no sea formal. Entendemos que, incluso, conociéndola y siendo formal, resultaría irrelevante.

8.6. El personal administrativo de los Estudios

Creemos que no debería ser descartada de estas consideraciones, la eventual relación sentimental entre uno de los árbitros y un miembro del personal administrativo de uno de los Estudios de abogados que ejerza la defensa de una de las partes; pues podría tratarse de un caso que conduzca a generar dudas justificadas en torno a la imparcialidad del árbitro.

En tal sentido, el árbitro sí debería informar a las partes y a sus coárbitros, a efectos de que las primeras lo dispensen.

8.7. ¿Cómo conocer acerca de las relaciones sentimentales?

Nos encontramos ante uno de los aspectos más complejos del tema sobre el que venimos hablando, pues para que un árbitro pueda revelar la relación sentimental de uno de los miembros de su Estudio con uno de los miembros de otro Estudio de abogados, tendría que establecerse al interior del Estudio de abogados del árbitro, una *base de datos sentimental relevante*.

Nos explicamos.

Es conocido por todos, que los grandes Estudios colectivos mantienen actualizada una base de datos relevante en cuanto a clientes, a efectos de no poder contratar con clientes que les generen incompatibilidades o conflictos de interés. Tales bases de datos también son empleadas por los miembros de esos Estudios, a efectos de verificar si carecen de conflictos de interés para aceptar un eventual nombramiento como árbitros de parte o como presidentes de tribunales arbitrales.

Nos preguntamos si sería posible extender esta base de datos a las relaciones sentimentales.

Consideramos que la respuesta negativa se impone, pues una firma de abogados no podría establecer este deber de revelación para sus integrantes, a menos que se quiera violar el derecho constitucional a la intimidad, pues, como es obvio, toda esta información no sólo debería ser proporcionada sino permanentemente actualizada por socios, asociados, asistentes legales, practicantes, secretarías, procuradores, amanuenses y hasta por la señora que hace la limpieza.

En ese sentido, la revelación de asuntos referidos a relaciones sentimentales sólo se centrará en aquellos aspectos que sean de conocimiento natural del árbitro designado. En otras palabras, éste revelará lo que buenamente conoce y no podrá revelar aquello que forma parte de la vida íntima de sus compañeros de trabajo, se trate de superiores jerárquicos, pares o subordinados.

Por lo demás, existen relaciones sentimentales públicas y relaciones sentimentales ocultas. Es claro que sobre las primeras se podrá decir algo, pero sobre las segundas ello resultará imposible.

Lo propio podríamos decir acerca de las relaciones fugaces y de las relaciones permanentes.

Todas estas consideraciones cobran mayor importancia cuando la tendencia moderna conlleva a que existan Estudios de abogados en los que trabajan cientos de personas y hasta cientos de abogados. Hoy en Lima, es fácil encontrar varios Estudios que tienen en su nómina a más de cien abogados.

Esta situación dista mucho de lo que ocurría hace pocas décadas en el ejercicio profesional, cuando era muy común el ejercicio de la profesión casi en solitario, acompañado en exclusiva por una secretaria y un procurador.

8.8. *Las relaciones sentimentales con los funcionarios de las partes en conflicto*

Todo lo expuesto se aplica —*mutatis mutandis*— cuando nos encontremos ante supuestos de vinculación entre un árbitro o un miembro de su Estudio de abogados, con algún funcionario, directivo y, más aún, con un accionista de alguna de las partes en conflicto.

8.9. *Desamor, indiferencia y odio*

Lo expresado en torno a las relaciones sentimentales también resulta aplicable para cuando se quiebren tales relaciones y se planteen entre los sujetos situaciones de desamor, indiferencia u odio.

Naturalmente, el desamor, la indiferencia y el odio, no necesariamente serán fruto de la ruptura sentimental, pues ellos pueden provenir de un sinnúmero de razones, ajenas a las propias relaciones sentimentales.

Queda claro que no resulta necesario efectuar un análisis extenso sobre el particular para llegar a la conclusión de que, a ellas se les aplica, *mutatis mutandis*, las consideraciones formuladas en torno al amor y a las relaciones sentimentales en general.

Por lo demás, son frecuentes los casos en que nos encontramos en presencia de parejas formales, vale decir, de aquéllas que se hallan unidas en matrimonio y que a pesar de la existencia de ese vínculo matrimonial, tienen una pésima relación interna.

Entonces, como podemos apreciar, la legalidad o formalidad en estos casos nos dice mucho, pero no necesariamente nos dice toda la verdad.

Es obvio que si hubiese un problema de esta naturaleza, el involucrado necesariamente debería declararlo, en cualquiera de las situaciones sobre las que venimos tratando en el presente estudio.

Como puede apreciar el lector, es difícil medir objetivamente el grado de cercanía o lejanía de una pareja; no siendo el aspecto formal sino una de las consideraciones a tomar en cuenta, pues si bien dicho grado puede ser importante, a pesar de que una pareja no mantenga entre sí una relación formal, puede tener grandes aficiones comunes o una gran amistad que lleve, incluso, a que su relación sea más estrecha que la de una pareja amorosa o sentimental, en términos formales.

Por lo demás, dado que el arbitraje puede durar uno o más años, un árbitro, durante el desarrollo de proceso, podrá tener varias parejas. En estos casos, sólo estará obligado a declarar cuando tales parejas compartan la naturaleza descrita en el desarrollo de este estudio.

8.10. El amor después del arbitraje

En el supuesto de que cualquiera de las relaciones sentimentales que hemos abordado en el presente estudio, se generara una vez concluido el proceso arbitral, estimamos que ese hecho resultaría irrelevante para el arbitraje.

Sin embargo, es claro que si existiese en camino un proceso de anulación de laudo, las personas involucradas deberían tener mucho cuidado, pues la parte perdedora en el proceso arbitral podría utilizar tal situación como argumento de defensa para influir ante la Sala de la jurisdicción ordinaria que conozca la causa, deslizando el argumento de la parcialidad del ex tribunal arbitral y que ella se derivó de la situación antes descrita.

Si bien se trataría sólo de fuegos artificiales, sería mejor evitarlos.

Queda claro que este estudio no representa una enumeración taxativa de casos, pues el amor y el arbitraje ofrecen infinidad de supuestos en los cuales podrían ser relacionados.

En esos casos, pues, aplicaremos las consideraciones formuladas, cambiando lo que —dada la particularidad de cada caso— haya que cambiar.

ARTÍCULO 29

PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

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:
 - i) 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°.
 - ii) 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 23º.

- iii) 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 23º. 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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley Modelo Uncitral señala sobre este tema lo siguiente:

Artículo 13.- Procedimiento de recusación

- 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el párrafo 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.
- 3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del párrafo 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

De la misma forma, la Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este particular estipula lo siguiente:

Artículo 18.- Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
2. A falta de acuerdo, la parte que recuse a un árbitro expondrá los motivos dentro de los quince días siguientes a aquél en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre ésta.

3. Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

Dentro de la normativa nacional, el artículo 29 bajo estudio tiene como antecedente inmediato el artículo 31 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 31.- Procedimiento de recusación

Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el artículo 23 o, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad. Contra la resolución que el Juez, la Institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.

Por último, el artículo 29 del Decreto Legislativo n.º 1071 también posee antecedente en la Ley General de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, cuyo numeral 25, señalaba:

Artículo 25.- Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificado debidamente las razones en que se basa.

Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez conforme al trámite indicado en el artículo 15, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro.

Si el arbitraje fuera colegiado, el tribunal resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad.

Contra la resolución que el Juez, la institución organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de recusación no interrumpe la consecución del proceso arbitral.

2. FORMALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

En el inciso 1 del artículo 29 de la Ley se establece que las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.

Nos encontramos de acuerdo con lo dispuesto por la Ley nacional en el referido inciso 1, ya que el procedimiento de recusación podrá ser establecido por las propias partes con la más absoluta libertad. La norma contenida en este extremo de la Ley es, simplemente, una de carácter dispositivo, vale decir, de aplicación supletoria; se trata de un procedimiento de recusación que se estima como el más adecuado.

Naturalmente, si se tratase de un arbitraje institucional o administrado por un centro de arbitraje, la recusación será resuelta de la manera establecida por el respectivo reglamento.

Cabe señalar que los centros de arbitraje suelen establecer que las recusaciones de los árbitros no son resueltas por el propio tribunal, sino por el órgano administrativo del respectivo centro de arbitraje.

Así, en el caso del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por el Consejo Superior de Arbitraje; en el caso del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la Corte de Arbitraje; en el caso del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, por el Consejo Superior de Arbitraje; en el caso de la Cámara de Comercio Peruano-Americana (AMCHAM), por la Corte de Arbitraje; etc.

Naturalmente las partes también podrían establecer —si no se tratara de un arbitraje administrado, sino de un arbitraje *ad-hoc*— el procedimiento particular de recusación, el cual tendría que seguir, necesariamente, criterios de absoluta imparcialidad.

Esto equivale a decir que no se concibe un procedimiento de recusación que establezca un desbalance en favor de una de las partes. A tales efectos, hacemos aplicables todas las consideraciones esgrimidas por nosotros cuando analizamos la necesidad de que el procedimiento de designación de los árbitros sea absolutamente equitativo para las partes y cuáles serían las consecuencias de que tal situación no resistiera esas características.

Entendemos que si nos encontrásemos en presencia de un procedimiento de recusación y de resolución de la recusación que fuese inequitativo, tal procedimiento deberá ser cuestionado por la parte que se sienta afectada, cuando su contraparte lo active, o cuando lo active ella misma.

En estos casos, si la contraparte no asintiera en dicha inequidad y se continuara con el procedimiento de recusación, y el mismo fuese resuelto en perjuicio de la parte en pugna, naturalmente dicha parte tendrá expedito su derecho para la ulterior anulación del laudo en el Poder Judicial.

3. REGLAS A SEGUIR A FALTA DE ACUERDO ENTRE LAS PARTES

En el inciso 2 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje del Perú se establece el procedimiento supletorio de recusación.

Dice el inciso 2 que a falta de acuerdo o de disposición en el reglamento arbitral pertinente, se aplicarán una serie de reglas.

La primera de ellas, el literal a), señala que la recusación debe formularse tan pronto como sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

Creemos, en este sentido, que el inciso 2 del literal a) incurre en un error porque no señala un plazo para interponer la recusación desde que se conoce la causal.

