

**LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY DE
ARBITRAJE PERUANA DE 2008 Y LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES VINCULANTES PARA EL PERÚ**

Volumen 34 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**La forma del acuerdo arbitral
en la Ley de Arbitraje
peruana de 2008 y los
instrumentos internacionales
vinculantes para el Perú**

Irene Zegarra-Ballón Quintanilla

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY DE
ARBITRAJE PERUANA DE 2008 Y LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES VINCULANTES PARA EL PERÚ**

- © IRENE ZEGARRA-BALLÓN QUINTANILLA
irene.zegarraballon@ucsp.edu.pe
- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © 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
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Segunda edición electrónica: septiembre 2020

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

*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 2015-15730

ISBN: 978-612-4293-13-9

ÍNDICE

	Página
Prólogo	15
Introducción	21
Capítulo I:	
Marco conceptual y normativo del arbitraje en el Perú	27
A. Marco conceptual del arbitraje	28
1. Surgimiento del arbitraje como medio de heterocomposición del conflicto	28 30
2. Definición del arbitraje	32
3. Naturaleza del arbitraje	33
3.1. Teoría contractualista o privatista del arbitraje	36
3.2. Teoría jurisdiccionalista o procesalista del arbitraje	38
3.3. Nuestra postura	40
4. La voluntariedad como rasgo esencial del arbitraje	43
5. Importancia del arbitraje en nuestros días	44
5.1. Ventajas del arbitraje en el ámbito internacional	45
5.2. Ventajas del arbitraje en el ámbito nacional	47
B. Regulación del arbitraje a nivel internacional y nacional	48
1. Marco normativo internacional del arbitraje	54
2. Marco normativo nacional del arbitraje	54
2.1. Regulación constitucional del arbitraje	56
2.2. Regulación infraconstitucional del arbitraje	
2.2.1. La actual Ley de Arbitraje peruana, el Decreto Legislativo n.º 1071	58

2.2.1.1. El texto de la ley	61
2.2.1.2. Ámbito de aplicación	63
3. Delimitación del marco normativo aplicable al presente trabajo	64
C. Balance	66

Capítulo II:

El acuerdo arbitral, presupuesto del arbitraje	69
A. Una definición del acuerdo arbitral	69
1. Diferentes definiciones del acuerdo arbitral	69
2. Una definición elemental del acuerdo arbitral	71
3. Efectos del acuerdo arbitral	73
3.1. Efecto positivo del acuerdo arbitral	73
3.2. Efecto negativo del acuerdo arbitral	74
B. Celebración del acuerdo arbitral	75
1. Antecedentes: la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral	75
2. Contenido del acuerdo arbitral	78
3. Modalidades de celebración del acuerdo arbitral	80
C. Naturaleza jurídica del acuerdo arbitral	82
1. El acuerdo arbitral como acto jurídico	82
2. Elementos esenciales del acuerdo arbitral	83
2.1. Manifestación de voluntad	85
2.2. Capacidad de los agentes	87
2.3. Objeto física y jurídicamente posible, y determinado o determinable	89
2.4. Causa o fin lícito	92
2.5. La forma	93
D. Balance	94

Capítulo III (A):

La forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano: legislación nacional	97
A. La forma del acto jurídico	98
1. Antecedentes	98
2. Fundamentación	98
3. El principio de libertad de forma	99
4. La forma y la formalidad	100
5. Actos jurídicos formales y no formales	101
5.1. Actos jurídicos formales ad solemnitatem y actos jurídicos formales ad probationem	102
5.1.1. Formalidad ad solemnitatem	103
5.1.2. Formalidad ad probationem	104
B. La forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano	107
1. La ley general de arbitraje de 1992	107
2. La ley general de arbitraje de 1996	108
3. La nueva Ley de Arbitraje de 2008	109
3.1. El artículo 13: el paso de una formalidad ad solemnitatem a una formalidad ad probationem	110
3.2. El artículo 14: admisión de la extensión del acuerdo arbitral a no signatarios	114
4. La forma prescrita por la Ley de Arbitraje peruana para el acuerdo arbitral no constituye un requisito para su validez	116
C. Balance	117

Capítulo III (B):

La forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano: legislación internacional vinculante para el Perú	119
A. Aplicación de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá en el Perú	120

B. Necesidad de revisar las disposiciones de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá: ambas contienen referencia a la forma del acuerdo arbitral	122
C. Ni la Convención de Nueva York ni la Convención de Panamá contienen una exigencia de formalidad para el acuerdo arbitral como requisito de validez del mismo	124
1. La Convención de Nueva York de 1958	124
1.1. El artículo II	125
1.2. Una correcta interpretación del artículo II	129
1.2.1. Interpretación del artículo II a partir de su propio texto	129
1.2.2. Interpretación del artículo II en consonancia con las demás disposiciones de la Convención de Nueva York	132
1.2.2.1. El artículo V(1)(a)	132
1.2.2.2. El artículo IV(1)(b)	134
1.2.2.3. El artículo VII(1)	136
1.2.3. Remisión a los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York	142
1.2.3.1. La inclusión del artículo II estuvo dirigida a garantizar el reconocimiento de los acuerdos arbitrales y no así a normar la validez de los mismos	142
1.2.3.2. Durante los debates se precisó que la validez del acuerdo arbitral se determinaría sobre la base de la ley nacional aplicable y no de la Convención de Nueva York	143
1.2.4. Interpretación de la Cnudmi y el ICCA	144
2. La Convención de Panamá de 1975	146
2.1. El artículo 1	147
2.2. Una correcta interpretación del artículo 1	148

2.2.1. Interpretación del artículo 1 a partir de su propio texto	149
2.2.2. Interpretación del artículo 1 en consonancia con las demás disposiciones de la Convención de Panamá: el artículo 5(1)	150
2.2.3. Remisión a los trabajos preparatorios de la Convención de Panamá	151
D. La Ley Modelo de la Cnudmi: admisión de nuevas formas de celebración del acuerdo arbitral	155
1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi)	156
2. La Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional	156
2.1. El texto de 1985	157
2.2. Las enmiendas adoptadas en 2006	158
 Capítulo IV: Validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por las Convenciones de Nueva York y de Panamá	 165
A. Una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano debe perseguir la constatación del consentimiento material y no solamente formal	166
1. La existencia de un consentimiento formal y uno material	168
2. Más de un modo de manifestar la voluntad	169
2.1. Manifestación de voluntad expresa	170
2.2. Manifestación de voluntad tácita	172
2.3. El silencio como manifestación de voluntad	175

B. Acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por las Convenciones de Nueva York y de Panamá	178
1. Acuerdos arbitrales celebrados por medios electrónicos	179
2. Aceptación verbal o tácita de un acuerdo arbitral que consta por escrito	180
3. Acuerdos arbitrales verbales que no constan por escrito	181
4. Incorporación por referencia del acuerdo arbitral	182
5. Transmisión y extensión del acuerdo arbitral a no signatarios	184
5.1. Transmisión del acuerdo arbitral a no signatarios	184
5.1.1. Cesión de posición contractual	185
5.1.2. Cesión de derechos	186
5.1.3. Novación subjetiva	188
5.1.4. Acción oblicua	190
5.1.5. Pago con subrogación	191
5.2. Extensión del acuerdo arbitral a no signatarios	191
5.2.1. Supuestos de extensión del acuerdo arbitral a no signatarios	193
5.2.1.1. Teoría del levantamiento del velo societario	194
5.2.1.2. Doctrina de Actos Propios o del Estoppel	196
5.2.1.3. Contrato o estipulación a favor de tercero	199
5.2.1.4. Teoría de la aceptación tácita del acuerdo arbitral	201
5.2.2. El artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana	204
C. Balance	206

Capítulo V:	
Aplicación de la tesis propuesta en la práctica jurídica	207
A. Aplicación de una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano	208
1. En la práctica de los árbitros	208
1.1. Cuando resulte aplicable la Ley de Arbitraje peruana	208
1.2. Cuando, además, resulten aplicables las Convenciones de Nueva York y de Panamá	210
2. En la práctica de los jueces	212
2.1. Autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral	212
2.2. Los jueces frente al arbitraje: no intervención ni interferencia	217
2.2.1. Excepción de convenio arbitral	218
2.3. Los jueces frente al arbitraje: rol de colaboración y de control	224
2.3.1. Recurso de anulación de laudo arbitral	226
2.3.2. Proceso de reconocimiento de laudo arbitral extranjero	229
B. La aplicación de una interpretación contraria a la que proponemos presenta limitaciones para la práctica comercial actual y atenta contra principios fundamentales de la contratación	233
1. Limitaciones para la práctica comercial actual: supuestos no cubiertos	233
2. Atentado contra principios fundamentales de la contratación: autonomía de la voluntad, buena fe y seguridad jurídica	225
2.1. Atentado contra el principio de autonomía de la voluntad	225
2.2. Atentado contra el principio de buena fe	239
2.3. Atentado contra el principio de seguridad jurídica	242

14

C. Balance

245

Conclusiones

249

Bibliografía

255

PRÓLOGO

El libro que tengo el gusto de prologar, escrito por la abogada Irene Zegarra-Ballón Quintanilla, lleva por título «La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú», y constituye una nueva entrega de nuestra «Biblioteca de Arbitraje».

La autora de este texto es la abogada Irene Zegarra-Ballón, quien fue alumna en la Universidad Católica San Pablo de Arequipa, en donde se graduó ocupando el primer lugar de su promoción.

Además, Zegarra-Ballón tiene amplia experiencia en competencias internacionales en materia de arbitraje y litigación, y en la actualidad se desempeña como Coordinadora del Proyecto de Arbitraje y Solución de Controversias de la Universidad Católica San Pablo y dirige el Taller de Arbitraje Comercial Internacional de la misma casa de estudios.

Debo señalar, por otro lado, que las credenciales académicas de la autora de este texto son bastas, —a pesar de su corta edad— y, sólo por mencionar algunas de ellas, debe citarse que ha sido becaria del programa *Blackstone Legal Fellowship* de la Organización Internacional de Derechos Humanos *Alliance Defending Freedom* (Phoenix, Estados Unidos de Norteamérica), y también ha sido pasante de investigación en materia de Derechos Humanos en la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Como se puede observar, Irene tiene amplia experiencia y fruto de ella es el libro que tengo el gusto de prologar y que contiene el análisis y

estudio de una serie de temas a los que de manera breve me voy a referir a continuación.

Como sabemos, el arbitraje en el Perú ha tenido notable desarrollo en los últimos años. Este es un hecho innegable y puede ser contrastado con el incremento de la necesidad de arbitrar que tienen hoy las personas naturales y jurídicas.

Esta institución, de larga data, ha tenido una evolución que se ha originado en la propia voluntad de las partes que, luego, como muchas otras instituciones, ha merecido un amparo legal que le ha otorgado mayor autonomía.

Como bien sostiene la autora de este trabajo, el arbitraje surge en la historia de los hombres de manera espontánea, fruto de la voluntad de las partes para someter la solución de sus controversias a la decisión de un tercero imparcial. Por sus destacables ventajas como medio de solución de conflictos, el arbitraje ha logrado una creciente importancia tanto a nivel internacional como en el Perú, la cual se ha visto expresada en su reconocimiento legislativo en ambos escenarios.

Existen pues una serie de temas cuyo análisis y estudio resulta de vital importancia. Por ejemplo, continúa siendo materia de arduo debate los alcances y limitaciones del acuerdo arbitral, el cual constituye uno de los elementos esenciales del arbitraje. El acuerdo arbitral es definido como aquel contrato a través del cual dos o más partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros determinadas controversias, presentes o futuras, que deriven de una relación jurídica específica, sea ésta contractual o no, y siempre que las referidas controversias puedan ser objeto de solución arbitral de acuerdo con la legislación aplicable.

Este volumen se divide en cinco Capítulos.

Así, y sin ánimo de extenderme en el comentario de los temas que aborda este texto, puedo señalar que en el Capítulo I se analiza de manera detallada todo el marco conceptual y normativo del arbitraje en el Perú. A tales efectos, se desarrollan una serie de temas, entre los que destacan el surgimiento del arbitraje como medio de heterocomposición del conflicto, la definición del arbitraje, su naturaleza (donde destacan la teoría contractualista o privatista del arbitraje, la teoría jurisdiccionalista o procesalista del arbitraje y la posición de la autora), la voluntariedad como rasgo esencial del arbitraje, la importancia del arbitraje en nuestros días, la regulación del arbitraje a nivel internacional y nacional.

A continuación, en el Capítulo II se desarrollan una serie de temas relacionados al acuerdo arbitral como presupuesto del arbitraje. Para tales efectos, se hace un repaso por las diferentes definiciones que la doctrina ha propuesto para la figura del acuerdo arbitral; luego se analizan los efectos que éste posee, posteriormente se estudia la celebración del acuerdo arbitral (tema en el que se aborda el contenido de dicho acuerdo y las modalidades de celebración), así como su naturaleza jurídica, entre otros.

Luego, el Capítulo III se divide en dos partes; a saber: (a) La forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano: legislación nacional; y (b) La forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano: legislación internacional vinculante para el Perú.

En la parte (a) se estudian conceptos propios de la rama del acto jurídico, los cuales sirven como presupuestos teóricos y legales para entender la forma que un acuerdo debe poseer para reputarse como uno de naturaleza arbitral. Así, se analizan temas como la forma del acto jurídico, el principio de libertad de forma, los actos jurídicos formales y no formales, entre otros. Luego de ello, en esta misma primera parte, se estudia el ciclo evolutivo de la forma del acuerdo arbitral en las tres leyes de arbitraje que ha tenido nuestro país y se concluye con un detallado análisis del artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071, que es la Ley

de Arbitraje vigente, así como un desarrollo del contenido del artículo 14 del mismo cuerpo normativo.

De otro lado, la parte (b) del Capítulo III aborda temas relativos a la aplicación de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá en el Perú. Así, se plantea una necesidad de revisar las disposiciones de la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá, en el extremo de que ninguna de ellas contiene una exigencia de formalidad para la existencia de un acuerdo arbitral como requisito de validez del mismo. Por otro lado, se analiza también en esta parte del trabajo el contenido de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, la cual contiene preceptos a través de los cuales se admiten nuevas formas de celebración del acuerdo arbitral.

De otra parte, en el Capítulo IV de este libro, que lleva por título: Validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por las Convenciones de Nueva York y de Panamá, se realiza un detallado análisis de cómo debería ser una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, ya que se debe perseguir la constatación del consentimiento material y no solamente formal.

Asimismo, en el citado Capítulo se estudian los acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por las Convenciones de Nueva York y de Panamá (entre ellos, cabe destacar los acuerdos arbitrales celebrados por medios electrónicos, el tema de la aceptación verbal o tácita de un acuerdo arbitral que consta por escrito, los acuerdos arbitrales verbales que no constan por escrito, la incorporación por referencia del acuerdo arbitral y un tema de mucha valía en la actualidad, que es la transmisión y extensión del acuerdo arbitral a no signatarios).

Finalmente, en el Capítulo V se aborda el tema de la aplicación de la tesis propuesta en la práctica jurídica. Para tales efectos, se hace

referencia a la aplicación de una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, tanto en la práctica de los árbitros, cuanto en el desarrollo de las tareas de los jueces. Asimismo, la autora afirma que la aplicación de una interpretación contraria a la que la propone, presenta limitaciones para la práctica negocial actual y atenta contra principios fundamentales de la contratación, desarrollando para ello una serie de argumentos que, por obvias razones, no voy a detallar en este breve recuento.

Al final de este trabajo, el lector podrá revisar las conclusiones a la que su autora ha arribado, así como tener un detalle muy bien organizado de todas las fuentes que ha consultado, a efectos de otorgar a este texto el debido soporte no sólo conceptual, sino también práctico (y es que se citan una serie de sentencias emitidas no sólo en nuestro país, sino también en el Derecho Comparado).

En suma, se trata de un libro que refresca las ideas que sobre diversas materias se han postulado hasta la fecha. Debe notarse, también, el prolijo manejo de fuentes legales y conceptuales, que hace que las propias opiniones de la autora revistan plena consistencia y solidez, no sólo lógica sino también jurídica.

Este texto, producto de una ardua investigación realizada por la abogada Irene Zegarra-Ballón, constituye un trabajo serio y meditado, que enlaza conceptos propios del arbitraje internacional y los relaciona de manera directa con la regulación que sobre la materia se realiza en nuestro país, dando a sus conclusiones una perspectiva novedosa y muy interesante, no sólo desde un punto de vista teórico-dogmático, sino también desde un enfoque práctico.

Teniendo en cuenta lo señalado, me complace presentar a la comunidad jurídica un nuevo volumen de la «Biblioteca de Arbitraje» del Estudio Mario Castillo Freyre, y que lleva por título «La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instru-

mentos internacionales vinculantes para el Perú», con la seguridad de que su contenido seguirá con la línea que hemos trazado para que esta colección contribuya al debate y refuerce los pilares sobre los que la institución del arbitraje se ha venido desarrollando, con creciente importancia.

MARIO CASTILLO FREYRE¹

Lima, septiembre de 2015

¹ Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

INTRODUCCIÓN

En virtud de las considerables ventajas que presenta frente al sometimiento a la justicia ordinaria, el arbitraje se ha configurado como uno de los medios más efectivos e idóneos para la resolución de conflictos.

En la contratación internacional, las partes actualmente prefieren someterse a la decisión de árbitros especializados y desvinculados de la jurisdicción de algún país en específico, lo cual les genera más confianza en la independencia e imparcialidad de quienes resolverán la materia traída a conocimiento. Aunado a ello, las ventajas del arbitraje también incluyen la celeridad, la confidencialidad y la flexibilidad del procedimiento, entre otras.

Esta apuesta por el arbitraje ha tenido también su corolario en el Perú. Desde la introducción del arbitraje en nuestro país, con su primer reconocimiento constitucional en nuestra Carta Magna de 1828 y su reglamentación en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1851, el arbitraje ha seguido una ininterrumpida evolución, motivada por la cada vez más creciente predilección de los particulares —e, incluso, del Estado peruano— por someterse a la jurisdicción arbitral.

Hoy en día, nuestra Constitución Política consagra el reconocimiento del arbitraje como una jurisdicción de excepción, y nuestra actual Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1071, contiene disposiciones referidas no solamente al arbitraje doméstico, sino también al arbitraje internacional celebrado en el Perú, así como al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras por parte de nuestras cortes judiciales.

El Perú es parte de sendos tratados internacionales en materia de arbitraje, lo cual no hace sino demostrar la marcada tendencia de nuestro país a la promoción de este medio alternativo de resolución de controversias. Esto último se evidencia también en la adopción por parte del Estado peruano de una sucesiva legislación nacional favorable al arbitraje.

Sin perjuicio de lo anterior, una cuestión no resuelta en lo referido al marco normativo del arbitraje en el Perú, es la que toca a la forma del acuerdo arbitral prevista por la ley, en particular, a los alcances y efectos de ella. Nuestra legislación nacional ha pasado de regular la forma escrita del acuerdo arbitral como una exigencia *ad solemnitatem*, a consagrarla, simplemente, como una formalidad *ad probationem*. Ello determina la admisión en nuestro ordenamiento jurídico de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las previstas por la Ley de Arbitraje, privilegiando así «el fondo sobre la forma» del acuerdo arbitral.

No obstante, si bien nuestra Ley de Arbitraje es aplicable a todos los procedimientos arbitrales, nacionales e internacionales, que se lleven a cabo en el territorio peruano; es de aplicación supletoria frente a los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú. Resulta, pues, que el Perú ha ratificado la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958), y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975).

Tanto la Convención de Nueva York como la de Panamá, son aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú. Asimismo, la Convención de Panamá puede también resultar aplicable en los procedimientos arbitrales internacionales en materia comercial que se lleven a cabo en el territorio peruano.

Ambas convenciones contienen referencias expresas a la forma del acuerdo arbitral, mencionando, en particular, su constancia por escrito.

Ello ha dado lugar a interpretaciones que consideran que dichas referencias constituyen exigencias de validez del acuerdo arbitral. De ser ello así, nos encontraríamos en la situación de que tanto en los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, como en ciertos arbitrajes comerciales internacionales celebrados en territorio peruano, exista la contingencia de que pueda desconocerse la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por los textos de la Convención de Nueva York o de la Convención de Panamá.

Es frente a la problemática planteada que sostenemos la hipótesis de que si bien las Convenciones de Nueva York y de Panamá contienen disposiciones referidas a la forma del acuerdo arbitral, ellas no constituyen exigencias de validez del mismo. En consecuencia, defendemos que es posible, tanto en los arbitrajes nacionales e internacionales celebrados en el Perú, como en los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, admitir la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por la legislación nacional e internacional aplicable.

A fin de demostrar nuestro postulado, emprendemos un camino que parte de un estudio del acuerdo arbitral como acto jurídico, en donde nos detenemos en la forma como elemento esencial del mismo, para luego de ello proceder a analizar la normativa arbitral vinculante para el Perú.

Recurrimos, para estos fines, tanto a la letra de los textos legales, nacionales e internacionales, pertinentes, como a los comentarios de la doctrina y la jurisprudencia sobre los mismos. Asimismo, acudimos también a los instrumentos y trabajos preparatorios que llevaron a la elaboración de los textos normativos bajo estudio.

En el Capítulo I, presentamos al lector el marco general del arbitraje. Para tales fines, nos referimos, en primer lugar, al surgimiento

histórico de la institución del arbitraje como medio de heterocomposición de conflictos, caracterizado por la voluntariedad que se desprende del acuerdo de las partes de someter la resolución de sus conflictos a la decisión de los árbitros. Seguidamente, nos ocupamos de proponer una definición de la institución del arbitraje, así como de repasar las principales teorías que se han sostenido sobre su naturaleza jurídica. En tercer lugar, hacemos mención a la destacada importancia que ha tenido y tiene en nuestros días el arbitraje, tanto a nivel nacional como internacional; cuadro dentro del cual detallamos las ventajas que presenta la jurisdicción arbitral frente a la ordinaria o estatal.

Finalmente, trazamos el marco normativo aplicable al arbitraje, a nivel internacional y en el Perú, luego de lo cual delineamos el contorno del marco legal aplicable a nuestro trabajo.

El Capítulo II está dedicado al estudio del acuerdo arbitral, que como contrato a través del cual se pacta la sumisión a la decisión de los árbitros, configura el presupuesto fundamental del arbitraje, reflejando así el carácter voluntario de esta institución. En tal oportunidad, tratamos la conceptualización del acuerdo arbitral, destacando sus notas características, y hacemos un recuento de los antecedentes del mismo, así como de las modalidades de celebración que presenta. Finalmente, desarrollamos su naturaleza jurídica, como acto jurídico, punto en el cual se analizan los elementos esenciales de este particular contrato, entre los cuales está comprendida, precisamente, la forma del acuerdo arbitral.

El Capítulo III es el corazón de nuestro trabajo, en cuyos márgenes exponemos lo referido a la forma del acuerdo arbitral y el carácter de aquélla en el ordenamiento jurídico peruano, entendido éste en sentido amplio, comprendiendo tanto a nuestra legislación interna como a la legislación internacional vinculante para el Perú. Con ánimos de propugnar una adecuada exposición de nuestro trabajo, y en aras a facilitar el seguimiento del lector, dividimos el Capítulo III en dos partes.

El Capítulo III (a) se ocupa, en primer lugar, de la forma del acto jurídico, en general, y dentro de este esquema trata los asuntos referidos a la conceptualización de la forma, sus antecedentes y fundamentación, la distinción entre forma y formalidad, y la clasificación de los actos jurídicos en actos formales y no formales, así como la distinción entre formalidades *ad solemnitatem* y formalidades *ad probationem*. En segundo término, se prosigue con el desarrollo de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, punto en el cual explicamos que la forma de este contrato en la Ley de Arbitraje peruana ha pasado de ser regulada como un requisito de validez, a ser considerada únicamente como un medio de prueba privilegiado de la celebración del acto jurídico.

Como consecuencia de ello, afirmamos que la legislación peruana permite que se reconozca la validez de acuerdos arbitrales que no presenten la forma específicamente prevista por la misma, siempre que se acredite el consentimiento de las partes a su celebración.

Seguidamente, en el Capítulo III (b), analizamos lo que con respecto a la forma del acuerdo arbitral establecen la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. Ello por razón de que, como ya señalamos, ambos instrumentos internacionales son aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú; y, adicionalmente, la Convención de Panamá puede también resultar aplicable en los procesos arbitrales internacionales en materia comercial que se lleven a cabo en el territorio peruano. Si bien, como dijimos, ambas convenciones contienen expresas referencias a la forma del acuerdo arbitral, demostramos que éstas no constituyen exigencias de validez del mismo.

De esta manera, evidenciamos que no existe instrumento internacional ratificado por el Perú que exija la observancia de una formalidad como requisito de validez del acuerdo arbitral. En consecuencia, verificamos que tanto en los procesos arbitrales —nacionales e internacionales— conducidos en el territorio peruano, como en los procesos de

reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país, puede admitirse la validez de acuerdos arbitrales celebrados de una forma distinta a la contemplada por la Ley de Arbitraje o los tratados internacionales vinculantes para el Perú, por razón de que ninguno de estos dispositivos legales establece exigencias de forma como requisitos de validez del acuerdo arbitral.

Habiendo alcanzado el objetivo anteriormente mencionado, en el Capítulo IV precisamos cómo debe realizarse una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, esto es, debiendo perseguirse la verificación del consentimiento material —y no solamente formal— de las partes. Seguidamente, explicamos que, como consecuencia de la demostración de nuestra hipótesis —al admitirse que los dispositivos legales vinculantes para el Perú no contienen exigencias de forma para el acuerdo arbitral—, debe reconocerse efectos jurídicos a las nuevas modalidades de celebración y suscripción del pacto arbitral no contempladas por las Convenciones de Nueva York y de Panamá. En esta oportunidad, desarrollamos algunos supuestos de celebración del acuerdo arbitral que, no estando previstos por los dispositivos legales comentados, permiten demostrar el consentimiento de las partes a tal sometimiento, razón por la cual debe reconocerse su validez.

Finalmente, habiendo llegado al culmen de nuestro trabajo, en el Capítulo V precisamos cómo deben proceder los árbitros y jueces, en observancia de la interpretación que proponemos respecto de la forma del acuerdo arbitral en nuestro ordenamiento jurídico. Seguidamente, exponemos las razones por las cuales una interpretación contraria a la que planteamos es no solamente inadecuada, sino también contraria a la práctica negocial actual, además de atentar contra principios fundamentales de la contratación, como son el de autonomía de la voluntad, buena fe y seguridad jurídica.

CAPÍTULO I

MARCO CONCEPTUAL Y NORMATIVO DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Como mencionamos en la introducción al presente trabajo, es nuestro objeto demostrar que en el ordenamiento jurídico peruano —entendido éste en sentido amplio; esto es, comprendiendo tanto a la legislación nacional como a los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú—, el acuerdo arbitral no está sometido a una exigencia de formalidad como requisito de validez. Planteamos que, por el contrario, en todos aquellos procesos arbitrales —nacionales e internacionales— en que sea aplicable la legislación peruana, así como en los procesos de anulación de laudos arbitrales nacionales y de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, es posible reconocer la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las previstas por la normativa vinculante para nuestro país.

Para los fines que nos proponemos, consideramos adecuado dedicar este primer capítulo a bosquejar el marco general del arbitraje, tanto en su aspecto conceptual como normativo. En este sentido, en una primera instancia, trataremos del arbitraje de manera general, explicando su surgimiento como medio de heterocomposición de conflictos, su esencial carácter voluntario, y la considerable importancia que ha alcanzado en nuestros días. Seguidamente, desarrollaremos el marco normativo del arbitraje, tanto a nivel internacional como nacional, a fin de trazar luego el marco legal que será de aplicación en nuestro trabajo.

A. MARCO CONCEPTUAL DEL ARBITRAJE

1. SURGIMIENTO DEL ARBITRAJE COMO MEDIO DE HETEROCOMPOSICIÓN DEL CONFLICTO

Cuando surge un conflicto entre los particulares, éstos pueden resolverlo por sí mismos, mediante la llamada «autocomposición» del conflicto, sea por la renuncia, el desistimiento o la transacción; o pueden también encargar la resolución de la controversia a una persona distinta de los interesados, y entonces hablamos de «heterocomposición» del conflicto.¹ En este último caso, se encuentra la recurrencia a figuras como la mediación, la conciliación, la sumisión a la administración de justicia estatal; y, así también, el arbitraje.

Dentro de este panorama heterocompositivo, cabe tener presentes los distintos roles que puede desempeñar el tercero en el conflicto. Mientras que en la mediación y la conciliación, la actuación del tercero se limita a la de ser un «facilitador» entre las partes —pudiendo, en algunos casos, proponer alternativas de solución—; en el caso de la actuación de la justicia estatal o arbitral, el tercero adopta un rol determinante al ser quien, en definitiva, decide o resuelve la controversia.

Es en este contexto que el arbitraje se presenta como aquella resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero, a cuya decisión las partes se someten libremente,² caracterizándose así por su voluntariedad, representada por el acuerdo de las partes de excluir la actuación de la justicia ordinaria o estatal, sometiéndose a la decisión de un privado que no es —en sentido estricto— juez.

¹ Cfr. OGAYAR AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista el Derecho Privado. Madrid, 1975, pp. 95-96.

² Cfr. GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Aguilar, 1950, vol. I, tomo II, p. 1147.

De esta manera, se entiende al arbitraje como un «medio alternativo de solución de controversias» en tanto representa una opción frente al sometimiento a la justicia ordinaria. Sin embargo, lo cierto es que el arbitraje tiene un origen muy remoto e incluso anterior a la administración de justicia estatal. En este sentido, «existen relatos griegos que narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Asimismo, en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre era la que regía las relaciones entre particulares, la misma que aconsejaba, como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la solución sea determinada por un tercero imparcial, amigo de las partes». ³ En esta línea, encontramos en la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad, litigios entre mercaderes griegos y fenicios que recurrían al arbitraje a fin de solucionar sus conflictos. ⁴

Sin temor a exagerar, podríamos decir que el arbitraje es casi tan antiguo como la historia del hombre. «Y es que el arbitraje (como la mayoría de las instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes. Es consecuencia de un orden espontáneo que surge de la interacción de los individuos y no de un sistema de planificación central. [...] En efecto, si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y pedían que otros comerciantes resolvieran su caso. No había ley ni mecanismo regulatorio que los obligaría. El proceso era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales. Tenía que ver más con formas de hacer negocios que con leyes, formalismos y frases en latín». ⁵

³ CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del Arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Editorial Palestra, 2007, vol. 2, pp. 17-37, p. 17.

⁴ *Cfr. Idem.*

⁵ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (coords.). AA.VV. (En adelante, también, AA.VV.) *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, tomo I, p. xv.

Si bien podríamos decir que el arbitraje existe desde que existen los negocios entre los hombres; lo cierto es que fue recién en el Derecho Romano que se institucionalizó como un sistema organizado de impartir solución pacífica a las controversias,⁶ a través del cual los particulares en conflicto elegían a un tercero imparcial investido de *auctoritas*, con la finalidad de que solucione la controversia, siendo la decisión de este tercero de carácter vinculante para los litigantes.⁷

Cabe mencionar que la situación descrita operó en el Derecho Romano dentro de un contexto en el que la comunidad era pequeña. Más adelante, con el crecimiento de la comunidad y de los conflictos entre particulares, surgió el procedimiento ordinario. Sin embargo, este último no desplazó al arbitraje, el cual se mantuvo vigente gracias a las grandes ventajas que representaba para las partes en conflicto, evolucionando y expandiéndose fuera de las fronteras de Roma, hasta convertirse en uno de los medios más atractivos —si no el más atractivo— de solución de controversias en nuestros días.

En este sentido, reflexiona Fernando Vidal que «históricamente, el arbitraje nunca llegó a perder su importancia y su vigencia como medio de solución de controversias, sino que al organizarse la jurisdicción estatal, pasó a un plano estrictamente privado, delegando el Estado la solución de determinadas controversias en el caso de que los particulares así lo concertaran».⁸

2. DEFINICIÓN DEL ARBITRAJE

Diversas son las definiciones que se han ofrecido para conceptualizar al arbitraje, muchas de las cuales lo presentan como un medio de solución

⁶ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». *Op. cit.*, p. 17.

⁷ Cfr. *Ibidem*, p. 18.

⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 13.

de controversias. Sin ánimos de negar el acierto de tales propuestas, coincidimos con Castillo Freyre y Vásquez Kunze cuando deciden, en primer lugar, definir al arbitraje como «la forma más elemental de la jurisdicción».⁹

En este sentido, explican los referidos autores lo siguiente: «En una sociedad [...], dos personas que tienen un conflicto de intereses cuya solución ha escapado al trato directo [...] recurren a un tercero. Éste, por lo general, excéntrico al interés en disputa aunque no necesariamente ajeno a las partes, decide, al amparo de un orden jurídico determinado como telón de fondo, cuál de ambas tiene razón en el problema sometido a su sabiduría. Quien, así «dice el Derecho», es —en términos coloquiales— un árbitro; y su acción un arbitraje. De esta forma celular de administrar justicia desciende, como habíamos dicho, la jurisdicción estatal de nuestros tiempos. Empero, sólo en autorizada oposición a ésta, es que podemos definir cabalmente el arbitraje en su estado actual».¹⁰

Esta posición es también la defendida por Roque Caivano, quien conceptualiza al arbitraje como «una jurisdicción privada, instituida por la voluntad de las partes o por decisión del legislador, por la cual se desplaza la potestad de juzgar hacia órganos diferentes de los tribunales estatales, a quienes se inviste para ello de facultades jurisdiccionales semejantes a las de aquéllos en orden a la resolución de un caso concreto».¹¹

Prosiguiendo en este entendido, es imperioso precisar que el arbitraje es no solamente una jurisdicción «a secas», sino una jurisdicción autorizada por el Estado. Y esto es relevante porque sólo a partir de tal hecho fundamental, como es el reconocimiento legal del arbitraje, es

⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores-Cátedra Garrigues, 2007, vol.1, p. 36.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 2008, pp. 49-50.

que las sentencias emitidas por un árbitro pueden tener los mismos efectos que una sentencia judicial.

Como explican Mario Castillo y Ricardo Vásquez, ninguna sustracción a la jurisdicción ordinaria tendría efectos prácticos —entiéndase, vinculantes y efectivos— si no estuviera autorizada por el Estado.¹² «Pues resulta obvio que si el Estado prohibiera el arbitraje y, por tanto, tuviera por nulos todos sus efectos, éste carecería de todo sentido en la medida de que el ganador jamás podría hacer valer un derecho que no sólo no es reconocido, sino condenado por el ordenamiento jurídico».¹³

En consecuencia, si bien el arbitraje constituye una suerte de «jurisdicción privada», por no ser los juzgadores de ésta, parte del aparato estatal; ello no resta legitimidad al fuero arbitral, por tratarse de una jurisdicción que existe bajo la venia del Estado. Esto es concordante, finalmente, con el reconocimiento que hace el artículo 139, inciso primero, de la Constitución Política del Perú del arbitraje como una jurisdicción de excepción frente a la administración de justicia estatal.