En este caso, de manera peligrosa, serían aplicables los plazos contenidos en el artículo 1385 del Código Civil, a los que ya hicimos referencia, los mismos que son muy breves, porque se establece para tal efecto la inmediatez.

¿Qué pasa si uno no recusa el mismo día en que conoce la causal sino al día siguiente?

En la práctica —y maliciosamente— esa situación podría ser cuestionada por la contraparte, quien podría tacharla de improcedente por extemporánea.

Consideramos que aquí debió haberse estipulado que el plazo para interponer la recusación sea de un número de días preestablecido; particularmente creemos que hubiese sido conveniente señalar que dicho plazo sea de cinco días.

Por otro lado, la Ley establece en el literal a) del inciso 2 del artículo 29, que la recusación debe formularse justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

No basta, pues, con recusar al árbitro. Es necesario establecer o explicar cuáles son las razones en que se basa dicha recusación. Es decir, cuáles son los hechos que motivan la recusación.

Además deben establecerse, a pesar de que no lo señala adecuadamente la Ley, los elementos o argumentos jurídicos que conduzcan a recusar al árbitro, es decir, el sustento jurídico de la misma.

Naturalmente, la recusación no debe ser un acto caprichoso. Debe tener el debido sustento probatorio, dada la seriedad y la posibilidad de que una situación como ésta altere el desarrollo normal de un proceso arbitral.

En estos casos estimamos que la Ley ha procedido de manera adecuada al establecer en la parte final del literal a), que la parte que recuse deberá presentar los documentos correspondientes.

Los documentos correspondientes implican los medios probatorios que acrediten que la recusación debe ser declarada fundada.

La Ley hace referencia a *documentos*, pero podría —en estricto— no tratarse de documentos propiamente dichos, sino en general de cualquier medio probatorio que acredite la veracidad de la causal invocada, a efectos de sustentar la recusación interpuesta.

Consideramos que el texto de la Ley debió ser más amplio y limitarse a hacer referencia a los medios probatorios correspondientes. Sobre este punto, Palacios Pareja⁴³⁵ sostiene que no existe razón alguna para

⁴³⁵ PALACIOS PAREJA, Enrique. «Procedimiento de recusación». En *AA. VV. Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 361.

restringir el derecho fundamental de las partes a la prueba destinada a acreditar la existencia de la causal que siembra dudas sobre un aspecto tan importante como la imparcialidad e independencia del árbitro. Para la prueba de este trascendental extremo, continúa el autor, debe admitirse cualquier medio probatorio, típico o atípico, de actuación inmediata o diferida; incluso podrá sustentarse la decisión también con algún sucedáneo de los medios probatorios, como los indicios o las presunciones.

A su turno, el literal d) del inciso 2 señala que el árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez días siguientes de notificados con la recusación.

Para poder resolver el tema de la recusación se requerirá conocer cuál es la posición de la parte contraria a la que recuse y cuál es la posición del árbitro recusado.

Para tal efecto, se correrá traslado a ambos de la recusación interpuesta, quienes deberán absolver el trámite dentro de los diez días siguientes de que hayan sido notificados con el escrito de recusación.

Las alternativas o situaciones que pueden derivarse de esa comunicación son detalladas en el literal c) del artículo 29 de la Ley de Arbitraje.

Estimamos que el plazo de diez días señalado en el literal b) es excesivo. Debió haber sido sólo de cinco días.

El literal c) establece que si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto, en la forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.

En este caso, como apreciamos, con respecto a la recusación, caben varios caminos.

El primero es que la contraparte de aquélla que recusa acepte la recusación.

En ese caso, bastará la aceptación de aquella parte para que sea irrelevante la opinión del árbitro a efectos de mantener su permanencia en el tribunal arbitral. Es decir, podría ocurrir también que el árbitro acepte dicha recusación pero, aceptándola o no, ese árbitro queda fuera del proceso.

Otra posibilidad es que la contraparte de aquélla que recusa no acepte la recusación y el árbitro la acepte. En ese caso, bastará la aceptación del árbitro y será irrelevante la posición de la contraparte, a efectos de que el árbitro quede fuera del proceso.

Podría ocurrir que tanto parte, contraparte y árbitro, acepten la recusación. Ya hemos mencionado que en este caso el árbitro queda apartado del proceso.

Podría ocurrir también que contraparte y árbitro rechacen la recusación, caso en el cual el árbitro permanece en el proceso y la recusación será resuelta por el órgano competente.

Si se produjese el apartamiento del árbitro por cualquiera de los motivos señalados, el árbitro sustituto será nombrado de la misma forma que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.

Sin embargo, en estos casos, creemos que la Ley debió haber sido más explícita en desarrollar el tema, porque podría haber ocurrido o podría ocurrir que una de las partes nombre —*ex professo*— árbitros cuya presencia no pueda ser tolerada por la contraparte, precisamente, por las estrechas vinculaciones con dicha parte.

En ese caso, podríamos encontrarnos ante una sucesión de recusaciones y ante una sucesión de aceptaciones de las recusaciones.

Consideramos que la Ley debió prever que si se produjeran dos supuestos en los que el árbitro recusado acepte la recusación o la contraparte convenga en ella, pues, simplemente se podrá recurrir a la designación en defecto por parte de la Cámara de Comercio de la localidad. De lo contrario, esto podría convertirse en una sucesión interminable de nombramientos que, aun hayan sido efectuados dentro del plazo de ley, concluyan en el apartamiento del árbitro del proceso y una manera perfecta —y a la vez demasiado poco ética— de dilatar el inicio del proceso o entorpecer el desarrollo del mismo por un lapso ilimitado.

En ese sentido, sería conveniente promover que se precise en la Ley que los mecanismos de designación del árbitro contemplen la designación de uno o más árbitros suplentes, a efectos de atenuar las consecuencias de una norma imperfecta como ésta. O, tal vez, que luego de un número determinado de recusaciones que se declaren fundadas sobre un árbitro de parte o de igual número de aceptaciones a la recusación de los árbitros, la designación del próximo esté a cargo del Centro de Arbitraje que administre el proceso o, si fuese *ad-hoc*, de la Cámara de Comercio correspondiente.

Por otra parte, el literal d) del inciso 2 del artículo 29, señala que 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: i) 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 literales d) y e) del artículo 23.

En este caso, es evidente que si se tratara de un supuesto de árbitro único, ese árbitro único que conformaría el tribunal arbitral no podría resolver la propia recusación, pues sería juez y parte.

No se estaría respetando uno de los requisitos fundamentales de la administración de justicia arbitral y ordinaria, que es la heterocomposición.

En segundo lugar, si se tratara de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, la recusación sería resuelta por los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado.

Esto es importante, porque se trata de abreviar la resolución del trámite de la recusación, en la medida en que el mismo va a ser resuelto por los miembros restantes del tribunal arbitral y no por un órgano administrativo de la Cámara de Comercio correspondiente.

Aquí debemos reiterar que la resolución de la recusación será efectuada por mayoría absoluta, hecho que significa que si el tribunal arbitral, como en la mayoría de casos es de tres, y un árbitro es recusado, la recusación tendrá que ser resuelta con el voto conforme de los otros dos árbitros.

No vota el recusado por razones obvias.

Se establece, además, que en caso de empate resuelve el presidente del tribunal arbitral.

Resulta claro que se está pensando en que el recusado no es el presidente, pero la resolución por parte del presidente, o sea, la dirimencia por parte de la presidencia del tribunal arbitral, no se dará cuando éste sea el recusado, en cuyo caso resolverá la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento; y, a falta de esta institución arbitral, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del inciso 2 del artículo 23 de la Ley.

En tercer lugar, se señala que si se recusa por la misma causal a más de un árbitro, o sea, los recusados fuesen, en un tribunal de tres árbitros,

dos o tres, claro está que la recusación no será resuelta por los árbitros. Resolverá la Cámara de Comercio que corresponda, conforme a los literales d) y e), inciso 2 del artículo 23 de la Ley.

Agrega la norma que, sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.

Respecto al supuesto referido a una recusación del tribunal arbitral en pleno, es obvio que resultaría un absurdo que sea ese mismo tribunal quien resuelva la recusación.

Sin embargo, hace algunos años (cuando estaba vigente la hoy derogada Ley n.º 26572),⁴³⁶ un tribunal arbitral, en un caso muy conocido, señaló que en un supuesto como el descrito se debía proceder de la siguiente manera:

- Los árbitros A y B deberán resolver el extremo de la recusación que alcanzara al árbitro C; en caso de empate, dirimirá el árbitro B en su calidad de presidente del tribunal.
- Los árbitros A y C deberán resolver el extremo de la recusación que alcanzara al árbitro B; en caso de empate, dirimirá el árbitro A por ser el de mayor edad.
- Los árbitros B y C deberán resolver el extremo de la recusación que alcanzara al árbitro A; en caso de empate, dirimirá el árbitro B en su calidad de presidente del tribunal.

Dicha interpretación, a nuestro entender, no sólo carecía de sustento constitucional y legal, sino que vulneraba gravemente el derecho

⁴³⁶ Recordemos que el artículo 31 de la citada Ley no contenía una solución legal, en la medida de que no contemplaba expresamente un supuesto de hecho como el descrito, es decir una recusación formulada por una de las partes respecto del Tribunal Arbitral en pleno (por la misma causal y por los mismos hechos), cuando éste se encuentra conformado por más de un árbitro.

constitucional al debido proceso, que no puede ser obviado por ningún motivo. En efecto, resultó siendo una interpretación inconstitucional del artículo 31 la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, en la medida de que el supuesto en cuestión, no se hallaba normado, existiendo una laguna del Derecho.⁴³⁷

Por otro lado, en principio también constituye un avance de la Ley vigente, el hecho de que establezca que si los recusados son los dos árbitros de parte y no el presidente, será éste quien resuelva la recusación. La solución podría resultar correcta, porque el presidente es un tercero que debe poseer una postura imparcial frente a ellos.

4. IMPROCEDENCIA DE LA RECUSACIÓN

El inciso 3 del artículo 29 del Decreto Legislativo n.º 1071 señala que, salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Asimismo, la norma agrega que, sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.

Sobre esta norma existen varios puntos dignos de comentario.

En primer lugar, no estamos de acuerdo con que el inciso 3 establezca la posibilidad de un pacto en contrario, ya que cuando el tribunal arbitral fija el plazo para laudar, se empieza a deliberar al interior del tribunal, es decir, se empieza a discutir a su interior cuáles van a ser, precisamente, los alcances del laudo.

⁴³⁷ Sobre el particular, recomendamos ver: CASTILLO FREYRE, Mario y SONIA FLORES JARA. «La recusación en pleno del Tribunal Arbitral». En *Arbitraje y Debido Proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 2, Lima: Palestra editores S.A.C., 2007, pp. 169-184.

Entonces, sería muy fácil que si se pactara en contrario, es decir, que si se permitiera recusar a un árbitro luego de establecido e iniciado el curso del plazo para laudar, se aprovechara alguna de las partes —por la infidencia de alguno de los árbitros, por ejemplo— de conocer cuál va a ser el voto del presidente; y si el futuro voto del presidente no le favoreciera, de acuerdo a las opiniones previas del propio presidente, entonces, tratará de sacarlo del tribunal arbitral a toda costa.

Esta situación, evidentemente, no va a favorecer en lo absoluto la finalidad del arbitraje, ya que podría ocurrir una sucesión de recusaciones en torno al árbitro o los árbitros sobre cuyas opiniones esa parte ha tomado conocimiento y no desea que permanezcan integrando el tribunal.

Así, el pacto en contrario podría entorpecer *ad infinitum* la decisión del árbitro. Podría crearse un círculo vicioso.

El inciso 3 establece como regla dispositiva que después de que el tribunal señale el plazo para laudar, ya no será procedente cualquier recusación. Creemos que la norma debió ser imperativa.

De regir la norma dispositiva, podríamos encontrarnos en el supuesto en el cual verdaderamente se presente una causal de recusación que amerite la separación del árbitro, pero que esta causal de recusación ya no pueda ser invocada por la parte, eventualmente beneficiada por ella, dado el transcurso del plazo antedicho.

En esta situación, la Ley impone una obligación a un árbitro, y es la de considerar su propia renuncia, es decir, de renunciar bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.

Estimamos que esta disposición de la Ley es positiva, porque si bien la parte estaría atada de manos para recusar al árbitro, el árbitro tam-

poco podría abusar de una situación que pudiese haber sido manifiesta causal de recusación.

En ese caso, el árbitro deberá apartarse del tribunal.

Si no lo hace, creemos que el árbitro no sólo se hará virtualmente responsable por tal omisión, sino que eventualmente se estará produciendo una causal de anulación del laudo, en la medida en que la parte perjudicada le solicite la renuncia y el árbitro no proceda a renunciar; o, en la medida en que habiéndole solicitado la renuncia, el árbitro que conocía la existencia de ese motivo, de esa causal que necesariamente lo debía apartar del tribunal, sobre la cual ya no se le podía recusar, dicho árbitro haya permanecido en el tribunal y haya laudado en un tema en el sentido opuesto a los intereses de la parte a quien hubiese beneficiado su apartamiento.

5. SUSPENSIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

El inciso 4 del artículo 29 señala que el trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.

Creemos que lo señalado por este extremo de la Ley resulta adecuado, en principio, en la medida en que podría tratarse de una recusación tendiente a dilatar el desarrollo del proceso, con lo cual, si los árbitros tuvieran que suspender el desarrollo del mismo, pues, simplemente el proceso no terminaría nunca. O sea, una parte siempre podría intentar mecanismos dilatorios para evitar que concluya el proceso. Ello, naturalmente, en el discutible supuesto en que se interprete que el artículo 52 de la Ley no sólo resulta aplicable el laudo, sino a las demás resoluciones del proceso arbitral.

Ahora bien, hay casos en los cuales cuando estén recusados dos o más árbitros, sí sería poco elegante que el tribunal arbitral continuara

conociendo de las actuaciones del proceso. Estimamos que en estos casos lo ideal sería que el tribunal arbitral decida la suspensión del proceso, por lo menos, ante una primera recusación. Naturalmente, no tendría por qué proceder en ese sentido si se produjera una segunda recusación o si se tratara de un litigante mal intencionado que quisiera dilatar el desarrollo del proceso arbitral.

Debería también contemplarse la posibilidad de que, en caso uno de los árbitros sea solamente el recusado, en estos casos, dicho árbitro pueda abstenerse, señalando la razón de su abstención del conocimiento de las actuaciones arbitrales.

Esta situación se produce en casos en los cuales, por una situación de prudencia y honorabilidad, de respeto hacia las partes y de decoro, el árbitro decida no seguir participando de las actuaciones arbitrales hasta que se resuelva su recusación.

Sin embargo, la Ley no establece una salida al respecto, por cuanto —en teoría— la propia Ley impide que los árbitros dejen de votar y, en ese sentido, su abstención podría no considerarse como tal, sino como que ese árbitro se adhiere a lo decidido por la mayoría o, en su caso, por el presidente si correspondiera, conforme a lo dispuesto por el artículo 52, única norma relativa a la adopción de decisiones en el proceso, referida, en estricto al laudo arbitral, pero única norma, al fin y al cabo.

6. OTRAS CONSIDERACIONES

El inciso 5 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje, señala que 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.

En principio, en la primera parte del inciso 5 se tiende un puente de plata al árbitro que desea renunciar, por cuanto lo que podría estar ocurriendo es que el árbitro desee apartarse del proceso. Hay casos en los cuales los términos de las recusaciones son verdaderamente ofensivos y el árbitro podría no querer seguir conociendo del proceso, pero no obstante ello, no va a aceptar los términos de la recusación ni las causales por las cuales se le recusa.

En esos casos, el árbitro no tendría tampoco por qué seguir atado al proceso arbitral y bien podría decidir apartarse del mismo. La Ley le faculta a apartarse sin aceptar los motivos o causales de la recusación.

La respuesta del árbitro se encuentra ceñida, literalmente, a lo prescrito en la primera parte del inciso 5, por cuanto por lo general el árbitro que renuncia, niega y contradice todos los términos y alcances de la recusación interpuesta.

Si guardara silencio con respecto a estos motivos, y a la vez renuncia, tampoco se entendería que los acepta, en virtud de lo señalado por el inciso 5.

Por otro lado, agrega este inciso que no procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales. Esto es muy importante, porque resulta usual apreciar que en algunos casos los árbitros son recusados, precisamente, por el sentido de sus resoluciones.

Sin embargo, nosotros no estableceríamos una línea tan tajante al respecto.

Decimos esto, porque podría ocurrir que la resolución del árbitro sea lo suficientemente aberrante y contraria al texto expreso de la propia Ley, que esa situación lleve o conduzca, precisamente, a que se dé la

causal señalada por el inciso 3 del artículo 28, es decir, que el árbitro sea recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

En ese caso, resulta evidente que si el árbitro resuelve de manera abiertamente contraria a la ley que se supone debe aplicar (incluso para evitar alguna duda en la interpretación de lo que venimos diciendo), que resuelva en contra del texto literal de la propia norma en un supuesto que es absolutamente claro (como podría ser en el caso, por ejemplo, de un tema de plazo), o variar una regla expresa del acta de instalación, etc., la parte perjudicada, en todos esos casos, estaría en aptitud de recusar al árbitro.

A su turno, el inciso 6 del artículo 29 de la Ley establece que cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda a una Cámara de Comercio resolver la recusación, 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.

Esta norma no hace sino contener similares principios que aquéllos que la Ley recoge en lo que respecta al nombramiento supletorio de los árbitros, a cuyas consideraciones nos remitimos.

Finalmente, la primera parte del inciso 7 del artículo 29 de la Ley de Arbitraje señala que la decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable.

Lo señalado en la norma resulta de suma importancia, en la medida de que se trata de evitar la interposición de sucesivos recursos que persigan enervar los efectos de la resolución del órgano o árbitro que resuelve la recusación, tales como la reconsideración, apelación u otros similares.

En estos casos, simplemente no se podrá recurrir ante esa resolución.

La única posibilidad que queda a salvo es el recurso de anulación. Lo dice el propio artículo 29, inciso 7, al señalar que 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 recurso de anulación contra el laudo.

ARTÍCULO 30

REMOCIÓN

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 numeral 1 de este artículo.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley Modelo Uncitral aborda este tema de la siguiente manera:

Artículo 14.- *Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones*

- 1) Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción.

De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.

- 2) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el párrafo 2) del artículo 12.

De la misma forma, la Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este particular estipula lo siguiente:

Artículo 19.- *Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones*

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 renuncia o si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo sobre la remoción y las partes no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- a) La pretensión de remoción se sustanciará por los trámites del juicio verbal. Se podrá acumular la solicitud de nombramiento de árbitros, en los términos previstos en el artículo 15, para el caso de que se estime la de remoción.

Contra las resoluciones definitivas que se dicten no cabrá recurso alguno.

- b) En el arbitraje con pluralidad de árbitros los demás árbitros decidirán la cuestión. Si no pudieren alcanzar una decisión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior.
- 2. La renuncia de un árbitro a su cargo o la aceptación por una de las partes de su cese, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el apartado 2 del artículo anterior, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en las citadas normas.

Dentro de la normativa nacional, el artículo bajo estudio tiene como antecedente (por cierto, bastante relativo e indirecto) el numeral 27 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba que:

Artículo 27.- Renuncia de los árbitros

El cargo de árbitro sólo puede renunciarse:

- 1. Por incompatibilidad sobrevenida conforme al Artículo 26º;
- 2. Por causales pactadas al aceptarlo;
- 3. Por enfermedad comprobada que impida desempeñarlo;
- 4. Por causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas;
- 5. Por tener que ausentarse por tiempo indeterminado o por más de treinta días, si las partes no excusan la inasistencia, y el plazo para laudarlo lo permite; o
- 6. Cuando las partes hayan suspendido el proceso arbitral por más de dos (2) meses.

Por último, el artículo 30 del Decreto Legislativo n.º 1071, también posee antecedente (por cierto, también bastante relativo e indirecto) en la Ley de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su artículo 22, señalaba lo siguiente:

Artículo 22.- El cargo de árbitro sólo puede renunciarse:

- 1. Por incompatibilidad sobrevenida conforme al Artículo 21;
- 2. Por causales pactadas al aceptarlo;

3. Por enfermedad comprobada que impida desempeñarlo;
4. Por causa de recusación reconocida por las partes y no dispensada por ellas; o,
5. Por tener que ausentarse por tiempo indeterminado o por más de treinta días, si las partes no excusan la inasistencia, y el plazo para laudar lo permite.