3. NATURALEZA DEL ARBITRAJE

Amplio y persistente es el debate doctrinal que existe en torno a la naturaleza del arbitraje. La doctrina se encuentra dividida entre dos principales teorías: la tesis contractualista o privatista, que pone acento en el acuerdo de voluntades que da origen al arbitraje, y la tesis jurisdiccionalista o procesalista, que asimila las funciones de los árbitros a las del órgano judicial.¹⁴ Naturalmente, existe también una posición interme-

¹² Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. 1, p. 38.

¹³ *Idem.*

¹⁴ Cfr. Herminda del Llano, Cristina. Voz Arbitraje. En COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional*

dia; postura a la cual nos adscribimos por cuanto consideramos que, al menos en el Perú, el arbitraje es tanto contractual como jurisdiccional, en cuanto tiene su fundamento en el acuerdo voluntario de las partes de someterse a la justicia arbitral, la cual es legalmente reconocida como auténtica jurisdicción.

A continuación, presentamos un análisis de los postulados de las dos principales teorías, luego de lo cual fundamentamos nuestra postura.

3.1. Teoría contractualista o privatista del arbitraje

La teoría contractualista del arbitraje parte del hecho de que el sometimiento a este fuero surge del acuerdo de voluntades de las partes, deduciendo de ello que la naturaleza contractual del origen del arbitraje se proyecta a la institución en su totalidad.¹⁵

Desde tal premisa, esta teoría niega al arbitraje todo carácter jurisdiccional,¹⁶ poniendo el acento en la naturaleza privada del instituto, tanto en lo que se refiere a su origen, cuanto respecto a la calidad de los árbitros. Considera que estos últimos no son jueces, sino meros particulares que no revisten la calidad de funcionarios públicos y que no administran justicia en nombre del Estado, sino por voluntad de las partes.¹⁷

Siguiendo esta corriente, se niega, incluso, que el laudo a emitirse por los árbitros ostente las calidades de una verdadera sentencia,¹⁸ ya que la efectividad de esta decisión proviene no de la ley sino del com-

(*Comercial y de Inversiones*). *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Editorial Palestra, 2011, vol. 18, p. 94.

¹⁵ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: *Ad-Hoc*, 2008, p. 92.

¹⁶ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. *Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. 1, pp. 39-40.

¹⁷ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 92.

promiso que las partes asumieron de acatarla.¹⁹ En consecuencia, el laudo arbitral —sostienen ellos— obliga a las partes solamente en la misma forma que lo haría un contrato, gozando únicamente de la protección jurídica inherente a estos últimos.²⁰

Por otro lado, se considera que el vínculo existente entre el árbitro y las partes es eminentemente contractual, posible en virtud de la autonomía de la voluntad de que gozan los particulares, y por ello mismo limitado solamente a cuestiones en las que no esté interesado el orden público.²¹

Finalmente, esta teoría esboza también como argumento la falta de *imperium* del árbitro: la imposibilidad de éste de ejercer coerción sobre los particulares para obtener el cumplimiento forzado de una determinada conducta, tal como lo harían los órganos jurisdiccionales.²²

Frente a estos postulados, debemos señalar, en primer lugar, que no es apropiado decir que el arbitraje «nace» de la voluntad de las partes. Consideramos que el arbitraje «tiene su fundamento» en la voluntad de las partes, por cuanto el consentimiento de éstas es el presupuesto básico para su sumisión al fuero arbitral. Sin embargo, el arbitraje, como hoy lo concebimos en nuestro sistema jurídico, nace de la ley, al ser reconocido por ésta como un medio alternativo de solución de controversias. En consecuencia, cuando dos particulares suscriben un acuerdo arbitral, no están dando nacimiento a la jurisdicción arbitral, sino sometiéndose a ésta, la cual existía ya por autorización expresa del Estado. De este modo, lo que nace de la voluntad de las partes es la obligación de arbitrar, mas no la propia institución del arbitraje.

En segundo lugar, partiendo del enfoque desde el cual es la ley la que legitima la institución arbitral, objetamos que el hecho de que los

¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 95.

²⁰ Cfr. *Idem*.

²¹ Cfr. *Idem*.

²² Cfr. *Idem*.

árbitros no revistan la calidad de funcionarios públicos sea un argumento para restar «jurisdiccionalidad» al arbitraje.

Siguiendo este postulado, defendemos que la efectividad del laudo emitido por los árbitros proviene tanto de la voluntad de las partes —que suscribieron un acuerdo arbitral— como de la ley —que reconoce carácter jurisdiccional al arbitraje—, razón por la cual es falso que dicho laudo obligue «solamente como lo haría un contrato».

De otro lado, negamos que el vínculo que existe entre el árbitro y las partes sea de carácter contractual. Consideramos que lo que es de naturaleza contractual es el nexo jurídico existente entre las partes del acuerdo arbitral; sin embargo, no ocurre lo propio en la relación entre las partes y el árbitro, la cual es de carácter estrictamente legal.

Como última refutación a la teoría contractualista, rechazamos que la falta de *imperium* del árbitro sea un argumento a favor de ella. Debe recordarse que si bien el árbitro carece del poder para ejercer coerción sobre los particulares, sí es dueño de la potestad de solicitar el auxilio de la fuerza pública para el cumplimiento de sus mandatos, caso en el cual no procede oposición ni cuestionamiento alguno a su decisión.

Finalmente, consideramos que el siguiente postulado de Castillo Freyre y Vásquez Kunze termina por desacreditar a la teoría que niega el carácter jurisdiccional del arbitraje: «Si bien es cierto que el arbitraje carece de ciertos poderes atribuidos a la jurisdicción ordinaria —como es, por ejemplo, el poder de imperio, el de hacer comparecer dentro del proceso, de sancionar a quien incumpla los mandatos y de ejecutar las sentencias—, sí cuenta con el elemento esencial de toda jurisdicción, que es, precisamente, el poder legalmente establecido para “decir el Derecho”». ²³ En tal sentido, la ley puede autorizar la facultad de «decir el Derecho» no solamente a los tribunales ordinarios de justicia, sino

²³ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. 1, p. 43.

también a agentes privados como son los árbitros. «Aquí, el común denominador entre lo privado y lo público es la cualidad que a la jurisdicción no se le puede quitar, esto es, la autorización legal para “decir el Derecho”. En síntesis, para resolver jurídicamente una controversia».²⁴

3.2. Teoría jurisdiccionalista o procesalista del arbitraje

En el otro extremo del terreno que estudia la naturaleza del arbitraje, perfilamos a aquéllos que, postulando que los árbitros ejercen una verdadera jurisdicción, se apoyan en el carácter público de la administración de justicia estatal para trasladarlo a la justicia arbitral.²⁵

De este modo, menciona Caivano, partidario de la teoría jurisdiccionalista del arbitraje, que «siendo la función de juzgar de naturaleza pública, esa misma naturaleza se proyecta sobre quienes tienen la responsabilidad de llevarla a cabo, no debiendo hacerse distinciones según sea un funcionario público o una persona que carezca de una vinculación jurídica permanente con el Estado».²⁶

Consideran quienes defienden esta teoría, que los árbitros son jueces en el sentido propio del término, y no solamente porque las partes los hayan designado como tales, sino porque el Estado ha consentido en reconocerles ese carácter. Postula Caivano que «no es sólo la voluntad de las partes la que atribuye jurisdicción a los árbitros. Es también el Estado, como titular de esa jurisdicción, quien lo posibilita a través del ordenamiento jurídico, bajo ciertas condiciones. El acuerdo arbitral opera así como el elemento a través del cual se actúa la disposición legal que permite en forma general desplazar esa potestad, asignándola en forma específica a determinadas personas».²⁷

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Cfr.* CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 96.

²⁶ *Ibidem*, p. 98.

²⁷ *Ibidem*, p. 96.

Si bien estamos de acuerdo, como ya señalamos, con que el arbitraje constituye una auténtica jurisdicción, objetamos que deba asimilarse plenamente la institución arbitral con la administración de justicia estatal.

En este sentido, seguimos a Castillo Freyre y Vásquez Kunze cuando señalan: «que [la calidad de los árbitros y la de los jueces] se “admitan analógicamente” no significa que “sean exactamente”. Un árbitro “es como” un juez porque ejerce la misma función, pero “no es” un juez. Un arbitraje “es como” un proceso judicial porque como en éste, se dirime jurídicamente una controversia, pero “no es” un proceso judicial».²⁸

Y es menester mencionar que esta discusión no es de carácter meramente teórico. Si rechazamos que el arbitraje deba asimilarse a la jurisdicción estatal es, además, por razón de las implicancias prácticas que ello tendría.

De ser los árbitros «como» jueces estatales, no tendrían la facultad de aceptar o declinar su designación para el conocimiento de una controversia específica, ni la potestad de renunciar a seguir conociendo de un proceso arbitral, pues cabe recordar que la competencia de los jueces estatales sólo puede ser establecida por ley y que, además, no puede ser objeto de renuncia.²⁹

Por otro lado, de ser el proceso arbitral «como» un proceso judicial, no correspondería haber dotado de carácter dispositivo a la mayoría de las disposiciones de la Ley de Arbitraje que regulan las actuaciones arbitrales; por el contrario, sería adecuado disminuir o incluso eliminar

²⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. 1, p. 44.

²⁹ Artículo 6 del Código Procesal Civil peruano. *Cit.*
«La competencia sólo puede ser establecida por la ley.
La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenios internacionales respectivos».

la flexibilidad y libertad con que cuentan los árbitros para conducir los procedimientos arbitrales.

Es evidente que al pretender asimilar el arbitraje a la jurisdicción ordinaria, se traen abajo los fines últimos para los cuales fue instituido este medio alternativo de solución de controversias; y, con ello, las particulares ventajas que presenta frente a la administración de justicia estatal.

Rechazamos, entonces, la teoría jurisdiccional del arbitraje, no porque defienda que el arbitraje sea una jurisdicción —con lo cual estamos de acuerdo—, sino porque niega todo carácter privado a la institución arbitral.

Tal como señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze, «si se trata de argumentar que todo aquello que la ley autoriza tiene carácter público, entonces no podría existir como concepto siquiera el Derecho Privado, ni qué decir los contratos, habida cuenta de que éstos tienen existencia y efectos jurídicos porque la ley así lo establece explícita o tácitamente. Así, pues, aunque la premisa de que la ley es la que debe autorizar la institución arbitral para que ésta tenga efectos jurídicos es verdadera, la conclusión de que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica pública, propia de las funciones del Estado, es falsa».³⁰

3.3. Nuestra postura

No habiéndonos decantado por la teoría contractualista del arbitraje ni por la teoría jurisdiccionalista de éste, corresponde ahora presentar la postura que asumimos frente a la determinación de la naturaleza de la institución arbitral.

No negamos que el arbitraje tenga su fundamento en un contrato, en vista de que es necesario el consentimiento de las partes para some-

³⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. 1, p. 45.

terse a la decisión de los árbitros, a fin de que esta última les sea vinculante. Lo que sí objetamos es que la institución que comentamos tenga un carácter y efectos meramente contractuales.

Por otro lado, no rechazamos que el arbitraje constituya una auténtica jurisdicción y, como tal, tenga las características, valor y efectos propios de una. Sin embargo, discordamos en el sentido de que se trate de una jurisdicción «igual» a la jurisdicción estatal, compartiendo el carácter esencialmente público de ésta.

Nos atañe, entonces, precisar la postura a la cual nos adscribimos. El hecho es que, para nosotros, el arbitraje es tanto contractual como jurisdiccional, dependiendo de la perspectiva desde la cual se le observe. Como señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze, «el arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando éste nace, permitido de Derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad-hoc*».³¹

Nos adscribimos de manera clara a la postura que estos autores denominan «la teoría realista del arbitraje».³²

Esta teoría parte de defender, en un inicio, el carácter voluntario del nacimiento del arbitraje, el cual solamente tiene lugar en virtud del acuerdo —legalmente permitido— de los particulares de someter sus conflictos, presentes o futuros, a la jurisdicción arbitral.³³ En tal sentido, los árbitros están facultados a conocer de una controversia solamente en la medida en que un acuerdo arbitral les autorice para ello.

³¹ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. 1, p. 47.

³² *Ibidem*, p. 48.

³³ *Cfr. Idem*.

En segundo lugar, sin perjuicio de ese origen contractual de la institución arbitral, la teoría realista prosigue reconociendo al arbitraje el carácter de verdadera jurisdicción. De este modo, se explica que una vez nacido el arbitraje, éste se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros estén dotados de carácter jurisdiccional, de forma tal que lo resuelto por ellos tenga la misma fuerza definitiva de las resoluciones judiciales.³⁴ Evidentemente, tal situación solamente será posible bajo la venia y reconocimiento expreso que el Estado otorga a la institución del arbitraje.

No existe óbice, entonces, para admitir tanto el fundamento contractual del origen del arbitraje, como su reconocimiento legal en tanto verdadera jurisdicción. Es necesario, por el contrario, entender que ambos caracteres de la institución arbitral —su justificación en la voluntad de las partes y su consagración legal— son los que permiten el desenvolvimiento de la actuación de los árbitros con miras a la emisión de una decisión que, siendo de carácter vinculante, pondrá fin a la controversia sometida a su conocimiento.

4. LA VOLUNTARIEDAD COMO RASGO ESENCIAL DEL ARBITRAJE

Hemos explicado en los párrafos precedentes que, con respecto a la naturaleza del arbitraje, nos adscribimos a la postura que considera que éste es, tanto contractual como jurisdiccional, dependiendo de las diferentes etapas en las que se encuentre y con base en la perspectiva desde la que se le observe.

Sin perjuicio de ello, hemos reconocido que existen partidarios, tanto de una teoría contractualista o privatista del arbitraje, como de una de carácter jurisdiccionalista o procesalista.

³⁴ *Cfr. Idem.*

No obstante, consideramos que aun cuando uno se decante por una tesis esencialmente jurisdiccionalista del arbitraje, no podrá negar el esencial carácter consensual del fundamento de esta institución. Lo cierto es que «si algo ha destacado en el arbitraje y en la evolución del Derecho del arbitraje, tanto en su versión interna o doméstica, como en la internacional, ha sido la defensa de la autonomía de la voluntad de las partes como esencia del mismo».³⁵

De hecho, la voluntariedad se configura como el rasgo esencial y el presupuesto básico del arbitraje. Este último tiene lugar solamente a través del acuerdo por el cual las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, confían la solución de un litigio a un tercero imparcial, elegido directa o indirectamente por ellas.³⁶ Este acto jurídico, que se ha venido a denominar «acuerdo arbitral», constituye un verdadero contrato, razón por la cual vincula solamente a las partes que lo concertaron.³⁷ Se evidencia, entonces, el esencial carácter voluntario del arbitraje.

Como objeción a lo que planteamos podría presentarse la consideración que existe en el medio jurídico de la existencia del llamado «arbitraje necesario» frente al «voluntario». Sin embargo, estamos de acuerdo con Tomás Ogayar cuando considera que se incurre en impropiedad al hablar de un arbitraje obligatorio.³⁸

En la misma línea, explica Jaime Guasp que la voluntariedad definidora del arbitraje puede ser previa al mismo, esto es, emitirse con

³⁵ ÍSCAR DE HOYOS, Javier. «El acuerdo arbitral. Apuntes teóricos y prácticos». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje-Grupo Editorial Ibáñez, 2011, tomo 1, pp. 863-888, p. 866.

³⁶ *Cfr. Idem.*

³⁷ *Cfr.* CORDÓN MORENO, Faustino. «Algunas cuestiones sobre la eficacia del convenio arbitral». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje-Grupo Editorial Ibáñez, 2011, tomo 1, pp. 638-658, p. 637.

³⁸ *Cfr.* OGAYAR AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral. Op. cit.*, pp. 95-96.

ocasión de una situación jurídica de la que luego se hace depender forzosamente el sometimiento a la institución arbitral.³⁹

Un claro ejemplo de lo que planteamos es el caso de los miembros de una corporación, colegio o sociedad, que por el solo hecho de serlo adquieren el compromiso de someter sus diferencias al arbitraje; así también, el caso de quienes en el Perú celebran un contrato con el Estado, en cuyo caso la ley obliga a que los conflictos que puedan surgir de dicho contrato sean sometidos al arbitraje.⁴⁰ En estos casos, no es dable sostener que el arbitraje pierda su carácter voluntario; ya que si bien aisladamente considerado no se consiente, la voluntad se presenta en un momento anterior⁴¹ como presupuesto imprescindible para llegar al arbitraje, siendo ello suficiente para que no se desvirtúe la esencia consensual de esta institución.

El carácter voluntario del arbitraje ha sido plenamente reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú, quien señaló en un pronunciamiento⁴² que «la naturaleza de la jurisdicción arbitral es en esencia facultativa para el caso de los particulares o sujetos privados...», y que «toda situación en que se le pretenda articular con carácter obligatorio

³⁹ Cfr. GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil. Op. cit.*, tomo II, vol. 1, pp. 1148-1149.

⁴⁰ Artículo 40, literal b) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017.

«Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso de que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento».

⁴¹ Por ejemplo, en el momento en que los miembros de la corporación, colegio o sociedad, suscriben el respectivo pacto social que contiene el compromiso de someter a arbitraje las controversias; o, en el caso de las contrataciones con el Estado, en el momento en que el postor decide participar en el proceso de selección o, sin existir éste, decide contratar con el Estado, sometiéndose voluntariamente al arbitraje porque sabe que la ley de la materia así lo establece.

⁴² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente n.º 4972-2006-PA/TC del 4 de agosto de 2006 (fundamento 19).

o sin consentimiento expreso de quienes suscriban un contrato, se constituirá en un fenómeno abiertamente inconstitucional».⁴³

Como explicamos, esta naturaleza consensual del arbitraje no significa otra cosa que su surgimiento del acuerdo de las partes. Es en este punto donde se vislumbra la importancia del acuerdo o convenio arbitral como presupuesto esencial del arbitraje; aquel contrato por el que las partes aceptan —esto es, voluntariamente— someter ciertas controversias a la decisión de uno o más árbitros, comprometiéndose a finalmente acatarla. Tal como señala Alejandro Follonier-Ayala, «el consentimiento de las partes es por ende la fuente del arbitraje, y hace del convenio arbitral la piedra angular del procedimiento arbitral».⁴⁴

No profundizaremos en este punto sobre el acuerdo arbitral, por cuanto dedicaremos por entero el siguiente capítulo a su estudio.

5. IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE EN NUESTROS DÍAS

La dinamización de la economía globalizada camina a la par del incremento de las transacciones comerciales y, junto con esto, de eventuales

⁴³ Nos llama la atención que el Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia recaída en el expediente n.º 3243-2012-PA/TC del 26 de mayo de 2014, haya considerado que en el marco de la negociación colectiva el arbitraje tiene siempre el carácter de potestativo. De acuerdo con este último pronunciamiento, cuando durante la negociación colectiva se haya agotado la etapa de trato directo y la conciliación sin llegar a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter el diferendo a arbitraje sin que la otra pueda oponerse (fundamento 11). En nuestro parecer, este último esquema presentado por el supremo intérprete de la Constitución, contraría no solamente la naturaleza consensual del arbitraje, sino también pronunciamientos anteriores del propio órgano colegiado, lo cual nos lleva a cuestionar la constitucionalidad de un arbitraje potestativo en la negociación colectiva.

⁴⁴ FOLLONIER-AYALA, Alejandro. «La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza». En *Lima Arbitration*, 2012/2013, n.º 5. Disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR5/Alejandro_Follonier_Ayala.pdf (último acceso: 07/09/2014), p. 137.

controversias. Tanto en el Perú como en muchos otros países de Latinoamérica y el mundo, existe una desconfianza generalizada en la justicia ordinaria, por su sobrecarga procesal, por la perduración de normas procesales desfasadas, y por el excesivo tiempo que toma la tramitación de un proceso judicial.

Por sus considerables ventajas, el arbitraje se ha convertido, tanto a nivel mundial como en el Perú, en el principal mecanismo de solución de conflictos derivados de la contratación comercial.

Se justifica, entonces, que dediquemos esta parte a hacer un breve recuento de las bondades que presenta la institución del arbitraje, tanto en el plano nacional como internacional.

5.1. Ventajas del arbitraje en el ámbito internacional

En los conflictos de carácter internacional, la primera ventaja que se vislumbra del arbitraje es que hace frente a la necesidad de las partes de someterse a una instancia neutral. Necesariamente, la parte de un contrato internacional que tenga que dirimir sus controversias ante la justicia estatal de la otra, sentirá que se encuentra en desventaja; y ello no sólo porque probablemente tendrá que litigar en otro idioma, bajo reglas procesales desconocidas y asesorada por abogados locales, sino porque, además, sospechará de una parcialidad de los jueces en favor de su nacional.⁴⁵ Sin duda alguna, el hecho de que el arbitraje represente una instancia neutral para la resolución de conflictos internacionales, configura una de sus principales ventajas.

En segundo lugar, en los conflictos internacionales suelen suscitarse problemas en la determinación de la jurisdicción competente. Si bien es común que las partes de un contrato internacional —que no desean resolver sus conflictos ante el Poder Judicial del país de alguna

⁴⁵ Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 13.

de ellas— pacten la sumisión a la jurisdicción de otro Estado, muchos Estados imponen limitaciones al momento de reconocer estos pactos, aplicando criterios o requisitos tan amplios y poco precisos como el orden público o la inexistencia de un vínculo razonable entre las partes y el foro acordado. Esto ocurre porque, a la fecha, no existe una solución aceptable en el Derecho Internacional que reduzca la incertidumbre acerca de si los poderes judiciales respetarán dichos pactos de sumisión a una determinada jurisdicción.⁴⁶ Es frente a esta situación que el recurso al arbitraje en la contratación internacional, elimina todo problema de determinación de la jurisdicción competente.

Finalmente, un tercer problema en los conflictos internacionales, es el referido a la ejecución de las sentencias. A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, no existe a nivel mundial tratado alguno que permita la ejecución rápida, segura y poco costosa de las sentencias judiciales.⁴⁷ Esto determina el riesgo de someterse a un proceso judicial de reconocimiento de sentencia extranjera, que sea casi tan complejo como lo fue el proceso que dio origen a esta última, con los peligros y costos que ello implica. En este escenario, se dibuja la tercera ventaja del arbitraje, en donde no existe el problema de la ejecución del fallo, por cuanto se han desarrollado sendos tratados destinados a facilitar el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

5.2. Ventajas del arbitraje en el ámbito nacional

Destacables son las ventajas que el recurrir al arbitraje presenta en el ámbito internacional. Corresponde ahora señalar que en el caso nacional, las bondades de este medio de solución de controversias son también meritorias.

Sin perjuicio del beneficio que representa que el arbitraje aporte en la reducción de la masificación de causas ante el Poder Judicial, existen

⁴⁶ Cfr. *Ibidem*, pp.16-18

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, pp. 22-23.

muchas otras virtudes del arbitraje que se desprenden de la diferencia que ostenta el procedimiento arbitral con respecto del judicial.

En primer lugar, a diferencia del procedimiento judicial que es estrictamente formalista, el arbitraje pierde formalidad y se adecúa a las necesidades y expectativas de las partes.⁴⁸ Es decir, no solamente la legislación arbitral delinea un procedimiento más atractivo, sino que existe también la posibilidad de que las partes acondicionen el procedimiento según sus preferencias.

En segundo término, la solución de los conflictos en la vía arbitral suele ser más rápida que en la judicial; no sólo porque los plazos son más breves, sino también porque los árbitros no presentan la sobrecarga procesal con que tienen que lidiar los jueces.⁴⁹ Y en este punto cabe tener en cuenta que la celeridad del arbitraje tiene, a su vez, directa relación con los costos. Si bien pareciera que el arbitraje pudiera ser más oneroso, en vista de que son las partes quienes asumen los honorarios de los árbitros y de la secretaría del proceso; si se compara esta situación con la duración de un proceso judicial, el arbitraje termina por resultar económicamente más atractivo, pues la resolución justa del litigio en corto tiempo, trae consigo ventajas patrimoniales.⁵⁰

Una tercera ventaja del arbitraje es la especialización; ello en vista de que las partes pueden elegir que actúen como árbitros expertos en la materia de la controversia.⁵¹ No podemos dejar de destacar lo valioso del hecho de que sean las partes quienes escogen a los árbitros, y no solamente por la confianza que ello genera en el desenvolvimiento y resolución del proceso, sino precisamente por la posibilidad de obtener una decisión expedida por un tercero capacitado en la materia bajo conocimiento.

⁴⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 8.

⁴⁹ Cfr. *Idem*.

⁵⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 8-9.

⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 9.

Otra ventaja del arbitraje frente a la justicia ordinaria es la privacidad y confidencialidad que suelen acompañar el proceso arbitral.⁵² Si bien las partes de un procedimiento arbitral pueden optar —a través de un acuerdo— por dejar de lado la confidencialidad del procedimiento; la posibilidad de obligarse recíprocamente a mantener la reserva del asunto, representa una importante ventaja para la salvaguarda de la imagen y reputación de las empresas y demás entidades que solucionan sus controversias en el fuero arbitral.

Finalmente, no está de más recordar que un laudo arbitral es tan efectivo y ejecutable como una sentencia judicial.⁵³ En tal sentido, el arbitraje puede considerarse tan seguro como el sistema judicial.

De esta manera, no es secreta la razón del éxito que ha tenido el arbitraje como medio de resolución de conflictos en el Perú. Tal como señalan Alfredo Bullard y Soto, «hoy ninguna controversia comercial importante en el Perú se resuelve fuera del arbitraje. Los convenios arbitrales en estos contratos son la regla. El viejo y anquilosado «proceso civil», como único medio para resolver controversias contractuales comerciales, es una especie en extinción».⁵⁴ Cabe mencionar que, incluso, el propio Estado peruano prevé el arbitraje para todas aquellas controversias derivadas de contratos entre particulares y el Estado, bajo la Ley de Contrataciones.⁵⁵

B. REGULACIÓN DEL ARBITRAJE A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL

El arbitraje, como medio alternativo de solución de controversias, ha tenido un profundo reconocimiento legislativo tanto a nivel interna-

⁵² Cfr. *Ibidem*, pp. 10-11.

⁵³ Cfr. *Ibidem*, p. 12.

⁵⁴ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ, (coords.). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. *Op. cit.*, tomo I, p. XIV.

⁵⁵ Artículo 40, literal b) de la Ley de Contrataciones del Estado. *Cit.*

cional como nacional. Y decimos que ha tenido reconocimiento, a fin de resaltar que no fue creado por la legislación, la cual no hizo otra cosa que regular una institución surgida de manera natural en la práctica negocial del hombre.

1. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE

Hoy en día, es cada vez más habitual que las partes suscriptoras de contratos internacionales de gran envergadura eviten acudir a la justicia ordinaria. Diferentes son los motivos que las llevan a ello, entre los cuales destacan la desconfianza por la distancia, la creencia de estar en desventaja ante el sometimiento a la jurisdicción de origen de la contraparte, la demora en los procedimientos judiciales, y la falta de especialización de los juzgados locales, lo que mina la predictibilidad de la resolución.⁵⁶ Estos factores han determinado que las partes de un contrato internacional prefieran pactar el arbitraje frente a toda posible desavenencia, erigiéndose aquél como el sistema más eficaz de solución de controversias en el comercio internacional.⁵⁷

Esta apuesta por el arbitraje ha llevado al desarrollo de diferentes instrumentos jurídicos internacionales, con miras a uniformizar o, cuando menos, armonizar la regulación del arbitraje a nivel global.

En este contexto, el primer convenio internacional que surgió en materia de arbitraje comercial, fue el Protocolo de Ginebra de 1923 sobre Cláusulas de Arbitraje.⁵⁸ Su objetivo principal fue el de asegurar el reconocimiento de la validez de los acuerdos de arbitraje internacional y

⁵⁶ Cfr. ÍSCAR DE HOYOS, Javier. «El acuerdo arbitral. Apuntes teóricos y prácticos». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral. Op. cit.*, tomo I, p. 864.

⁵⁷ Cfr. *Idem.*

⁵⁸ Protocolo relativo a las Cláusulas de Arbitraje. Celebrado en Ginebra el 24 de septiembre de 1923. Entrado en vigor el 28 de julio de 1923.

garantizar que, al iniciarse un proceso ante los tribunales de justicia, el juez remitiría a las partes al arbitraje.⁵⁹

Después del Protocolo de Ginebra de 1923, se adoptó la Convención de Ginebra de 1927,⁶⁰ referida a la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Más adelante, siguieron varios convenios internacionales, entre los cuales destacamos el Código de Bustamante de 1928;⁶¹ hasta que en 1958 se adoptó, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante, la ONU), la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante, la Convención de Nueva York).⁶² Esta última es el instrumento internacional por excelencia, que se ocupa de regular la legalidad de los laudos arbitrales extranjeros, con el objeto de que proceda su reconocimiento por los tribunales locales. Para tales fines, la Convención establece cuáles son los criterios que deben analizar los jueces nacionales para determinar si el laudo emitido por un determinado tribunal arbitral o por un árbitro *ad-hoc* debe o no ser reconocido y ejecutado en su Estado.

La Convención de Nueva York nació por iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, la CCI) y se caracteriza por ser un convenio *erga omnes*, lo que determina que resulte aplicable, sea cual fuere el Estado donde se hubiere dictado el laudo e independientemente del Estado del que sea nacional el demandante del exequátur, aun

⁵⁹ Cfr. REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Editorial Thomson, 2006, p. 221.

⁶⁰ Convención sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Suscrita en Ginebra el 26 de septiembre de 1927.

⁶¹ Convención de Derecho Internacional Privado. Hecha en La Habana el 20 de febrero de 1928. Entrada en vigor el 25 de noviembre de 1928.

⁶² Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958). Celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958. En vigor desde el 7 de junio de 1959. Ratificada por el Perú el 7 de julio de 1988.

cuando se trate de Estados que no sean parte del citado instrumento internacional.⁶³

La Convención está abierta a la adhesión de todo Estado miembro de la ONU, así como de cualquier otro Estado que sea miembro de cualquier organismo especializado de la mencionada organización internacional, que sea parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, o que haya sido invitado por la Asamblea General de la ONU.⁶⁴ El Perú es parte de esta Convención —habiéndola ratificado el 7 de julio de 1988—⁶⁵ lo que determina su aplicabilidad en nuestro país, estando ello expresamente reconocido por la legislación arbitral peruana.

Años más tarde de la adopción de la Convención de Nueva York, la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional⁶⁶ fue suscrita en Ginebra en 1961, impulsada como un esfuerzo de la ONU para promover el comercio y facilitar la resolución de conflictos entre los —en ese entonces existentes— bloques de Europa Occidental y Oriental.⁶⁷ Para tales fines, este instrumento tuvo por objetivo sustraer al proceso arbitral de legislaciones nacionales desfavorables al desarrollo del arbitraje comercial que se encontraban vigentes en la época. En tal sentido, la Convención no se limitó a regular el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, sino también distintas etapas del procedimiento arbitral.⁶⁸

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Artículos VIII y IX de la Convención de Nueva York de 1958.

⁶⁵ Sistema de Información sobre Comercio Exterior (SICE).
http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/intl_conv/caicnys.asp (último acceso: 01/08/2014).

⁶⁶ Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional. Hecha en Ginebra el 21 de abril de 1961.

⁶⁷ *Cfr.* MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: ECB Ediciones, 2013, p. 72.

⁶⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 73.

De hecho, la Convención Europea constituyó el primer instrumento internacional en regular el procedimiento arbitral en todas sus fases; lo cual incluyó una consagración de los llamados «principios amigables del arbitraje» (*arbitration-friendly principles*), los mismos que tuvieron como principal propósito, derribar las barreras y restricciones impuestas por las legislaciones arbitrales nacionales y promover un ordenamiento jurídico supranacional.⁶⁹

Lejos de desmerecer el éxito alcanzado por la Convención de Nueva York de 1958, la Convención Europea de 1961 presentaba disposiciones capaces de complementarse con las de aquel instrumento.

Por último, cabe notar que, si bien el contexto en el cual fue suscrita la Convención Europea ha quedado en el pasado, el texto de esta última no restringe su aplicación a la existencia de los dos bloques europeos; sino que, por el contrario, permite su aplicación en Estados signatarios que otrora integraron alguno de los dos bloques. De esta manera, la Convención posee plena aplicación en la actualidad.⁷⁰

Más adelante, en 1966 fue suscrito el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio de Washington), el cual dio creación al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el Ciadi), administrado por el Banco Mundial, con sede en Washington. La finalidad principal con la que se creó el Ciadi, fue la de proporcionar medios de conciliación y arbitraje a los que pudieran someterse las diferencias relativas a inversiones internacionales. De este modo, el arbitraje y la conciliación al amparo del Convenio de Washington son totalmente voluntarios, siendo que para recurrir a ellos se requiere el consentimiento, tanto del inversionista como del Estado

⁶⁹ Cfr. *Idem*.

⁷⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 73-74.

implicado. Sin embargo, una vez prestado dicho consentimiento, éste no puede ser revocado.⁷¹

Debe tenerse presente, adicionalmente, que el Ciadi no representa un organismo decisorio de controversias, sino simplemente una institución dedicada a proporcionar medios de conciliación y arbitraje, sin adjudicar disputas. Son los árbitros independientes designados por las partes, quienes, en cada caso, examinan y dirimen las contiendas.⁷²

Posteriormente, e inspirada en la Convención de Nueva York, en 1975 la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la Convención de Panamá)⁷³ fue acordada en el marco de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, la OEA) y suscrita por una cantidad considerable de Estados latinoamericanos, entre los cuales se encuentra nuestro país, quien la ratificó el 2 de mayo de 1989.⁷⁴

La Convención de Panamá marcó un nuevo avance en el reconocimiento del arbitraje como medio de solución de controversias en el ámbito regional latinoamericano.⁷⁵ Tiene como propósito fortalecer el arbitraje en el continente americano, estando dirigida, fundamentalmente, al arbitraje comercial.⁷⁶ Está abierta a la firma de los Estados

⁷¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 70-71.

⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 71.

⁷³ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975). Celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975. Entró en vigor el 16 de junio de 1976. Aprobada por el Perú en noviembre de 1988, mediante Resolución Legislativa n.º 24924.

⁷⁴ Portal de la Organización de los Estados Americanos (OEA). <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (último acceso: 01/08/2014).

⁷⁵ Cfr. REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Op. cit., 2006, p. 221.

⁷⁶ Cfr. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit., vol. 18, p. 423.

miembros de la OEA,⁷⁷ así como a la adhesión de cualquier otro Estado.⁷⁸

Finalmente, en 1985, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, la Cnudmi) adoptó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante, la Ley Modelo de la Cnudmi),⁷⁹ la cual persiguió el propósito de armonizar la regulación existente sobre arbitraje, a fin de promover su utilización.

La Ley Modelo regula todas las etapas del procedimiento arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional.⁸⁰ Si bien no es un tratado internacional, sino simplemente un modelo, carente de efectos vinculantes, este instrumento es conocido y aceptado por la comunidad internacional, especialmente para regir los arbitrajes internacionales, y está dirigido a ser implementado por las legislaciones internas de cada país, con miras a uniformizar el tratamiento doméstico del arbitraje.

Años más tarde, en el 2006, la Cnudmi aprobó una serie de enmiendas⁸¹ al texto de la Ley Modelo de 1985. Entre otras variaciones, la nueva versión de la Ley Modelo modernizó el requisito de la forma del acuerdo arbitral a fin de tener en cuenta las nuevas prácticas contractuales internacionales. Desde el 2006, la versión estándar de la ley es la

⁷⁷ Artículo 7 de Convención de Panamá de 1975. *Cit.*

⁷⁸ Artículo 9 de la Convención de Panamá de 1975. *Cit.*

⁷⁹ Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo de la Cnudmi). Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) el 21 de junio de 1985, en su 18.º período de sesiones.