2. ANÁLISIS

La primera parte del inciso 1 del artículo 30 de la Ley de Arbitraje del Perú señala que cuando un árbitro se ve impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerce dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción.

Impedimentos de hecho, fundamentalmente, son aquéllos que se refieren a una eventual incapacidad del árbitro, ya sea relativa o absoluta, para seguir desempeñando la función arbitral encargada y que se vayan a prolongar en el tiempo de una manera demasiado considerable como para que se pueda permitir que el proceso siga detenido, porque el tribunal fácticamente se encuentra incompleto. Podría tratarse de una enfermedad o de cualquier otra situación indeseable y no prevista con respecto al árbitro en cuestión.

Sobre el punto, Escolá Berosa⁴³⁸ sostiene que este supuesto puede presentarse en una enfermedad del árbitro o empeoramiento de alguna patología, o bien por imposibilidad material de acometer con garantías las funciones de árbitro por un exceso de ocupaciones.

⁴³⁸ ESCOLÁ BEROZA, María Elisa. «Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones». En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 378.

Por otro lado, impedimentos de derecho son precisamente aquéllos que configuran las causales de impedimento señaladas por la propia Ley. Ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, también tiene que considerarse una situación en la que el árbitro devenga en incapaz, en referencia a lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley, analizado en su oportunidad.

En la primera parte del inciso 1 del artículo 30 de la Ley, se señala que el árbitro cesará en su cargo, si es que las partes acuerdan su remoción.

En ese caso no habría mayor problema, por cuanto las partes estarían de acuerdo en que, ya sea por cuestiones de hecho o de derecho, el árbitro es una persona que ha devenido en incapaz, ya sea por incapacidad física, incapacidad psíquica o por incapacidad o lenidad en el ejercicio de sus funciones.

La norma agrega que si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidas a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29 de la Ley.

En defecto de acuerdo, entonces, la remoción se resuelve conforme a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley, norma que acabamos de analizar y a cuyos preceptos remitimos al lector.

De otra parte, agrega el artículo 30 que la decisión que resuelve el tema de la remoción es definitiva e inimpugnable. Se añade, además, que sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

Esto significa que, en caso la remoción no prospere, el árbitro podrá ser removido mediante acuerdo de partes.

Sin embargo, este último extremo del artículo 30 podría conducir a situaciones equívocas, por cuanto cabría interpretar que sin que exista causal alguna de impedimento de hecho o de derecho para ejercer las funciones o por cualquier motivo no se ejerzan dichas funciones, el árbitro siempre podría ser removido. Vale decir, podría ser removido sin expresión de causa por acuerdo de partes.

Entendemos, no obstante, que si las partes recurrieran a la remoción sin expresión de causa, esta remoción tendría que respetar el íntegro de los honorarios del árbitro.

Si la remoción se diese con expresión de causa, por acuerdo de partes o resuelta por el órgano al que le corresponda resolverla, el árbitro tendrá que dejar de percibir los honorarios correspondientes a la etapa restante del proceso arbitral y, si los hubiera recibido, deberá devolverlos de inmediato o dentro del plazo establecido por el reglamento arbitral aplicable.

El inciso 2 del artículo 30 de la Ley establece que si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las actuaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado esta situación a las partes, 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 realidad, creemos que la norma contenida en el inciso 2 es innecesaria. Decimos esto, debido a que una vez que dentro del tribunal arbitral se comunica a los árbitros a través de la secretaría y por decisión de la mayoría de los árbitros sobre la actuación de determinadas audiencias o de la realización de determinadas actuaciones, y existe un árbitro que no participa en ellas, pues el tribunal arbitral tendrá, como siempre lo ha tenido, toda la facultad de continuar con el desarrollo de tales actuaciones.

Un árbitro no puede entorpecer el desarrollo del proceso llevado a cabo por la mayoría. Por lo demás, mientras se le comunique sobre la realización de dichas actuaciones, podría reiteradamente no participar en el desarrollo del proceso, con lo cual, de ninguna manera se entenderá que el proceso podrá o deberá detenerse, por cuanto se estaría amparando una maniobra dilatoria.

En estos casos, es evidente que el árbitro tendría que expresar cuáles son las razones por las cuales decide no participar de las actuaciones arbitrales. En caso no lo señale o en caso lo señale, igualmente el proceso continuará su curso.

Así, el hecho de que el árbitro señale cuáles son las razones por las cuales no participa, dará pie a que el laudo arbitral pueda ulteriormente ser impugnado vía anulación en virtud de la eventual existencia de un vicio configurado por el hecho de que el árbitro se negó a participar en las actuaciones arbitrales.

Por otra parte, es verdad que el mecanismo de denuncia contemplado por el artículo 30, inciso 2, faculta de alguna manera a dejar constancia del hecho y de que el tribunal pueda continuar con sus actuaciones, sin perjuicio, naturalmente, de que este árbitro pueda retornar a ellas en el momento en que lo considere apropiado.

De más está decir que esta renuencia a participar en las actuaciones arbitrales, podrá determinar que la parte o las partes que se consideren perjudicadas por dicha ausencia, recurran al procedimiento de remoción contemplado en el inciso 1 del propio artículo 30 y a cuyas consideraciones nos remitimos por completo.

Es necesario anotar, además, que en la última parte del inciso 2 del artículo 30, se señala que 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.

Esto, debido a que podría ser conveniente suspender las actuaciones arbitrales, en razón de que las circunstancias así lo aconsejen, o en razón de que los argumentos señalados por el árbitro que es renuente a participar en las actuaciones arbitrales sean, precisamente, razones atendibles.

En ese caso, el tribunal deberá actuar de manera ponderada y sensata suspendiendo dichas actuaciones o, de lo contrario, si no tuviera mérito el apartamiento o la renuencia del árbitro para continuar con el proceso, declarando la continuación de dichas actuaciones arbitrales.

Ahora bien, uno de los puntos que, sin duda, podría generar polémica se relaciona con el hecho de que el inciso 2 hace referencia a esta renuencia del árbitro para participar en las actuaciones o que esté reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral.

La interrogante que se podría formular es la relativa a ¿cuándo nos encontramos ante una situación reiterada? Esto, tal vez, debió precisarse con mayor detalle. La reiteración en la conducta estará definida, evidentemente, por más de una situación. ¿Serán dos ausencias, tres ausencias, cuatro ausencias? Eso quedará a criterio del propio tribunal o, mejor dicho, de los miembros restantes del tribunal arbitral.

Finalmente, el inciso 3 establece que si en cualquier momento los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán esta decisión a las partes.

Ello, en el entendido de que resulte necesario tal proceder, con las salvedades hechas por nosotros anteriormente.

Agrega la norma que en este caso, cualquiera de las partes podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento o, en su defecto,

a la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución, conforme al numeral 1 del propio artículo 30.

3. ¿YO ACUSO? (¿QUÉ PODRÍA REVELAR UN ÁRBITRO EN RELACIÓN A SUS COÁRBITROS DE TRIBUNAL?)

Como hemos podido apreciar, la figura de la remoción tiene que ver fundamentalmente con situaciones de orden objetivo, vinculadas directamente con la falta de actuación procesal de un árbitro; y carecen en ella de relevancia y pertinencia, cuestiones ligadas al comportamiento moral del árbitro. En otras palabras, sus compañeros de tribunal sólo pueden denunciar al árbitro ante las partes por su falta de actuación procesal, pero no está previsto que lo denuncien por situaciones que tengan vinculación con haber tomado conocimiento de hechos que hagan que esos árbitros pierdan confianza en la independencia e imparcialidad del otro árbitro.

La ley no contempla este supuesto.

Vamos a citar un ejemplo.

En una ocasión, formando parte de un tribunal arbitral, uno de los autores de esta obra descubrió que sus compañeros de tribunal, tanto el presidente como el árbitro de la otra parte, no sólo tenían una enorme vinculación amical (que no habían declarado), sino que, además, ambos en su ejercicio profesional, habían prestado servicios a una de las partes en conflicto de manera reciente y por asuntos de magnitudes en extremo importantes.

Más allá de la profunda decepción en el plano personal, y de constatar que el proceso arbitral cuyo tribunal conformaba solamente revestía las formalidades legales, pero en el fondo todo estaba decidido

en favor de una de las partes, se preguntó varias veces qué podía hacer como árbitro.

Una de las alternativas, naturalmente, era la de renunciar sin expresión de causa, pero luego de renunciar no podía hacer absolutamente nada, pues por la imparcialidad que imponía el cargo de árbitro, por más que hubiese renunciado a él, el exárbitro no hubiera podido ir donde la parte que iba a perder el proceso, a transmitirle la información que conocía.

Ésa hubiese sido una conducta inaceptable, pues el apartamiento del proceso le hubiese obligado a mantener, incluso alejado de él, la distancia que siempre uno debe tener con las partes; de manera tal que esta opción estaba descartada.

Un segundo camino era el de efectuar una revelación personal dentro del proceso, pero se hubiese tratado de una revelación atípica, pues la misma no hubiera versado sobre hechos o situaciones propias. Dicha revelación hubiese versado sobre hechos o circunstancias que correspondían a dos colegas de tribunal y que ellos nunca habían revelado. Por lo demás, esos hechos o circunstancias eran de tal magnitud o gravedad, que su conocimiento iba a ameritar su inmediata recusación, así como el que ésta fuese declarada fundada por el centro de arbitraje que administraba el proceso y —no nos cabe la menor duda— su inmediata expulsión de la lista de árbitros del referido centro de arbitraje.⁴³⁹

¿Pero, el árbitro (autor de esta obra) hubiese podido hacer eso?

⁴³⁹ Algo similar ocurrió en otro proceso arbitral, cuyo tribunal presidía uno de los autores de esta obra. Allí, el abogado de una de las partes fue a revisar el expediente al Centro de Arbitraje y le dejó a la secretaria su tarjeta de presentación. Esta tarjeta indicaba claramente que dicho abogado era socio del árbitro que había designado la parte a la que defendía.

En este caso la solución fue muy sencilla, pues la secretaria dio cuenta al secretario general del Centro de Arbitraje y éste ofició al árbitro para que diera las explicaciones del caso. Naturalmente, renunció de inmediato.