⁸⁰ *Cfr.* PARRA RODRÍGUEZ, Carmen. «Problemas técnicos del Arbitraje Comercial Internacional». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales. Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 10, pp. 531-556, p. 535.

⁸¹ Enmiendas aprobadas por la Cnudmi, el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones.

versión enmendada, siendo ésta la que ha sido acogida por el Perú en su actual Ley de Arbitraje.⁸²

Si bien existen diversos textos normativos de carácter internacional en materia de arbitraje, la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la Cnudmi se consideran los dos instrumentos jurídicos más importantes.⁸³ Ambos reflejan el contenido de la legislación arbitral ya desarrollada, así como la práctica de instituciones arbitrales tales como la CCI, y han desempeñado un rol importante en la modernización y armonización de las leyes de los distintos países.⁸⁴ Por tal motivo, se señala sin temor a exagerar, que todo acuerdo arbitral que disponga la realización de un arbitraje comercial internacional, deberá tomar en consideración los requisitos internacionales establecidos por la Convención de Nueva York y la Ley Modelo de la Cnudmi.⁸⁵

2. MARCO NORMATIVO NACIONAL DEL ARBITRAJE

Así como el arbitraje fue reconocido y regulado a nivel internacional, lo fue en nuestro país.

2.1. *Regulación constitucional del arbitraje*

En los Estados constitucionales democráticos, la Constitución establece los principios fundamentales para la estabilidad jurídica y la gobernabilidad democrática, regulando tanto el Derecho Público como el Dere-

⁸² Situación actual de la Ley Modelo de la Cnudmi de 1985, con las enmiendas adoptadas en el año 2006. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (último acceso: 01/08/2014).

⁸³ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011, p. 168.

⁸⁴ Cfr. REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Op. cit., 2006, p. 222.

⁸⁵ Cfr. *Idem*.

cho Privado. «Esta premisa se desprende de la noción de Constitución entendida no sólo como una norma política, sino también como norma jurídica suprema, manifestación del ordenamiento jurídico, pues en ella se encuentran las bases constitucionales de todas las disciplinas del Derecho».⁸⁶ Consecuentemente, la institución del arbitraje no puede desenvolverse al margen de la Constitución, sino más bien dentro de su cauce.

Ya la Constitución Política de la República Peruana de 1828 reconocía el derecho de todo peruano «de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».⁸⁷ Sin embargo, fue recién a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1979⁸⁸ que la institución del arbitraje fue reconocida constitucionalmente en el Perú como una jurisdicción de excepción, lo cual fue reproducido, a su vez, en el artículo 139, inciso 1 de nuestra Constitución Política vigente.⁸⁹

Adicionalmente, cabe notar que el artículo 62 de la Carta Magna dispone que los conflictos derivados de la relación contractual se solucionarán en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. No cabe duda, entonces, de que el arbitraje tiene pleno reconocimiento constitucional

⁸⁶ LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 8, pp. 13-48, p. 16.

⁸⁷ Artículo 162 de la Constitución Política de la República Peruana de 1828. «Artículo 162.- Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

⁸⁸ Artículo 233, inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1979. «Artículo 233.- Son garantías de la administración de justicia: 1. La unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar».

⁸⁹ Artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política del Perú de 1993. «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. [...]».

como jurisdicción en el ordenamiento jurídico peruano, lo cual ha sido reconocido expresamente por el Tribunal Constitucional del Perú.⁹⁰

2.2. Regulación infraconstitucional del arbitraje

A nivel infraconstitucional, la legislación peruana dio cabida al arbitraje en el Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852,⁹¹ el cual reconocía el derecho de los particulares de resolver por medio de jueces-árbitros, todas las controversias que la ley no excluyera expresamente.⁹² Asimismo, distinguía entre los árbitros *juris*, quienes sentenciaban las causas con sujeción a las leyes, y los árbitros arbitradores, quienes resolvían las cuestiones como «amigables componedores», con base en la buena fe.⁹³ Esto último representaría el antecedente de la actual distinción entre «arbitraje de derecho» y «arbitraje de conciencia o equidad».

Más adelante, el marco legal del arbitraje estuvo regido en el Perú por el Código de Procedimientos Civiles de 1912⁹⁴ y el Código Civil de 1984.⁹⁵ Sin embargo, el Código de Procedimientos Civiles equiparaba

⁹⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC de 28 de febrero de 2006.

⁹¹ Código de Enjuiciamientos en Materia Civil peruano, promulgado el 7 de junio de 1851 y publicado el 28 de julio de 1852.

⁹² Artículo 57 del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil peruano. *Cit.* «Pueden decidirse por medio de jueces árbitros todas las controversias de los litigantes que la ley no excluye expresamente».

⁹³ Artículo 58 del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil peruano. *Cit.* «Los interesados someten sus diferencias a la decisión de árbitros, o facultándolos para que sustancien las causas con sujeción a este código, y las sentencien conforme a las leyes; o para que, averiguada la verdad, y guardando sólo la buena fe, determinen las cuestiones como amigables componedores. Los primeros son árbitros *juris*, los segundos, árbitros arbitradores».

⁹⁴ Código de Procedimientos Civiles peruano de 1919. Promulgado mediante Ley n.º 1510 el 15 de diciembre de 1911, entrado en vigencia el 28 de julio de 1912.

⁹⁵ Código Civil peruano. Promulgado mediante Decreto Legislativo n.º 295 el 24 de julio de 1984, publicado el 25 de julio de 1984, y entrado en vigencia el 14 de noviembre de 1984.

el arbitraje a un juicio sujeto a revisión ante el Poder Judicial, lo cual restaba eficacia al laudo arbitral.⁹⁶ Por su parte, el Código Civil establecía la innecesaria distinción entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral —bajo comentario en el siguiente capítulo—, la cual determinaba que el arbitraje resultara una institución poco práctica.

Fue recién que dimos un gran salto legislativo con la dación de la Ley General de Arbitraje de 1992,⁹⁷ norma que derogó el régimen arbitral anterior contenido en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 y en el Código Civil de 1984. La principal innovación de esta ley fue la eliminación de la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, facilitando con ello el acceso, la celeridad y la facilidad del arbitraje.⁹⁸

Más adelante, la Ley General de Arbitraje de 1992 fue reemplazada por la Ley General de Arbitraje de 1996,⁹⁹ la cual eliminó, a mediados de los años noventa, una gran parte de las barreras legales para la evolución del arbitraje a nivel nacional, armonizando esta institución con los estándares internacionales.¹⁰⁰ El proyecto de esta ley seguía en lo básico

⁹⁶ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe. «El arbitraje nacional e internacional en el Perú». En homenaje al ilustre maestro sanmarquino doctor Jorge Eugenio Castañeda, quien nos brindó el privilegio de su amistad. Disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%20Arbitraje.26%20set%2005.pdf> (último acceso: 12/05/2015), p. 1.

⁹⁷ Ley General de Arbitraje peruana de 1992, promulgada mediante Decreto Ley n° 25935 el 10 de diciembre de 1992.

⁹⁸ Cfr. OSTERLING PARODI, Felipe. «El arbitraje nacional e internacional en el Perú». En *Homenaje al ilustre maestro sanmarquino doctor Jorge Eugenio Castañeda, quien nos brindó el privilegio de su amistad*. *Op. cit.*, pp. 1-2.

⁹⁹ Ley General de Arbitraje peruana de 1996, promulgada mediante Ley n.° 26572 el 3 de enero de 1996.

¹⁰⁰ Cfr. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «El futuro del arbitraje en el Perú». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2008, vol. 6, pp. 405-437, p. 408.

la Ley Modelo de la Cnudmi de 1985, manteniendo así lo que se consideró un «estándar internacionalmente más que aceptable».¹⁰¹

Finalmente, la ley de 1996 fue reemplazada por nuestra actual Ley de Arbitraje, que entró en vigencia en septiembre del 2008.¹⁰² Esta reforma se dio en un contexto de promoción de las inversiones, con la finalidad de crear una atmósfera más favorable a los inversionistas y empresas interesados en incursionar en el Perú, pues —como veremos más adelante— efectivamente se dio en el marco de la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial con los Estados Unidos.¹⁰³

2.2.1. La actual Ley de Arbitraje peruana, el Decreto Legislativo n.º 1071

Si bien es cierto que la legislación anterior a la Ley de Arbitraje del año 2008 había significado un importante avance, no solamente en la regulación normativa del arbitraje en el Perú, sino también en sus efectos sobre la práctica efectiva; tal como señalan Fernando Cantuarias y Roque Caivano, la experiencia recogida en la última década, la promulgación de nuevas y más modernas legislaciones comparadas —como la de Alemania en 1998, España en 2003 y Austria en 2006— y la reciente reforma de la Ley Modelo de la Cnudmi en 2006, impulsaron a nuestro país a continuar con el perfeccionamiento de su legislación arbitral, el cual había iniciado en la década del noventa con la aparición de las Leyes Generales de Arbitraje de 1992 y 1996.¹⁰⁴

¹⁰¹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. XIII.

¹⁰² Ley de Arbitraje peruana, promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1071, el 28 de junio de 2008. Entrada en vigencia el 1 de septiembre de 2008.

¹⁰³ *Cfr.* SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. XVIII.

¹⁰⁴ *Cfr.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7, pp. 43-84, p. 44.

Fue en este contexto que el 25 de enero de 2006, se creó una Comisión Técnica que elaboró un Proyecto Modificadorio de la Ley de Arbitraje peruana de 1996. Las reformas parciales pretendidas buscaban ajustar ciertos aspectos importantes de la estructura arbitral, en aras a consolidar el desarrollo sostenido del arbitraje que venía desplegándose en el Perú.¹⁰⁵

Con el acogimiento de esta propuesta de modificación parcial, en junio del 2008 fue emitido el Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje, el mismo que trajo una serie de modificaciones adicionales.¹⁰⁶

Esta ley surgió como cumplimiento del compromiso asumido por el Estado peruano en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos de América, de promover y facilitar el desarrollo del arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias de carácter comercial.¹⁰⁷ En este contexto, la nueva ley persigue cumplir

¹⁰⁵ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-La Ley, 2014, primera parte, vol. 25, p. 33.

¹⁰⁶ Cfr. *Idem*.

¹⁰⁷ Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y los Estados Unidos de América. Suscrito en Washington D.C. el 12 de abril de 2006, entrado en vigencia el 1 de febrero de 2009.

«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 estas 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».

con lo establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial, mejorando la regulación del arbitraje y, en particular, mejorando la regulación sobre el acuerdo arbitral y la ejecución de laudos arbitrales, ajustándose a los estándares internacionales contenidos en la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975.¹⁰⁸

La nueva ley ha sido influenciada, tanto por la Convención de Nueva York de 1958,¹⁰⁹ como por la Ley Modelo de la Cnudmi; en este último caso, tomando en consideración su versión del 2006.¹¹⁰ Esto tiene reflejo, como veremos más adelante, en varias de las disposiciones que contempla el texto de la ley.

Adicionalmente, debe mencionarse que la Ley de Arbitraje del 2008 persigue dos objetivos principales: mantener los éxitos logrados en el arbitraje doméstico, y extenderlos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes.¹¹¹

Con respecto a las innovaciones que trae la ley, podemos decir, de manera general, que ésta ha privilegiado tanto la eficacia del acuerdo arbitral como la común intención de las partes de someterse al fuero arbitral, procurando así frenar los intentos —que se habían venido observando en la práctica— de judicializar el arbitraje a través de recursos destinados a dilatar o impedir el desenvolvimiento del proceso arbitral.

¹⁰⁸ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, primera parte, vol. 25, p. 34.

¹⁰⁹ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. XIX.

¹¹⁰ Cfr. Información disponible en el Portal de la Cnudmi http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html (último acceso: 01/08/2014).

¹¹¹ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coords.). *Comentarios a la Ley peruana de Arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. XIX.

En tal sentido, la Ley de Arbitraje del 2008 refuerza en los árbitros la posesión de una «jurisdicción primaria sobre la arbitrabilidad y el alcance del acuerdo arbitral», dejando relegado el control judicial a una etapa posterior —una vez culminado el proceso arbitral—, a través del recurso de anulación del laudo.¹¹²

Adicionalmente, cabe observar que, a diferencia de sus predecesoras de 1992 y 1996, la Ley de Arbitraje del 2008 ya no regula al arbitraje doméstico y al internacional de manera separada, sino que presenta una metodología que se ha calificado como «monista», pues preconiza la aplicación de las mismas reglas para ambos tipos de arbitraje.¹¹³ En este orden, si bien se han mantenido algunas pocas normas que se aplican exclusivamente al arbitraje internacional, la tendencia ha sido la de establecer las mismas reglas de juego tanto para arbitrajes locales como internacionales.

2.2.1.1. *El texto de la ley*

La Ley de Arbitraje del 2008 contiene ocho títulos que regulan las disposiciones aplicables, tanto a los procesos arbitrales domésticos como internacionales, así como a los procesos de anulación y ejecución de laudos arbitrales nacionales, y de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

El Título I contiene disposiciones generales, entre las cuales destacamos aquéllas que determinan el ámbito de aplicación de la ley (artículo 1), las materias susceptibles de arbitraje (artículo 2), los principios y derechos de la función arbitral (artículo 3), las disposiciones que norman el arbitraje con el Estado peruano (artículo 4), las que establecen cuándo se considera que un arbitraje es de carácter internacional (ar-

¹¹² Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. *La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad*. Op. cit., p. 50.

¹¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 54.

título 5), las que regulan la competencia de los jueces ordinarios en la colaboración y el control judicial (artículo 8), entre otras.

Seguidamente, el Título II regula todo aquello relacionado al acuerdo arbitral, dentro de lo cual destacamos las disposiciones referidas al contenido y la forma de este contrato (artículo 13), así como la llamada «extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias» (artículo 14).

El Título III, por su parte, se ocupa de las normas dirigidas a los árbitros, entre las cuales se encuentran aquéllas que regulan el número de árbitros (artículo 19), la capacidad para ser árbitro (artículo 20), la incompatibilidad para el ejercicio de la función arbitral (artículo 21), el nombramiento de los árbitros (artículos 22 al 27), la abstención, recusación y remoción de árbitros (artículos 28 al 31), entre otras.

Más adelante, el Título IV es el que establece las disposiciones aplicables a las actuaciones arbitrales. Entre estas normas se encuentran aquéllas relativas al inicio del arbitraje (artículo 33), el lugar e idioma del arbitraje (artículos 35 y 36), el principio de la buena fe en el arbitraje (artículo 38), la competencia del tribunal arbitral (artículos 40 y 41), las audiencias (artículo 42), el recurso de reconsideración (artículo 49), entre otras disposiciones.

Siguiendo la línea anterior, el Título V se aboca exclusivamente a regular todo aquello relacionado con el laudo arbitral. En este orden, contiene disposiciones referidas a la adopción de decisiones por parte de los árbitros (artículo 52), el plazo para laudar (artículo 53), el número y clase de laudos (artículo 54), la forma y el contenido del laudo (artículos 55 y 56), las normas aplicables al fondo de la controversia (artículo 57), las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo (artículo 58), los efectos del laudo (artículo 59), entre otras.

El Título VI se ocupa de la anulación y ejecución del laudo. Regula, en primer lugar, la procedencia del recurso de anulación (artículo 62),

las causales de anulación (artículo 63), el trámite del recurso (artículo 64) y las consecuencias de la anulación (artículo 65). En segundo lugar, contiene las normas aplicables tanto a la ejecución del laudo por parte de los árbitros (artículo 67), como a la que tiene lugar en la vía judicial (artículo 68).

Siguiendo con la exposición de la ley, cabe solamente mencionar que el Título VII contiene las reglas aplicables a la determinación y distribución de los costos arbitrales.

En último lugar, el Título VIII se ocupa del reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. Entre estas normas se encuentran aquellas que regulan la legislación aplicable a los procesos de reconocimiento y ejecución (artículos 74 y 78), las causales de denegación de reconocimiento (artículo 75), el procedimiento de reconocimiento (artículo 76) y el procedimiento de ejecución (artículo 77).

Finalmente, la ley contiene una serie de Disposiciones Complementarias, Transitorias, Modificatorias, Derogatorias y Finales.

2.2.1.2. *Ámbito de aplicación*

De conformidad con el artículo 1, inciso 1 de la Ley de Arbitraje, ésta es aplicable a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea que el arbitraje tenga carácter nacional o internacional.

De este modo, la norma hace referencia al ámbito de aplicación territorial, siendo que en el presente caso se trataría del territorio de la República del Perú. Cabe tener en cuenta, en este punto, que cuando la norma emplea el término «lugar» del arbitraje, éste debe entenderse como la «sede» del procedimiento.¹¹⁴ La importancia de esta implicancia

¹¹⁴ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, RITA SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, primera parte, vol. 25, p. 42.

estriba no solamente en la necesidad de fijar el espacio físico donde se desenvolverán las actuaciones arbitrales, sino también en la vinculación que tiene la sede del arbitraje con la determinación de la ley aplicable y del tribunal competente.¹¹⁵

Sin dejar de lado esta primera disposición, el artículo 1, inciso 1, reconoce a su vez la aplicación primigenia —esto es, por encima de las disposiciones de la propia ley— de los tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte, así como de las leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje. Esto se traduce en que tanto frente a convenios internacionales, como frente a leyes especiales, la Ley de Arbitraje deja de tener una aplicación automática para pasar a ser supletoria en caso de vacío o deficiencia de tales instrumentos.¹¹⁶

Finalmente, sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso 1 del artículo 1, el inciso 2 señala algunas disposiciones de la ley que resultarán aplicables aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del territorio peruano.¹¹⁷ Se entiende, entonces, que esta disposición constituye una excepción al principio de territorialidad.¹¹⁸

3. DELIMITACIÓN DEL MARCO NORMATIVO APLICABLE AL PRESENTE TRABAJO

El presente estudio versa sobre la forma del acuerdo arbitral en el contexto del ordenamiento jurídico peruano, siendo este último entendido no sólo en lo referido a nuestra legislación interna, sino también a los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú. Estos últimos

¹¹⁵ *Cfr. Idem.*

¹¹⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 44.

¹¹⁷ Artículo 1, inciso 2 de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

¹¹⁸ *Cfr.* CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, primera parte, vol. 25, p. 47.

están representados por la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, en tanto ambas han sido ratificadas por el Estado peruano, y contienen disposiciones referidas a la forma del acuerdo arbitral.

Ambas convenciones, de Nueva York y de Panamá, son de aplicación a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú. Asimismo, la Convención de Panamá puede además resultar aplicable a los arbitrajes comerciales internacionales que se lleven a cabo en el Perú.

Si bien, como veremos en el Capítulo II, la cuestión de la forma del acuerdo arbitral no presenta problemas en nuestra legislación interna, ello sí ocurre en la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales que acabamos de mencionar. En tal sentido, este trabajo se ocupará de manera central del análisis de la forma del acuerdo arbitral según lo previsto por las Convenciones de Nueva York y de Panamá, para el caso en que alguna de ellas resulte aplicable a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Perú, o a los procesos arbitrales internacionales en materia comercial que se lleven a cabo en territorio peruano.

Para fines de nuestro estudio, delimitaremos el marco normativo aplicable al mismo de la siguiente manera:

En una primera instancia, constituye nuestro marco normativo la legislación interna aplicable al acuerdo arbitral, la cual está conformada por: (1) la Constitución Política del Perú de 1993, en tanto reconoce al arbitraje como jurisdicción de excepción; (2) la Ley de Arbitraje peruana del 2008, en cuanto se le considera una ley especial que regula el arbitraje; y (3) el Código Civil peruano de 1984, por razón de que contiene las disposiciones aplicables a los actos jurídicos, en general, dentro de los cuales está comprendido el acuerdo arbitral.

En segunda instancia, completan nuestro marco normativo los instrumentos internacionales acogidos por el Perú, que regulan la materia de nuestro estudio: (1) la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, en tanto resulten aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú o a los arbitrajes comerciales internacionales que se lleven a cabo en territorio peruano (esto último solamente referido a la Convención de Panamá); y, (2) la Ley Modelo de la Cnudmi de 1985 con sus enmiendas adoptadas en el 2006, por razón de que, si bien no es de carácter vinculante, ha sido acogida por el Perú y sus directrices han sido consideradas en la elaboración de la Ley de Arbitraje peruana, particularmente en lo que concierne a la forma del acuerdo arbitral.

C. BALANCE

El arbitraje surge en la historia de los hombres de manera espontánea, a través de la práctica negocial, como un medio de heterocomposición de conflictos, caracterizándose siempre por la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a la decisión de un tercero imparcial. Hoy en día podemos definir al arbitraje como aquella «forma más elemental de la jurisdicción», de la cual desciende posteriormente la jurisdicción estatal de nuestros tiempos.

Existe un debate en torno a la naturaleza del arbitraje. La doctrina se divide en dos principales teorías: la contractualista o privatista, que pone el acento en el acuerdo de voluntades que da origen al arbitraje, para considerar que éste es de carácter netamente privado; y la jurisdiccionalista o procesalista, que asimila la jurisdicción arbitral a la estatal, considerando a la primera como eminentemente pública. Nosotros, por otro lado, nos adscribimos a una postura intermedia que considera que el arbitraje es, tanto contractual como jurisdiccional, en tanto tiene su fundamento en el acuerdo voluntario de las partes de someterse a la justicia arbitral, la cual es legalmente reconocida como auténtica juris-

dicción. No obstante esto último, negamos que la jurisdicción arbitral pueda ser completamente asimilada a la estatal.

Sin perjuicio de la existencia de tan disímiles teorías sobre la naturaleza del arbitraje, sostenemos que aun cuando uno se decante por la tesis jurisdiccionalista, debe reconocer a la voluntariedad como el elemento esencial que caracteriza al arbitraje. Esto se expresa en la necesaria suscripción de un acuerdo arbitral para dar entrada a la jurisdicción arbitral.

El arbitraje, por sus destacables ventajas frente a la justicia estatal, ha logrado una creciente importancia tanto a nivel internacional como en el Perú, la cual se ha visto expresada en su reconocimiento legislativo en ambos escenarios.

Nuestro trabajo se ocupa del estudio de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, entendido éste en sentido amplio, es decir, abarcando no solamente nuestra legislación interna sino también los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú. Si bien más adelante veremos que la forma del acuerdo arbitral no representa problema alguno en nuestra legislación nacional, ello sí ocurre en los dos instrumentos internacionales en la materia de los que el Perú es parte: la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975.

Tanto la primera como la segunda de las convenciones, son aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú; y, adicionalmente, la segunda puede también ser de aplicación en el caso de arbitrajes internacionales en materia comercial que se lleven a cabo en territorio peruano.

Para efectos de nuestro trabajo, el marco normativo en que nos encuadramos estará conformado, en primera instancia, por los instrumentos legales que rigen el arbitraje y el acuerdo arbitral en el Perú, a

saber: la Constitución Política, la Ley de Arbitraje y el Código Civil; y, en segunda instancia, por los siguientes tres instrumentos internacionales: la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975 y la Ley Modelo de la Cnudmi en su versión 2006, esta última debido a que ha servido como directriz para la elaboración de la Ley de Arbitraje peruana.

CAPÍTULO II

EL ACUERDO ARBITRAL, PRESUPUESTO DEL ARBITRAJE

Como vimos en el capítulo anterior, el acuerdo arbitral es el pilar imprescindible del arbitraje, por cuanto a través de él se despliega y surte efectos la voluntad de las partes de someter sus controversias a la jurisdicción arbitral.

En este capítulo nos ocuparemos de esbozar un concepto amplio del acuerdo o convenio arbitral, que sea de utilidad en el camino a recorrer en el presente estudio. Asimismo, explicaremos la naturaleza jurídica de este peculiar acto jurídico, deteniéndonos a analizar sus elementos esenciales, entre los cuales se encuentra, precisamente, la forma del acuerdo arbitral.

A. UNA DEFINICIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

Son muchas las definiciones que se han trazado respecto del acuerdo arbitral. No obstante, en esta oportunidad citaremos aquéllas que consideramos particularmente adecuadas, a fin de llegar a una que incluya completamente las notas más esenciales de esta especial figura contractual.

1. DIFERENTES DEFINICIONES DEL ACUERDO ARBITRAL

Alan Redfern y otros autores nos brindan una definición básica del acuerdo arbitral al presentarlo como «el acuerdo que celebran las partes

para someter a arbitraje toda controversia o diferencia suscitada entre ellas...». ¹¹⁹

De manera un tanto más amplia, Francisco González nos señala que «el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje». ¹²⁰ Cabe notar la salvedad que se hace en el sentido de que la controversia a ser sometida al arbitraje puede ser, tanto presente —esto es, ya suscitada— como futura —la cual puede o no generarse—. Esto nos permitirá explicar más adelante que existe más de una modalidad de celebración del acuerdo arbitral.

Con mayor detalle, Caivano define al acuerdo arbitral como «el acuerdo de voluntades 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». ¹²¹ Es importante el aporte de esta definición en tanto precisa que las controversias a ser cubiertas por el arbitraje son aquéllas que hayan surgido o que puedan surgir de una relación jurídica —contractual o no— determinada. Ello nos lleva a lo que comentaremos más adelante al tratar del contenido del acuerdo arbitral, que es, precisamente, la relación jurídica de la cual emergen las desavenencias sometidas al arbitraje. Como veremos, todo acuerdo arbitral debe, necesariamente, estar referido a una relación jurídica específica.

Similar a la definición de Caivano es la provista por la Ley de Arbitraje peruana, que en su artículo 13, inciso 1, presenta al acuerdo arbitral como aquel acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias, que hayan surgido

¹¹⁹ REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. *Op. cit.*, 2006, p. 65.

¹²⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 133.

¹²¹ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 20.

o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.¹²²

Finalmente, Juan Guillermo Lohmann nos brinda una definición útil del acuerdo arbitral como «aquel convenio por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas discrepancias que en el futuro se susciten entre ellas derivadas de una relación jurídica concreta, y que puedan ser objeto de solución arbitral»,¹²³ siendo lo destacable de su propuesta el énfasis en la necesidad de que las controversias puedan ser resueltas mediante arbitraje. Ello nos lleva a la llamada «arbitrabilidad» de la materia, que no es sino la posibilidad de someter un litigio al arbitraje,¹²⁴ también definida como «la ausencia de una prohibición del Estado de someter una controversia a un procedimiento arbitral, o de manera positiva, la autorización del Estado de resolver definitivamente una controversia fuera de los tribunales judiciales».¹²⁵ En este sentido, la ley de arbitraje peruana establece en su artículo 2, inciso 1, que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

2. UNA DEFINICIÓN ELEMENTAL DEL ACUERDO ARBITRAL

Una vez consideradas diferentes definiciones que se han ofrecido respecto del acuerdo arbitral, podemos arribar a una conceptualización propia y útil del mismo que incluya sus notas esenciales.

¹²² Artículo 13.1 de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

¹²³ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, p. 79.

¹²⁴ *Cfr.* SALCEDO CASTRO, Myriam. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración*. El Rosario: Universidad del Rosario, 2006, p. 134.

¹²⁵ PEREZNIETO, Leonel y James GRAHAM. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional mexicano*. México D.F.: Limusa, 2013, 2.^a edición, p. 75.

En este sentido, consideramos que el acuerdo arbitral debe ser entendido como aquel contrato por el cual dos o más partes acuerdan someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias, presentes o futuras, que surjan entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, y siempre que aquellas controversias puedan ser objeto de solución arbitral.

Es importante notar que al ser el acuerdo arbitral un auténtico contrato,¹²⁶ se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes,¹²⁷ lo que determina que la sumisión a la jurisdicción arbitral sea de carácter voluntario.

En segundo lugar, y aunque las definiciones anteriormente citadas no lo mencionan, es imprescindible destacar que el acuerdo arbitral constituye un contrato principal, aun cuando se encuentre ligado a otro contrato. En este contexto, una cláusula arbitral incluida en un contrato principal, no puede ser considerada en modo alguno como un accesorio de aquél, sino que constituye también un contrato principal.

En ello consiste el principio de separabilidad del acuerdo arbitral, en virtud del cual este acuerdo constituye un contrato en sí mismo. Sin perjuicio de que se encuentre incorporado en el mismo instrumento que contiene al contrato principal o en uno separado, el acuerdo arbitral tiene existencia y efectos independientes respecto de aquél.¹²⁸ Se sigue de ello que la validez y eficacia del acuerdo arbitral resultan independientes

¹²⁶ Cfr. DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Pamplona: Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 2010, p. 39.

¹²⁷ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Op. cit., tomo I, pp. 147-200, p. 154.

¹²⁸ Cfr. MINORINI LIMA, Ignacio J. «La autonomía del acuerdo de arbitraje en el derecho argentino». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Op. cit., tomo I, pp.189-198, pp. 190-191.

de las del contrato subyacente o principal. La ineficacia o invalidez del último no causa automáticamente la del acuerdo arbitral.¹²⁹

3. EFECTOS DEL ACUERDO ARBITRAL

Como se ha visto, la celebración de un acuerdo arbitral implica el sometimiento de las partes a la decisión de los árbitros respecto de aquellas cuestiones que ellas mismas hayan identificado como la materia a resolver en el juicio arbitral.¹³⁰ Es decir, las partes deciden, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, que ciertas controversias van a ser dilucidadas en un proceso arbitral, renunciando así a su derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria, respecto de aquellas materias específicas.

Al pactar esto, entonces, las partes no solamente renuncian a que esas cuestiones sean decididas por los tribunales de justicia estatales, sino que además le asignan funciones y facultades jurisdiccionales a un tercero o terceros de carácter privado. Es bajo estas premisas que se reconoce la existencia de dos efectos que trae la celebración de un acuerdo arbitral: uno de índole positiva y otro de negativa.

3.1 *Efecto positivo del acuerdo arbitral*

El efecto positivo del acuerdo arbitral consiste en atribuir jurisdicción a los árbitros a fin de que resuelvan las controversias sometidas a su conocimiento, lo cual incluye la facultad de decidir sobre su propia competencia.¹³¹ Ello se traduce, entonces, en una obligación para las partes de arbitrar la controversia que, prevista como objeto del pacto

¹²⁹ Cfr. CÁRDENAS, Emilio J. «La “autonomía” del acuerdo arbitral y el principio de competencia/competencia». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral. Op. cit.*, tomo I, (pp. 95-104) p. 97.

¹³⁰ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011, p. 25.

¹³¹ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 28.

arbitral, surja entre ellas.¹³² Esto último deberá operar siempre que una de las partes presente una solicitud de inicio del procedimiento arbitral.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe mencionar que es posible que las partes, mediante la celebración de un nuevo acuerdo, renuncien al arbitraje a que se habían obligado en primera instancia. Ése es el sentido del artículo 18 de la Ley de Arbitraje, cuando establece que «la renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita».

3.2. Efecto negativo del acuerdo arbitral

Como contrapartida del efecto positivo del acuerdo arbitral, el efecto negativo supone la interdicción de los jueces y tribunales ordinarios de abocarse al conocimiento de las controversias que se hayan sometido a arbitraje.¹³³

Debe notarse la importancia e implicancia de este efecto, por cuanto significa que, a través de la suscripción del acuerdo arbitral, las partes renuncian a su derecho fundamental de acudir a la justicia ordinaria, sometiendo futuras o actuales controversias a la decisión de terceros que no son parte de la administración de justicia estatal.

En este escenario, si alguna de las partes —haciendo caso omiso de la obligación asumida en el acuerdo arbitral— iniciara una acción judicial respecto de alguna de las controversias sometidas al fuero arbitral, la otra parte podría plantear la incompetencia del tribunal judicial, sobre la base de que su jurisdicción ha sido renunciada. En este caso, al tribunal judicial no le quedaría otra alternativa que abstenerse de conocer la materia traída bajo su esfera. Esta forma de tutela a la vigencia

¹³² Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral». En AA.VV. *Op. cit.*, p. 182.

¹³³ Cfr. *Ibidem*, p. 184.

efectiva del acuerdo arbitral está materializada en nuestro ordenamiento jurídico bajo la figura procesal de la «excepción de convenio arbitral».¹³⁴

B. CELEBRACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

1. ANTECEDENTES: LA DISTINCIÓN ENTRE CLÁUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO ARBITRAL

Hoy en día, basta la suscripción de un acuerdo arbitral por dos o más partes para que, surgida la controversia prevista como objeto de dicho acuerdo, cualquiera de ellas pueda dar inicio al arbitraje. Sin embargo, la realidad del acuerdo de arbitraje no siempre fue ésta.

En épocas pasadas, nuestra legislación regulaba no una sino dos figuras contractuales necesarias para llegar al procedimiento arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Este último, el compromiso arbitral, constituía aquel contrato por medio del cual, una vez celebrado, las partes podían compelerse una a la otra a iniciar el procedimiento arbitral.

Cabe, entonces, preguntarnos en qué consistía el primer acuerdo, la cláusula compromisoria. Y es que ocurre que aquélla, si bien se trataba también de un pacto de sumisión a la jurisdicción arbitral, carecía de la suficiencia que sí tenía el compromiso arbitral para iniciar un arbitraje. Lo cierto es que la cláusula compromisoria no era más que «un contrato para celebrar otro contrato»; un acuerdo por medio del cual, surgida la controversia, las partes estaban obligadas a suscribir el respectivo compromiso arbitral luego del cual —recién entonces— podría iniciarse el arbitraje.

¹³⁴ La excepción de convenio arbitral está contemplada, tanto en el artículo 446, inciso 1 del Código Procesal Civil peruano (promulgado mediante Decreto Legislativo n.º 768 el 8 de enero de 1993), como en el artículo 16 de la Ley de Arbitraje peruana.

No es exagerado, entonces, cuando Castillo Freyre y Vásquez Kunze señalan que «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».¹³⁵

Por muy carente de practicidad y hasta absurda que nos resulte la necesidad de dos contratos para someterse al arbitraje, el hecho es que nuestro Código Civil de 1984 contemplaba la distinción entre los mencionados pactos, regulando la cláusula compromisoria en los artículos 1906 al 1908,¹³⁶ y el compromiso arbitral en los artículos 1909 al 1922,¹³⁷ exigiendo expresamente la necesidad de que, luego de celebrado el contrato de cláusula compromisoria, se celebrara el contrato de compromiso arbitral.

Naturalmente, lo que ocurría en la práctica era que, celebrada la cláusula compromisoria y surgida la controversia prevista, la parte que no deseaba acudir al arbitraje se negara a celebrar el compromiso arbitral. Si bien la cláusula compromisoria obligaba a las partes a suscribir dicho compromiso, la única manera de que la parte perjudicada exigiera a la otra el cumplimiento de tal obligación, era acudiendo a las autoridades judiciales, que era lo que originalmente se buscaba evitar al haber pactado el arbitraje. Es en este contexto que señala Gonzalo García-Calderón, refiriéndose a la regulación de la cláusula compromisoria, que «dicha

¹³⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. I, p. 56.

¹³⁶ El derogado artículo 1906 del Código Civil peruano de 1984 (*cit.*), disponía: «Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, 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. [...]».

¹³⁷ El derogado artículo 1909 del Código Civil peruano de 1984 (*cit.*), disponía: «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».

legislación constituía un freno al desarrollo del arbitraje nacional ya que aquella parte que se negaba a celebrar el compromiso arbitral, luego de haber celebrado el de cláusula compromisoria, debía ser emplazada judicialmente para el otorgamiento de este segundo contrato...». ¹³⁸

Nos acogemos, sin duda, a la crítica de Castillo Freyre y Vásquez Kunze cuando exclaman «nótese lo absurdo, por inútil, de este procedimiento». ¹³⁹

Es por ello que, evidenciado el freno que la cláusula compromisoria representaba para la contratación, fuimos evolucionando hasta arribar a un escenario en el que basta la celebración del acuerdo o convenio arbitral para que cualquiera de las partes pueda —surgida la controversia— obligar a la otra a arbitrar, sin necesidad de que se otorgue ningún otro contrato. ¹⁴⁰

Las disposiciones de nuestro Código Civil referidas a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral fueron derogadas por la ley general de arbitraje de 1992, ¹⁴¹ la cual reguló como único contrato necesario para llegar al arbitraje, al acuerdo arbitral, postura que ha mantenido nuestra actual Ley de Arbitraje. ¹⁴² En tal sentido, actualmente no existe la necesidad de reunir a las partes, una vez surgido el conflicto, para

¹³⁸ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional. En la Sección Segunda de la Ley n.º 26572*. Lima: Cecosami, 2004, p. 60.

¹³⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, vol. 1. p. 56.

¹⁴⁰ Cfr. OSORIO RUIZ, Zaida. *El arbitraje comercial*. Lima: Leg, 1998, p. 98.

¹⁴¹ Artículo 4, inciso 1 de la ley general de arbitraje peruana de 1992. *Cit.*

«Por el convenio arbitral las partes someten al conocimiento y decisión de uno o más árbitros, la solución de las controversias que en el futuro puedan surgir ellas como consecuencia de un contrato o de otras relaciones jurídicas identificadas, o las controversias ya existentes y determinadas, sean o no materia de un proceso. [...]».

¹⁴² Artículo 13, inciso 1, de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

«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

suscribir un compromiso —sometimiento solemne a arbitraje—¹⁴³ ni de acudir a los tribunales judiciales cuando una de las partes no lo desea.

Esta evolución legislativa, denominada «sistema de unidad de convenio»,¹⁴⁴ es celebrada, pues procura que el acuerdo arbitral sea autosuficiente, pudiendo cumplir la totalidad de sus efectos sin necesidad de ser luego ratificado por otro acuerdo.¹⁴⁵ El acierto de la ley habla por sí mismo.

2. CONTENIDO DEL ACUERDO ARBITRAL

Cuando hablamos del contenido del acuerdo arbitral, nos referimos a los elementos que éste debe contener para ser reconocido como tal y, consecuentemente, generar los efectos jurídicos deseados por las partes.

El artículo 13, inciso 1 de la Ley de Arbitraje peruana regula el contenido del acuerdo arbitral al señalar lo siguiente: «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».

De ello se desprende que el contenido del acuerdo arbitral está conformado por dos elementos esenciales, a saber: (1) el compromiso in-

entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».

¹⁴³ Cfr. ROCA AYMAR, José Luis. *El arbitraje en la contratación internacional*. Madrid: Editorial ESIC-Instituto Español de Comercio (ICEX), 1994, p. 84.

¹⁴⁴ Cfr. GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional. En la Sección Segunda de la Ley n.º 26572*. *Op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁵ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 20.

equivoco y claro de las partes de someterse al arbitraje, y (2) la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.¹⁴⁶

Considera Fernando Cantuarias que, para que se configure un acuerdo arbitral, bastará que se adopte un pacto como el siguiente: «Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes de o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje...».¹⁴⁷ Con este acuerdo, señala, las partes podrán acudir directamente a arbitrar sus conflictos, sin que sea necesario otorgar algún otro contrato o estipular alguna otra cuestión.¹⁴⁸

No obstante lo anterior, ello no significa que el acuerdo arbitral no pueda ni considere conveniente, contemplar otras estipulaciones distintas a sus elementos esenciales. Otros temas adicionales que pueden acordar las partes en el acuerdo arbitral son los referidos al lugar del arbitraje, el número de árbitros, la designación de los árbitros, el idioma del arbitraje, la ley aplicable al fondo de la controversia, el procedimiento arbitral, los costos del proceso, entre otros.

Evidentemente, en el caso de que las partes no prevean estos asuntos en el acuerdo arbitral, podrán pactarlos de manera posterior, o también ellos podrán ser decididos por los árbitros o por la ley aplicable. Sin embargo, siempre es aconsejable la precisión al momento de celebrar un acuerdo arbitral, en aras de evitar futuros conflictos y dilaciones respecto a temas que no tocan a la esencia misma de la controversia.

¹⁴⁶ Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Op. cit., p. 230.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 231.

¹⁴⁸ Cfr. *Idem*.

3. MODALIDADES DE CELEBRACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

El acuerdo arbitral puede celebrarse, de modo preventivo, antes de que surja la controversia a que está referido, pero también después de que ella haya surgido, y aun cuando el conflicto ya haya sido sometido a la justicia ordinaria.¹⁴⁹

Es bajo esta dualidad de posibilidades que se reconocen dos modalidades principales de celebración del acuerdo arbitral: (1) la de una cláusula incluida en un contrato, a través de la cual las partes convienen en forma anticipada que las disputas que puedan surgir de dicho acto jurídico serán resueltas por arbitraje; y (2) la de un acuerdo independiente referido a disputas ya existentes.¹⁵⁰

Algunos doctrinarios optan por denominar a la primera de las modalidades mencionadas como «cláusula compromisoria», y a la segunda como «compromiso arbitral»;¹⁵¹ sin embargo, habida cuenta de que dichas denominaciones eran las empleadas por nuestro Código Civil para referirse a las derogadas figuras antecedentes del acuerdo arbitral, y a fin de no caer en confusión, nosotros, siguiendo a Castillo Freyre,¹⁵²

¹⁴⁹ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral. Op. cit.*, p. 69.

¹⁵⁰ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 25.

¹⁵¹ En este sentido, por ejemplo, Roque J. Caivano. Véase: CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 25.

¹⁵² Al respecto, señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze: «En síntesis, podemos afirmar que dos son las modalidades para contratar un arbitraje que se pueden aprehender en mayor medida de la realidad: la cláusula arbitral, que es el pan de todos los días en el tema de arbitraje; y el contrato de arbitraje sobre controversia producida, cuyos casos son menos comunes aunque en ascenso. La tercera modalidad, a saber, el contrato universal de arbitraje pertenece al reino de lo posible aunque por el momento no de los hechos». Ellos incluyen esta tercera modalidad, definiéndola como «[...] aquélla en que dos o más sujetos de Derecho celebran un contrato por el cual se obligan a someter a arbitraje cualquier conflicto que pudiera sobrevenir de todas o algunas de sus relaciones jurídicas, tanto existentes como futuras». Ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El*

Redfern¹⁵³ y González,¹⁵⁴ vamos a referirnos a las comentadas modalidades del acuerdo arbitral bajo los nombres de «cláusula arbitral» y «contrato de arbitraje sobre controversia producida», también llamado «compromiso independiente».

Hecha la precisión, debe mencionarse que la cláusula arbitral está referida siempre a controversias que, al momento de su celebración, todavía no existen ni existe tampoco certeza de que lleguen a producirse. El contrato de arbitraje sobre controversia producida, por el contrario, está referido a conflictos que ya se han generado, razón por la cual puede ser formulado de una manera más específica y detallada que la cláusula arbitral.¹⁵⁵

No obstante, en la actualidad la distinción entre ambas modalidades del acuerdo arbitral ha perdido importancia. En tiempos pasados era necesaria, puesto que la cláusula arbitral era inválida en diferentes países, como resultado de la hostilidad contra el arbitraje.¹⁵⁶ Sin embargo, la Convención de Nueva York trajo consigo la desaparición de dicha hostilidad en los países que se sometieron a la misma,¹⁵⁷ al haber tratado a ambas modalidades de contratación del arbitraje por igual, estableciendo en el inciso 1 de su artículo II, que «cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje [...] diferencias [...]».

juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit., vol. I, pp. 68-69.

¹⁵³ Señalan Alan Redfern y otros: «Por lo general, el acuerdo de arbitraje está incorporado en el contrato principal mediante una «cláusula compromisoria»; también puede instrumentarse por medio de un «compromiso arbitral» independiente». Ver: REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional. Op. cit., 2006, p. 65.*

¹⁵⁴ Señala González de Cossío: «La definición de “acuerdo arbitral” incluye en la misma dos especies. La cláusula arbitral contenida en un contrato, y el compromiso independiente». Ver: GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit., p. 137.*

¹⁵⁵ *Cfr.* CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit., p. 25.*

¹⁵⁶ *Cfr.* GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit., p. 138.*

¹⁵⁷ *Cfr. Idem.*

Siguiendo la línea trazada por la Convención de Nueva York, nuestra actual Ley de Arbitraje reconoce validez a las dos modalidades del acuerdo arbitral, señalando en su artículo 13, inciso 2, que éste podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la de un acuerdo independiente.¹⁵⁸

C. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO ARBITRAL

1. EL ACUERDO ARBITRAL COMO ACTO JURÍDICO

De acuerdo con el artículo 140 del Código Civil peruano, «el acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas». De esta manera, se le define como aquel «acto humano, voluntario, lícito, con manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas».¹⁵⁹

Dentro de este esquema, el acuerdo arbitral, en tanto auténtico contrato,¹⁶⁰ es también un acto jurídico y, como tal, presenta una serie de características que configuran su peculiar naturaleza. Así, en primer lugar, diremos que se trata de un acto jurídico de carácter bilateral, pues requiere de la confluencia de las manifestaciones de voluntad de las partes que lo celebran;¹⁶¹ aunque podría ser también plurilateral en algunos casos, como por ejemplo al constituirse una persona jurídica, cuando el acuerdo arbitral se incorpora a sus estatutos.

En segundo lugar, se trata de un acto jurídico típico, en tanto ha sido regulado por la legislación; y nominado, pues tiene su propio

¹⁵⁸ Artículo 13, inciso 2, de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

«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».

¹⁵⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: Ídemsa, 2001, 2.^a edición, p. 63.

¹⁶⁰ *Cf.* DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. *Op. cit.*, p. 39.

¹⁶¹ *Cf.* VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. *Op. cit.*, p. 60.

nomen iuris. Asimismo, cuenta con un régimen legal específico, el cual se encuentra enmarcado en la Ley de Arbitraje.

Como tercera y última característica, es importante recordar que el acuerdo arbitral es un acto jurídico que ostenta siempre el carácter de principal, sea que conste o no en el documento que contiene el contrato al cual está referido. Confirmando esta principalidad del acuerdo arbitral, así como su consecuente separabilidad del contrato al que esté referido, la Ley de Arbitraje establece en su artículo 41, inciso 2, que cuando el convenio arbitral forme parte de un contrato, deberá ser considerado como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones y que la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato no lo afectará, pues no implicará necesariamente su inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia.

2. ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACUERDO ARBITRAL

Habida cuenta de la naturaleza del acuerdo arbitral como acto jurídico, aquél no escapa de la estructura que corresponde a este último, razón por la cual presenta los mismos elementos esenciales que contempla el Código Civil para todo acto jurídico.

Como refiere Fernando Vidal, los elementos esenciales «son los componentes imprescindibles que le dan carácter definitorio al acto jurídico, o sea, que han de estar presentes para que el acto jurídico alcance existencia jurídica, sin que la autonomía de la voluntad pueda soslayarlos o enervarlos. Todo acto jurídico los necesita como requisitos para su validez y eficacia».¹⁶²

Cabe precisar, a fin de no caer en confusión, que existen dos clases de elementos esenciales del acto jurídico: los de carácter general y los

¹⁶² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, 9.ª edición, p. 89.

de carácter especial. Mientras que los primeros son imprescindibles en la formación de todo acto jurídico; los segundos lo son para cada acto jurídico en particular, y varían según el tipo de acto de que se trate.¹⁶³

No vamos a ocuparnos ahora de los elementos esenciales de carácter especial del acuerdo arbitral, por cuanto nos referimos a ellos al tratar del contenido del acuerdo arbitral. En esta oportunidad, nos abocaremos al análisis de los elementos de carácter general, es decir, aquéllos que deben presentarse en todo acto jurídico.

Señala Caivano que «el acuerdo arbitral debe reunir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos, mas con los particulares que exija la legislación a la que se halle sometido»,¹⁶⁴ y precisa, refiriéndose a los requisitos o elementos de carácter general, que «sin perjuicio de las condiciones específicas de cada legislación, en términos generales puede señalarse que el acuerdo arbitral debe surgir de una expresión de la voluntad que emane libremente de una persona que tenga capacidad legal para obligarse y referirse a controversias respecto de las cuales las partes tengan la libre disponibilidad».¹⁶⁵

Consideramos pertinente el planteamiento de este autor por cuanto menciona en él, implícitamente, a varios de aquéllos que consideramos los elementos esenciales del acto jurídico. Sin embargo, haciendo honor a la precisión y teniendo en cuenta, además, que nuestro trabajo está enmarcado en el ordenamiento jurídico peruano, vamos a recurrir a lo que nuestra legislación establece al respecto.

¹⁶³ Cfr. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 89.

¹⁶⁴ CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. *Op. cit.*, p. 20.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 20-21.

De conformidad con el artículo 140 del Código Civil peruano,¹⁶⁶ los elementos esenciales de carácter general del acto jurídico —y, por ende, del acuerdo arbitral—, también llamados requisitos de validez,¹⁶⁷ son: (1) la manifestación de voluntad, que es consustancial al acto; (2) el agente capaz; (3) el objeto física y jurídicamente posible, y determinado o determinable; (4) la causa o el fin lícito y (5) la forma.¹⁶⁸

A continuación, analizaremos cada uno de los elementos del acto jurídico con respecto al acuerdo arbitral.

2.1. Manifestación de voluntad

Tal como señala Aníbal Torres, «el elemento esencial, básico, fundamental, del acto jurídico es la voluntad de algún modo manifestada».¹⁶⁹

Si bien la voluntad constituye el elemento primordial del acto jurídico, ésta, en tanto permanece en la interioridad del sujeto —como proceso mental— no produce consecuencias jurídicas.¹⁷⁰ Es preciso que sea exteriorizada, que se haga aparente y perceptible, y que tenga por

¹⁶⁶ Artículo 140 del Código Civil peruano. *Cit.*

«El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

1. Agente capaz.
2. Objeto física y jurídicamente posible.
3. Fin lícito.
4. Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

¹⁶⁷ *Cfr.* VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 90.

¹⁶⁸ En ello concuerda la mayoría de la doctrina. En este sentido: Francisco Moreyra García Sayán (Véase: MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo. Op. cit.*, p. 89), Aníbal Torres Vásquez (Véase: TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico. Op. cit.*, p. 100) y Fernando Vidal Ramírez (Véase: VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 95).

¹⁶⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico. Op. cit.*, p. 100.

¹⁷⁰ *Cfr.* MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo. Op. cit.*, p. 103.

finalidad inmediata la obtención de un determinado resultado con consecuencias jurídicas.¹⁷¹

En este sentido, observa Fernando Vidal que «la voluntad constituye la esencia misma del acto jurídico, pero sólo por la manifestación el sujeto la hace conocer».¹⁷² Se sigue de ello que la manifestación de voluntad —esto es, la exteriorización del querer interno del sujeto— es elemento central del acto jurídico, por medio del cual los particulares regulan sus propios intereses.¹⁷³

Sentado lo anterior, cabe mencionar que en los actos bilaterales o plurilaterales —como es el acuerdo arbitral— el elemento esencial no es la simple manifestación de voluntad de las partes, sino el consentimiento, esto es, la confluencia de voluntad de todas las partes que celebran el acto jurídico.¹⁷⁴

Desde esta óptica, remitiéndonos al arbitraje, podemos decir que el consentimiento de las partes es el requisito básico —el primer elemento esencial— del acuerdo arbitral. Y de ello se desprenden dos consecuencias.

En primer lugar, será necesario que del acuerdo arbitral surja el propósito claro de las partes de someterse a arbitraje. Ello supone que la estipulación que contenga el pacto arbitral haya sido concebida en términos imperativos y no facultativos, siendo inequívoco que se pacta el arbitraje y no otro método de resolución de controversias. Asimismo, no deberán existir, en la misma o en otras cláusulas, estipulaciones contradictorias que puedan poner en duda la intención de las partes de someterse al fuero arbitral.¹⁷⁵

¹⁷¹ Cfr. *Idem*.

¹⁷² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 96.

¹⁷³ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 103.

¹⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, p. 100.

¹⁷⁵ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. *Op. cit.*, p. 21.

En segundo lugar, al ser un presupuesto natural para que la voluntad sea jurídicamente relevante, el consentimiento debe ser prestado con discernimiento, intención y libertad.¹⁷⁶ Es necesario que la intención de las partes de someterse al arbitraje sea consecuencia de una voluntad libre,¹⁷⁷ lo que significa que no debe estar afectada por ningún vicio de la voluntad, como es el error, el fraude, la violencia o la intimidación.¹⁷⁸ La voluntad debe estar formada sin la presencia de elementos que la distorsionen y le hagan perder el carácter de una determinación seria, dirigida a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.¹⁷⁹

En suma, será necesario que el propósito de las partes de celebrar el acuerdo arbitral haya sido manifestado de manera clara e inequívoca, y que dicha manifestación haya sido consecuencia de una voluntad libremente formada.

2.2. Capacidad de los agentes

La capacidad es definida como «la aptitud que tienen las personas para el goce y el ejercicio de los derechos subjetivos que les reconoce el ordenamiento jurídico. Goza de un derecho el que es su titular; ejercita un derecho, el que, por sí o mediante representante, lo pone en práctica mediante los actos jurídicos destinados a producir algunos efectos. En otros términos, la capacidad es la aptitud de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y para realizar actos con eficacia jurídica».¹⁸⁰

Se desprende de lo anterior que la capacidad comprende dos elementos, el goce y el ejercicio de un derecho; siendo, precisamente, estos elementos los que dan lugar a las dos clases de capacidad: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

¹⁷⁶ *Cfr. Idem.*

¹⁷⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 21.

¹⁷⁸ *Cfr. Idem.*

¹⁷⁹ *Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. El acto jurídico. Op. cit.*, p. 101.

¹⁸⁰ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico. Op. cit.*, p. 139.

La capacidad de goce, es «la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ser titular de derechos y deberes»,¹⁸¹ es decir, para ser titular de relaciones jurídicas, sea como sujeto activo (titular de un derecho) o como sujeto pasivo (titular de un deber). Por otro lado, la capacidad de ejercicio resulta ser «la aptitud o idoneidad que tiene el sujeto para ejercitar personalmente sus derechos y asumir deberes».¹⁸² Naturalmente, esta segunda clase de capacidad presupone de la primera, ya que no se puede ejercitar un derecho que no se tiene.¹⁸³

En el contexto del acuerdo arbitral, la capacidad se presenta como la aptitud que deben tener las partes del mismo para someter una relación jurídica concreta al arbitraje. Y en este punto, cabe tener en cuenta si los agentes que pactan el arbitraje son personas naturales o jurídicas.

Refiere Vidal Ramírez que «si se trata de la persona humana [...] el requisito exigido es el de la capacidad de ejercicio, con la advertencia de que en ella la falta de esta capacidad se suple mediante la representación».¹⁸⁴ En este sentido, tratándose de personas físicas, el acuerdo arbitral podrá ser celebrado directamente por el interesado o a través de un representante. Tanto el interesado como el representante deberán tener capacidad de ejercicio, es decir, no estar incurso en ninguna causal que les impida el ejercicio de sus derechos por sí mismos. Adicionalmente, el representante deberá estar premunido de la facultad especial de celebrar el acuerdo arbitral. Y, finalmente, si el interesado fuere incapaz, su representante legal deberá contar con autorización judicial para celebrar el acuerdo arbitral, ello de conformidad con el artículo 167, inciso 3 del Código Civil.¹⁸⁵

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 140-141.

¹⁸² *Ibidem*, p. 141.

¹⁸³ *Cfr. Idem*.

¹⁸⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁵ Artículo 167, inciso 3 del Código Civil peruano. *Cit.*

«Los representantes legales requieren autorización expresa para realizar los siguientes actos sobre los bienes del representado:

[...]

Por otro lado, continúa el citado autor señalando que «si se trata de la persona jurídica, en la que la personalidad y la capacidad de goce no están integradas, la capacidad requerida es la de goce, pero con la advertencia de que, tanto el órgano como el representante, según el caso, deben estar debidamente legitimados para celebrar el acto jurídico».¹⁸⁶ De esta manera, en el caso de las personas jurídicas, deberá verificarse, en primer lugar, la capacidad de goce de la persona jurídica de celebrar un acuerdo arbitral, para lo cual deberemos remitirnos a las normas legales y estatutarias que rigen a la entidad.

En segundo término, será necesario verificar no solamente la capacidad de ejercicio de la persona natural que representa a la persona jurídica, sino también que dicha representación sea adecuada, es decir, que se cuente con las facultades necesarias para celebrar el acuerdo arbitral vinculando a la persona jurídica. Cabe precisar en este punto que, de acuerdo con la Ley de Arbitraje peruana, «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 [...]».¹⁸⁷

2.3. Objeto física y jurídicamente posible, y determinado o determinable

Para Fernando Vidal, «el objeto del acto jurídico son los derechos [,] deberes y obligaciones que se integran a la relación jurídica que el acto crea, regula, modifica o extingue».¹⁸⁸ De otra manera, Aníbal Torres considera que «el objeto del acto jurídico es la relación jurídica [...], [y que] a su vez, la relación jurídica tiene por objeto a la prestación, y la prestación tiene por objeto a los bienes, los derechos, los servicios y las

3. Celebrar compromiso arbitral.
[...].»

¹⁸⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁷ Artículo 10, inciso 1, de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

¹⁸⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 128.

abstenciones». ¹⁸⁹ Por su parte, Francisco Moreyra señala que «el objeto de cada acto [jurídico] son los efectos que produce [...]». ¹⁹⁰

Nos acogemos a la tesis que considera que el objeto del acto jurídico está conformado por los derechos y las obligaciones, los cuales vienen a constituir la propia relación jurídica. Y estando a este entendimiento, cabe ahora observar que de conformidad con el Código Civil peruano, el objeto del acto jurídico debe ser posible física y jurídicamente, además de determinado o, cuando menos, determinable.

La posibilidad física del objeto del acto jurídico se refiere a la consonancia de este último con la realidad y las leyes de la naturaleza. Explica Francisco Moreyra que «nadie puede obligarse jurídicamente a una conducta imposible, a entregar una cosa inexistente. La posibilidad consiste en estar conforme a las leyes de la naturaleza, y la imposibilidad en contrariarlas. No se obliga quien se obliga a lo imposible, porque lo imposible no existe». ¹⁹¹

Por otro lado, la posibilidad jurídica del objeto tiene que ver con su idoneidad, desde el punto de vista jurídico, para lograr la finalidad perseguida por las partes. De manera previa, es menester distinguir entre las normas jurídicas preceptivas, que se dirigen a la voluntad de las personas, y que pueden ser imperativas, según prescriban una conducta, o prohibitivas, si impiden alguna actividad; y las normas declarativas, que suelen ser meramente explicativas o autoritativas y se dirigen a la inteligencia de las personas. ¹⁹²

¹⁸⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto Jurídico. Op. cit.*, p. 198.

¹⁹⁰ MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo. Op. cit.*, p. 117.

¹⁹¹ MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo. Op. cit.*, p. 119.

¹⁹² *Cfr. Ibidem*, p. 120.

Dentro de este contexto se entiende la posibilidad jurídica del objeto, pues «el acto jurídico que se da fuera del marco de las leyes de naturaleza declarativa, es imposible desde un punto de vista jurídico. Las normas declarativas no pueden ser violadas porque, en estos casos, la consecuencia que la persona se propone es un efecto jurídico distinto al que la ley prevé para el acto del que se trata y, por tanto, no pueden llegar nunca a producir el resultado típico al que se encaminaba su autor. El sujeto utiliza un medio jurídico que no es el legalmente idóneo al fin que persigue».¹⁹³

En otras palabras, la exigencia de que el objeto del acto jurídico sea jurídicamente posible hace referencia a la necesidad de que el acto constituya un medio legalmente idóneo para surtir los efectos que, como fin, se proponen los agentes del acto.¹⁹⁴

Finalmente, dijimos que el objeto del acto jurídico debe ser determinado o determinable. Este requisito no es mencionado de modo directo por el artículo 140 del Código Civil, sin embargo, se infiere de su artículo 219, inciso 3,¹⁹⁵ conforme al cual es nulo el acto jurídico cuyo objeto sea indeterminable.

Cuando decimos que el objeto debe ser determinado, nos referimos a que éste esté identificado.¹⁹⁶ No obstante, es válido que el objeto no sea determinado cuando es, por lo menos, determinable, y en este

¹⁹³ *Ibidem*, pp. 120-121.

¹⁹⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 120.

¹⁹⁵ Artículo 219 del Código Civil peruano. *Cit.*

«El acto jurídico es nulo:

[...]

3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.

[...].».

¹⁹⁶ *Cfr. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, FRANCISCO. El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo. Op. cit.*, p. 121.

sentido, bastará que el acto jurídico establezca cómo y quién debe determinarlo, sin necesidad de tener que recurrir a un nuevo acto jurídico.¹⁹⁷

Como corolario de lo señalado, en el contexto del acuerdo arbitral, los derechos y obligaciones objeto de dicho acuerdo, deben ser, en primer lugar, físicamente posibles. Es decir, deben tener existencia o, al menos, posibilidad de existir.¹⁹⁸

En segundo lugar, estos derechos y obligaciones deben ser también jurídicamente posibles. Esto significa que deben observar consonancia con las leyes, de modo que la finalidad prevista para cada derecho y obligación esté alineada con lo previsto por el ordenamiento jurídico. Y en este punto cabe precisar, teniendo en cuenta la especial naturaleza del arbitraje, que en la determinación del objeto del acuerdo arbitral debe tenerse en cuenta la arbitrabilidad de la materia, esto es, su susceptibilidad de ser sometida al fuero arbitral, de conformidad con la ley.

2.4. Causa o fin lícito

Todo acto de la voluntad humana persigue un propósito. «Nadie que se dirija a una finalidad con efectos en el mundo del derecho actúa porque sí, sin el aliento de una razón o motivo que lo mueva a crear, modificar, regular o extinguir una relación jurídica».¹⁹⁹ Es bajo este postulado que surge la noción de la causa o fin del acto jurídico.

La causa fin, llamada también causa final, no es otra cosa que la finalidad perseguida por el sujeto que celebra un acto jurídico. De este modo, existe una relación de causalidad entre el fin perseguido y el acto jurídico que lo persigue.²⁰⁰

¹⁹⁷ Cfr. *Idem*.

¹⁹⁸ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. *Op. cit.*, pp. 62-63.

¹⁹⁹ MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo*. *Op. cit.*, p. 123.

²⁰⁰ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 256.

Partiendo de ello, la ley exige que la finalidad perseguida por el agente del acto jurídico, sea lícita, es decir, conforme con el ordenamiento jurídico. Ello se desprende no solamente del artículo 140, inciso 3 del Código Civil, que establece como uno de los requisitos de validez del acto jurídico el que ostente un fin lícito; sino también del artículo 219, inciso 4, que sanciona con nulidad al acto jurídico cuando su fin es ilícito.

Cuando el Código Civil exige que la finalidad del acto jurídico sea lícita, lo que pretende es que el motivo determinante de su celebración no sea contrario a las normas de orden público ni a las buenas costumbres, ello a fin de que los efectos del acto jurídico puedan tener el amparo del ordenamiento jurídico.²⁰¹

En el caso del acuerdo arbitral, el requisito de la causa lícita no hace referencia —como han pretendido algunos— a la posibilidad legal de celebrarlo, ni tampoco a la arbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje. Estos supuestos se encuadran perfectamente en la posibilidad jurídica del objeto.

Por el contrario, un acuerdo arbitral podrá tener una causa ilícita cuando, pese a haber observado las normas sobre arbitrabilidad de la materia, las partes contratantes persigan, con su celebración, un fin que atente contra las normas de orden público o las buenas costumbres.

2.5. *La forma*

Como hemos visto, el acto jurídico no es otra cosa que la manifestación de voluntad que persigue la obtención de ciertos efectos jurídicos. En tal sentido, y como señalamos ya, la voluntad debe ser necesariamente exteriorizada para que se le reconozca el carácter jurídico que persigue.

²⁰¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 138.

En este esquema se entiende al último elemento esencial del acto jurídico. La forma es, precisamente, la manera como se manifiesta la voluntad. En tal orden, es acertado cuando se dice que no hay acto jurídico sin forma,²⁰² pues ésta sirve de continente a la manifestación de voluntad y es la manera como ésta se da a conocer para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica.²⁰³

El artículo 140, inciso 4 del Código Civil nos señala, como requisito de validez del acto jurídico, a la «observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad». Ello debe ser entendido en el sentido de que para ciertos actos jurídicos, la ley establece una forma que debe ser observada de manera obligatoria, sin la cual el acto jurídico es nulo. No obstante, para los demás actos jurídicos rige el principio de libertad de forma, en virtud del cual las partes pueden emplear aquella forma que consideren más conveniente, siempre que cumpla la función de manifestar su voluntad de celebrar el acto jurídico.

No profundizaremos más sobre la forma en este punto, por ser éste tema tratado a profundidad en el siguiente capítulo.

D. BALANCE

El acuerdo arbitral puede ser definido como aquel contrato a través del cual dos o más partes deciden someter a arbitraje determinadas controversias, presentes o futuras, que deriven de una relación jurídica específica, sea ésta contractual o no, y siempre que las referidas controversias puedan ser objeto de solución arbitral de acuerdo con la legislación aplicable.

²⁰² Cfr. MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo. Op. cit.*, p. 139.

²⁰³ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 140.

Entendido el acuerdo arbitral como aquel pacto por el cual las partes se someten a la decisión de los árbitros, se afirma la existencia de dos efectos del acuerdo arbitral, uno de índole positiva y otro de índole negativa. El efecto positivo del acuerdo arbitral se expresa en la atribución de jurisdicción a los árbitros para las controversias sometidas a su conocimiento por las partes celebrantes. En contrapartida, el efecto negativo hace referencia a la interdicción de los jueces y tribunales ordinarios de abocarse al conocimiento de las controversias que se hayan sometido a arbitraje.

En tiempos pasados, nuestro Código Civil regulaba dos contratos necesarios para arribar al arbitraje: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, siendo que la primera carecía de suficiencia para obligar a las partes a acudir al arbitraje, al ser solamente un contrato que obligaba a suscribir el compromiso arbitral, con el cual sí se daba inicio a un procedimiento arbitral. Esta distinción fue dejada en el pasado y hoy en día la Ley de Arbitraje peruana regula al acuerdo arbitral como único contrato necesario para llegar al arbitraje, admitiendo, no obstante, que éste se presente bajo la forma de una cláusula incluida en un contrato o como un acuerdo independiente.

La naturaleza jurídica del acuerdo arbitral es la de ser un acto jurídico, en tanto manifestación de voluntad destinada a crear una relación jurídica entre las partes que se someten al arbitraje. Como consecuencia de ello, son aplicables al acuerdo arbitral las normas que el Código Civil consagra para los actos jurídicos en general, dentro de las cuales se encuentran aquéllas que establecen los elementos esenciales del acto jurídico, a saber: (1) la manifestación de voluntad, (2) la capacidad de las partes, (3) el objeto física y jurídicamente posible, y determinado o determinable, (4) la causa lícita; y (5) la forma.

CAPÍTULO III (A)

LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: LEGISLACIÓN NACIONAL

En el capítulo anterior vimos que el acuerdo arbitral, en tanto constituye un auténtico contrato, se encuentra sometido a las disposiciones que el Código Civil contempla para los actos jurídicos de manera general. Consecuentemente, le son aplicables las normas que regulan los elementos esenciales del acto jurídico.

En este capítulo trataremos de la forma del acuerdo arbitral como uno de sus elementos esenciales. Para tales fines, nos dedicaremos, en primer lugar, al estudio de la forma como elemento esencial del acto jurídico. En este punto, nos ocuparemos de la conceptualización de la forma, sus antecedentes y fundamentación, su diferencia con la formalidad, y la división entre actos jurídicos formales y no formales.

Luego de ello, pasaremos revista a la manera en que se ha regulado la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, para así explicar que en la actualidad nuestra legislación admite la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas expresamente por la ley.

A. LA FORMA DEL ACTO JURÍDICO

1. ANTECEDENTES

Sabido es que la voluntad es el primer requisito de validez de todo acto jurídico. Pero, esta voluntad debe ser exteriorizada, manifestada de modo que sea conocida, pues en caso contrario no generará efectos para el mundo jurídico.

En virtud de esta necesidad de exteriorizar la voluntad de las partes para alcanzar la finalidad que persiguen a través del acto jurídico, la forma se constituye en «el aspecto objetivo o externo de la voluntad del autor del negocio jurídico, lo cual lo distingue de la fase subjetiva e interna del acto volitivo».²⁰⁴ Se entiende a la forma, entonces, como la manera en que la voluntad debe exteriorizarse para producir los efectos jurídicos deseados.²⁰⁵

2. FUNDAMENTACIÓN

La forma del acto jurídico cumple la función de ser el continente de la voluntad, es decir, el instrumento que permite su manifestación en el mundo exterior. Pero, además, cumple también una función probatoria que no es otra que la de acreditar la celebración de un acto jurídico, dotando así de protección a quienes deciden vincularse jurídicamente.

Es por razón de ambas funciones de la forma que se la considera como una norma protectora,²⁰⁶ en tanto busca proteger la voluntad de

²⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo». Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/FORMA%20ACUERDO%20ARBITRAL.pdf> (último acceso: 14/05/2015), pp. 2-3.

²⁰⁵ *Cfr. Idem.*

²⁰⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 3.

las partes que celebran un acto jurídico. Por tal motivo, se exige la exteriorización de la voluntad a través de un medio que deje constancia de la misma, a fin de evitar que se obligue a alguien a someterse a un acto jurídico contrario a su real intención.

Es preciso mencionar que, si bien, en principio, son las partes quienes deciden la forma en que manifestarán su voluntad para la celebración de un acto jurídico, en algunos casos el ordenamiento prescribirá la observación de una forma, en particular, para la conclusión de ciertos actos jurídicos.

3. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA

La existencia de una forma prescrita por el ordenamiento jurídico para la celebración de un acto jurídico, no es la regla sino la excepción. La regla es que las partes pueden utilizar la forma que consideren conveniente, siempre que ella permita manifestar su voluntad de celebrar el acto jurídico. Esto se conoce como el «principio de libertad de forma», en virtud del cual, dijimos, las partes pueden optar por la forma que crean conveniente para manifestar su voluntad.²⁰⁷

Este principio ha sido recogido tanto a nivel internacional —estando contemplado, por ejemplo, en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convención de Viena)²⁰⁸ y en los Principios Unidroit sobre los

²⁰⁷ *Cfr.* CASTILLO FREYRE, Mario y César CORTEZ PÉREZ. «La forma del contrato». Lima, 2009. Disponible en: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/147-La-forma-en-los-contratos.pdf> (último acceso: 03/08/2014), p. 1.

²⁰⁸ Artículo 11 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, adoptada el 11 de abril de 1980, ratificada por el Perú el 25 de marzo de 1999 y entrada en vigor el 1 de abril de 2000.