Debemos aclarar, como un elemento adicional de consideración para el caso concreto, que esta situación se presentó en un caso regido por la ya derogada Ley General de Arbitraje n.º 26572 y no por el vigente Decreto Legislativo n.º 1071; vale decir que incluso no existía la posibilidad de remover al árbitro, derivada de dichos de los propios árbitros. No obstante ello, vamos a continuar con el análisis del caso, como si el mismo se hubiese presentado en un arbitraje regido por el Decreto Legislativo n.º 1071.

En ese sentido, nos volvemos a hacer la pregunta de si el árbitro hubiese podido revelar a las partes que sus compañeros de tribunal tenían una vinculación muy reciente y patrimonialmente importante con una de las partes en conflicto.

La respuesta que daríamos en este instante (la misma que coincidió con la que adoptó el árbitro en aquella oportunidad), es la negativa.

Y, lamentablemente, creemos que la negativa debería imponerse en un caso como éste, porque el árbitro no tenía las pruebas materiales para acreditar lo que había descubierto, dicho sea de paso, por haberlo escuchado en una conversación entre los coárbitros producida, para mayores señas, delante del árbitro-autor de estas páginas.

En otras palabras, si se aventuraba a denunciar esta situación ante las partes, era posible que tales árbitros, si bien habían brindado servicios a una de las partes en conflicto, no le hubiesen facturado, o que sus Estudios lo hubieran hecho a nombre de otra empresa.

Y en ese caso, a quien hubiesen crucificado hubiera sido al autor, pues si así se hubiesen desarrollado las cosas, la recusación de los otros árbitros, formulada por la parte que no tenía vinculación profesional con ellos, hubiese sido declarada infundada; e inexorablemente, la recusación que la parte que sí tenía vinculación con ellos, hubiera formulado contra el autor, habría tenido que ser declarada fundada, pues,

finalmente, los documentos, vale decir, la realidad formal, arrojaría en apariencia que se habría formulado una acusación infundada, por la que no sólo se habría manifestado un *claro favoritismo* hacia una de las partes del proceso, sino que, además, se habría difamado (como vemos, incluso entraríamos en el ámbito penal o artículo 132 del Código Penal peruano) a esa parte y a los dos *honorables* coárbitros.

Creemos, en suma, que si uno de los árbitros conoce acerca de estas situaciones, pero no tiene cómo probarlas, no podría efectuar declaración alguna que conduzca a la futura remoción o recusación de uno o más árbitros.

En cambio, si un árbitro conociera acerca de tales situaciones irregulares y pudiera probarlas, sí tendría el deber de revelarlas a las partes, adjuntando los medios probatorios pertinentes, pues, de no hacerlo, estaría prestándose a formar parte de una comparsa contra la justicia, a pesar de tener a su alcance los medios para evitar que el proceso se desarrolle ante un tribunal mayoritariamente parcializado.

Pero, como podrá apreciar el lector, el caso emblemático en el que se podría proceder a revelar este tipo de situaciones en contra de un árbitro, será aquél en el cual dos de los tres miembros del tribunal conozcan acerca de tal situación y la puedan probar. En este supuesto, tales árbitros, es decir, la mayoría del tribunal arbitral (y, probablemente, el presidente del mismo dentro de ella) revelaría a las partes esta situación de inconducta de uno de los miembros del tribunal, naturalmente, si tuvieran los medios probatorios que acrediten tal inconducta y los mismos puedan ser aportados por los árbitros en dicha declaración.

Queda claro, por lo demás, que luego de efectuada esta revelación, procesalmente hablando, una parte recusaría al árbitro cuya inconducta se ha revelado, y la otra recusaría a los dos árbitros restantes. Pero, dependerá de la solidez de los medios probatorios aportados por tales árbitros, para que la recusación del otro árbitro sea declarada fundada,

en tanto que la de la mayoría de los miembros del tribunal debiera declararse infundada.

Así, el tribunal arbitral debería recomponerse, lo que obligaría a la parte que designó a un árbitro que en los hechos iba a comportarse como su abogado, a designar a otro que, luego del bochornoso incidente, mantenga distancia con la parte que lo designe.

Como puede apreciarse, esta situación atípica que se expone, no calza dentro de los supuestos que contempla el artículo 30 del Decreto Legislativo n.º 1071 para las actuaciones de los árbitros, que revelan la falta de colaboración en el desarrollo del proceso con respecto a un tercer árbitro, pues no estamos hablando aquí de un árbitro renuente a participar en el proceso, sino de alguien que bien puede haber participado en todas las actuaciones, pero que tiene una vinculación profesional directa con una de las partes o que ha omitido revelar algo importante y grave, que debió ser de conocimiento de las partes y del propio tribunal arbitral.

En este estado de cosas, corresponde preguntarnos si los árbitros que conocerán de tal situación de inconducta, podrían acogerse a la figura de la remoción.

Estimamos que la respuesta debería ser positiva, pues no existe otra figura típica dentro de la Ley de Arbitraje que permita a los árbitros efectuar alguna revelación a las partes, con respecto a lo que conozcan sobre otro árbitro.

Por lo demás, no existe disposición alguna en la Ley de Arbitraje que prohíba a tales árbitros actuar de esta forma, de manera que aplicaremos el precepto constitucional de que nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe, ni impedido de hacer lo que ella no manda.

Caso complejo, por cierto, pero luego de efectuada dicha declaración, formulada bajo el manto del artículo 30, el árbitro cuya conducta se cuestiona, de seguro será recusado, el tribunal arbitral recompuesto, y —probablemente— tendremos un mejor tribunal.

ARTÍCULO 31

ÁRBITRO SUSTITUTO

Artículo 31.- *Árbitro sustituto*

1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.
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.
3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley Modelo Uncitral establece sobre este tema lo siguiente:

Artículo 15.- *Nombramiento de un árbitro sustituto*

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

De la misma forma, la Ley de Arbitraje española del año 2003, sobre este particular estipula lo siguiente:

Artículo 20.- *Nombramiento de árbitro sustituto*

1. Cualquiera que sea la causa por la que haya que designar un nuevo árbitro, se hará según las normas reguladoras del procedimiento de designación del sustituido.
2. Una vez nombrado el sustituto, los árbitros, previa audiencia de las partes, decidirán si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas.

Dentro de la normativa nacional, el artículo 31 del Decreto Legislativo n.º 1071 tiene como antecedente inmediato el numeral 32 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, dicho precepto señalaba:

Artículo 32.- *Designación de árbitro sustituto*

Cuando por cualquier razón haya que designar un árbitro sustituto y no existieran árbitros suplentes, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido.

El artículo 31 de la Ley en vigencia, también posee antecedente en la Ley General de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su numeral 18, señalaba lo siguiente:

Artículo 18.- [...]

Cuando por cualquier razón haya que designar un árbitro sustituto y no existieran árbitros suplentes, a falta de acuerdo entre las partes, se sigue el mismo procedimiento mediante el cual fue designado el sustituido.

2. ANÁLISIS

El inciso 1 del artículo 31 de la Ley de Arbitraje del Perú señala que salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes, se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido.

En principio, estamos de acuerdo con el contenido del inciso 1, en la medida en que suena lógico que si se procede a remover a un árbitro en virtud de lo dispuesto por el artículo 30 de la propia Ley, el nombramiento del sustituto siga los mismos cánones y las mismas pautas que se siguieron para nombrar al árbitro original.

Para tal efecto, remitimos al lector a nuestros comentarios referentes a las normas sobre el nombramiento de árbitros.

A su turno, el inciso 2 señala que producida la vacancia del árbitro, se suspenden las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.

Aquí entendemos que se produce un error conceptual, porque una norma como la del inciso 2 no debería tener carácter dispositivo, sino ser imperativa o de orden público.

Una vez que se produzca la vacancia del árbitro, inevitablemente nos encontramos en presencia de un tribunal arbitral incompleto; y el tribunal arbitral incompleto no podría seguir sesionando, de tal manera que las actuaciones arbitrales necesariamente deberán suspenderse. Sería ilógico que, por un lado, se requiera en las normas sobre mayorías para optar resoluciones, que el tribunal se encuentre completo y que sesione con la mayoría y que, por otro lado, se permita el funcionamiento del tribunal arbitral incompleto.

Además, el funcionamiento incompleto del tribunal podría traer un problema adicional, consistente en la distorsión del sentido de determinadas resoluciones, en la medida en que a efectos de mayorías y minorías para laudar, habrá que tener en consideración que incluso podría tratarse de que las resoluciones sean adoptadas con el voto conforme de uno y el voto en otro sentido del otro árbitro, de los dos que permanezcan en el proceso, y que —tal vez— dirima el presidente del tribunal. Una situación como ésta probablemente no se habría presentado en caso el tribunal hubiese estado completo, sesionando con la presencia de sus tres miembros y se habría podido resolver en sentido diverso.

Así, estamos en desacuerdo con la posibilidad de que una norma como ésta sea dispositiva, permitiendo el pacto en contrario.

Además, cuando en el inciso 2 se señala este carácter dispositivo, se agrega que se debe atener a las circunstancias del caso, pero no encontramos —en estricto— algún acto procesal que no sea importante y para el cual no deba contarse con el tribunal arbitral completo. Entendemos que optar por el camino contrario implicará entrar a un terreno más subjetivo, y es que se estaría presumiendo que existen actos procesales que son importantes y actos procesales que son menos importantes.

En ese entender, como la Ley no los define y no los podría definir en función de este criterio valorativo, se producirían una serie de problemas que es mejor intentar evitar.

El inciso 3 del artículo 31 señala que una vez constituido el tribunal arbitral, las autoridades arbitrales continuarán el proceso desde el punto al que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones.

Ello resulta absolutamente coherente. Sobre este particular no vamos a emitir comentario alguno, porque es lógico que el tribunal re-

constituido empiece a trabajar desde el momento en el cual se suspendieron las actuaciones por haberse declarado la vacancia del árbitro.

Es natural que, en principio, no haya que repetir las actuaciones anteriores.

Sin embargo, esta facultad se abre en la segunda parte del inciso 3 del artículo 31 de la Ley de Arbitraje, cuando se deja a entera discreción del tribunal si estima necesario repetir todas o algunas de las actuaciones arbitrales anteriores.

Consideramos que la posibilidad de repetir las actuaciones arbitrales, si bien está presente, en general, en las leyes de arbitraje, no es —siempre— una fórmula adecuada, pues retrasa el desarrollo del proceso.