Contratos Comerciales Internacionales de 2010—²⁰⁹ como nacional, estando en este último caso regulado en el artículo 143 del Código Civil peruano, el cual expresa que «cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente».

El principio de libertad de forma es una emanación del principio de la autonomía privada que inspira la figura negocial, según el cual las partes son libres de establecer los preceptos reguladores de sus intereses.²¹⁰ De esta manera, como regla general, son las partes quienes deciden la forma que utilizarán para exteriorizar su voluntad y probar la existencia del acto celebrado. Y esta libertad implica que la eficacia y la validez del acto jurídico serán independientes de la forma empleada para su celebración,²¹¹ operando la salvedad de que aquella debe ser idónea para manifestar la voluntad de las partes.

4. LA FORMA Y LA FORMALIDAD

Si hemos dicho que el principio de libertad de forma es la regla general en nuestro ordenamiento jurídico, la excepción a dicha regla es la formalidad, esto es, la exigencia de observar una forma específica para la celebración de un acto jurídico.

«El contrato de compraventa no tendrá que celebrarse ni probarse por escrito ni estará sujeto a ningún otro requisito de forma. Podrá probarse por cualquier medio, incluso por testigos».

²⁰⁹ Artículo 1, inciso 2 de los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010, aprobados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) el 10 de mayo de 2011, durante la 90.ª reunión de su Consejo de Gobierno.

«Nada de lo expresado en estos Principios requiere que un contrato, declaración o acto alguno deba ser celebrado o probado conforme a una forma en particular. El contrato puede ser probado por cualquier medio, incluidos los testigos».

²¹⁰ *Cfr.* CASTILLO FREYRE, Mario y César CORTEZ PÉREZ. «La forma del contrato». *Op. cit.*, p. 2.

²¹¹ *Cfr. Ibidem*, p. 9.

Urge advertir que no debe confundirse la forma del acto jurídico con la formalidad. La primera es la manera en que se exterioriza la voluntad de las partes. La formalidad, por otro lado, es la forma particular exigida por la ley o el pacto de las partes para que la declaración de voluntad tenga determinado sentido y produzca cierto efecto.²¹² Ambos conceptos son a menudo entendidos bajo el término «forma», pero en este caso puede hacerse la distinción entre forma en sentido genérico y forma en sentido específico, refiriéndose el primer sentido a la forma propiamente dicha y el segundo a la formalidad.

En sentido genérico, la palabra «forma» comprende cualquier medio de exteriorización de la voluntad. Se emplea esta acepción cuando decimos que todo acto jurídico tiene una forma.²¹³ Por otro lado, el sentido específico de la palabra «forma» designa a algunas maneras exteriorizantes de la voluntad. De entre todas las formas posibles para manifestar la voluntad, se elige una —o tal vez más— y se declara que ésta es la que debe ser utilizada. Se trata, entonces, de una forma impuesta, de un modo de exteriorización de la voluntad requerido expresamente por la ley o por las partes, para que el contrato pueda tener validez y, por ende, eficacia.²¹⁴

Es este último sentido de la palabra «forma», al cual denominamos «formalidad», el que permite la distinción entre los llamados actos jurídicos formales y no formales.

5. ACTOS JURÍDICOS FORMALES Y NO FORMALES

No debemos caer en el error de pensar que en la clasificación de los actos jurídicos en formales y no formales sólo los primeros tienen forma. Como dijimos, todo acto jurídico tiene, necesariamente, una forma.

²¹² Cfr. *Ibidem*, p. 6.

²¹³ Cfr. *Ibidem*, p. 8.

²¹⁴ Cfr. *Idem*.

Pero son formales aquellos actos jurídicos para los cuales la ley o la voluntad de las partes exigen una forma determinada, es decir, una formalidad, siendo esta exigencia lo que los diferencia de los actos jurídicos no formales,²¹⁵ en los cuales opera el principio de libertad de forma.

Son no formales, por el contrario, aquellos actos jurídicos cuya forma es libre, es decir, que pueden celebrarse en cualquier forma que la costumbre entienda como instrumento de exteriorización de la voluntad atendible y unívoco, suficiente para hacer socialmente reconocible el contenido preceptivo del caso.²¹⁶

5.1. Actos jurídicos formales ad solemnitatem y actos jurídicos formales ad probationem

La clasificación de los actos jurídicos en formales y no formales contiene una segunda clasificación. Dentro del primer grupo mencionado, el de los actos jurídicos formales, podemos encontrar una distinción entre aquellos actos cuya formalidad es requisito de validez de los mismos, sin la cual el acto jurídico se considera nulo, y aquellos actos en los cuales la formalidad constituye solamente un medio de prueba de su celebración que es privilegiado por la ley, sin cuya observancia el acto jurídico en cuestión puede ser válido. En este contexto se entiende la distinción entre formalidad *ad solemnitatem* y formalidad *ad probationem*, según se trate del primer caso o del segundo.

Ocurre que una formalidad es *ad solemnitatem* en la medida que su inobservancia determina la nulidad del acto jurídico, por cuanto constituye un requisito de validez del mismo. En cambio, cuando la ley exige una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, ella cons-

²¹⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 6.

²¹⁶ Cfr. BETTI, Emilio. «Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico». En *Teoría general del negocio jurídico. 4 estudios fundamentales*. Lima: ARA, 2001, p. 55.

tituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto jurídico siendo este último caso el de la formalidad *ad probationem*.²¹⁷

Ambas formalidades cumplen funciones diferentes y acarrear efectos diversos, como veremos a continuación.

5.1.1. *Formalidad ad solemnitatem*

La formalidad *ad solemnitatem*, es la que verdaderamente representa la excepción al principio de libertad de forma, al ser un requisito de validez del acto jurídico, cuya inobservancia acarrea su nulidad. Señala el artículo 219, inciso 4 del Código Civil, que «el acto jurídico es nulo cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad».

En este caso, la formalidad no puede ser entendida solamente como un medio de prueba de la existencia del acto jurídico —como ocurre con la formalidad *ad probationem*—, pues la solemnidad vale el acto jurídico mismo, siendo el único medio probatorio de su existencia.²¹⁸ En este sentido, la formalidad *ad solemnitatem* cumple la función de ser un elemento constitutivo del acto jurídico.²¹⁹

Los actos jurídicos sujetos a formalidad *ad solemnitatem* son denominados actos jurídicos solemnes. Y la fundamentación de este tipo de formalidad radica en la naturaleza e importancia que el acto jurídico tiene para el ordenamiento jurídico nacional.²²⁰ Se pretende, pues, llamar la atención de las partes sobre la trascendencia y las consecuencias

²¹⁷ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Op. cit., tomo I, p. 167.

²¹⁸ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Op. cit., p. 313.

²¹⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 2.

²²⁰ Cfr. ROQUE MONTESILLO, Luz Gladys. «Teoría del acto jurídico y concepto del negocio jurídico». En *Revista Oficial del Poder Judicial del Perú*. Lima, n.º 2/2, 2008, p. 65.

del contrato que van a celebrar.²²¹ Ello explica que nuestra legislación exija una formalidad *ad solemnitatem* en actos jurídicos de gran trascendencia, como es la donación de bienes inmuebles, respecto de la cual el Código Civil exige su celebración por escritura pública, bajo sanción de nulidad (artículo 1625).

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que la formalidad *ad solemnitatem* no siempre proviene del mandato de la ley, sino que también puede ser fruto del acuerdo de las partes contratantes. En este sentido, establece el artículo 1411 del Código Civil que «se presume que la forma que las partes convienen adoptar anticipadamente y por escrito es requisito indispensable para la validez del acto, bajo sanción de nulidad».

5.1.2. Formalidad *ad probationem*

La formalidad *ad probationem*, a diferencia de la *ad solemnitatem*, no es requisito de validez del acto jurídico. Por el contrario, se puede prescindir de ella sin que por eso se afecte la validez o la eficacia del acto.²²²

Se reconoce como formalidad *ad probationem* a aquélla que si bien es establecida por ley, esta última no sanciona con nulidad su inobservancia. En este sentido, establece el artículo 144 del Código Civil 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».

Por consiguiente, la función de la formalidad *ad probationem* no es otra que la de facilitar la prueba de la existencia y contenido del acto jurídico. De tal manera, se señala que «esta formalidad consiste en do-

²²¹ Cfr. SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 120.

²²² Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y César CORTEZ PÉREZ. «La forma del contrato». *Op. cit.*, p. 3.

cumentar —ya sea por un instrumento público o privado— la manifestación de voluntad». ²²³

Como ejemplo de actos jurídicos sujetos a formalidad *ad probationem*, están los contratos de suministro y mutuo, respecto de los cuales el Código Civil señala que su existencia y contenido pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero que si se hubieran celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios (artículos 1605 y 1649 del Código Civil).

Cabe tener presente que, de conformidad con el artículo 197²²⁴ del Código Procesal Civil peruano, el sistema de apreciación de la prueba que sigue este Código, es el de la libre apreciación o valoración de los medios probatorios, en virtud del cual el juzgador tiene libertad para apreciar las pruebas actuadas de acuerdo a las reglas de la lógica, de la experiencia y a sus propios criterios y conocimientos.²²⁵ Ello pareciera ser incompatible con la regulación de la formalidad *ad probationem* prevista por el Código Civil, por cuanto la presentación de esta última en un proceso judicial «impediría» al juzgador valorar otros medios probatorios aportados por las partes.

Llama la atención que la doctrina no se haya pronunciado mayormente sobre la cuestión planteada en el párrafo precedente. Al respecto, Carrión Lugo, luego de afirmar que nuestro Código Procesal Civil sigue el sistema de la libre valoración de la prueba, aporta lo siguiente:

Es pertinente señalar que, conforme a nuestro ordenamiento sustantivo civil, hay determinados actos jurídicos que sólo pue-

²²³ *Idem.*

²²⁴ Artículo 197 del Código Procesal Civil peruano. *Cit.*

«Artículo 197.- Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada [...]».

²²⁵ *Cfr.* CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley, 2007, 2.ª edición, vol. II, p. 72.

den probarse mediante determinadas formalidades, como es el caso de la hipoteca y de la donación de inmuebles, que sólo pueden acreditarse mediante la escritura pública correspondiente. En base a ello podemos concluir que en determinados casos la formalidad es esencial en materia probatoria, donde el juez no tiene naturalmente esa libertad de extraer una conclusión en base a otro medio probatorio que no sea el señalado por la ley para probar determinados hechos.²²⁶

Cabe mencionar que este autor no hace referencia a la formalidad *ad probationem* sino a la *ad solemnitatem*. Frente a ello, objetamos que sea acertado decir que los actos jurídicos sujetos a formalidad *ad solemnitatem* «sólo pueden probarse mediante determinadas formalidades». La cuestión aquí no es si puede o no probarse el acto jurídico —y a través de cuáles formas—; sino el hecho de si el acto jurídico es válido o no, según haya cumplido con la forma prescrita por ley bajo sanción de nulidad. De no haberse cumplido con dicha formalidad imperada por la ley, no habrá cabida a una discusión sobre la manera de probar el acto jurídico, por cuanto este último será nulo.

Sin perjuicio de lo anterior, consideramos que la línea de pensamiento planteada por Carrión Lugo puede aplicarse a los actos jurídicos sujetos a formalidad *ad probationem*. De su postulado puede entenderse que él considera a la formalidad *ad solemnitatem* como una suerte de «excepción» al sistema de la libre valoración de la prueba. Si bien nos oponemos a tal planteamiento, consideramos que nada impide aplicarlo a la formalidad *ad probationem*. Si tenemos en cuenta la existencia de las presunciones legales *iuris tantum* e *iure et de iure*, las cuales, de alguna u otra manera, «limitan» la libre valoración del juez al interior de un proceso; podemos sostener que existen excepciones al sistema de la libre valoración de la prueba que conviven con el mismo, y que entre ellas se encuentra, justamente, la formalidad *ad probationem*.

²²⁶ *Ibidem*, pp. 82-83.

B. LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Habiendo precisado la naturaleza y función de la forma del acto jurídico en el ordenamiento jurídico peruano, así como la clasificación de los actos jurídicos en formales y no formales y, dentro de los primeros, la distinción entre aquellos sujetos a formalidad *ad solemnitatem* y aquellos otros sujetos a formalidad *ad probationem*; podemos adentrarnos al corazón de nuestro trabajo.

Explicaremos en esta parte que en el ordenamiento jurídico peruano el acuerdo arbitral no debe revestir una forma específica para su validez, aun cuando ella sea prescrita por la ley, por razón de que esta exigencia se trata de una formalidad de carácter *ad probationem* y no *ad solemnitatem*.

Para lograr nuestro cometido, pasaremos revisión a la historia legislativa de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, con lo cual evidenciaremos que, si bien en un inicio el acuerdo arbitral estuvo sujeto a una formalidad *ad solemnitatem*, hoy en día se encuentra dentro del espectro de una formalidad meramente *ad probationem*.

1. LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE DE 1992

Nuestra primera ley general de arbitraje, promulgada mediante Decreto Ley n.º 25935 el 10 de diciembre de 1992, exigía en su artículo 5 que el acuerdo arbitral constara por escrito, bajo sanción de nulidad.²²⁷ De esta manera, y siguiendo lo comentado con respecto a la forma del acto

²²⁷ Artículo 5 de la ley general de arbitraje peruana de 1992. *Cit.*

«El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Puede estipularse como cláusula incorporada a un contrato o convenio principal, o como acuerdo independiente.

jurídico, podemos ver que en virtud de la citada ley el acuerdo arbitral constituía un acto jurídico de carácter formal, siendo la formalidad exigida al mismo una de tipo *ad solemnitatem*, es decir, un requisito constitutivo del acuerdo arbitral.

Sin perjuicio de ello, es importante notar que el mencionado artículo de la ley precisaba que se entendería que el acuerdo arbitral había sido formalizado por escrito, no solamente cuando estuviera contenido en un documento suscrito por las partes, sino también cuando resultara de un intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que dejara constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Bajo ese aspecto, podemos afirmar que si bien existía una exigencia ineludible de que la suscripción del acuerdo arbitral constara por escrito, ella tenía cierta flexibilidad al admitir otras formas análogas de la constancia escrita. Ello denotaría un atisbo de la posibilidad de que el legislador haya considerado dotar de validez a un acuerdo arbitral que no presentara la formalidad específicamente exigida por la ley.

2. LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE DE 1996

Nuestra segunda Ley General de Arbitraje, promulgada mediante Ley n.º 26572 el 3 de enero de 1996, si bien mantuvo en su artículo 10 la exigencia de que el acuerdo arbitral se celebrara por escrito bajo sanción de nulidad,²²⁸ conservó también el reconocimiento de validez del acuer-

Se entiende que el convenio se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta de 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».

²²⁸ Artículo 10 de la ley general de arbitraje peruana de 1996. *Cit.*

«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

do arbitral manifestado a través de un intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación o correspondencia entre las partes. Pero, adicionalmente, esta nueva ley representó un avance al señalar en el mismo artículo 10 que se entendería que el acuerdo arbitral había sido formalizado por escrito cuando, pese a no existir acuerdo previo, por iniciativa de una de las partes involucradas se sometía una controversia a arbitraje, mediando asentimiento posterior de la otra u otras partes a dicho sometimiento.

Consideramos que es destacable este avance por cuanto el mismo artículo que sancionaba con nulidad a todo acuerdo arbitral no formalizado por escrito, admitía la validez de un acuerdo arbitral celebrado de otra manera, como es la que resulta de la propuesta de una de las partes a iniciar el arbitraje y el correlativo asentimiento de la contraparte.

3. LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE DE 2008

Como último punto de la cadena evolutiva, nuestra actual ley de arbitraje, promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1071 el 28 de junio de 2008, significó un paso decisivo hacia privilegiar el fondo sobre la forma en lo que al requisito de la manifestación de voluntad en el acuerdo arbitral se refiere.

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 él o los árbitros, se apersona al procedimiento arbitral sin objetar dicha intervención».

3.1. El artículo 13: el paso de una formalidad ad solemnitatem a una formalidad ad probationem

El artículo 13 de la Ley de Arbitraje del 2008 regula el contenido y la forma del acuerdo arbitral y sigue, casi al pie de la letra, la versión 2006 de la Ley Modelo de la Cnudmi, en su Opción 1 del artículo 7 de la misma.

El texto del artículo 13 es el siguiente:

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. (Subrayado nuestro).

Siguiendo la moderna tendencia de sus predecesoras, pero profundizando el concepto, la Ley de Arbitraje de 2008 mantiene la idea de que el acuerdo arbitral es un acto único, autosuficiente, que no requiere de la ulterior celebración de un compromiso arbitral. Por tal razón, lo define como el acuerdo destinado a someter a arbitraje controversias que «hayan surgido o puedan surgir» entre las partes; y conserva un carácter amplio al admitir que la relación jurídica a cuyas controversias se refiere pueda ser «contractual o de otra naturaleza»²²⁹ (artículo 13.1).

Por otro lado, si bien se mantiene la exigencia de que el acuerdo arbitral conste por escrito (artículo 13.2), la nueva ley no sanciona con nulidad al acuerdo que no observe tal formalidad. Como podemos evidenciar, el cambio es radical. Se ha dejado de regular a la formalidad del acuerdo arbitral como *ad solemnitatem*, para presentarla como *ad probationem*. En consecuencia, a partir de la nueva ley, la forma escrita del acuerdo arbitral constituye sólo un medio de prueba privilegiado de su celebración, por lo que la inobservancia de dicha formalidad no conlleva *per se* la nulidad del acuerdo, siempre que pueda probarse la celebración del mismo a través de cualquier medio idóneo.

²²⁹ Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad». *Op. cit.*, p. 57.

Así lo consideran Cantuarias Salaverry y Caivano, quienes señalan que «esta norma [...] supone ampliar de tal manera la noción de «escritura», que quede comprendida en ella cualquier forma de registración del acuerdo de voluntad entre las partes. Ello así, será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntades entre las partes, por encima de cualquier requisito formal. No sólo se elimina la exigencia de la firma de las partes y del intercambio de comunicaciones entre ellas, sino que se amplía la definición al punto de considerar que escrito significa también no escrito».²³⁰

Pero se observa aún más la significación de este avance hacia el «desformalismo» del acuerdo arbitral, cuando la ley dispone 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» (artículo 13.3). No cabe duda de que la nueva ley se ha desprendido del antiguo paradigma solemne, para pasar a un escenario en el que reconoce al acuerdo arbitral como un acto jurídico consensual que, en tal sentido, puede celebrarse bajo cualquier forma que permita acreditar el consentimiento de las partes a arbitrar.

Por otro lado, se admite expresamente la validez de acuerdos arbitrales celebrados a través de una comunicación electrónica (artículo 13.4), con lo cual se sigue las directrices previstas por la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico de 1996²³¹ y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales del 2005.²³² Opinan Cantua-

²³⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad». *Op. cit.*, pp. 57-58.

²³¹ Ley Modelo sobre Comercio Electrónico. Adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Cnudmi) en Nueva York el 12 de junio de 1996.

²³² Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Adoptada en Nueva York el 23 de

rias Salaverry y Caivano que «ello no hace sino reconocer el impacto que ha producido la creciente utilización de medios no escritos (o al menos no en soporte papel) para la celebración de las transacciones, extendiendo el principio ya aceptado en el derecho de los contratos al convenio arbitral. En línea con el proceso de *desformalización* del acuerdo arbitral, se admite que el requisito de la registración de la manifestación de voluntad de las partes se cumple cualquiera sea el soporte elegido y, especialmente, si se hace a través de mensajes de datos, con la amplitud que la norma otorga a este concepto. Así, se reconoce expresamente el valor probatorio del documento electrónico, especie del género más amplio de *documento*, concebido como *toda representación objetiva de un pensamiento*, como todo objeto que pueda informar sobre un hecho o un acto con consecuencias jurídicas».²³³

De manera adicional, cabe tener en consideración lo señalado por Castillo Freyre y Sabroso Minaya, en el sentido de que el inciso 4 del artículo 13 debe ser leído en concordancia con lo establecido por los artículos 141 y 141-A del Código Civil, así como con las reglas sobre el conocimiento de las comunicaciones remitidas a través de medios electrónicos y, en general, de las comunicaciones remitidas entre personas que no se encuentran en comunicación inmediata.²³⁴

Por otro lado, prosiguiendo con el comentario del artículo 13, corresponde mencionar que éste admite la validez de acuerdos arbitrales cuya existencia se presume a partir de un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra (artículo 13.5). Esto no hace

noviembre de 2005.

²³³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad». *Op. cit.*, pp. 58-59.

²³⁴ *Cf.* CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA, y Joel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, primera parte, vol. 25, pp. 261-262.

sino confirmar la tendencia de la Ley de Arbitraje a privilegiar el fondo sobre la forma del acuerdo arbitral.

Más adelante, se consagra el reconocimiento de la figura de la «incorporación por referencia del acuerdo arbitral» (artículo 13.6), en virtud de la cual se admite la celebración de un acuerdo arbitral a través de la suscripción de un documento en el cual se hace referencia a otro que contiene al pacto arbitral. El único requisito es que la referencia comprenda al acuerdo arbitral, es decir, que la alusión al contrato que contiene una cláusula arbitral abarque expresamente esta última. Se trata, en este caso, de un ejercicio interpretativo de la voluntad de las partes.²³⁵

Finalmente, el artículo 13 establece las normas que determinan tanto la validez del acuerdo arbitral, como la arbitrabilidad de la materia, en el arbitraje internacional (artículo 13.7). En tal sentido, en primer término deberá recurrirse a las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el acuerdo arbitral; en segundo lugar, deberá estarse a las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia; y, finalmente, al derecho peruano, es decir, la *lex fori*.²³⁶

3.2. El artículo 14: admisión de la extensión del acuerdo arbitral a no signatarios

Nos anima advertir que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje del 2008 no es la única evidencia de su posición a favor del consensualismo en lo que al acuerdo arbitral concierne. La ley presenta una novedad aún mayor.

El artículo 14 admite el reconocimiento de la llamada «extensión del acuerdo arbitral a no signatarios», y en tal sentido expresa:

El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por

²³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 275.

²³⁶ Cfr. *Idem*.

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.

Sobre el tema de la extensión del acuerdo arbitral a no signatarios profundizaremos en el Capítulo IV de este trabajo. No obstante, es imprescindible esclarecer que mediante la extensión del acuerdo arbitral no se pretende vincular a personas ajenas al acuerdo. Lo que se persigue es reconocer, más allá de toda firma o formalidad de celebración del acuerdo arbitral, a partes «no signatarias» que de alguna manera prestaron su consentimiento a arbitrar.

En este sentido, comenta Alejandro Follonier-Ayala que «esta norma no se aleja, como se podría creer, del principio consensual del arbitraje según el cual el procedimiento arbitral puede efectuarse sólo si las partes consienten en ello, el artículo 14 de la ley peruana de arbitraje enuncia simplemente las situaciones en las cuales debe ser inferido el consentimiento al arbitraje de una parte no signataria del convenio arbitral».²³⁷

Lo dicho es concordante con la postura de Cantuarias Salaverry y Caivano, quienes señalan que «esta regla, que no significa romper con el principio básico conforme al cual el arbitraje es estrictamente voluntario, implica que, dadas ciertas circunstancias de hecho particulares, es posible considerar que alguien ha expresado su conformidad a someterse a arbitraje, aun en ausencia de una expresa y formal aceptación».²³⁸

²³⁷ FOLLONIER-AYALA, Alejandro. «La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza». *Op. cit.*, p. 157.

²³⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad». *Op. cit.*, pp. 60-61.

Podemos observar que el artículo 14, al admitir que el acuerdo arbitral vincule a quienes, sin haberlo suscrito, manifestaron su consentimiento de someterse al mismo, es concordante con las disposiciones del artículo 13 que admiten la validez de acuerdos arbitrales celebrados a través de cualquier forma que permita evidenciar la existencia de consentimiento.

4. LA FORMA PRESCRITA POR LA LEY DE ARBITRAJE PERUANA PARA EL ACUERDO ARBITRAL NO CONSTITUYE UN REQUISITO PARA SU VALIDEZ

Siguiendo el análisis hasta aquí realizado, podemos afirmar que la Ley de Arbitraje del 2008 ha dejado en el pasado la exigencia de una formalidad solemne para la celebración del acuerdo arbitral, y ha optado, en cambio, por una formalidad meramente *ad probationem*. De esta manera, en el contexto normativo peruano, las partes pueden celebrar un acuerdo arbitral empleando la forma que mejor les parezca, pues lo importante será poder verificar, por cualquier medio idóneo, el consentimiento de las partes de someterse a arbitraje.²³⁹

Podemos afirmar, entonces, que nuestro ordenamiento jurídico ha abandonado el formalismo que caracterizaba a las anteriores leyes de arbitraje en lo referido a la validez del acuerdo arbitral, y ha optado por el consensualismo, permitiendo que la existencia del acuerdo arbitral pueda probarse de cualquier manera posible. De este modo, bajo la nueva ley, se privilegia la existencia comprobable de un acuerdo de voluntades por encima de cualquier requisito formal.²⁴⁰

Sin perjuicio de lo señalado, no debemos dejar de notar que lo consagrado en nuestra Ley de Arbitraje con respecto a la forma del acuerdo arbitral, es de aplicación supletoria a los tratados e instrumentos inter-

²³⁹ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, pp. 22-24.

²⁴⁰ Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad». *Op. cit.*, p. 57.

nacionales que sean vinculantes para el Perú. En este contexto, precisamos observar que tanto la Convención de Nueva York de 1958 como la Convención de Panamá de 1975 —ambas vinculantes para el Estado peruano— contienen referencias expresas a la forma del acuerdo arbitral, haciendo mención, en particular, a su constancia por escrito.

Ambas convenciones son aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, estando ello expresamente reconocido por nuestra Ley de Arbitraje.²⁴¹ Asimismo, de manera adicional, la Convención de Panamá es también aplicable a los arbitrajes internacionales en materia comercial que tengan como sede el territorio peruano.

Es por tales motivos que corresponde estudiar lo que con respecto a la forma del acuerdo arbitral prevén las comentadas convenciones, ello en vista de que la interpretación y aplicación de éstas no ha sido pacífica sobre dicha materia.

C. BALANCE

La forma, como elemento esencial del acto jurídico, no es otra cosa que el medio de exteriorización de la voluntad de las partes. En tal sentido, cumple la función de ser (1) el continente de la voluntad y (2) el medio de prueba de la celebración del acto jurídico, constituyéndose así en una norma protectora de la real intención de las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico opera el principio de libertad de forma, en virtud del cual, las partes pueden utilizar la forma que consideren conveniente para la celebración del acto jurídico. Como excepción a este principio surge la formalidad: la exigencia de observar una forma particular para la perfección de un determinado acto jurídico,

²⁴¹ Artículo 74 de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

pudiendo tal imperativo derivarse no solamente de la ley sino también de la voluntad de las partes.

En cuanto a la formalidad, los actos jurídicos se dividen en formales y no formales, siendo los primeros aquéllos para los cuales se exige la observancia de una forma determinada. A su vez, los actos jurídicos formales pueden estar sujetos a formalidad *ad solemnitatem* o a formalidad *ad probationem*, resultando la primera un requisito de validez del acto jurídico, cuya inobservancia se sanciona con la nulidad del acto, y la segunda solamente un medio de prueba privilegiado, sin cuya observancia el acto puede todavía ser válido.

En el ordenamiento jurídico peruano, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y el Código Civil, el acuerdo arbitral constituye un acto jurídico formal por cuanto la ley prescribe que aquél se celebre de manera escrita. No obstante, se trata de una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, en vista de que no se sanciona con nulidad su inobservancia. Como consecuencia de ello, es posible en aplicación de nuestra legislación nacional reconocer la validez de acuerdos arbitrales que no consten por escrito, siempre que se acredite el consentimiento de las partes a su celebración.

Sin perjuicio de lo anotado en este capítulo, debe tenerse presente que la Ley de Arbitraje peruana es de aplicación supletoria frente a los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado peruano, razón por la cual corresponde un análisis de estos últimos.

CAPÍTULO III (B)

LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO: LEGISLACIÓN INTERNACIONAL VINCULANTE PARA EL PERÚ

Hemos visto en el capítulo anterior que nuestra legislación nacional ha pasado de considerar a la forma prescrita por la ley para el acuerdo arbitral como una exigencia *ad solemnitatem*, a regularla como una formalidad meramente *ad probationem*. La Ley de Arbitraje peruana establece que el acuerdo arbitral «deberá constar por escrito»; mas, no obstante, no sanciona con nulidad la inobservancia de tal requisito, lo cual no significa otra cosa que la admisión de la validez de aquellos acuerdos arbitrales que, no constando por escrito, permiten acreditar el consentimiento de las partes a su celebración.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar que la Ley de Arbitraje peruana es de aplicación supletoria a lo que dispongan los tratados internacionales de los que el Perú sea parte. En este contexto, existen dos convenciones internacionales ratificadas por el Perú que contienen referencias expresas a la forma del acuerdo arbitral, haciendo mención, en particular, a su constancia por escrito. Estos instrumentos son: la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, y la Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Tanto la Convención de Nueva York, como la Convención de Panamá, son aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país. Por otro lado, de manera

adicional, la Convención de Panamá es también aplicable a los arbitrajes internacionales de carácter comercial que se lleven a cabo en el Perú.

Encontrando, entonces, que dichas convenciones son aplicables de manera primigenia sobre nuestra legislación nacional, es menester observar lo que, con respecto a la forma del acuerdo arbitral, prevén. Resulta ser el caso, pues, que las disposiciones de estos instrumentos han sido interpretadas, reiteradas veces, en el sentido de contener una exigencia de formalidad para el acuerdo arbitral. De ser así, ello podría dar lugar a que en los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, así como en los arbitrajes comerciales internacionales celebrados en nuestro país, se desconozca la validez de acuerdos arbitrales celebrados de una forma no contemplada por las comentadas convenciones, pese a que tales acuerdos sí serían reconocidos por nuestra Ley de Arbitraje.

Es, precisamente, el objeto del presente capítulo demostrar que las referencias que las Convenciones de Nueva York y de Panamá hacen a la forma del acuerdo arbitral, no constituyen exigencias de formalidad.

A. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA CONVENCIÓN DE PANAMÁ EN EL PERÚ

En virtud del artículo 1, inciso 1 de la Ley de Arbitraje peruana, las disposiciones de los tratados internacionales de los que el Perú es parte, son de aplicación a todos los procedimientos arbitrales que se desarrollen dentro del territorio peruano —sean éstos de carácter nacional o internacional—, y priman, incluso, sobre las disposiciones de la propia Ley de Arbitraje.

Bajo el entendido anterior, se concibe la aplicación de la Convención de Panamá a los arbitrajes internacionales de carácter comercial que tengan como sede el Perú.

Por otro lado, de conformidad con el artículo 74 de la Ley de Arbitraje, los tratados internacionales de los que el Perú es contratante, son también aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en nuestro país.

Cabe precisar, en este punto, la distinción entre las figuras de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Consideran Alan Redfern y otros, que el reconocimiento en sí, es un proceso, generalmente, defensivo. Sostienen que «por lo general, se plantea cuando se solicita a un tribunal que otorgue una acción o recurso respecto de una controversia que hubiese sido objeto de un procedimiento arbitral previo. La parte beneficiada por el laudo alegará que la controversia ya ha sido resuelta. En prueba de ello, presentará el laudo o la sentencia arbitral al tribunal nacional y le solicitará que reconozca su validez y su carácter vinculante para las partes respecto de las cuestiones allí resueltas».²⁴²

Sin negar la veracidad del planteamiento anterior, encontramos nosotros que el proceso de reconocimiento de laudo extranjero no surge solamente como respuesta a una acción o recurso interpuesto por la contraparte. Por el contrario, el reconocimiento resulta ser un paso previo para obtener, posteriormente, la ejecución del laudo arbitral en un Estado distinto de aquél en que se emitió esta sentencia.

En tal sentido, la ejecución de laudos extranjeros es una figura diferente y de mayores alcances que el reconocimiento de aquéllos. Cuando se inicia un proceso de ejecución de laudo extranjero ante un tribunal nacional, se apunta no al mero reconocimiento de la eficacia y los efectos de la sentencia, sino a garantizar su cumplimiento bajo el apercibi-

²⁴² REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 597.

miento de las sanciones legales disponibles. Así, se afirma que la ejecución va un paso más allá del reconocimiento.²⁴³

De esta manera, podemos entender al reconocimiento de laudos extranjeros como aquel procedimiento tendiente a la admisión de validez de dichas sentencias en el Estado en que se solicita; y a la ejecución, como aquel otro procedimiento que persigue garantizar el cumplimiento de los laudos en dicho Estado determinado.

En lo que toca a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, el artículo 74 de la Ley de Arbitraje prescribe que los laudos extranjeros serán reconocidos y ejecutados de conformidad con la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975 y cualquier otro tratado sobre la materia del cual sea parte el Perú, siendo aplicable el tratado que sea más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

B. NECESIDAD DE REVISAR LAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK Y LA CONVENCIÓN DE PANAMÁ: AMBAS CONTIENEN REFERENCIA A LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL

Tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá contienen una disposición referida a la forma del acuerdo arbitral, en la que hacen referencia expresa a la constancia por escrito del mismo.

Si bien ninguno de estos instrumentos sanciona con nulidad al acuerdo arbitral que no presente la forma contemplada en sus textos, lo cierto es que no es aplicable para la interpretación de estas convenciones el artículo 144 del Código Civil, que establece que cuando la ley no sanciona con nulidad la inobservancia de la formalidad prescrita, ella es de

²⁴³ *Cfr. Idem.*

carácter meramente probatorio. Este artículo debe y puede conjugarse únicamente con nuestra legislación nacional.

De este modo, no es posible pretender que, de contemplar las Convenciones de Nueva York y de Panamá una exigencia de formalidad para el acuerdo arbitral, ello constituiría solamente un medio de prueba privilegiado. Siguiendo esta línea, a primera vista, nada impide que la referencia que ambas convenciones hacen a la forma del acuerdo arbitral constituya un requisito de validez del mismo. De ser así, en los casos que resulten aplicables la Convención de Nueva York o la Convención de Panamá —esto es, en los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, o en los arbitrajes comerciales internacionales que se desarrollen en el territorio peruano— esta supuesta exigencia de formalidad primaría sobre la libertad de forma que consagra nuestra legislación nacional, la cual permite la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, defendemos la libertad de forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, aun bajo la aplicación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá. Consideramos que pese a la referencia que hacen estos instrumentos a la forma del acuerdo arbitral —y, en particular, a la forma escrita—, ninguno de ellos establece una exigencia de formalidad como requisito de validez de dicho acuerdo.

En este capítulo analizaremos los textos de las convenciones referidas, a la luz de los más adecuados principios de interpretación, bajo los cuales demostraremos la solidez de la postura que planteamos. Es nuestro propósito no dejar lugar a dudas de que en el ordenamiento jurídico peruano —entendido éste no solamente a nivel de la legislación interna sino también de los tratados internacionales de los que el Perú es parte—, no existe una exigencia de formalidad para el acuerdo arbitral.