Entendemos que las declaraciones de parte o las declaraciones testimoniales, en la medida en que ellas consten en grabaciones o se posea los textos de las transcripciones, no necesariamente deberían volver a realizarse.

Por otro lado, sí creemos que podría resultar idóneo volver a realizar las inspecciones arbitrales en las que no hubiere podido participar el árbitro nuevo que sustituye a aquél que fue recusado o removido del Tribunal.

Claro está, cada caso en particular tendrá matices distintos y el tribunal deberá resolver acorde al escenario en que el proceso se esté desarrollando y al grado de información o conocimiento que sienta tiene el árbitro sustituto.

ARTÍCULO 32

RESPONSABILIDAD

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.

1. ANTECEDENTES DEL PRECEPTO

La Ley de Arbitraje española del año 2003 estipula lo siguiente sobre este particular:

Artículo 21.- Responsabilidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos

1. La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros. Se exigirá a los árbitros o a las instituciones arbitrales en su nombre la contratación de un seguro de responsabilidad civil o garantía equivalente, en la cuantía que reglamentariamente se establezca. Se exceptúan de la contratación de este seguro o garantía equivalente a las Entidades públicas y a los sistemas arbitrales integrados o dependientes de las Administraciones públicas.
2. Salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fon-

dos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieran interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren.

(Este artículo está redactado conforme a la Ley n.º 11/2011, de 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reforma la Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, de 23 de diciembre).

Dentro de la normativa nacional, el artículo 32 del Decreto Legislativo n.º 1071 tiene como antecedente inmediato el numeral 18 de la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley n.º 26572. Así, ese precepto señalaba:

Artículo 18.- Disposición general

Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando además del secreto profesional. La aceptación del cargo por los árbitros, o por la institución arbitral, otorga derechos a las partes para compelerles 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.

El artículo que nos corresponde analizar también posee antecedente en la Ley de Arbitraje peruana del año 1992, Decreto Ley n.º 25935, la cual, en su numeral 16, señalaba:

Artículo 16.- Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad

y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

La aceptación del cargo por los árbitros, o por la institución organizadora, otorga derecho a las partes para compelerles 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.

2. PRECISIONES NECESARIAS

Antes estudiar el artículo 32 de la Ley de Arbitraje, creemos que resulta conveniente realizar una distinción preliminar en torno a la figura del juez o magistrado con la del árbitro.

Así, pues, la figura del juez o magistrado puede concebirse desde una doble perspectiva: como juez funcionario y como juez administrador de justicia. En realidad, ambos aspectos se encuentran vinculados de tal forma, que es imposible dividirlos para otros efectos que no sean metodológicos.

Desde el primer punto de vista, es decir, desde la perspectiva de funcionario, el juez es catalogado como un profesional, con poder de mando y coerción, dedicado exclusivamente a la administración de justicia en un territorio determinado por ley. En cuanto administrador de justicia, el juez es visto como simple expresión de la voluntad del Estado en su potestad jurisdiccional.

La fusión de ambas perspectivas nos lleva a advertir que el juez es el funcionario judicial nombrado por el Estado para administrar justicia y está investido de los poderes propios de la jurisdicción, vale decir, decisión y coerción, con el objeto de que logre desempeñar la actividad que le ha sido asignada: decir Derecho en un caso concreto.

Los magistrados o jueces, por consiguiente, poseen una serie de deberes, derechos, facultades y prohibiciones,⁴⁴⁰ que delimitan su actuación tanto como funcionarios públicos como administradores de justicia.

Las obligaciones de los magistrados —y del órgano jurisdiccional— tienen como correlato los derechos con los que cuentan los justiciables, por lo que delimitar aquellas obligaciones resulta más que importante, puesto que su infracción o violación podrá determinar la procedencia de una acción de responsabilidad civil en contra de los jueces.

En ese entender, bajo la perspectiva de la regulación jurídica vigente, la responsabilidad de los jueces se funda en lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el Código Procesal Civil de 1993, normas que buscan adecuarse a los principios postulados en la Constitución Política de 1993.

De este modo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 200, señala expresamente que los miembros del Poder Judicial son responsables civilmente por los daños y perjuicios que causen, con arreglo a las leyes de la materia, toda vez que las acciones derivadas de esta responsabilidad se rigen por sus respectivas normas.⁴⁴¹

Por su parte, el Código Procesal Civil de 1993, en un esfuerzo por dar una solución más moderna y práctica, responsabiliza tanto al juez como al Estado, señalando algunas hipótesis que, objetivamente, permiten a los justiciables accionar contra los jueces sin necesidad de demostrar la intencionalidad de su actitud, lo que se desprende de las normas contenidas entre los artículos 509 y 514 del citado cuerpo legal.

⁴⁴⁰ Las cuales se encuentran contenidas en el artículo 184 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Supremo n.º 017-93-JUS.

⁴⁴¹ Asimismo, el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Decreto Supremo n.º 017-93-JUS), regula lo referente a la responsabilidad penal, administrativa y disciplinaria de los magistrados.

Así, la lectura de estas normas permite delimitar los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción de responsabilidad civil de los jueces:

- a) En primer lugar se requiere que los jueces hayan actuado en el ejercicio de su función jurisdiccional con dolo o con culpa inexcusable. La carga de la prueba corresponde al demandante, salvo que sea de aplicación el artículo 510, que establece dos presunciones *iuris tantum*, por las cuales la carga de la prueba se invierte, correspondiendo al demandando (esto es, al magistrado) probar la ausencia de dolo o culpa inexcusable en su actuación.
- b) Como segunda exigencia se establece, explícitamente, que la acción sólo corresponde a las personas perjudicadas por los daños ocasionados por los magistrados infractores. Así, el proceso de responsabilidad civil de los jueces en los supuestos consagrados en las normas bajo análisis, nunca puede ser iniciado de oficio; sólo lo pueden iniciar las partes o los terceros agraviados.
- c) Se requiere, además, para que el proceso pueda iniciarse, que el interesado haya agotado previamente todos los recursos legales existentes y disponibles contra el auto o sentencia que lo perjudicó. De aquí que la acción por la cual se exige la responsabilidad de los jueces sea subsidiaria.
- d) A lo anterior se agrega un último requisito: que la acción se interponga dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que quedó ejecutoriada la resolución que causó el daño. De esta forma, a diferencia del derogado Código de Procedimientos Civiles, el Código Procesal Civil de 1993 ya no otorga como plazo de caducidad el de seis meses, sino que lo ha reducido a la mitad.

Es preciso tener en cuenta que tanto en lo que respecta al monto del resarcimiento, como a la carga de la prueba del daño causado y a la

exoneración de la existencia de dicho daño, son de aplicación las normas del Código Civil, en cuanto sean pertinentes.

Los artículos 517 y 518 del citado Código Procesal, por su parte, regulan los efectos de la sentencia, según se declare fundada o infundada la demanda.⁴⁴²

Cabe agregar que el artículo 516 del mismo Código⁴⁴³ dispone expresamente que la responsabilidad en estos supuestos es solidaria entre el Estado y el juez. La norma citada se explica por el hecho de que el Estado ha monopolizado la administración de justicia, frente a los daños y perjuicios de todo orden que pudieran derivarse del ejercicio de esa actividad, lo que conlleva el surgimiento de su responsabilidad directa en los casos en que, en ejercicio de su función jurisdiccional, cause daños injustos. Recordemos que nos encontramos frente a una función de especial significación y jerarquía, en la que participan magistrados y funcionarios.⁴⁴⁴

⁴⁴² Artículo 517.- «La sentencia que declara fundada la demanda sólo tiene efectos patrimoniales. En ningún caso afecta la validez de la resolución que produjo el agravio.

En ejecución de sentencia y siempre que se haya reservado tal facultad en la demanda, el demandante puede exigir que el demandado, a su costo, publique la sentencia final por dos días consecutivos en un diario de circulación nacional».

Artículo 518.- «Si al declarar infundada la demanda, el Juez considera que el demandante ha actuado con malicia, o si durante el proceso ha difundido información a través de medios de comunicación masiva que afecte el honor del demandado, le impondrá una multa no menor de diez ni mayor de cincuenta Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 4».

⁴⁴³ Artículo 516.- «La obligación de pago de los daños y perjuicios es solidaria entre el Estado y el Juez o Jueces colegiados que expidieron las resoluciones causantes del agravio».

⁴⁴⁴ ANDORNO, Luis O. «La responsabilidad del Estado por actividad lícita lesiva». En *Responsabilidad por daños Homenaje a Jorge Bustamante Alsina*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 80.

Con todo, y teniendo en cuenta las normas citadas, la responsabilidad civil de los jueces o magistrados se regirá por las normas que sobre responsabilidad extracontractual contiene el Código Civil,⁴⁴⁵ mientras éstas no se opongan a las normas específicas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Civil.

Ahora bien, respecto a la responsabilidad de los árbitros debemos realizar algunas precisiones.

En principio, se debe entender que existirán dos supuestos, a saber: si estamos frente a un arbitraje administrado o frente a un arbitraje *ad-hoc*.

El primer supuesto, configurado por el hecho de que las partes contratan los servicios de un centro especializado en arbitraje, vale decir, que nos encontremos ante un arbitraje administrado por citar un ejemplo, una Cámara de Comercio, implicará que la responsabilidad civil será de carácter contractual, en vista de que se ha contratado, entre las partes y la entidad, la prestación de un servicio.

Por su parte, en el arbitraje *ad-hoc*, que es aquél a través del cual son las partes quienes «encargan» directamente a uno o varios árbitros la solución del conflicto de intereses, creemos que la responsabilidad civil será también contractual; sin embargo, dada la peculiaridad del término utilizado por la ley, podrían presentarse, en la práctica, algunas interrogantes que en este análisis nos encargaremos de dilucidar.

En cualquier caso, árbitros o institución arbitral, se deberá cumplir el encargo, no sólo observando lo pactado por las partes y lo dispuesto por la ley, sino también recurriendo a todo aquello que resulte exigible de acuerdo a los usos y la buena fe.

⁴⁴⁵ Nos referimos a las normas contenidas en los artículos 1969 a 1988, los cuales se encuentran en la Sección Sexta «Responsabilidad Extracontractual», del Libro VII «Fuentes de las Obligaciones», del Código Civil.