C. NI LA CONVENCION DE NUEVA YORK NI LA CONVENCION DE PANAMÁ CONTIENEN UNA EXIGENCIA DE FORMALIDAD PARA EL ACUERDO ARBITRAL COMO REQUISITO DE VALIDEZ DEL MISMO

1. LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958

La Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, vigente desde el 7 de junio de 1959, tiene agrupados a más de 150 países. Es por ello que constituye el más importante instrumento internacional a nivel mundial para lograr el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.²⁴⁴

La Convención de Nueva York se compone de dos secciones que contienen dieciséis artículos.

El primero de ellos contiene el ámbito de aplicación de la Convención. En tal sentido, señala, en su inciso 1, que esta norma se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se solicita su reconocimiento y ejecución.

El artículo II establece en su inciso 1 la obligación de cada uno de los Estados contratantes de reconocer a los acuerdos arbitrales. Como veremos más adelante, es en este artículo donde se hace referencia a la forma del acuerdo arbitral.

²⁴⁴ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, RITA SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-La Ley, 2014, segunda parte, vol. 26, p. 1088.

Seguidamente, el artículo III establece que cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Asimismo, precisa que para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Por su parte, el artículo IV establece las exigencias que debe cumplir quien desee que se reconozca y ejecute un laudo extranjero en el territorio de un Estado contratante. Cabe mencionar que en nuestro caso particular, las disposiciones de este artículo deberán ser contrastadas con aquéllas contenidas en los artículos 76 y 77 de la Ley de Arbitraje peruana, las cuales regulan el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros en el Perú.

Finalmente, el artículo V dispone las causales bajo las cuales puede denegarse el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero. En este caso, deberá tomarse en cuenta lo previsto en el artículo 75 de la Ley de Arbitraje peruana, que recoge también dichas causales de denegación.

Los demás artículos de la Convención se refieren a cuestiones formales como su suscripción, su fecha de entrada en vigor, las denuncias del tratado, idiomas oficiales en los que se redactó, entre otras.

1.1. El artículo II

Como ya mencionamos, es el artículo II de la Convención de Nueva York el que contempla una referencia expresa a la forma del acuerdo arbitral.

El inciso 1 del artículo II refiere que «cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias...».

Por su parte, el inciso 2 agrega que «la expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas».

Cabe señalar que no existen verdaderos antecedentes de la referencia a la constancia escrita del acuerdo arbitral que hace la Convención de Nueva York. Ni el Protocolo de Ginebra de 1923 ni la Convención de Ginebra de 1927 contenían una disposición de tal estilo. El primer origen de la referencia a la forma escrita del acuerdo arbitral, así como a la firma de las partes de éste, lo constituye el citado artículo II de la Convención de Nueva York.

Muchos tribunales estatales han interpretado que el artículo II contiene una exigencia de formalidad como requisito de validez del acuerdo arbitral. A partir de ello, estos órganos judiciales han denegado el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros al no haber admitido la existencia de acuerdos arbitrales que podrían haberse celebrado o suscrito de manera distinta a la contemplada por el artículo II.

Así, por ejemplo, en el caso *Armada Holland c/ Inter Fruit*,²⁴⁵ la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina, denegó el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero por considerar que no existía acuerdo por escrito. Según telefax de fecha 18 de marzo de 1997 enviado por el representante de la actora a Inter Fruit, las partes habían celebrado un contrato de fletamento para el transporte de una carga de fruta a bordo del buque «ICE SEA» desde

²⁴⁵ CNCivComFed (Argentina), Sala II, 8/5/2007, *Armada Holland BV Schiedam Denmark c/ Inter Fruit S.A.* Abeledo Perrot n.º 70038668.

el puerto de San Antonio Este, hasta el de San Petersburgo, de acuerdo con los términos de la Póliza de Fletamento «Gencon», cuya cláusula n.º 19 disponía que cualquier controversia que surgiera respecto del convenio aludido, sería sometida a arbitraje en Londres.

Mediante telefax de 2 de abril de 1998, la demandante indicó como buque para cumplir el transporte acordado al «MC ICE FERN O sustituto», manteniendo en todo lo demás las condiciones de la póliza de fletamento. Finalmente, mediante fax de 13 de abril de 1998, la demandante nominó al buque «Pearl Reeffer» para concretar el transporte convenido. Según la Cámara, el laudo arbitral no podía ser reconocido porque el único «acuerdo por escrito» mediante el cual las partes se obligaron a someter a arbitraje todas las diferencias que pudieran surgir entre ellas, era el referido al buque «ICE SEA», y resultaba inadmisibles pretender que ese acuerdo proyectara efectos sobre un supuesto convenio relativo a un buque distinto.

Cabe mencionar que la Corte Suprema argentina revocó la decisión de la Cámara, por considerar que ésta —al admitir la defensa del ejecutado que sostenía que no existió el contrato de fletamento y, por tanto, tampoco la cláusula compromisoria— se apartó de la normativa aplicable y emitió nuevo pronunciamiento sobre cuestiones ya juzgadas en el proceso arbitral, en el cual la accionada se abstuvo voluntariamente de participar.

De manera similar, en Brasil, el Tribunal Superior de Justicia denegó el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales por la ausencia de un «acuerdo por escrito». En el caso *Oleaginosa Moreno c/ Moinho Paulista*,²⁴⁶ el Tribunal brasileño concluyó que si bien el contrato principal podía ser celebrado verbalmente —en este caso, el acuerdo se había perfeccionado por teléfono—, en tal caso la cláusula arbitral debía constar por escrito en un documento separado que hiciera referencia a dicho

²⁴⁶ Tribunal Superior de Justicia (Brasil), 17/5/2006, *Oleaginosa Moreno Hnos c/ Moinho Paulista Ltda.*

contrato. Así también, en el caso *Indutech c/ Algocentro*,²⁴⁷ el Tribunal Superior de Justicia rechazó el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero porque no existía manifestación por escrito de la aceptación de la cláusula arbitral de una de las partes.

En la doctrina también encontramos interpretaciones que consideran que el artículo II de la Convención de Nueva York está dirigido a establecer requisitos de forma del acuerdo arbitral, sin cuya observancia éste sería inválido. En este sentido, Alejandro Follonier-Ayala señala que «resulta evidente que la ampliación de la forma escrita a un convenio oral no cumple con los requisitos de forma del artículo II(2) [de la Convención]».²⁴⁸

De igual manera, sostienen Alan Redfern y otros que «la Convención de Nueva York solamente contempla el reconocimiento y la ejecución del acuerdo arbitral en aquellos casos en que consta por “escrito”».²⁴⁹ De igual manera, Neil Kaplan considera que «la Convención de Nueva York exige que el acuerdo de arbitraje sea escrito»,²⁵⁰ siendo enfático al sostener que «si no hay acuerdo por escrito entre las partes, la sentencia arbitral no puede someterse a las normas de la Convención de Nueva York».²⁵¹

Discrepamos de la postura descrita. No obstante la obligatoriedad de las disposiciones de la Convención de Nueva York para el Perú, nega-

²⁴⁷ Tribunal Superior de Justicia (Brasil), 17/12/2008, *Indutech SpA c/ Algocentro Armazéns Gerais Ltda.*

²⁴⁸ FOLLONIER-AYALA, Alejandro. «La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza». *Op. cit.*, p. 119.

²⁴⁹ REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. *Op. cit.*, 2006, p. 65.

²⁵⁰ KAPLAN, Neil. «Novedades relativas a la forma escrita». En *La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencia y perspectivas*. Nueva York: Naciones Unidas, 1999, pp. 17-19, p. 17.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 20.

mos que el artículo II de la Convención esté dirigido a regular la validez del acuerdo arbitral.

1.2. Una correcta interpretación del artículo II

Para interpretar adecuadamente el artículo II de la Convención de Nueva York, recurriremos al artículo 31, inciso 1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.²⁵² Este artículo establece que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin». Adicionalmente, acudiremos al artículo 32 de la misma Convención de Viena, que permite recurrir como medios de interpretación complementarios a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

A fin de realizar una correcta interpretación del artículo II de la Convención de Nueva York, y teniendo en consideración los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, nuestro análisis se efectuará de la siguiente manera: (1) una interpretación del artículo II a partir de su propio texto, teniendo en cuenta su objeto y fin; (2) una interpretación del artículo II en consonancia con las demás disposiciones de la Convención; y (3) un análisis de la motivación y propósitos detrás de la redacción del artículo II, para lo cual nos remitiremos a los trabajos preparatorios de la Convención.

1.2.1. Interpretación del artículo II a partir de su propio texto

El texto completo del artículo II es el siguiente:

Artículo II

1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter

²⁵² Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión «acuerdo por escrito» denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.
3. El tribunal de cada uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable. (Subrayado nuestro).

En primer lugar, debemos analizar el sentido en que está redactado el inciso primero del artículo. Se expresa que «cada uno de los Estados contratantes reconocerá...», consagrando con ello un imperativo para los Estados contratantes de la Convención de Nueva York de reconocer los efectos vinculantes de un acuerdo como el descrito. Con ello se busca, evidentemente, que ningún Estado contratante niegue la validez de un acuerdo que cumpla con las características previstas en el artículo II.

Sin embargo, del texto citado no se desprende la obligación de los Estados de denegarle efectos o reconocimiento de validez a los acuerdos arbitrales que no presenten las características descritas. El hecho de que el inciso primero prescriba que debe reconocerse la validez de cierto tipo de acuerdos, no puede llevarnos a interpretar que, *contrario sensu*, debe negarse la validez de todo acuerdo no contemplado por dicho inciso.

En segundo lugar, cabe observar que el inciso segundo establece que bajo el concepto de «acuerdo por escrito» debe entenderse comprendido a aquel acuerdo arbitral representado por una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Con esta precisión se busca, evidentemente, garantizar que las formas descritas en las cuales

puede presentarse un acuerdo arbitral serán reconocidas. No se pretende con este inciso limitar la validez de los acuerdos arbitrales a las manifestaciones contempladas en el mismo.

Finalmente, debemos detenernos en el inciso tercero del artículo II para observar que éste contiene el sentido y finalidad de todo el artículo. El inciso tercero señala que «el tribunal de cada uno de los Estados contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje...». Se evidencia, entonces, que el artículo bajo comentario está orientado a que los tribunales locales cumplan con remitir a las partes al arbitraje cuando exista un acuerdo arbitral en el sentido del artículo II.

Podemos afirmar que no es la finalidad del artículo II establecer los requisitos de validez del acuerdo arbitral. En consecuencia, las características descritas en los incisos 1 y 2 no son exigencias formales que, necesariamente, deba cumplir todo acuerdo arbitral; sino que constituyen características de forma que, de presentarlas un acuerdo arbitral, determinarán la obligación de que éste sea reconocido por el Estado correspondiente.

A mayor abundamiento, señala Francisco González que «los requisitos de forma contemplados en la Convención de Nueva York aplican al deber de la judicatura de remitir a las partes al arbitraje...».²⁵³ Y, con mayor precisión, explica que «el artículo II de la Convención de Nueva York regula la ejecución del acuerdo, no del laudo arbitral. Para ello, se ha establecido, como requisito de derecho uniforme, que los jueces estatales ante los cuales se someta una controversia amparada por un acuerdo arbitral remitan a las partes al arbitraje. [...] El propósito del artículo II no es establecer el régimen de validez del acuerdo arbitral,

²⁵³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, p. 220.

sino sólo una regla uniforme para procurar su ejecutabilidad por las judicaturas de diferentes partes del mundo». ²⁵⁴

En consecuencia, del análisis del propio texto del artículo II, teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede interpretarse que éstos estén dirigidos a establecer los requisitos de validez de los acuerdos arbitrales. Se desprende, entonces, que la forma del acuerdo arbitral a la que hace referencia el artículo II no configura una exigencia de validez.

1.2.2. Interpretación del artículo II en consonancia con las demás disposiciones de la Convención de Nueva York

1.2.2.1. El artículo v(1)(a)

Mientras que el artículo II de la Convención de Nueva York se orienta a garantizar el reconocimiento del acuerdo arbitral, el artículo v regula las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral. Las causales no sólo son exhaustivas, sino que además son de interpretación estricta y deben interpretarse y probarse en contra del principio de presunción de validez del laudo arbitral (*presumptio in favorem validitatis sententiae*). ²⁵⁵

Es relevante para efectos de nuestro análisis la causal prevista en el inciso 1, literal a, del artículo v, el cual establece:

Artículo v

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

²⁵⁴ *Idem*.

²⁵⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo». Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/FORMA%20ACUERDO%20ARBITRAL.pdf> (último acceso: 14/05/2015), p. 18.

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia [...]. (Subrayado nuestro).

Como podemos observar, este dispositivo legal condiciona claramente la validez del acuerdo arbitral conforme a la ley a la que las partes lo hayan sometido o a la del país en donde se haya dictado la sentencia. Aparece nítidamente la precisión del citado texto cuando señala que «si nada se hubiere indicado», la ley a regir la validez del acuerdo arbitral será la «del país en que se haya dictado la sentencia». En ningún modo se menciona, ni se infiere, que las disposiciones de la Convención puedan ser las que operen respecto a la determinación de la validez del acuerdo arbitral.

Siendo esto así, y siguiendo la lógica más elemental, se refuerza lo que afirmamos con anterioridad: que el artículo II no está orientado a regular la validez de los acuerdos arbitrales. De ser esto último cierto, el artículo v(1)(a) no contemplaría únicamente la posibilidad de que el acuerdo arbitral fuere inválido conforme a una ley nacional, sino que, en primer lugar, remitiría al propio artículo II para efectos de determinar la validez del pacto arbitral. No existe otra interpretación posible amparada por la lógica.

Si la propia Convención de Nueva York reconoce que la validez del acuerdo arbitral se determina con base en el derecho nacional aplicable, ello significa que las referencias a la forma del acuerdo arbitral contempladas en el artículo II no constituyen exigencias de validez, sino, como ya explicamos, únicamente formas —no exhaustivas— bajo las cuales puede presentarse un acuerdo arbitral, que determinan la obligación de los Estados de remitir a las partes al arbitraje.

Finalmente, sólo cabe señalar que la Ley de Arbitraje peruana acoge la elección de la Convención de Nueva York al regular en su artículo 75 las causales de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. En el inciso 2, literal a) del mencionado artículo está contenida la misma causal a que hemos hecho referencia respecto de la Convención de Nueva York: «que [el acuerdo arbitral] no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo». Sin duda alguna, tanto la Convención de Nueva York como la Ley de Arbitraje peruana reconocen claramente que la validez del acuerdo arbitral está condicionada únicamente a la ley nacional que para tales efectos resulte aplicable.

1.2.2.2. *El artículo IV(1)(b)*

Otro artículo que consideramos imprescindible traer a colación en nuestro análisis es el artículo IV de la Convención, por razón de que las disposiciones que contiene podrían a primera vista contradecir la interpretación que defendemos del artículo II.

El artículo IV regula, en su inciso 1, la documentación que debe adjuntar a su demanda la parte que solicita el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. El mencionado artículo establece lo siguiente:

Artículo IV

1. Para obtener el reconocimiento y la ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución deberá presentar, junto con la demanda:
 - a) El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad;
 - b) El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

[...]. (Subrayado nuestro).

Este requerimiento pareciera derribar nuestros planteamientos pues, conjugándolo con el artículo II, podría entenderse que exige la presentación de una constancia escrita del acuerdo arbitral.

Sin embargo, es necesario remitirnos a lo que sobre este aspecto establece la Ley de Arbitraje peruana. Ella contiene, en su artículo 76, los requisitos que debe cumplir quien solicita el reconocimiento de un laudo arbitral extranjero; no obstante, este artículo no exige la presentación de una constancia del acuerdo arbitral, sino que únicamente manda que se presente el original del laudo o copia de éste.²⁵⁶

Cabe mencionar que la derogada ley general de arbitraje de 1996 sí exigía la presentación del «original del convenio arbitral o copia del mismo».²⁵⁷ No es casualidad que nuestra actual ley de arbitraje haya prescindido de tal requisito, sino que, por el contrario, el legislador peruano adoptó una clara postura a favor de admitir nuevas formas de celebración del acuerdo arbitral, y de dejar de lado la exigencia de requisitos formales.

Esta elección del legislador tuvo como motivación a las enmiendas adoptadas por la Cnudmi en el año 2006 al texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. El texto de 1985 contemplaba, como requisito para solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero, la presentación del original del acuerdo arbitral o de una copia debidamente certificada del mismo.²⁵⁸ Sin embargo, bajo la

²⁵⁶ Artículo 76, inciso 1 de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

«La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo, debiendo observar lo previsto en el artículo 9. [...]».

²⁵⁷ Artículo 127, segundo párrafo de la ley general de arbitraje peruana de 1996. *Cit.*
«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. [...]».

²⁵⁸ Artículo 35, inciso 2 de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. *Cit.*

enmienda del 2006 se eliminó tal requisito.²⁵⁹ Al respecto, manifestó la Cnudmi, que dicha disposición «se revisó para liberalizar los requisitos formales y reflejar la enmienda introducida en el artículo 7, relativo a la forma del acuerdo de arbitraje. Según el texto actual [...] ya no es necesario presentar una copia certificada del acuerdo de arbitraje».²⁶⁰

Indudablemente, rescatamos que el hecho de que la ley de arbitraje no exija la presentación de una constancia del acuerdo arbitral, no debe llevarnos a asumir que se prescinde de la verificación por parte del órgano judicial de que efectivamente existió un acuerdo válido. No obstante, el cuestionamiento a la validez del acuerdo arbitral se deja a instancia de la parte interesada, a través del acogimiento a la causal de denegación de reconocimiento de laudo prevista en el artículo 75, en su inciso 2, literal a).

Evidentemente, podría argumentarse que las disposiciones de la Convención de Nueva York priman sobre aquéllas de la Ley de Arbitraje, lo que determina que aun cuando la ley no exija la presentación de una constancia del acuerdo arbitral, esta obligación subsista en virtud de la aplicación de la Convención de Nueva York. Esta objeción es, en principio, sostenible; sin embargo, la refutamos aplicando un tercer artículo de la propia Convención de Nueva York, del cual nos ocuparemos a continuación: el artículo VII(1), que contiene la llamada «disposición de derecho más favorable».

1.2.2.3. *El artículo VII(1)*

El artículo VII, inciso 1 de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

²⁵⁹ Artículo 35, inciso 2 de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, con las enmiendas adoptadas en el año 2006. *Cit.*

²⁶⁰ Cnudmi. «Nota explicativa de la Secretaría de la Cnudmi acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006». Naciones Unidas. En *Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas adoptadas en 2006*. Naciones Unidas, 2006, segunda parte, p. 40.

Artículo VII

Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medidas admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

[...] (Subrayado nuestro).

Este artículo es conocido como «la disposición de derecho más favorable»,²⁶¹ en vista de que permite a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución de un laudo, fundamentarse en normas que sean más favorables que las de la Convención, normas que pueden encontrarse en la ley nacional del foro, o en tratados aplicables en el territorio en donde se solicita el reconocimiento y ejecución.²⁶²

Es relevante hacer mención a este artículo, pues consideramos que en el improbable e hipotético caso que se interprete, a partir de los artículos II y IV(1)(b), que la Convención de Nueva York regula la validez de los acuerdos arbitrales; el artículo VII(1) acudiría a salvar esta situación, pues derivaría la determinación de la validez del acuerdo arbitral a la ley nacional aplicable y no al artículo II.

Lo que planteamos es que el artículo VII(1) podría ser invocado para superar los supuestos requisitos de forma del acuerdo arbitral exigidos por los artículos II y IV(1)(b). En este contexto, un acuerdo arbitral podría ser válido bajo la Convención de Nueva York, pese a no haberse

²⁶¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, p. 222.

²⁶² *Cfr. International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. Un manual para jueces.* Publicado por el ICCA, con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje, Palacio de Paz, La Haya, 2013. Traducción de Alexander Aizenstatd, p. 26.

celebrado por escrito o haber sido firmado por las partes, si las disposiciones del Estado contratante donde fuese a invocarse el laudo arbitral surgido de dicho acuerdo, admitieran la validez de acuerdos arbitrales que no presentaran las referidas formalidades, como es el caso del Perú y su legislación interna.

Como ya señalamos al tratar el artículo II de la Convención de Nueva York, consideramos que éste contiene un «mínimo de reconocimiento», describiendo formas bajo las cuales, de presentarse un acuerdo arbitral, determinará la obligación de los Estados de reconocerlo. Éste es el verdadero sentido tanto del artículo II como del artículo IV(1)(b).

Es falso, por el contrario, que la Convención pretenda que los Estados desconozcan la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las previstas por ella. La Convención contempla un «mínimo de reconocimiento», a fin de hacer frente a cualquier legislación estatal «menos favorable» al reconocimiento de validez de acuerdos arbitrales. Sin embargo, de existir una legislación estatal «más favorable», en el sentido de admitir acuerdos arbitrales celebrados de formas adicionales a las previstas por la Convención de Nueva York; esta última se hace a un lado, permitiendo la primacía de tal legislación en el caso concreto. Esto es, precisamente, aquello a lo que el artículo VII(1) se acomete.

En este contexto, en el caso del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero en el Perú, el artículo VII(1) de la Convención de Nueva York determina las siguientes primacías: en primer lugar, que el artículo 13 de la Ley de Arbitraje prime sobre el artículo II de la Convención de Nueva York, admitiendo la validez de un acuerdo arbitral celebrado de una forma no prevista por la Convención; y, en segundo lugar, que el artículo 76, inciso 1, de la Ley de Arbitraje prime sobre el artículo IV(1)(b) de la Convención, no exigiéndose, entonces, la presentación de una constancia escrita del acuerdo arbitral como requisito para solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo.

Si bien algunos autores se oponen a la interpretación que planteamos, por considerar que el artículo VII(1) es aplicable a los laudos y no a los acuerdos arbitrales;²⁶³ avala nuestra postura la Cnudmi, quien en una recomendación adoptada el 7 de julio de 2006,²⁶⁴ recomendó que «el párrafo 1 artículo VII de la [Convención], se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje».

Esta interpretación es también la seguida por la Ley de Arbitraje peruana, la cual, en su artículo 78, inciso 2, señala que «conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención [de Nueva York], la parte interesada podrá acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados de los cuales el Perú sea parte, para obtener el reconocimiento de la validez de ese convenio arbitral». Y, más precisamente, establece en el artículo 75, inciso 4, que la causal de denegación de reconocimiento de laudo arbitral prevista en el inciso 2, literal a), del mismo artículo —esto es, la causal referida a la invalidez del acuerdo arbitral en virtud de la ley a la que las partes lo hayan sometido o a la del país en que se haya dictado el laudo— no supondrá la denegación si el acuerdo arbitral es válido según el derecho peruano.

En consecuencia, queda esclarecido que en virtud del artículo VII(1) de la Convención de Nueva York, si en el lugar de reconocimiento y ejecución del laudo existe una ley más favorable al reconocimiento y ejecución que la propia Convención —y en este caso se incluye una ley

²⁶³ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 165.

²⁶⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). *Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1985, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones.*

que contemple la libertad de forma para el acuerdo arbitral, como es el caso de la ley peruana—, aquélla es de aplicación preferente por el juez del proceso de reconocimiento o ejecución del laudo.

Cabe reiterar que con esta interpretación que hacemos del artículo VII(1), no estamos admitiendo que el artículo II pueda, en algunas ocasiones, regular la validez del acuerdo arbitral. Tal como ya afirmamos, el propósito del artículo II es garantizar que los Estados contratantes no desconocerán los acuerdos arbitrales presentados en el sentido de dicho artículo. Evidentemente, la Convención contempló una forma de acuerdo arbitral que era adecuada a la época, tiempo en el cual no se había alcanzado el desarrollo que hoy presumen los medios modernos de comunicación y las nuevas formas de contratación y comercialización.

Nos atrevemos a sostener que la inclusión del artículo VII(1) tuvo como ánimo asegurar que ninguna disposición de la Convención pudiera ser interpretada de modo que restara derechos que fueran reconocidos por las legislaciones nacionales. Para tales fines, el artículo VII(1) salvaguardó los derechos —en este caso el derecho al reconocimiento de la validez de un acuerdo arbitral— que las partes pudieran tener en virtud de la legislación del país donde se invocara el laudo.

La interpretación que planteamos aparece también consagrada en el artículo 13, inciso 7 de la Ley de Arbitraje peruana, que dispone que «cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano».

En este orden de ideas, señala Caivano que «(i) Si el arbitraje tiene sede en el Perú, por aplicación del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, el convenio arbitral no escrito es válido y el laudo que ulteriormente se dicte, no podrá ser anulado por ese motivo; (ii) Si se pretende en el Perú

el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero dictado como consecuencia de un arbitraje pactado en un convenio no escrito, el juez peruano debe de todas maneras admitirlo, aunque la ley de la sede del arbitraje exija la forma escrita. En tal supuesto, el convenio arbitral no satisfaría el requisito de forma de la legislación del país de origen ni de la Convención de Nueva York, pero sí satisfaría el de la ley peruana, más favorable que aquéllas. Tanto el artículo II, como el artículo v.1.a) de la Convención de Nueva York, quedan desplazados, en el Perú, por la aplicación coordinada de los artículos 13, inciso 3; 13, inciso 7; y 75, inciso 1 de la Ley de Arbitraje y VII de la propia Convención».²⁶⁵

De la misma manera se postulan María Blanca Noodt y Julio César Córdova, considerando que «si las normas nacionales son menos exigentes en lo que hace a los requisitos de forma del acuerdo, en virtud del artículo VII.1 de la Convención, el artículo II.2 quedará desplazado».²⁶⁶

Si bien objetamos que la Convención de Nueva York contenga un «requisito de forma», consideramos acertados los planteamientos de estos autores en lo relativo a la aplicación de la disposición de derecho más favorable contenida en el artículo VII(1) de la Convención de Nueva York.

Finalmente, siguiendo la misma postura, afirma Francisco González que «un laudo arbitral cuyo origen es un acuerdo arbitral que no consta por escrito podría ejecutarse bajo la Convención de Nueva York

²⁶⁵ CAIVANO, Roque J. «La forma “escrita” del convenio arbitral, la Convención de Nueva York y la ley de arbitraje del Perú». En *Sociedad Libre*, 2011, n.º 26. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-Sociedad de Economía y Derecho, 2011. Disponible en: http://www3.upc.edu.pe/sociedadlibre/Det_Bol1.asp?CON=8879&BOL=18&EJE=772&SEC=Opini%F3n (último acceso: 25/08/2014).

²⁶⁶ NOODT TAQUELA, María Blanca y Julio César CÓRDOBA. «La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral. Op. cit.*, tomo I, p. 216.

puesto que sería un laudo que se basa en derecho local que da efectos a un acuerdo arbitral con dicha forma. Es decir, en la medida en que una legislación arbitral nacional recoja el texto actual de la reforma de la Uncitral que le da validez al acuerdo arbitral que no sea por escrito, pero cuya existencia haya sido demostrada, el laudo que como resultado de ello se emita seguiría siendo ejecutable bajo la Convención de Nueva York puesto que (utilizando las palabras de la Convención de Nueva York) es una “sentencia arbitral que hace valer forma y medidas admitidas por la legislación que se invoca”». ²⁶⁷

1.2.3. Remisión a los trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York

Los trabajos que dieron origen a la Convención de Nueva York tuvieron lugar en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, realizada del 20 de mayo al 10 de junio de 1958.

Revisando los debates de esta conferencia, encontramos que no hubo mayor discusión sobre lo que terminó siendo el texto del artículo II. Sin embargo, desprendemos de ella dos puntos clave que reafirman la postura que venimos sosteniendo.

1.2.3.1. La inclusión del artículo II estuvo dirigida a garantizar el reconocimiento de los acuerdos arbitrales y no así a normar la validez de los mismos

El proyecto inicial de lo que sería la Convención de Nueva York no contenía una disposición referida a la forma del acuerdo arbitral. Fueron los representantes de Suecia y de Polonia quienes propusieron incluir tal provisión, con referencia, en particular, a la forma escrita. Hizo notar el representante de Suecia, en tal oportunidad, que el objeto de su

²⁶⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, p. 222.

propuesta era garantizar que los Estados contratantes reconocerían la validez de los acuerdos arbitrales.²⁶⁸ De la misma manera, precisó el delegado de Polonia que el móvil de su proposición era hacer las transacciones internacionales más seguras: el reconocimiento de la validez de los acuerdos arbitrales prevendría a las compañías comerciales de evadir arbitrajes que habían acordado.²⁶⁹

Algunos países se opusieron a las propuestas de Suecia y Polonia. Sin embargo, si bien sus propuestas iniciales no fueron admitidas, sí lograron traer al debate la necesidad de garantizar que los Estados contratantes no negarían el reconocimiento a los acuerdos arbitrales, necesidad que terminó por ser admitida por la mayoría de los países, siendo éste el origen del artículo II de la Convención.

1.2.3.2. Durante los debates se precisó que la validez del acuerdo arbitral se determinaría sobre la base de la ley nacional aplicable y no de la Convención de Nueva York

A raíz de las propuestas de los delegados de Suecia y Polonia, los debates trataron la cuestión de la determinación de la validez de los acuerdos arbitrales.

Frente a ello, representantes de diferentes países recordaron que la cuestión no era competencia de la Convención de Nueva York, sino de la ley nacional aplicable.

²⁶⁸ Registro de la Sesión n.º 7 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, 23 de mayo de 1958. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html (último acceso: 31/08/2014).

²⁶⁹ Registro de la Sesión n.º 9 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, 26 de mayo de 1958. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html (último acceso: 31/08/2014).

En ese sentido, el representante de Checoslovaquia señaló que la validez del acuerdo arbitral debía determinarse con base en la ley nacional del Estado en el que se solicitara la ejecución del laudo arbitral.²⁷⁰ De otra parte, los representantes de Noruega y de la República Federal de Alemania acotaron que la validez del acuerdo arbitral debía decidirse por la ley nacional correspondiente, de conformidad con las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado.²⁷¹

Cabe mencionar que lo anterior está confirmado no solamente por los registros de las discusiones llevadas a cabo durante la Conferencia, sino también por el texto final de la Convención de Nueva York, cuyo artículo v(1)(a) refiere la determinación de la validez de los acuerdos arbitrales a la ley nacional aplicable.

1.2.4. Interpretación de la Cnudmi y el ICCA

La Cnudmi aprobó en su 39.º período de sesiones, celebrado en el año 2006, una recomendación relativa a la interpretación del artículo II(2) de la Convención de Nueva York.

En la adopción de esta recomendación, la Cnudmi «tuvo en consideración la importancia creciente del comercio electrónico y la existencia de leyes internas más favorables que la Convención de Nueva York en cuanto al requisito de forma aplicable a los acuerdos de arbitraje».²⁷² Como consecuencia de ello, recomendó que el artículo II(2) «se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas

²⁷⁰ Registro de la Sesión n.º 12 de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, 28 de mayo de 1958. Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html (último acceso: 31/08/2014).

²⁷¹ *Idem.*

²⁷² NOODT TAQUELA, María Blanca y Julio César CÓRDOBA. «La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006». *Op. cit.*, p. 201.

[...]»,²⁷³ entendiéndose ello como una postura a favor de admitir la validez de acuerdos arbitrales celebrados de forma diferente a la contemplada por el texto del artículo.

Si bien la Cnudmi fue creada con posterioridad a la adopción de la Convención de Nueva York, la resolución n.º 2205 (xxi) de la Asamblea General de las Naciones Unidas,²⁷⁴ por la que fue creada, le otorga mandato, entre otras cosas, para promover «métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del Derecho Mercantil Internacional». ²⁷⁵ Por consiguiente, la emisión de una recomendación interpretativa de la Convención de Nueva York, en beneficio de los usuarios y en aras a promover la eficiencia del arbitraje, entra en el ámbito de sus facultades.

No está de más mencionar que la recomendación de la Cnudmi fue acogida por el Perú, lo cual tiene reflejo en el artículo 78, inciso 3 de la Ley de Arbitraje peruana, que establece que «cuando resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención [de Nueva York], esta disposición se aplicará reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas».

²⁷³ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). «Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1985, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones». Publicada en Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 17 (A/61/17), anexo II. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf> (último acceso: 21/04/2015).

²⁷⁴ Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución 2205 (xxi)*, «Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». Adoptada el 17 de diciembre de 1996 en la 1497.ª Sesión Plenaria.

²⁷⁵ *Ibidem*, acápite II, inciso 8, literal d).

Finalmente, no es menos importante agregar que el *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA) ha considerado que «una aplicación inflexible del requerimiento escrito de la Convención sería contradictorio a los usos comerciales corrientes y generalizados y sería contrario al impulso proyección de la Convención».²⁷⁶

2. LA CONVENCIÓN DE PANAMÁ DE 1975

La Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional fue firmada en Panamá en el año de 1975, entrando en vigencia el 16 de junio de 1976. Cabe mencionar que, a diferencia de la Convención de Nueva York, en este instrumento se reúnen solamente países que se encuentran geográficamente ubicados en el continente americano, por lo que se le considera un acuerdo regional.²⁷⁷

La Convención de Panamá se encuentra conformada por trece artículos; y, nuevamente, a diferencia de la Convención de Nueva York, es aplicable no solamente al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, sino también de manera general a los procesos arbitrales internacionales en materia comercial.

El artículo 1 de la Convención de Panamá reconoce la validez de los acuerdos arbitrales celebrados por las partes, haciendo una referencia expresa a la forma en que pueden presentarse tales acuerdos. Éste es, precisamente, el artículo del que nos ocuparemos.

²⁷⁶ *International Council for Commercial Arbitration (ICCA). Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. Un manual para jueces. Op. cit.*, p. 45.

²⁷⁷ *Cf. CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN, Jhoel. Arbitraje. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, segunda parte, vol. 26, p. 1088.

En segundo término, el artículo 2 se refiere al nombramiento de los árbitros, el cual se hará en la forma convenida por las partes. Se menciona que la designación podrá delegarse a un tercero, sea éste persona natural o jurídica, y que los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros.

Seguidamente, el artículo 3 señala que a falta de acuerdo expreso de las partes, el arbitraje se llevará de conformidad con las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

El artículo 4 establece que las sentencias o laudos arbitrales no impugnables según la ley o reglas procesales aplicables, tendrán fuerza de sentencia judicial ejecutoriada. Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los tratados internacionales.

Finalmente, el artículo 5 contiene las causales bajo las cuales se puede denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral extranjero.

Los artículos restantes de la Convención de Panamá están referidos a temas de carácter formal, como son la ratificación de la Convención, su denuncia, adhesión, entrada en vigencia, entre otros.

2.1. El artículo 1

La Convención de Panamá sigue la misma tendencia que la de Nueva York al consagrar una referencia a la forma que observe el acuerdo arbitral, mencionando específicamente la constancia escrita del mismo. En este caso, el artículo 1 de la Convención de Panamá, refiriéndose al acuerdo arbitral, refiere que «el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex».

De la misma manera que ocurre con el artículo II de la Convención de Nueva York, el artículo 1 de la Convención de Panamá ha dado lugar a una interpretación que considera que éste contiene un régimen de validez del acuerdo arbitral, en aplicación del cual serían inválidos aquellos acuerdos que no presenten alguna de las formas contempladas en su texto.

Esta postura es la que sostiene, por ejemplo, Marco Monroy al señalar que «en cuanto a los requisitos de forma previstos en el artículo 1 de la Convención de Panamá de 1975 hay que observar que el acuerdo debe constar por escrito [...]».²⁷⁸ De la misma manera, Rafael Eyzaguirre apoya también la idea de que la Convención de Panamá exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito.²⁷⁹

En este caso, discrepamos también de la postura descrita; y, al igual que lo hicimos con la Convención de Nueva York, demostraremos por qué no debe considerarse la referencia que la Convención de Panamá hace a la forma del acuerdo arbitral como una exigencia de validez del mismo.