En este sentido, resulta pertinente citar a Merino y Chillón,⁴⁴⁶ quienes proponen moldear la responsabilidad del árbitro con arreglo a dos esquemas básicos: asimilarla a la responsabilidad de los jueces o habilitar un régimen especial para los árbitros.

La razón que postulan dichos autores en defensa de la primera opción, se apoya en su misma necesidad. Esta postura se emparenta con la visión que contempla a jueces y árbitros en pleno ejercicio de una actividad jurisdiccional. Algunos ordenamientos consagran regímenes de identidad total (Estados Unidos e Inglaterra, sobre todo). En otros, si no se consagra la irresponsabilidad total, el régimen se configura, no obstante, con perfiles y contenidos especiales.

Por otro lado, continúan los citados juristas, la exigencia de un régimen especial de responsabilidad para los árbitros deriva fundamentalmente de dos órdenes de consideraciones. Por un lado, es el propio régimen de la responsabilidad de los jueces el que no puede trasladarse enteramente y con rigor al terreno de los árbitros. Las garantías del específico proceso contra jueces, el régimen de la competencia del tribunal juzgador, las sanciones establecidas y la responsabilidad subsidiaria que normalmente se desencadena en procesos de este tipo, no encajarían plenamente en la figura del árbitro, que es en todo caso un simple particular investido de una especial misión por la expresa voluntad de las partes y que, por consiguiente, no integra la organización judicial del Estado.

Un régimen especial para los árbitros debe contemplar específicamente la misión que se les confía, y la naturaleza de la relación que les une a las partes. Ésta no es otra que una relación de Derecho privado, modelada como contrato de prestación de servicios o, más propiamente, contrato especial de arbitraje, pero siempre sobre los cauces de la responsabilidad contractual. En consecuencia, los árbitros son respon-

⁴⁴⁶ MERINO MERCHÁN, José F. y José M.^a CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Op. cit., p. 1432.

sables frente a las partes por incumplimiento de su misión, en sus distintas posibilidades, o por cumplimiento defectuoso o en términos diferentes a los pactados, que constituyen el contenido básico del arbitraje.

Ahora bien, sin perjuicio de lo que manifestaremos más adelante, creemos en un régimen especial de responsabilidad, el mismo que se basa en la normativa especial al respecto, vale decir, el artículo 32 de la Ley de Arbitraje, bajo comentario. En ese sentido, no resulta asimilable a la responsabilidad de los magistrados, dado que la opción más coherente debería estar alimentada, en primer lugar, por el hecho de aceptar que la responsabilidad de los árbitros es una de carácter contractual. En ese sentido, tendremos en cuenta lo establecido por el Código Civil en su normativa pertinente.

3. FACTORES DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

La norma bajo estudio contiene una frase de suma importancia, a efectos de atribuir el daño: cumplir el encargo.

Para la Real Academia Española,⁴⁴⁷ el término «encargo» significa «acción y efecto de encargar». A su turno, la palabra «encargar» está conceptualizada como «encomendar, poner algo al cuidado de alguien; imponer una obligación».

Resulta importante hacer notar que la propia Real Academia Española asimila el término encargo al de obligación. Ello nos permite reafirmar nuestra opinión en el sentido de que la naturaleza de la responsabilidad civil del árbitro es contractual. Además, el lector debe recordar la posición que hemos adoptado respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje, en donde defendemos la superioridad de la teoría privatista de esta institución.

⁴⁴⁷ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 22ª edición on line. www.rae.es

Ahora bien, como se sabe, el Código Civil, en sus normas sobre responsabilidad contractual, nos habla acerca de un no cumplimiento, un cumplimiento parcial, un cumplimiento tardío y un cumplimiento defectuoso.

Concretamente, el artículo 1314 del Código Civil señala que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Si partimos de la premisa de que el árbitro que actúa con dicha diligencia no es imputable por la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, llegamos a la conclusión evidente de que aquél que no actúa con tal diligencia sí podría ser imputable (o responsable) de la inejecución o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación. Todo ello, naturalmente, si se presentan los demás elementos de la responsabilidad civil.

Esto quiere decir que a efectos de establecer la responsabilidad del árbitro que ha incumplido o cumplido parcial, tardío o defectuosamente con su obligación, se debe partir del análisis de su culpabilidad. En otras palabras, la responsabilidad en la inejecución de la obligación es de tipo subjetivo.

Felipe Osterling,⁴⁴⁸ sobre el artículo 1314 del Código Civil, señala que la norma se refiere a la causa no imputable, es decir, a la ausencia de culpa, como concepto genérico exoneratorio de responsabilidad. Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento irregular. Es justamente ese principio el que determina las consecuencias de la ausencia de culpa.

⁴⁴⁸ OSTERLING PARODI, Felipe. *Las Obligaciones*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, vol. VI, pp. 198 y 199.

Para nuestro ordenamiento jurídico —y, en general, éste constituye el criterio de responsabilidad que sigue la mayor parte de los sistemas de la familia romano germánica—, el actuar con la diligencia ordinaria requerida exonera al deudor —en este caso, al árbitro— de la responsabilidad por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. En los demás casos —desde la culpa leve (supuesto que como veremos más adelante, no incluye la responsabilidad de los árbitros), hasta la culpa inexcusable y el dolo—, el deudor —en general— sí es imputable e incurre en responsabilidad. Y de ser imputable, el deudor está sujeto al pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios causados por su inejecución.

Apunta la doctrina que tres son los requisitos para que se constituya el incumplimiento imputable:

- (a) Que se trate de un obrar humano.
- (b) Que se trate de un incumplimiento contrario a Derecho.
- (c) Que preexista una obligación anterior.

Nuestro ordenamiento legal exige diligencia ordinaria en el cumplimiento de las obligaciones. En caso contrario el deudor incurre en responsabilidad.

La diligencia ordinaria importa una conducta o comportamiento —pudiendo ser esta actividad negativa— que, en este caso, el árbitro debe desplegar para satisfacer el interés de las partes. El carácter subjetivo de nuestro ordenamiento está marcado, pues, por este requisito de «diligencia ordinaria», ya que de lo contrario, si tan sólo importase el resultado —sin considerar conducta, actividad o comportamiento alguno por parte del deudor—, sería irrelevante que el árbitro hubiese actuado diligente o negligentemente, puesto que sólo se evaluaría dicho resultado, y esta evaluación devendría en objetiva. El cumplimiento o

incumplimiento sería todo lo que habría que verificar a efectos de la determinación de responsabilidad.

¿Qué entendemos, o mejor dicho, cómo medimos la diligencia con que actuó o dejó de actuar un sujeto que no ha cumplido con su obligación? Esto, como vemos, resulta fundamental y constituye el punto neurálgico en la inejecución de las obligaciones, puesto que en función al uso de este instrumento es que se determinará la existencia de responsabilidad y, en su caso, de su graduación.

Quien actúa con diligencia es alguien diligente. Según la Real Academia Española, diligente es «Cuidadoso, exacto y activo. Pronto, presto, ligero en el obrar».⁴⁴⁹ En tanto para Cabanellas significa «Cuidadoso, activo, solícito, esmerado. Pronto, rápido, ágil, ligero, presto en la ejecución. Por contrapuesto al *negligente*, quien procede con diligencia está relevado en principio de culpa en el discernimiento de la conducta y en lo contractual y extracontractual, siempre que la valoración del proceder sea positiva».⁴⁵⁰

Según nuestro ordenamiento legal, la diligencia ordinaria constituye contraparte de la culpa leve.⁴⁵¹

Ciertamente vemos cómo es que la noción de culpa leve, que obedece a una graduación de culpas, representa el criterio subjetivo por excelencia para determinar —en general— la responsabilidad. Es el criterio más favorable al deudor, tendencia por la que optó el legislador nacional.

⁴⁴⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22.^a Ed., on line www.rae.es.

⁴⁵⁰ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1979, tomo III, p. 256.

⁴⁵¹ El artículo 1320 del Código Civil peruano establece que «Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

Es claro que la intención del legislador apuntaba a eludir criterios abusivos o arbitrarios para, en nuestro caso, el árbitro, pero favorables al demandante (léase parte en el proceso arbitral), en tanto que el otro extremo puede ocasionar el efecto contrario: favorable para el árbitro, pero perjudicial para la parte, cuyo interés estará siempre sujeto a riesgos mayores.

Por las consideraciones anotadas, es nuestra opinión aplicar un criterio subjetivo que parta de un modelo referencial (objetivo) del término medio, considerando tanto la persona del árbitro o árbitros, según sea el caso, como la de la parte o partes que demanden la responsabilidad. Vale decir, el encargo que el árbitro debe cumplir debe entenderse en el sentido de que para que su actuar se entienda como idóneo y diligente, debe asimilarse a una actuación referencial adecuada en la práctica arbitral, en base a la cual se pueda aplicar, recién, un criterio subjetivo en cada caso en particular.

Ahora bien, es importante reparar en que el artículo 32 de la Ley de Arbitraje del Perú hace referencia a los términos dolo y culpa inexcusable.

Como se sabe, el dolo —en principio— siempre es el mismo, por cuanto tiene el rasgo de producir en forma deliberada un hecho injusto, e implica, por consiguiente, «la injuria provocada a la persona o a la propiedad ajena».

Sostenemos que no es inherente al dolo (en sede de inexecución de obligaciones) el propósito de perjudicar, ya que el mismo consiste en la sola conciencia de la inexecución, en la deliberada intención de no cumplir porque sencillamente no se quiere cumplir.

Dentro del Código Civil peruano de 1984, la expresión «dolo» y sus derivados son plurisignificativos, empleándose, según el caso, como

vicio de la voluntad, simple mala intención, como causa de inejecución de obligaciones, e incluso en su acepción de carácter penal.

Ahora bien, el efecto natural de toda obligación es el de ser cumplida. Si tal efecto no se produce, debe constatarse la causa del incumplimiento y, según ella, eventualmente responsabilizar al deudor, o, en nuestro caso, al árbitro.

Como presupuesto de responsabilidad civil, el dolo aparece cuando el incumplimiento del árbitro le es reprochable por haber querido infringir el deber de cumplir con la prestación a que estaba sujeto.

A su turno, la culpa constituye otro de los conceptos más delicados para el Derecho, por los matices del vocablo y por las diversas valoraciones legislativas y doctrinales que presenta.