2.2. Una correcta interpretación del artículo 1

Para los fines propuestos, seguiremos el mismo camino recorrido al analizar el artículo II de la Convención de Nueva York, tomando los siguientes pasos: (1) una interpretación del artículo 1 de la Convención de Panamá a partir de su propio texto, teniendo en cuenta su objeto y fin; (2) una interpretación del artículo 1 en consonancia con las demás disposiciones de la Convención; y (3) un análisis de la motivación detrás de la redacción del artículo 1, para lo cual nos remitiremos a los trabajos preparatorios de la Convención.

²⁷⁸ MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007, p. 399.

²⁷⁹ Cfr. EYZAGUIRRE ECHEVARRÍA, Rafael. *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 272.

2.2.1. Interpretación del artículo 1 a partir de su propio texto

El texto completo del artículo 1 es el siguiente:

Artículo 1.- Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. (Subrayado nuestro).

Consideramos que, al igual que el artículo II de la Convención de Nueva York, el artículo 1 de la Convención de Panamá está únicamente dirigido a garantizar que los Estados Contratantes de esta Convención reconocerán a todo acuerdo arbitral que presente las características descritas en su texto.

Ello se comprueba del propio texto del artículo cuando señala que «es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. [...]».

Si bien, seguidamente, el artículo agrega que «el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex», consideramos que la finalidad de esta disposición fue garantizar que se reconocería efectos no solamente al acuerdo arbitral tradicional; es decir, el que apareciera de un escrito, sino también al que se derivara del canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. Ello demuestra el ánimo de los redactores de la Convención de considerar nuevas formas de celebración del acuerdo arbitral.

2.2.2. Interpretación del artículo 1 en consonancia con las demás disposiciones de la Convención de Panamá: el artículo 5(1)

Como ya mencionamos, la Convención de Panamá fue influenciada por la Convención de Nueva York. En este sentido, no solamente repitió la referencia a la forma del acuerdo arbitral, sino que también presenta otras disposiciones similares a las previstas por la Convención de Nueva York.

En este contexto, el artículo 5 de la Convención de Panamá, al igual que el artículo v de la Convención de Nueva York, establece las causales bajo las cuales podrá denegarse el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral.

Es relevante para el presente análisis el inciso 1 del artículo 5 de la Convención de Panamá, el cual establece —siguiendo a la Convención de Nueva York— como una de las causales bajo las cuales es posible denegar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, «que dicho acuerdo [arbitral] no es válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia [...]».

De esta manera, al igual que la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá reconoce que es la ley nacional aplicable la que determinará la validez del acuerdo arbitral. Y con la misma claridad con que lo hace la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá precisa que cuando «nada se hubiere indicado» respecto a la ley que regirá dicha materia, lo hará «la ley del Estado en que se haya dictado la sentencia».

En este punto, es aplicable lo que señalamos al tratar el artículo v de la Convención de Nueva York, con respecto al artículo 75 de la Ley de Arbitraje peruana, que contiene en su inciso 1 las causales por las cuales puede denegarse el reconocimiento y ejecución de un laudo

arbitral extranjero, y dispone en el inciso 4 que no podrá denegarse el reconocimiento de un laudo por la causal de invalidez del acuerdo arbitral cuando este último sea válido según el derecho peruano.

En consecuencia, no puede sostenerse que la Convención de Panamá sea aplicable para la determinación de la validez del acuerdo arbitral. Esto no hace sino confirmar que el artículo 1 de la Convención de Panamá no está dirigido a establecer requisitos de validez del acuerdo arbitral, sino únicamente a garantizar el reconocimiento por parte de los Estados contratantes de todo acuerdo que se presente en el sentido descrito por este artículo, sin que ello excluya el reconocimiento de los acuerdos que presenten una forma diferente a la contemplada.

2.2.3. Remisión a los trabajos preparatorios de la Convención de Panamá

Al igual que lo hicimos con la Convención de Nueva York, recurrimos a la revisión de los trabajos preparatorios que dieron origen a la Convención de Panamá, a fin de encontrar respaldo a nuestra posición.

Nos remitimos a las actas y documentos que contienen las discusiones conducentes a la aprobación de la Convención, las cuales tuvieron lugar en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de 1975, organizada y patrocinada por la Organización de los Estados Americanos.²⁸⁰ Estos documentos constituyen una pieza importante de historia legislativa, de especial importancia para una tarea interpretativa tendiente a determinar el preciso sentido y alcance de las disposiciones contenidas en el tratado.²⁸¹

²⁸⁰ Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional: Actas y Sesiones Preparatorias. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Actas_Sesiones_Preparatorias_2013.pdf (último acceso: 20/08/2014), p. 7.

²⁸¹ *Idem.*

Como punto de partida debemos indicar que fue la Asamblea General de la OEA, quien en su resolución n.º AG/RES. 48 (I-O/71), del 23 de abril de 1971, determinó convocar a la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (Cidip I) para la discusión y tratamiento de temas sobre la materia. Y fue el Consejo Permanente de la OEA quien elaboró un temario incluyendo como tema número 5, el relativo al tratamiento del Arbitraje Comercial Internacional.

Durante el período previo a la Cidip I, el Comité Jurídico Interamericano preparó un proyecto de tratado sobre Arbitraje Comercial Internacional, que sirvió como base para la discusión de la Comisión I de la Cidip I. Debe notarse que este proyecto no contenía referencia alguna a la forma escrita del acuerdo arbitral. Por el contrario, el texto del artículo 1 era el siguiente:

Artículo 1.- Es válida la cláusula compromisoria en que las partes se obligan a someter a la decisión arbitral todas o algunas de las diferencias que pudiesen surgir entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil.²⁸²

Evidenciamos, entonces, que la inclusión del artículo 1 estuvo orientada —al igual que sucede con el artículo II de la Convención de Nueva York— a garantizar que los Estados contratantes de la Convención de Panamá darían reconocimiento a los acuerdos arbitrales.

Fue durante las sesiones de discusión del proyecto de tratado que el representante de México sugirió la siguiente enmienda al artículo 1 del proyecto:

Artículo 1.- Es válida la cláusula compromisoria en que las partes se obligan a someter a la decisión arbitral todas o algunas de las diferencias que pudieren surgir entre ellas con relación a un

²⁸² *Ibidem*, p. 25.

negocio de carácter mercantil. La cláusula arbitral podrá estipularse en forma de un acuerdo escrito o mediante el intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por télex entre las partes. (Subrayado nuestro).

Cabe señalar que al presentar su propuesta, el delegado de México no señaló que ella se dirigiera a regular los requisitos de validez del acuerdo de arbitraje. Nos atrevemos a estimar que el ánimo de México era garantizar que se reconocería no solamente a una cláusula arbitral celebrada de la forma tradicional, sino también a aquélla contenida en otras expresiones, como son el intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. Es ocioso notar que la propuesta de México no pudo haber incluido otras formas de celebración del acuerdo arbitral admitidas hoy en día, por cuanto éstas, muy probablemente, no existían ni en la imaginación de las personas de esa época.

Más adelante, y en virtud de las disposiciones del presidente de la Comisión (delegado de Venezuela), se formó un grupo de trabajo constituido por las delegaciones de Brasil, Estados Unidos de América y México, el cual presentó un nuevo proyecto de tratado. Este nuevo proyecto traía el siguiente texto del artículo 1:

Artículo 1.- Son válidas las cláusulas compromisorias y el compromiso en que las partes se obligan a someter a la decisión arbitral todas o algunas de las diferencias que pudiesen surgir entre ellas con relación a un negocio contractual o no contractual de carácter mercantil. La cláusula compromisoria comprenderá el acuerdo por escrito firmado por las partes y el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. (Subrayado nuestro).

Como podemos apreciar, el nuevo proyecto incluía la referencia tanto a la cláusula compromisoria como al compromiso arbitral, habida cuenta de la distinción entre ambas figuras que todavía imperaba en algunas legislaciones. Asimismo, incluía la mención a la forma escrita del acuerdo arbitral, manteniendo así la propuesta de México. Sin

embargo, las discusiones a partir de este nuevo proyecto se centraron solamente en la necesidad de considerar la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. El tema relativo a la forma del acuerdo arbitral no estuvo sobre la mesa de debate.

Concluida la tercera sesión plenaria de la Cidip I, celebrada el 29 de enero de 1975, se acordó que el artículo 1 no hiciera referencia a la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, sino que tratara de manera genérica al acuerdo de arbitraje. De esta manera, se presentó el proyecto de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, con el siguiente texto del artículo 1:

Artículo 1.- Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias surgidas o que pudiesen surgir entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex. (Subrayado nuestro).

Observamos, de este modo, que se mantuvo la referencia a la forma escrita del acuerdo arbitral. Con respecto a ello, señala el Informe del Relator de la Comisión I referente al Proyecto de Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, que «la parte final del artículo 1 sobre la forma como se hará constar el acuerdo, es una innovación que se debe a la iniciativa del Grupo de Trabajo formado por Brasil, Estados Unidos y México».²⁸³

Algunos delegados de diferentes países propusieron ciertas modificaciones referidas a aspectos de forma del texto del artículo 1, seguido de lo cual, este último fue sometido a votación y aprobado, quedando como hoy lo conocemos.

²⁸³ *Ibidem*, p. 20.

Podemos evidenciar, entonces, que no hubo mayor discusión respecto a la forma del acuerdo arbitral. De haberse perseguido el ánimo de que el artículo 1 de la Convención de Panamá fuere a regular la validez del acuerdo arbitral, ello habría sido discutido en las sesiones de la conferencia, habiendo consecuentemente quedado plasmado en las actas correspondientes. Pero, no fue así. Esto no hace sino reforzar la interpretación que hemos dado al artículo 1, tanto a partir de su propio texto, como sobre la base de su consonancia con el artículo 5, inciso 1 de la misma Convención.

D. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI: ADMISIÓN DE NUEVAS FORMAS DE CELEBRACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

Treinta años más tarde de la adopción de la Convención de Nueva York, y veinte años después de la Convención de Panamá, la Cnudmi aprobó, el 21 de junio de 1985, el texto primigenio de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. Este texto sería reformado el 7 de julio de 2006 con las enmiendas aprobadas por la Cnudmi, a fin de hacer frente a las nuevas prácticas contractuales internacionales.

Si bien la Ley Modelo no constituye un instrumento de carácter vinculante sino meramente recomendatorio, consideramos pertinente traerlo a colación por dos motivos: el primero, porque ha sido acogida por el Perú, quien ha adecuado su Ley de Arbitraje a las disposiciones de la Ley Modelo; y el segundo, porque la Ley Modelo es un reflejo de la apertura global hacia el reconocimiento de nuevas formas de celebración del acuerdo arbitral, las cuales no necesariamente contemplan una constancia por escrito del mismo.

1. LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi o, más conocida por sus siglas en inglés, Uncitral: *United Nations Commission on International Trade Law*) es el principal órgano jurídico del sistema de las Naciones Unidas en el ámbito del Derecho Mercantil Internacional. Fue creada por la Asamblea General mediante resolución n.º 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, y tiene una composición universal: está integrada por sesenta Estados miembros, elegidos por la Asamblea General, representativos de las diversas regiones geográficas y de los principales sistemas jurídicos y económicos del mundo.²⁸⁴

La función de la Cnudmi consiste en modernizar y armonizar las reglas del comercio internacional. Considerando que el comercio acelera el crecimiento, mejora el nivel de vida y crear nuevas oportunidades; la Cnudmi, con el objetivo de incrementar dichas oportunidades en todo el mundo, formula normas modernas, equitativas y armonizadas para regular las operaciones comerciales.²⁸⁵

2. LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El 21 de junio de 1985, al finalizar su XVIII período anual de sesiones, la Cnudmi aprobó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. La Asamblea General de la ONU, en su resolución n.º 40/72 del 11 de diciembre de 1985, recomendó «que todos los Estados examinen debidamente la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional,

²⁸⁴ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Control Judicial en el Arbitraje*. Op. cit., p. 82.

²⁸⁵ Portal de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). Disponible en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/about_us.html (último acceso: 21/04/2015).

teniendo en cuenta la conveniencia de la uniformidad del Derecho Procesal Arbitral y las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional».²⁸⁶

La Ley Modelo constituye una base sólida y alentadora para la armonización y el perfeccionamiento de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del arbitraje —desde la suscripción del acuerdo arbitral hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo— y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. En tal sentido, se considera que resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo.²⁸⁷

Cabe mencionar que este instrumento adoptó la forma de una Ley Modelo —en lugar de un texto normativo de carácter vinculante— con el objeto de consentir a los Estados proceder con flexibilidad a la preparación de nuevas leyes de arbitraje. Sin perjuicio de ello, la Cnudmi recomendó atenerse en la mayor medida posible al modelo, por cuanto constituiría la mejor contribución a la armonización a la que se aspira, lo cual redundaría en interés de quienes recurren al arbitraje internacional.²⁸⁸

2.1. *El texto de 1985*

El texto de la Ley Modelo de la Cnudmi de 1985 contempló, a manera de requisito de forma, la constancia por escrito del acuerdo arbitral. En este sentido, el texto completo del artículo 7, inciso 2, fue el siguiente:

²⁸⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución n.º 40/72 «Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». Adoptada el 11 de diciembre de 1985, en la 112.ª Sesión Plenaria.

²⁸⁷ CNUDMI. «Nota explicativa de la Secretaría de la Cnudmi sobre la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985». Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf> (último acceso: 21/04/2015).

²⁸⁸ *Idem.*

Artículo 7(2).- El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o 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 otra. 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.

Sin perjuicio de que la Ley Modelo de 1985 señalaba que «el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito», utilizando así una expresión imperativa que no existía en la Convención de Nueva York ni de Panamá, debe observarse que el texto del artículo 7 ampliaba la definición de forma escrita contemplada en esas convenciones.

Si bien el reconocimiento al acuerdo arbitral que constara en un intercambio de cartas y otros medios de comunicación era un reflejo de lo previsto por las mencionadas convenciones; la novedad del artículo 7 radicaba en la admisión de la validez de los acuerdos arbitrales que se desprendieran de un «intercambio de escritos de demanda y contestación», así como de aquéllos a los que el contrato principal hubiera hecho referencia. Esto, sin duda alguna, ampliaba el horizonte hacia la apertura a nuevas formas de celebración del acuerdo arbitral.

2.2. Las enmiendas adoptadas en 2006

Como mencionamos anteriormente, en el año 2006 la Cnudmi adoptó una serie de enmiendas²⁸⁹ al texto de la Ley Modelo de 1985. Entre dichas reformas, se modificó el texto del artículo 7, referido al acuerdo arbitral.

²⁸⁹ Enmiendas aprobadas por la Cnudmi en su 39.º período de sesiones, celebrado en 2006.

La historia de las enmiendas inicia el 10 de junio de 1998, día en que la Cnudmi celebró una jornada especial denominada el «Día de la Convención de Nueva York», para conmemorar su cuadragésimo aniversario. En los informes presentados en esa conferencia, se hicieron diversas sugerencias sobre los problemas que se habían observado en la práctica de la aplicación de la Convención. Fue ése el primer punto que llevaría a las enmiendas de la Cnudmi pues, más adelante, en el siguiente período de sesiones de la Cnudmi en 1999, la Comisión analizó el documento titulado «Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional»²⁹⁰ y resolvió encomendar la labor a uno de sus grupos de trabajo. Uno de los temas prioritarios a tratar fue, precisamente, el texto del artículo 11(2) de la Convención de Nueva York, así como del artículo 7, inciso 2 de la Ley Modelo de la Cnudmi de 1985,²⁹¹ referidos ambos a la forma escrita del acuerdo arbitral.

Durante las discusiones del grupo de trabajo, se contempló la posibilidad de elaborar un protocolo adicional a la Convención de Nueva York.²⁹² Sin embargo, tomando en consideración los excelentes resultados que se habían logrado a lo largo de cuarenta años de aplicación de la Convención en los más diversos países del mundo, el grupo de trabajo optó por elaborar una recomendación y no una declaración interpretativa de la Convención.²⁹³ Así, se acordó que la declaración no tendría efectos vinculantes. Sin embargo, su fuerza radicaría en que expresaría la convicción y parecer de la Cnudmi sobre la interpretación que debía darse al artículo 11 de la Convención de Nueva York. Fue así como se elaboró la recomendación de la Cnudmi sobre el artículo 11(2) de la

²⁹⁰ Documento n.º A/CN.9/460. Todos los documentos elaborados por Uncitral y el grupo de trabajo se encuentran disponibles en el sitio <http://www.uncitral.org>.

²⁹¹ Cfr. NOODT TAQUELA, María Blanca y Julio César CÓRDOBA. «La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006». *Op. cit.*, p. 200.

²⁹² Cfr. *Ibidem*, p. 202.

²⁹³ Cfr. *Idem*.

Convención de Nueva York,²⁹⁴ documento al cual nos hemos referido en el análisis efectuado respecto de dicho artículo.

Por otro lado, estudiando el artículo 7 del texto de la Ley Modelo de 1985, el grupo de trabajo de la Cnudmi consideró el hecho de que «en varias situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica»,²⁹⁵ y concluyó que «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». ²⁹⁶ Fue bajo esta observación que se revisó y modificó el texto del artículo 7.

El texto modificado del artículo 7 es el siguiente:

Opción 1:

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 concer-

²⁹⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). «Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1985, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones. *Cit.*

²⁹⁵ CNUDMI. «Nota explicativa de la Secretaría de la Cnudmi acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006. Naciones Unidas. *Cit.*, p. 30.

²⁹⁶ *Idem.*

tado 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, 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. 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.

Sin perjuicio de que ambas opciones del artículo 7 establecen lo que debe entenderse como un acuerdo de arbitraje, solamente la primera contempla la forma que éste puede observar. Sin embargo, no debemos apresurarnos a interpretar que la primera opción continúa la tendencia del texto de 1985. Si bien se conserva la exigencia de que el acuerdo arbitral conste por escrito, 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», admitiendo incluso de manera expresa que el acuerdo se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Es radical el avance de la modificación, pues a partir de esta nueva disposición el acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma, siempre que se deje constancia de su contenido.

En este contexto, señala Francisco González que, bajo el nuevo texto, el acuerdo arbitral ya no tiene que constar en un documento ni estar firmado por las partes, tan sólo tiene que estar registrado bajo algún medio.²⁹⁷

Por otro lado, se ha incluido vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, lo cual se ha inspirado en la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico de 1996²⁹⁸ y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales del 2005.²⁹⁹

Finalmente, esta primera opción reitera lo que ya comprendía el texto de 1985 al incluir la situación en que la existencia de un acuerdo arbitral pueda desprenderse de «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 otra». De igual modo, se prevé 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», admitiendo con ello la validez de la incorporación del acuerdo arbitral por referencia.

²⁹⁷ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, p. 217.

²⁹⁸ Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico de 1996. *Cit.*

²⁹⁹ Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales del 2005. *Cit.*

En cuanto a la segunda opción del artículo 7, podemos ver que ésta se despoja de toda referencia a la forma del acuerdo arbitral, haciendo una clara elección por el principio de libertad de forma. Se privilegia el consentimiento de las partes como requisito de validez del acuerdo arbitral, sobre cualquier formalidad tradicionalmente exigida al mismo. Bajo esta opción, todo acuerdo —escrito o no— es válido siempre que pueda probarse su celebración.

Si bien es la segunda opción del artículo 7 la que representa la mayor apuesta por la libertad de forma, ambas opciones se desprenden de la antigua postura que consideraba a la formalidad como elemento constitutivo del acuerdo arbitral. Hoy en día, bajo cualquiera de las alternativas ofrecidas, un acuerdo arbitral será válido siempre que se pueda probar la existencia del consentimiento de las partes a arbitrar, sin que exista predilección por una u otra forma empleada.

Cabe mencionar que la Cnudmi no expresó preferencia por ninguna de las opciones provistas. En este sentido, los Estados podrán examinarlas y adoptar aquélla que más convenga a sus necesidades concretas, copiándola a su legislación interna o asimilando esta última a la opción elegida.³⁰⁰

³⁰⁰ CNUDMI. «Nota explicativa de la Secretaría de la Cnudmi acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en el 2006». Nueva York: Naciones Unidas. *Cit.*, p. 31.

CAPÍTULO IV

VALIDEZ DE ACUERDOS ARBITRALES CELEBRADOS DE FORMAS DISTINTAS A LAS CONTEMPLADAS POR LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y DE PANAMÁ

Hemos explicado en el Capítulo III (a) que, si bien la Ley de Arbitraje peruana prescribe que el acuerdo arbitral se celebre de manera escrita, ello se trata de una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, en vista de que no se sanciona con nulidad su inobservancia.

Por otro lado, hemos demostrado en el Capítulo III (b) que, pese al carácter vinculante de los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, cuyas disposiciones priman sobre las contenidas en la Ley de Arbitraje, ninguno de ellos establece una formalidad como exigencia de validez para la celebración del acuerdo arbitral. Si bien, tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá, contienen una referencia expresa a la forma del acuerdo arbitral, ello es a efectos de asegurar el reconocimiento de los acuerdos arbitrales por parte de los Estados contratantes, y no a fin de regular el régimen de validez del acuerdo arbitral.

En consecuencia, podemos afirmar que no existiendo una exigencia de formalidad para el acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano —entendiendo éste en sentido amplio, esto es, tanto en lo referido a su legislación interna como a la legislación internacional vinculante para el Perú—, puede admitirse la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las previstas por su normatividad.

Sin perjuicio de lo anterior, debe recordarse que el consentimiento constituye el elemento esencial del acuerdo arbitral, en tanto expresa la renuncia de las partes a su derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, la inexistencia de una forma específica exigida para el acuerdo arbitral, no debe entenderse como una exoneración de la obligación de verificar la efectiva manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

En tal sentido, en este capítulo nos ocuparemos de explicar cómo debe efectuarse una adecuada verificación del consentimiento de las partes a la celebración del acuerdo arbitral. Para ello, desentrañaremos el sentido del consentimiento y evidenciaremos que éste es no solamente «formal» sino también —y ante todo— «material». Bajo este último postulado, explicaremos que existe más de una manera de manifestar la voluntad.

Una vez cumplido tal objetivo, presentaremos al lector algunos supuestos de celebración del acuerdo arbitral que, pese a no estar contemplados por los instrumentos internacionales comentados, consideramos que pueden ser válidamente admitidos, aun en aplicación de éstos.

A. UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO DEBE PERSEGUIR LA CONSTATAción DEL CONSENTIMIENTO MATERIAL Y NO SOLAMENTE FORMAL

Si bien, como hemos venido sosteniendo, la forma prevista por la legislación vinculante para el Perú, la celebración del acuerdo arbitral no constituye un requisito de validez del mismo; no obstante, es necesario salvaguardar la voluntad de las partes y garantizar que sólo se obligará a someterse a arbitraje a quienes hayan manifestado la intención de vincularse a un acuerdo arbitral.

En ese aspecto, debemos recordar lo que señala Francisco González al decirnos que: «El contrato es consentimiento. El consentimiento no es un requisito, sino el requisito esencial. Luego entonces, es más apropiado basar el análisis sobre la existencia de consentimiento que sobre la existencia de una forma».³⁰¹ Agrega el citado autor que, si bien tradicionalmente la forma exigida por la ley ha sido el medio para constatar la existencia del consentimiento, «el requerimiento de un paso externo verificable es una manera de determinar si existe el prerequisite interno e importante (la voluntad). Pero ceñirse a que conste en papel y cuente con un rasgo escrito en tinta por el puño y letra del (posible) obligado es innecesariamente restrictivo. Después de todo, el derecho de las obligaciones cuenta con otras formas de cerciorarse que exista el deseo de quedar jurídicamente vinculado».³⁰²

Basar la determinación de la existencia de un acuerdo arbitral válido en el consentimiento de las partes, no solamente no contradice a nuestra legislación, sino que, por el contrario, se condice con ella. Acudiendo al texto del artículo 1352 del Código Civil, tenemos que «los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

No existiendo una prescripción en el ordenamiento jurídico peruano que ordene la observancia de una forma específica, bajo sanción de nulidad, para la celebración del acuerdo arbitral; proponemos que, en adelante, se observe a la forma del acuerdo arbitral únicamente como aquel elemento que permite la exteriorización del consentimiento de las partes a la celebración del acto jurídico. Bajo esta consideración, el objeto a perseguir —a efectos de constatar la existencia de un acuerdo arbitral— no será ya la formalidad, sino el consentimiento de las partes por cualquier modo manifestado. Bastará, entonces, que exista algún

³⁰¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, pp. 12-13.

³⁰² *Idem.*

medio que permita dejar constancia de la inequívoca voluntad de las partes de someterse a arbitraje, para entender que el acuerdo arbitral se ha celebrado válidamente.

1. LA EXISTENCIA DE UN CONSENTIMIENTO FORMAL Y UNO MATERIAL

Tal como vimos en el Capítulo II, el consentimiento consiste en la conjunción de las declaraciones de voluntad unilateral que formula cada una de las partes en un acuerdo arbitral. Y si bien la forma escrita representó, en un principio, el medio idóneo para verificar el consentimiento de las partes a arbitrar; hoy es reconocido que existen otros modos a través de los cuales se puede manifestar y constatar la existencia de la voluntad de las partes de someterse al fuero arbitral. En este sentido, ya no se trata hoy de observar solamente la existencia de un «consentimiento formal», como es el que se desprende de un documento escrito y firmado por las partes, sino también de un «consentimiento material», el cual puede determinarse sobre la base de otras circunstancias.

Con respecto al consentimiento material, señala Jean Marguerat que éste puede ser expreso o implícito. Mientras que en el primer caso se analizan las declaraciones expresas de voluntad de las partes, en el segundo, se interpretan los comportamientos y silencios de ellas para ver si existe consentimiento.³⁰³

En el mismo esquema, anota Francisco González que el consentimiento es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por medio de signos inequívocos.³⁰⁴ Lo importante, en este caso, es que el

³⁰³ Cfr. MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». En CASTILLO FREYRE, Mario, *Arbitraje Comercial Internacional en Europa. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra. Editores. Lima, 2012, vol. 22, pp. 97-120, p. 117.

³⁰⁴ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 177.

signo o conducta resulte claro a la contraparte.³⁰⁵ Por otro lado, explica el mismo autor que el consentimiento tácito es aquél que resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo. Existen diversas operaciones que, ya sea por razones prácticas o lógicas, se perfeccionan sin que las partes celebren formalmente un contrato por escrito y firmado.³⁰⁶

Lo que planteamos no es otra cosa que la necesidad y exigencia de que, a efectos de verificar la validez de un acuerdo arbitral, se valore no sólo la constatación de un consentimiento formal, sino también la de uno material. Y, como corolario de ello, se reconozca el valor de ambos tipos de consentimiento material: expreso y tácito. A continuación, discurriremos sobre este asunto.

2. MÁS DE UN MODO DE MANIFESTAR LA VOLUNTAD

La manifestación de voluntad no es otra cosa que la exteriorización de la voluntad interna del sujeto. Es por ello que la Teoría del Acto Jurídico observa a la manifestación de voluntad como la conclusión de un proceso formativo de la voluntad propiamente jurídica. Este proceso tiene dos etapas perfectamente diferenciables y diferenciadas: una subjetiva, en la que se forma la voluntad al interior del sujeto, y otra objetiva, en la que la voluntad internamente formada se exterioriza.³⁰⁷

De esta manera, cuando el artículo 141 del Código Civil peruano hace referencia a la manifestación de voluntad, no está legislando sobre la voluntad interna del sujeto, sino sobre la exteriorización de ésta, es

³⁰⁵ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, p. 13.

³⁰⁶ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 177.

³⁰⁷ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Comentario al artículo 141 del Código Civil peruano». En *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, tomo I, p. 468.

decir, la etapa objetiva del proceso. Y decimos que es recién a partir de este momento —el de la exteriorización de la voluntad interna— que la voluntad puede considerarse como propiamente jurídica, porque la sola voluntad interna no despliega por sí misma efectos para el mundo del Derecho.

Es imperioso señalar que el hablar de «exteriorización» de la voluntad, no debe llevarnos a suponer que la manifestación de voluntad implica necesariamente una acción directamente encaminada a poner en evidencia la voluntad interna del sujeto. Por el contrario, existe más de una manera o modo de manifestar la voluntad, lo cual se aprecia y regula claramente en el mencionado artículo 141 del Código Civil, cuyo tenor literal transcribimos a continuación.

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.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Siguiendo la redacción de este artículo, nos ocuparemos ahora de los dos modos previstos para la manifestación de voluntad: el expreso y el tácito.

2.1. Manifestación de voluntad expresa

Señala el artículo 141 del Código Civil que la manifestación de voluntad es expresa «cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo».

Debemos observar que no son los medios en sí mismos, los que determinan el carácter expreso de la manifestación de voluntad. Anota Fernando Vidal que «la manifestación de voluntad es expresa cuando se utiliza cualquier medio directamente dirigido a quien debe recibirla». ³⁰⁸ Entonces, puede emplearse como medio de exteriorización de la voluntad interna el lenguaje oral, escrito o mímico, o incluso un medio manual, mecánico, electrónico, óptico o de cualquier otro tipo; no siendo relevante en sí mismo el mecanismo utilizado, para efectos de determinar si la manifestación fue expresa o tácita.

Lo decisivo será el sentido en que se dirigió la manifestación de voluntad, la manera en que fue empleado el medio elegido. Como explica Aníbal Torres, la forma de declaración de voluntad es expresa «cuando está orientada, de forma directa e inmediata, a hacer conocer el designio comercial, siendo intrascendente el mecanismo o vehículo de exteriorización». ³⁰⁹

Si bien puede que las formas de celebración del acuerdo arbitral previstas en la legislación analizada en este trabajo se encuadren —en su mayoría— dentro de la manifestación expresa de la voluntad; existen también otros medios de manifestación expresa que no se encuentran contemplados en dichos textos normativos.

Así, por ejemplo, una grabación de video en la que el agente declare directamente su voluntad de vincularse a un acuerdo arbitral, puede representar un modo de manifestación de voluntad expresa. Sin embargo, sabemos que un supuesto como el descrito no está previsto entre las formas de celebración del acuerdo arbitral contempladas por el artículo II de la Convención de Nueva York.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 469.

³⁰⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Lima: Idemsa-Temis, 2002, 6.ª edición, p. 128.

No obstante, siguiendo una labor de interpretación como la que planteamos —esto es, buscando constatar la existencia del consentimiento, más allá de una formalidad específica para el acuerdo arbitral— sería posible admitir que en el supuesto planteado se ha celebrado válidamente un acuerdo arbitral.

2.2. Manifestación de voluntad tácita

Si continuamos con la lectura del artículo 141 del Código Civil, veremos que la manifestación de voluntad no solamente puede ser expresa, sino también tácita. Y será tácita cuando la voluntad se infiera indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelen su existencia.

Una vez más, podemos observar que no es el medio de exteriorización de la voluntad interna, en sí mismo, el que define el carácter expreso o tácito de la declaración. En este segundo caso, no se trata de partir del hecho de que la voluntad fue dada a conocer a través de «una actitud» o de «circunstancias de comportamiento», para asumir que —necesariamente— estamos ante una manifestación tácita de la voluntad.

Por el contrario, nuevamente debemos recurrir al sentido que presenta la exteriorización de la voluntad, a fin de desentrañar el carácter expreso o tácito de ésta. Sobre este aspecto, señala Fernando Vidal que «la manifestación de voluntad es tácita cuando no se utiliza un medio directo para dar a conocer la voluntad interna a quien debe receptarla».³¹⁰

En tal sentido, la forma de declaración de voluntad tácita es la que se infiere de ciertas conductas, tanto positivas (acciones) como negativas (omisiones), que pese a no estar dirigidas principal y directamente

³¹⁰ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Comentario al artículo 141 del Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 469.

a manifestar el ánimo negocial, permiten deducir su existencia.³¹¹ De este modo, puede diferenciarse entre la manifestación expresa y la manifestación tácita, según la voluntad interna se dé a conocer directa o indirectamente a quien debe aceptarla.³¹²

Como ejemplos de manifestaciones tácitas de voluntad, Aníbal Torres menciona los supuestos en que una persona en una librería, solicita un libro y, sin declarar que lo compra, lo subraya o hace anotaciones; o en una licorería pide una botella de vino y, sin manifestar su decisión de comprarla, la abre y prueba su contenido; o quien arrienda un bien por seis meses a cambio de una renta mensual y recibe por adelantado la renta de diez meses.³¹³ De todos estos comportamientos se induce, sin lugar a dudas, una voluntad del agente de comprar el libro o el vino, o de prorrogar el contrato de arrendamiento.

Este tipo de comportamientos y conductas son denominados por la doctrina como «hechos concluyentes» (*facta concludentia*),³¹⁴ por cuanto permiten entender de manera inequívoca que el agente está dando a conocer una voluntad determinada.

No debemos, sin embargo, apresurarnos a pretender que todo acto del sujeto que nos incline a estimar su voluntad interna, configura un «hecho concluyente» suficiente para vincularlo jurídicamente. En este sentido, considera Aníbal Torres que los requisitos de existencia de la voluntad tácita son: (1) certidumbre, (2) que la ley no exija declaración expresa y (3) que el agente no haya realizado reserva o declaración en contrario.³¹⁵

³¹¹ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil. Op. cit.*, p. 128.

³¹² Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Comentario al artículo 141 del Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 469.

³¹³ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil. Op. cit.*, p. 128.

³¹⁴ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil. Op. cit.*, p. 128.

³¹⁵ Cfr. *Idem*.

Los dos últimos requisitos —ausencia de exigencia legal de una declaración expresa, y de reserva o declaración en contrario— son extraídos del artículo 141 del Código Civil. Es evidente que no puede haber manifestación de voluntad tácita cuando para la celebración del acto jurídico la ley exige declaración expresa, y en este supuesto tenemos como ejemplo al matrimonio, acto jurídico para cuya celebración los contratantes deben responder afirmativamente a la pregunta que les formule el alcalde sobre si persisten en su voluntad de celebrarlo. En segundo lugar, tampoco puede existir manifestación tácita cuando el agente ha formulado reserva, como es el caso en que el arrendador conviene con el arrendatario en que éste sólo podrá subarrendar con su asentimiento escrito. Finalmente, menos podrá haber manifestación tácita cuando el agente formula declaración en contrario, como ocurre cuando el arrendador prohíbe el subarriendo mediante cláusula específica en el contrato de arrendamiento.³¹⁶

Por otro lado, el primer requisito de existencia de la voluntad tácita; la certidumbre, se infiere de la *ratio legis* del artículo 141, el mismo que está orientado a dotar de efectos jurídicos a la exteriorización de la voluntad interna. Tal como acota Fernando Vidal, «la prudencia con que debe atenderse a la manifestación tácita se enfatiza en el tenor mismo de la norma que venimos interpretando. La inferencia de la existencia de la voluntad revelada por las actitudes o circunstancias de comportamiento debe ser indubitable, esto es, debe ser inequívoca y producir certeza [...]».³¹⁷ En última instancia, se busca salvaguardar la intención del agente y, en tal sentido, que no se obligue jurídicamente a quien realmente no tuvo tal cometido.