Resulta prudente que el concepto de culpa no se atenga a principios rígidos: ni a la clasificación en grados, ni al tipo abstracto de comparación.

En nuestro sistema la diligencia es el común denominador. Y, para saber si ella se empleó, deben apreciarse la «naturaleza de la obligación» y «las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

En sentido amplio, la culpa resulta de la imprudencia, de la torpeza, de la negligencia del deudor. Por las mismas, no cumple con sus obligaciones.

Ahora bien, ahondando aún más en el concepto de culpa, podríamos agregar que —*lato sensu*— la culpa se caracteriza por implicar una actitud contraria a la ley, causar o ser capaz de causar un daño, y que resulta imputable al autor (en nuestro caso, al árbitro) como consecuencia de su libre determinación. *Stricto sensu*, en cambio, además de dichos requisitos, el acto culpable tiene su origen en la impericia, negligencia

o imprudencia de quien lo comete, con abstracción de cualquier querer doloso. El concepto gira, por eso, en torno a la idea de previsibilidad.⁴⁵²

Nuestro Código Civil, al establecer que la culpa es factor de atribución de responsabilidad, prescribe consecuencias jurídicas distintas de acuerdo al grado de aquélla. En tal sentido, lo reiteramos, distingue a la culpa inexcusable de la culpa leve.

La Ley de Arbitraje, en el artículo bajo comentario, nos habla de la culpa inexcusable. El Código Civil peruano de 1984 ofrece una definición de ésta en su artículo 1319, cuyo texto establece que: «Incorre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación».

La culpa inexcusable es el grado más alto de la culpa. Es lo que se conoce también con el nombre de negligencia grave, y consiste en la omisión de algunos deberes o de algún deber de diligencia.

Independientemente del elemento volitivo, en cuanto a querer incumplir con la obligación, que se halla presente en el dolo y no en la culpa inexcusable, en múltiples casos, como sabemos, la línea divisoria entre el incumplimiento doloso y el que obedece a culpa inexcusable, es lo suficientemente tenue como para que el Derecho peruano haya considerado irrelevante —en materia de consecuencias jurídicas— que el incumplimiento de la obligación obedezca a una causa o a la otra.

La culpa inexcusable es un grado de culpa tan grave que el Derecho le asigna las mismas consecuencias que al incumplimiento doloso de la obligación. He ahí un punto importante a tener en cuenta, pues la Ley de Arbitraje ha otorgado similar tratamiento al dolo y a la culpa inexcusable en vista de la no tan clara línea divisoria de ambos conceptos.

⁴⁵² Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima: Palestra, 2008, p. 849.

En el Derecho Civil, así como en la Ley de Arbitraje bajo comentario, el incumplimiento de la obligación del árbitro o árbitros por dolo y el incumplimiento de una obligación por negligencia grave o culpa inexcusable, tienen exactamente las mismas consecuencias. El árbitro deberá indemnizar todos los daños y perjuicios causados que sean consecuencia inmediata y directa de ese incumplimiento.

Como ejemplo, supongamos que tres árbitros que conforman un tribunal tienen plazo para laudar hasta el 10 de enero. Sin embargo, debido a las fiestas de fin de año, dos de ellos («B» y «C») se toman unas vacaciones y viajan fuera del país confiando en que será el árbitro «A» quien, como siempre, se encargará de elaborar el proyecto de laudo. Pocos días antes de la fecha límite, los árbitros se ponen en comunicación y se dan con la sorpresa de que el árbitro «A» no hizo ningún proyecto de laudo y, dada la proximidad de la fecha límite, se les hace imposible concluir con su obligación. Aquí no hubo intención de no cumplir, pero sí existió negligencia grave que, para efectos prácticos, tendrá las mismas consecuencias en materia indemnizatoria que un actuar doloso en el incumplimiento del encargo.

Ahora bien, creemos necesario hacer referencia a la culpa leve, la cual se define como la omisión de aquella diligencia exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

La culpa leve constituye una especie intermedia entre la culpa grave y la culpa levísima o venial. Se presenta cuando no se presta la atención o no se tiene el cuidado que de ordinario se acostumbra, o que, en general, pondría un buen padre de familia.

Así, la culpa leve tiene como constituyente o regla a la falta de diligencia ordinaria. A diferencia del dolo, no hay en ella intención de no cumplir, no hay mala fe del deudor. Hay tan sólo la falta de diligencia ordinaria. La negligencia consiste en una acción (culpa *in faciendo*) u

omisión (culpa *in non faciendo*) no querida, pero que obedece a la torpeza o falta de atención del deudor o, en general, a la omisión de la diligencia ordinaria que exija la naturaleza de la obligación y que corresponda a todas las circunstancias, ya sea que se trate de las personas, del tiempo o del lugar.⁴⁵³

Por último, precisa señalarse que, a decir de la doctrina nacional, los artículos 1319 y 1320 del Código Civil peruano, relativos a la culpa inexcusable y culpa leve, están destinados a dar pautas generales o líneas directivas al juez; pero toca a éste, en cada caso, apreciar si la acción u omisión del árbitro contraviene la obligación y, si lo hace, decidir si tal contravención, conforme a dichas pautas, obedece a culpa inexcusable o a culpa leve.

En definitiva, lo que debe ser apreciado y juzgado es la conducta del árbitro ante determinado suceso, y no el «proceder genérico de un miembro de la especie humana», realmente antojadizo y abstracto. El concepto de culpa no debe entenderse como un principio rígido, ya que el juez debe apreciar y decidir según cada caso en concreto.

Dentro de tal orden de ideas, la culpa es un tipo de imputabilidad que implica un incumplimiento reprochable, aunque en menor grado, que el dolo, por haberse omitido las diligencias exigidas por la ley; de ahí que los tipos de culpa impliquen una interrelación entre negligencia, impericia, imprudencia, ignorancia y descuido.

Ahora bien, reiteramos que la responsabilidad civil de los árbitros se tendrá que estudiar a la luz de los preceptos que sobre inejecución de obligaciones hemos analizado y su aplicación deberá darse conforme a las características que ofrece cada caso en particular. Es evidente que intentar elaborar una lista de posibles supuestos de responsabilidad de los árbitros sería imposible, habida cuenta de que la práctica arbitral es, hoy en día, tan variada y tan amplia, que el intento de iniciar un estudio

⁴⁵³ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 852.

pormenorizado de cada supuesto rebasaría la intención que se tiene en este trabajo.

Por lo demás, es evidente que sólo cabría pensar en reclamar responsabilidad a los árbitros en algunos supuestos excepcionales en caso el laudo fuese anulado y si la anulación obedeciera a dolo o culpa inexcusable del árbitro. Es obvio entonces, que ni siquiera cabría reclamar en todos los casos de anulación, como veremos más adelante.

Si el laudo quedara firme, para nosotros es claro que el mismo se ajusta a Derecho.

Esto significa que si los tribunales ordinarios no ampararan el recurso de anulación, el laudo se ajusta plenamente a Derecho y ningún órgano de justicia podría decir lo contrario. Así, lo que se ajusta a Derecho si bien puede causar daños a la parte que perdió en el arbitraje, tales daños son justos; vale decir, jurídicamente amparables y arreglados a Derecho.

Es bueno subrayar que si la parte que perdió en el arbitraje no interpuso recurso de anulación, resulta claro que consintió en la plena legalidad del laudo y, por tanto, tampoco podrá accionar contra los miembros del tribunal arbitral que lo expidió.

Así, creemos que será necesario, en caso se quiera demandar a un árbitro por responsabilidad civil, detallar la naturaleza del daño causado e incluso otorgarle un valor susceptible de ser valuado económicamente, pues, no olvidemos que sólo los derechos patrimoniales pueden ser materia susceptible de discusión en un proceso arbitral. Para ello, será necesario —obviamente— que el laudo sea declarado nulo.

Por lo demás, no son susceptibles de indemnización aquellos supuestos en los cuales el laudo, a pesar de haberse anulado, lo fue debido a una causal susceptible de interpretación jurídica o, incluso, no

advertida oportunamente por la parte que logró la anulación del laudo (es decir, no advertida en un momento en el que los árbitros pudieran corregir una decisión eventualmente equivocada).

A entender nuestro, las indemnizaciones a reclamar a los árbitros deben limitarse a la devolución de aquello que recibieron por concepto de honorarios, considerando el estado al que se retrotraería el proceso.

Ello, naturalmente, si el árbitro dejase el cargo voluntariamente y no debido a situaciones ajenas a su voluntad o a impedimentos de orden objetivo, porque si no fuera el caso y retomara las actuaciones, nada habría que indemnizar.

Esto es evidente. Juzgar distinto a los árbitros, ante la anulación de un laudo, implicaría que los jueces deberían indemnizar a las partes del proceso por toda sentencia que sea anulada o revocada por el superior jerárquico. Simplemente, nadie sería juez y nadie sería árbitro.

Es necesario subrayar que cualquier supuesto indemnizatorio o de devolución de honorarios que se formule a un árbitro, luego de una anulación de laudo, deberá partir del entendido de que ese árbitro fue notificado con la demanda de anulación, dado que éste sería el único supuesto en el que habría podido (más allá de si lo hizo o no) ejercer su derecho de defensa, formulando sus descargos o reforzando los argumentos en el sentido de la firmeza y validez del laudo cuestionado.

En caso contrario, esa sentencia que anula el laudo no le es oponible para reclamarle devolución alguna de honorarios.

Tampoco lo sería en caso la parte demandada en la anulación del laudo se allane y no agote las instancias respectivas (en el caso concreto, el recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia).

Finalmente, debemos hacer referencia a que la Ley no sólo habla de una responsabilidad de los árbitros, sino que también hace referencia a que en determinados casos será la institución arbitral quien sea pasible de asumir esta responsabilidad.

Lamentablemente, aquí la ley no establece los casos en los cuales la institución arbitral será responsable por daños y perjuicios.

Nos atreveríamos a señalar que solamente existen dos supuestos en los cuales la institución arbitral podría ser responsable: en la designación del árbitro o árbitros y en el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

Naturalmente, tendremos que estar frente al caso específico para saber qué tipo de factor subjetivo de atribución se le impondrá a la institución y es que la práctica podrá presentarnos tantos casos como sanciones posibles de existir se presenten.

COMENTARIOS A LA LEY DE ARBITRAJE

PRIMERA PARTE

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
SEPTIEMBRE DEL 2014, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