Consideramos que, a fin de realizar una adecuada verificación de las manifestaciones de voluntad tácitas, será necesario no solamente atender a los «hechos concluyentes» demostrados por el sujeto, sino también

³¹⁶ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 108.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 109.

a los criterios de la hermenéutica y, de manera especial, al principio de la buena fe.

Habiendo precisado los alcances de la manifestación tácita de voluntad, así como los requisitos y diligencias que deben observarse al momento de insertar un supuesto bajo tal figura; cabe ahora señalar que no existe óbice para admitir la validez de acuerdos arbitrales en cuya celebración haya intervenido una declaración de voluntad tácita.

No corresponde aquí hacer un análisis minucioso de los casos en que una o más partes podrían resultar vinculadas a un acuerdo arbitral a través de «hechos concluyentes». Tal labor sería materia de un nuevo trabajo. Sin perjuicio de ello, más adelante presentaremos algunos supuestos en los cuales la manifestación de voluntad tácita puede vincularse a un acuerdo arbitral.

Por lo pronto, es oportuno adelantar que no se vulnera ningún dispositivo legal vinculante para el Perú, ni se transgrede principio alguno del Derecho, cuando se obliga a una parte a acudir al arbitraje en virtud de una manifestación tácita de voluntad. De manera contraria, desconocer el valor jurídico de una voluntad tácita de someterse a un acuerdo arbitral, sí puede resultar violatorio de principios importantes para la contratación. Esto último será analizado en el siguiente Capítulo.

2.3. El silencio como manifestación de voluntad

Sin perjuicio de que hemos comentado ya la existencia de una manifestación de voluntad expresa y una tácita, es preciso mencionar que nuestra legislación admite también una tercera forma en que se entiende declarada la voluntad.

El artículo 142 del Código Civil establece expresamente que «el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado».

Antes de adentrarnos al análisis de este artículo, nos llama advertir que no debe confundirse el silencio con la manifestación de voluntad tácita. En el caso del silencio, la persona, en principio, no exterioriza voluntad alguna. Distinto es el caso de la voluntad tácita, en donde sí se ejecutan acciones, positivas o negativas, que demuestran inequívocamente el sentido de la voluntad.

El silencio, en principio, carece de efectos jurídicos pues no constituye manifestación de voluntad alguna. Lo que el artículo 142 dispone, es que las únicas excepciones a tal regla, son los casos en que la ley o el pacto de las partes hayan atribuido significado —vale decir, significado jurídico— al silencio.

Explica Fernando Vidal que «la atribución de significado al silencio por la ley o por el convenio sólo es posible [...] ante una relación jurídica originada previamente por un acto jurídico, en cuyo contenido las partes no han previsto todas las situaciones que podían derivarse, pero sí que una de las partes deviniera en silente por lo que convienen en las consecuencias del silencio o se remiten a las normas supletorias que permitan integrar los vacíos del contenido del acto jurídico, o, simplemente, que sin esa remisión, tales normas sean aplicables ante la actitud silente que asuma alguna de ellas».³¹⁸

Evidentemente, para que el silencio de un sujeto pueda generar efectos jurídicos, debe haber existido una relación jurídica previa en la que se convinieran o conocieran tales posibles efectos. Si las cosas no fueran así, nos encontraríamos ante una situación en la que cualquiera podría otorgar efectos jurídicos a nuestro silencio y situarnos, a su antojo, al interior de una relación jurídica. Como señala Aníbal Torres, en tal escenario, «cada uno podría obligar a los demás a ejecutar un hecho positivo en su favor, y restringir así, tan sólo por su gusto, la libertad ajena».³¹⁹

³¹⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El Acto jurídico*. *Op. cit.*, p. 115.

³¹⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. *Op. cit.*, p. 129.

De otra parte, consideran tanto Fernando Vidal³²⁰ como Aníbal Torres,³²¹ que en virtud del artículo 142, no puede darse creación a una relación jurídica, sino solamente regular, modificar o extinguir una relación ya existente. Así, señala el primero de dichos autores, que «debe tratarse de un acto jurídico ya celebrado y de una relación jurídica ya enablada mediante las imprescindibles manifestaciones de voluntad, porque con el silencio no es posible dar formación a un acto jurídico». ³²² Opina de manera similar el segundo autor, al considerar que «con el silencio no se perfecciona un acto jurídico, sino que se integra sus vacíos cuando la ley o el convenio atribuyen al silencio el significado de manifestación de voluntad». ³²³

Si bien consideramos que en la mayoría de los casos el silencio solamente tiende a regular, modificar o extinguir un acto jurídico ya existente; discrepamos con los comentados autores, en el sentido de que bajo ningún supuesto el silencio pueda dar lugar a la perfección de un nuevo acto jurídico. Consideramos, por el contrario, que tal situación es posible; y como ejemplo de ello presentamos, justamente, al acuerdo arbitral.

Sostenemos que podría darse el caso de que al interior de una relación jurídica existente, las partes convengan en que el silencio de una de ellas ante determinada circunstancia —por ejemplo, ante una propuesta de la otra de someter las controversias derivadas de dicha relación al fuero arbitral— pueda dar lugar al perfeccionamiento de un acuerdo arbitral. En este caso, el silencio podría originar un acto jurídico nuevo, distinto de —aunque referido a— aquél que previamente existía.

³²⁰ Cfr. VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Comentario al artículo 142 del Código Civil peruano». *Op. cit.*, p. 471.

³²¹ Cfr. TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico. Op. cit.*, p. 137.

³²² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico. Op. cit.*, p. 115.

³²³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico. Op. cit.*, p. 137.

Evidentemente, en el caso planteado sería necesario que las partes hayan previsto ciertos elementos básicos que debiera contemplar el potencial acuerdo arbitral. Sin embargo, ni el pacto a través del cual se conviene en otorgar efectos al silencio de una de las partes, ni la previsión de los elementos que tendría el posible acuerdo arbitral, constituyen propiamente el acuerdo arbitral finalmente celebrado. Se trataría de actos jurídicos distintos y, en consecuencia, de la posibilidad de que el silencio verdaderamente perfeccione un nuevo acto jurídico.

B. ACUERDOS ARBITRALES CELEBRADOS DE FORMAS DISTINTAS A LAS CONTEMPLADAS POR LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK Y DE PANAMÁ

Hemos sostenido, a lo largo de nuestro trabajo, que en el ordenamiento jurídico peruano no existe exigencia alguna de que el acuerdo arbitral observe una formalidad específica para su celebración, ello tanto en aplicación de la Ley de Arbitraje como de los tratados internacionales ratificados por el Perú.

Partiendo de tal postulado, hemos precisado en el presente capítulo que una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral, debe observar a ésta solamente como el vehículo que permite exteriorizar la voluntad de las partes de celebrar ese acto jurídico. En consecuencia, al momento de decidir la validez de un acuerdo arbitral, deberá prestarse atención a la existencia del consentimiento de las partes, y no así a la observancia de una formalidad.

Haciendo un reconocimiento al valor jurídico del consentimiento material —y no sólo formal— de las partes, éste es, aquél que se expresa a través de cualquier medio que permita acreditar su existencia; es no solamente posible sino también imperioso reconocer la validez de todo acuerdo arbitral respecto del cual se constate la existencia de consentimiento. Bastará, entonces, verificar que existió una exteriorización de voluntad en el sentido de someterse al arbitraje, sin que para ello afecte la forma en que ella se haya manifestado.

Sin ánimos de agotar, sino solamente de ejemplificar, la manera en que nuestro planteamiento puede materializarse en la realidad práctica; a continuación presentamos algunos supuestos de celebración del acuerdo arbitral que, no estando contemplados por la Convención de Nueva York ni por la Convención de Panamá, permiten constatar el consentimiento de las partes de someterse al arbitraje.

1. ACUERDOS ARBITRALES CELEBRADOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Dada la época en que fueron elaboradas las Convenciones de Nueva York y de Panamá, sus artículos II y 1, respectivamente, referidos a la forma del acuerdo arbitral, mencionan solamente el intercambio de cartas y de telegramas, incluyendo al télex en el caso de la segunda convención. Sin embargo, el curso del tiempo ha atestiguado el desarrollo de nuevos medios de comunicación que, pese a no haber sido anticipados por las leyes, han tenido gran acogida en la contratación.

En este contexto, los instrumentos internacionales han elaborado el concepto del «equivalente funcional», que consiste en describir las condiciones que deben cumplirse para que un mensaje de datos o una comunicación electrónica, cumpla la misma finalidad que la forma escrita. Así, en primer lugar, la Ley Modelo de la Cnudmi de 1996 sobre Comercio Electrónico define el equivalente funcional a la forma escrita y a la firma.³²⁴ En segundo lugar, la Convención de las Naciones Unidas del 2005 sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales reconoce la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas y prescinde de formas determinadas para la prueba de los contratos.³²⁵

³²⁴ Artículos 6 y 7 de la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Comercio Electrónico. *Cit.*

³²⁵ Artículos 8 y 9 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. *Cit.*

Bajo estas consideraciones, no existe óbice para reconocer a los acuerdos arbitrales celebrados a través de medios electrónicos, siempre que se permita acreditar el consentimiento de las partes a su celebración, y se presenten todos los elementos del contenido del acuerdo arbitral.

2. ACEPTACIÓN VERBAL O TÁCITA DE UN ACUERDO ARBITRAL QUE CONSTA POR ESCRITO

Muchas veces en la práctica contractual un contrato es propuesto por escrito pero aceptado de un modo distinto a la forma escrita, por ejemplo, verbalmente, por el cumplimiento o mediante alguna otra conducta. Esto mismo puede ocurrir tratándose del acuerdo arbitral. Es el caso, por ejemplo, de un acuerdo arbitral que se da en el marco de una oferta para contratar realizada mediante un contrato que contiene una cláusula arbitral que, si bien no es firmado por el destinatario, es cumplido por el mismo.

Así también, se presenta el supuesto de la aceptación tácita o verbal a una orden de compra que, constanding por escrito, contenga un acuerdo arbitral; o el de un contrato concluido verbalmente que se refiera a condiciones generales escritas que contengan, igualmente, un acuerdo arbitral. De similar manera, existen otros instrumentos o contratos a través de los cuales se transfieren derechos u obligaciones a terceros no firmantes, como son, por ejemplo, los conocimientos de embarque,³²⁶ emitidos por el porteador y no firmados por el cargador.

Una situación muy común que se presenta en nuestros días es la de las mercancías que son enviadas por el vendedor al comprador junto con la confirmación de compra que contiene términos y condiciones, incluida una cláusula arbitral. En estos casos, el comprador recibe las

³²⁶ *Cf.* NOODT TAQUELA, María Blanca y Julio César CÓRDOBA. «La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006». *Op. cit.*, p. 207.

mercaderías y paga el precio, pero no firma la confirmación de compra ni la devuelve al vendedor.³²⁷

Finalmente, otro caso de aceptación tácita de un acuerdo arbitral que conste por escrito podría suscitarse en una operación que es documentada en una serie de contratos que, conteniendo acuerdos arbitrales, son firmados por las partes. No obstante, uno de los contratos no se firma (sea por causas contemporáneas o porque surge de eventos posteriores), siendo éste el que contempla la obligación cuyo incumplimiento motiva la reclamación que se desea someter al arbitraje.³²⁸

En virtud a los fundamentos que hemos expuesto en este trabajo, consideramos que los acuerdos arbitrales celebrados en estos casos serían, bajo el ordenamiento jurídico peruano, merecedores de reconocimiento jurídico.

3. ACUERDOS ARBITRALES VERBALES QUE NO CONSTAN POR ESCRITO

Es importante distinguir entre un acuerdo arbitral celebrado a través de medios electrónicos y un acuerdo arbitral celebrado verbalmente cuya celebración pueda constar en un medio electrónico, como es, por ejemplo, una grabación o una filmación.

En este último caso no es aplicable el concepto del «equivalente funcional», por razón de que la celebración del acuerdo arbitral —tanto en su oferta como en su aceptación— no se llevó a cabo a través de un mensaje de datos o de una comunicación electrónica, sino de manera eminentemente oral, aun si dicha celebración quedó registrada en un soporte electrónico. Sin embargo, consideramos que nada obsta para

³²⁷ *Cfr. Idem.*

³²⁸ *Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco.* «La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, pp. 6-7.

que tal acuerdo sea válido bajo el ordenamiento jurídico peruano, siempre que exista un medio que permita verificar su existencia.

4. INCORPORACIÓN POR REFERENCIA DEL ACUERDO ARBITRAL

Es bastante común en el comercio internacional que las partes se remitan a documentos preexistentes, como son los acuerdos previos entre ellas o formularios con condiciones generales de contratación, ello en lugar de redactar cada uno de los términos del acuerdo en un documento.³²⁹ En este contexto, se reconoce la validez de los acuerdos arbitrales celebrados por referencia a los documentos que los contienen.

La incorporación por referencia del acuerdo arbitral se presenta siempre que éste no se encuentre incluido en el documento que constituye el soporte directo e inmediato del contrato principal, sino en otro documento al que este último se refiere.³³⁰ Así lo explica Carlos Soto: «Se denomina convenio arbitral por referencia (*per relationem*) 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».³³¹

La Ley Modelo de la Cnudmi hacía ya mención al acuerdo arbitral por referencia en su texto originario de 1985, en su artículo 7, inciso 2. Sin embargo, ni la Convención de Nueva York ni la de Panamá contemplaron esta figura. No obstante ello, lo cierto es que la incorporación por referencia es utilizada con frecuencia en vista de que acelera las

³²⁹ Cfr. NOODT TAQUELA, María Blanca y Julio César CÓRDOBA. «La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006». *Op. cit.*, p. 209.

³³⁰ Cfr. MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». *Op. cit.*, p. 111.

³³¹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 179.

operaciones mercantiles,³³² siendo, por ello, una institución facilitadora de la contratación.³³³

Esta modalidad de celebración del acuerdo arbitral ha sido expresamente admitida por la Ley de Arbitraje peruana, al señalar que «la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito [...]».³³⁴ Sin perjuicio del carácter supletorio de esta ley frente a las Convenciones de Nueva York y de Panamá, consideramos que nada obsta para que en aplicación de estas últimas se admita la validez de la «incorporación del acuerdo arbitral por referencia».

Evidentemente, será necesario cumplir con requisitos elementales para salvaguardar la intención de las partes. Al respecto, considera Francisco González que es necesario que «la referencia “implique” el acuerdo arbitral. Ello quiere decir que la alusión al contrato que contiene una cláusula arbitral abarque la misma».³³⁵ En sentido distinto, señala Carlos Soto que «basta una referencia general a otro documento que contenga el acuerdo arbitral siendo lo importante que las partes hayan querido realmente acordar la solución de sus eventuales litigios por la vía del arbitraje, y que el escrito contentivo del pacto de arbitraje se integre al contrato de un modo u otro».³³⁶

No corresponde aquí postularnos a favor de una u otra postura —aun cuando podemos señalar que la Ley de Arbitraje peruana pareciera optar por la primera—, por cuanto los requisitos de la incorporación por referencia del acuerdo arbitral no son materia de este trabajo.

³³² Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 144.

³³³ Cfr. *Ibidem*, p. 342.

³³⁴ Artículo 13, inciso 6 de la Ley de Arbitraje peruana. *Cit.*

³³⁵ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 342.

³³⁶ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral». En AA.VV. *Op. cit.*, p. 180.

Cabe solamente pronunciarnos a favor de la admisión de este modo de celebración del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano.

5. TRANSMISIÓN Y EXTENSIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL A NO SIGNATARIOS

Otra figura que debería admitirse en nuestro ordenamiento jurídico, bajo la postura defendida en el presente trabajo, es la transmisión y extensión del acuerdo arbitral a los llamados «no signatarios». Ambas modalidades de celebración del acuerdo arbitral han sido admitidas por la jurisprudencia de diferentes países y han tenido también reconocimiento en la doctrina.

De manera previa, consideramos que es importante distinguir entre las dos figuras. En este sentido, debemos notar que la transmisión del acuerdo arbitral ocurre de manera casi automática a través de mecanismos contractuales o societarios, a diferencia de la extensión (también llamada «extensión *stricto sensu*»),³³⁷ la cual se logra a través de la aplicación de principios generales del Derecho, como el de buena fe, y siempre con base en el análisis del consentimiento de las partes, ya sea éste explícito o implícito.³³⁸

5.1. *Transmisión del acuerdo arbitral a no signatarios*

Tal como adelantamos, la transmisión del acuerdo arbitral opera de manera automática junto con la transmisión del contrato en el que aquél está incluido. Puede presentarse en los casos de cesión de posición contractual, cesión de derechos, novación subjetiva, subrogación, entre otras figuras contractuales. El elemento común en estos supuestos es que todos ellos se presentan de manera posterior a la conclusión del

³³⁷ Cfr. MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». *Op. cit.*, p. 98.

³³⁸ Cfr. *Idem*.

contrato que contiene el acuerdo arbitral,³³⁹ ya que de otra manera no podría operar una transmisión.

Consideran algunos autores que la transmisión del acuerdo arbitral opera porque éste se considera un derecho accesorio, de tipo procesal, que «pasa» por su propio peso, salvo pacto contrario.³⁴⁰ Nosotros, en opinión distinta, creemos que el fundamento de la transmisión del acuerdo arbitral no es otro que el consentimiento de las partes a la transmisión del contrato principal, a sabiendas de que éste está sometido a un acuerdo arbitral, y sin pactar reserva alguna respecto de este último.

Por otro lado, podría considerarse que en reconocimiento del principio de separabilidad del acuerdo arbitral no sería posible que opere la transmisión de éste junto con la del contrato principal. Frente a ello debemos recordar que la separabilidad del acuerdo arbitral no debe ser interpretada como una total independencia respecto del contrato que lo contiene o al cual está referido. Por el contrario, el principio de separabilidad está únicamente dirigido, en primer lugar, a garantizar que la ineficacia o la invalidez del contrato principal no acarreen *per se* la del acuerdo arbitral; y, en segundo lugar, a posibilitar que el acuerdo arbitral esté regido por una ley distinta que aquélla que sea aplicable al contrato que lo contiene o al cual está referido.

Hechas estas precisiones, haremos mención a algunos supuestos en los que consideramos que podría operar una transmisión del acuerdo arbitral.

5.1.1. Cesión de posición contractual

De conformidad con el artículo 1435 del Código Civil, la cesión de posición contractual requiere, para su perfección, del consentimiento de la parte cedida. Ello determina que la cesión de posición contractual

³³⁹ Cfr. *Ibidem*, p. 108.

³⁴⁰ Cfr. *Idem*.

que opere respecto de un contrato que contenga una cláusula arbitral, importe también la cesión de esta última, por razón de que ha existido consentimiento de las partes.

A tal postura se adscribe Alfredo Bullard señalando que «todos los que intervienen aceptan el cambio de partes y no se ajustaría a la buena fe que alguno tratara de rechazar luego la aplicación del convenio arbitral, salvo, claro está, que no lo hubiera conocido o podido conocer».³⁴¹

En el mismo sentido, Alejandro Romero afirma que «si se trata de la cesión de un contrato que tiene incorporada una cláusula arbitral, la cesión del mismo es oponible al cesionario. Como en este caso se trata de un negocio jurídico trilateral, la cesión determina que el cesionario asuma los efectos de dicho acto en relación a la convención de arbitraje, salvo que las partes hubieran dispuesto expresamente lo contrario».³⁴²

5.1.2. Cesión de derechos

Distinto es el caso de la cesión de derechos, pues para que ella opere, no se requiere del consentimiento de la parte cedida, requiriéndose únicamente de su conocimiento para que surta efectos frente a ella. En este sentido, expresa el artículo 1206 del Código Civil peruano que «la cesión [de derechos] puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor».

Sobre este supuesto, considera Alejandro Romero que «la falta de solución legal admite dos interpretaciones. Por un lado, el tercero que no suscribió el contrato podría alegar la inoponibilidad del convenio de arbitraje, aduciendo que el único efecto transferido era el crédito,

³⁴¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 230.

³⁴² ROMERO SEGUEL, Alejandro. «La Convención de Arbitraje en Chile». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral. Op. cit.*, tomo I, pp. 385-397, pp. 391-392.

no la estipulación de arbitraje».³⁴³ Por otro lado, señala que «en el otro extremo, podría entenderse que la cesión de derechos incluye la cesión de la cláusula arbitral. Bajo este procedimiento, la cláusula arbitral sería un accesorio de lo principal, del crédito».³⁴⁴

Consideramos que la situación descrita por el autor no es aplicable en nuestro ordenamiento jurídico. En primer lugar, no existe una «falta de solución legal», por cuanto la cesión de derechos se encuentra regulada en el Código Civil peruano y son, precisamente, sus reglas las que nos permiten determinar los efectos que surtirá ella respecto del acuerdo arbitral. En tal sentido, respecto de la primera interpretación planteada por el autor, sostenemos que no sería posible en el escenario peruano que el tercero alegara la «inoponibilidad del convenio de arbitraje», siempre, claro está, que haya conocido de su existencia o haya debido conocerla. Por otro lado, respecto de la segunda interpretación, si bien entendemos que la cesión de derechos sí puede válidamente implicar la cesión de la cláusula arbitral, objetamos que ello tenga su fundamento en la «accesoriedad» de la cláusula arbitral respecto del crédito.

Creemos que de cederse uno o más derechos respecto de los cuales existe una cláusula o acuerdo arbitral, este último obligará, tanto al deudor cedido como al cesionario. Sin embargo, no encontramos la razón de ello en la «accesoriedad» del acuerdo arbitral, sino en el consentimiento de las partes.

El consentimiento del deudor cedido se ve reflejado en el hecho de que primigeniamente aceptó pactar el arbitraje respecto de una obligación de carácter cesible. En consecuencia, cedido el derecho de su acreedor, el deudor no puede objetar que no consintió en arbitrar con el nuevo acreedor, puesto que asumió —tácitamente— la posibilidad de que el derecho fuera cedido. Señala Alfredo Bullard que «dado que el crédito original estaba sometido a arbitraje y [el cedido] sabía que por

³⁴³ *Ibidem*, p. 392.

³⁴⁴ *Idem*.

ley o convenio tal cesión o subrogación podría ocurrir, parece lógico presumir que también debe respetar el convenio arbitral».³⁴⁵

Por otro lado, el consentimiento del cesionario al acuerdo arbitral radica en su aceptación de la cesión del derecho, siempre que haya conocido o haya debido conocer que el derecho estaba vinculado a un acuerdo arbitral. En este sentido, opina Alfredo Bullard que el cesionario, «en tanto haya podido por la operación conocer el convenio [arbitral], está obligado a respetarlo».³⁴⁶

En todo caso, siempre será posible que las partes limiten la posibilidad de transmisión del acuerdo arbitral al momento de suscribirlo. No obstante, estamos de acuerdo con que, de manera general, la interpretación debe hacerse a favor del arbitraje. Una regla distinta permitiría validar conductas dirigidas a hacer ineficaz el pacto arbitral por la vía de realizar cesiones de créditos o de derechos a fin de sustraerse a la competencia de los árbitros.³⁴⁷

5.1.3. *Novación subjetiva*

La novación es una forma de extinción de las obligaciones mediante la creación de una nueva obligación destinada a reemplazar a la primera.³⁴⁸ Consecuentemente, este modo de extinguir obligaciones tiene dos características: (1) la extinción de una obligación pretérita, y (2) el nacimiento de una nueva obligación que la sustituye.³⁴⁹

Existe más de una modalidad de novación y, bajo esta premisa, la suerte que siga el acuerdo arbitral incluido en un contrato que sea nova-

³⁴⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 230.

³⁴⁶ *Idem.*

³⁴⁷ *Cfr. Idem.*

³⁴⁸ *Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. Arbitraje. Op. cit.*, p. 350.

³⁴⁹ *Cfr. Idem.*

do dependerá del tipo de novación de que se trate. Consideramos que es solamente en una de las modalidades de la novación que puede operar la transmisión del acuerdo arbitral.

Según su diseño, la novación puede ser de dos géneros: objetiva y subjetiva.³⁵⁰ Nos parece que es en este último género que podría suscitarse una transmisión del pacto arbitral.

Estaremos ante una novación objetiva cuando ella opere sobre la obligación. En este caso, si la obligación anterior contenía un acuerdo arbitral, y las partes no pactan que la nueva obligación contenga también un acuerdo arbitral, no existirá obligación de arbitrar disputas.³⁵¹ Sostiene Francisco González que «si las partes desean acarrear estipulaciones de la obligación pretérita a la nueva, el mecanismo para hacerlo es la reserva. Es decir, tienen que pactarlo. De lo contrario, la relación nueva será fresca. Carecerá de cualquier pacto no expresamente estipulado —incluyendo el arbitral—».³⁵² Claro que ello ya no es materia de nuestro análisis, puesto que de pactar el sometimiento al arbitraje, se trataría de un nuevo acuerdo arbitral y no de una transmisión del acuerdo original a la nueva obligación. De esta manera, podemos decir que la novación objetiva no constituye uno de los supuestos de transmisión del acuerdo arbitral.

Por otro lado, la novación subjetiva es aquélla en la cual lo que cambia no es la obligación sino la persona que es parte de la relación jurídica. Es, pues, este caso de novación el que cuestiona la suerte que sigue el acuerdo arbitral incluido en el contrato. En este caso, Francisco González parte de la premisa de que el único cambio es subjetivo, y que el contenido obligacional ha quedado intacto, por lo que propone que la obligación a arbitrar también quede incólume.³⁵³ Explica que

³⁵⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 358.

³⁵¹ *Cfr. Idem*.

³⁵² *Ibidem*, p. 361.

³⁵³ *Cfr. Ibidem*, p. 360.

«lo único que cambió es la persona, no el contenido, de la obligación. Si cambia el contenido, entonces ya no sería subjetiva, sino objetiva (o mixta)». ³⁵⁴ En este caso, el fundamento es el mismo que el que opera en la cesión de posición contractual: la parte que ingresa a la relación jurídica la acepta con todo su contenido obligacional, del cual forma parte, evidentemente, el acuerdo arbitral. No obstante, siempre será posible que las partes pacten en contra de dichos efectos.

5.1.4. *Acción oblicua*

La acción oblicua o subrogatoria, contemplada en el artículo 1219, inciso 4 del Código Civil peruano, faculta al acreedor a ejercer, en vía de acción o de defensa, los derechos de su deudor.

Sostenemos que si el Código Civil permite que el acreedor ejerza los derechos de su deudor relacionados con un crédito, estos derechos deben incluir el derecho de acudir al arbitraje, en caso alguno de tales derechos esté vinculado a un acuerdo arbitral. Estamos de acuerdo con Alfredo Bullard cuando refiere que «siempre se podrá decir [...] que quien contrae una obligación sabe que está sujeto a la posibilidad de poder ser demandado por los acreedores de su acreedor, y si tiene una cláusula arbitral, que cualquier acreedor podría hacer uso de la misma». ³⁵⁵

De igual manera, seguimos al doctrinario cuando se inclina a favor de que tal demanda sea posible porque estamos frente a una obligación que, en su origen, las partes querían arbitrar. En todo caso, considera él, si las partes querían que sólo se arbitrara entre ellas, debieron así indicarlo en el propio convenio. ³⁵⁶

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 229.

³⁵⁶ *Cfr. Idem.*

5.1.5. Pago con subrogación

El pago con subrogación no es otra cosa que la sustitución del acreedor por otra persona que paga por el deudor o que le proporciona a este último, bienes destinados al pago que él, efectivamente, emplea en tal destino. De acuerdo con el Código Civil, la subrogación puede ser legal (artículo 1260), en cuyo caso opera de pleno derecho, o convencional (artículo 1261).

La subrogación tiene por efecto la sustitución al subrogado en todos los derechos, acciones y garantías del antiguo acreedor, hasta por el monto de lo que hubiese pagado (artículo 1262). En este caso, de haber existido un acuerdo arbitral vinculado al contrato que ligaba al deudor con el acreedor, consideramos que el subrogado quedará sometido al mismo acuerdo arbitral, teniendo la obligación de someterse al arbitraje en caso quiera ejercer alguno de los derechos, acciones o garantías del antiguo acreedor.

5.2. Extensión del acuerdo arbitral a no signatarios

No está excluida por completo la posibilidad de que un acuerdo arbitral suscrito expresamente por dos o más partes obligue también a quienes no lo han suscrito.³⁵⁷ Por el contrario, hay casos en que se admite que sujetos que no han sido formalmente vinculados al acuerdo arbitral, participen de éste, en vista de que «se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de «terceros», que por alguna razón pueden considerarse «asimilados a las partes» [...]».³⁵⁸ Es en estos casos que se habla de la llamada «extensión» del acuerdo arbitral a los «no signatarios».

³⁵⁷ Cfr. REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional* (2006). *Op. cit.*, p. 240.

³⁵⁸ Cfr. 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*. Lima, 2006, n.º 1, p. 123.

Hemos visto ya los supuestos en los cuales un acuerdo arbitral se transmite a quien no lo ha firmado, a través de diferentes mecanismos contractuales como son la cesión, la novación subjetiva y la subrogación. Diferente es la figura de la extensión del acuerdo arbitral a los no signatarios. En este caso, el contrato principal en el cual está incluido o incorporado el acuerdo arbitral, no sufre traslación ni modificación alguna, como ocurría en los casos de transmisión del acuerdo arbitral; sin embargo, en virtud de principios generales del derecho y con base en el consentimiento —vislumbrado no siempre de manera expresa, sino también tácita— el acuerdo arbitral logra alcanzar sus efectos a personas que, a primera vista, no lo han suscrito.

La noción de «no signatarios» se refiere a aquellas personas que no estando cubiertas formalmente por el convenio arbitral, materialmente sí lo están, adquiriendo de este modo la calidad de partes. De este modo, no se trata de un tercero cualquiera, sino de un tercero calificado que por diversas razones resulta vinculado por el acuerdo arbitral.³⁵⁹

La doctrina distingue entre «terceros *penitus extranei*» y «terceros no signatarios» de un contrato. Así, se plantea que los terceros *penitus extranei* son aquéllos completamente ajenos a la relación contractual por no tener ningún vínculo con las partes;³⁶⁰ mientras que los terceros no signatarios no son en realidad terceros en el sentido propio del término, sino aquellas personas que, pese a no haber suscrito un contrato, se pueden equiparar a las partes, y por tal motivo se les llama también «no firmantes» e incluso «falsos terceros».³⁶¹ Y se equiparan a las partes a tal punto que James Graham menciona que «se trata de un falso tercero al acuerdo arbitral en la medida que ha expresado su consentimiento

³⁵⁹ Cfr. FOLLONIER-AYALA, Alejandro. «La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza». *Op. cit.*, p. 149.

³⁶⁰ Cfr. ARANGO, Daniel. *La extensión del acuerdo arbitral a los no-signatarios en el arbitraje comercial internacional*. Medellín: Escuela de Arbitraje Internacional, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., 2010, pp. 9-10.

³⁶¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 9-11.

de otra manera que por la firma. Se trata de una parte que intervino en la negociación, celebración o ejecución del contrato y por su intervención consintió de manera implícita al acuerdo arbitral, no obstante que nunca lo ha firmado». ³⁶² Es por este motivo que preferimos hablar de «partes no signatarias» en lugar de «terceros no signatarios».

Finalmente, resulta interesante lo que plantea Jean Marguerat en el sentido de que «no se trata en realidad de «extender» la cláusula arbitral, sino de determinar, más allá del mero texto de la cláusula arbitral, quién es realmente parte en el convenio arbitral, normalmente basado en el análisis de la común intención de las partes». ³⁶³

5.2.1. *Supuestos de extensión del acuerdo arbitral a no signatarios*

Antes de comentar algunos supuestos en los cuales es posible la extensión del acuerdo arbitral a no signatarios, debemos tener en cuenta que las posibilidades varían entre los distintos países, debido a las distintas tradiciones jurídicas que coexisten (*common law*, *civil law*, y éste de inscripción germánica, francesa, etc.) y a la evolución del arbitraje en los distintos países, sea a nivel legislativo o jurisprudencial. ³⁶⁴ Sin embargo, lo cierto es que de manera general, los diferentes sistemas jurídicos reconocen al consentimiento —bajo cualquiera de sus expresiones— como la base de la extensión de la cláusula arbitral a los no signatarios. ³⁶⁵

A continuación, comentaremos los supuestos que consideramos destacables en materia de extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias.

³⁶² GRAHAM, James. «La “falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: el ejemplo de México». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7, p. 179.

³⁶³ MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». *Op. cit.*, pp. 101-102.

³⁶⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 102.

³⁶⁵ *Cfr. Idem*.

5.2.1.1. *Teoría del levantamiento del velo societario*

Para entender la teoría del levantamiento del velo societario, debemos partir del hecho de que cuando una entidad controla los negocios de otra y abusa de este control, se justifica permitir hacer caso omiso de las personalidades jurídicas distintas y tratar a ambas como una única entidad o, en todo caso, tomar en cuenta sólo una entidad. Por tanto, una parte que controla una entidad, no se puede refugiar bajo la forma jurídica de ésta cuando la utiliza de manera abusiva para limitar su responsabilidad.³⁶⁶ Es bajo tal razonamiento que se admite la extensión de los efectos de un acuerdo arbitral suscrito entre dos entidades a una tercera parte que, sin haber suscrito el acuerdo, controla a una de las primeras entidades.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe bajo la misma teoría extender los alcances del acuerdo arbitral a aquella entidad que, sin «abusar del velo societario», constituye, junto con una de las partes del acuerdo arbitral «una única realidad económica», siendo ello conocido por la otra parte del acuerdo.

Esta teoría fue reconocida a partir del caso *Dow Chemical c/ Isover Saint Gobain*. La controversia tuvo origen en dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain, incluyendo ambos contratos un acuerdo arbitral. Como consecuencia de discordancias entre las partes, tanto las empresas Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron un procedimiento arbitral contra Isover Saint Gobain. Esta última solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no eran partes del acuerdo arbitral. No obstante, al analizar las circunstancias en las que se había celebrado el contrato principal, el tribunal arbitral determinó que se había demostrado que Dow Chemical Company (USA) era el eje central de la relación con-

³⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 109.

tractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

Atendiendo a los principios de «unidad y realidad económica» el tribunal entendió que el grupo de empresas constituía «una única realidad económica» (*une réalité économique unique*) que debía tomar en consideración al determinar si tenía competencia sobre todas las partes designadas. Manifestó que «la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectas por ellos y por las controversias a las que pueden dar origen».³⁶⁷

Posteriormente, el caso llegó a la Corte de Apelación de París, que se negó a anular la decisión del tribunal, sosteniendo que aun no habiendo suscrito las terceras empresas el acuerdo arbitral, por razón de encontrarse ante una única voluntad común, el mismo les resultaba aplicable.³⁶⁸

Comenta Alfredo Bullard que «si bien dicho caso trató de la inclusión de empresas subsidiarias —no signatarias de un convenio arbitral— en la parte demandante, se trata del caso más emblemático y a partir del cual la doctrina en cuestión ha sido utilizada y extendida en numerosos casos de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) no sólo para expandir el universo de demandantes, sino para expandir el universo de los demandados».³⁶⁹

³⁶⁷ REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional* (2006). *Op. cit.*, p. 241.

³⁶⁸ *Cf.* BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 222.

³⁶⁹ *Ibidem*, p. 221.

Considera Jean Marguerat que «en este caso, la base de la extensión de la cláusula arbitral no es el consentimiento de las partes, sino consideraciones de buena fe y de justicia que tienen por objetivo proteger a una parte del comportamiento fraudulento de la otra».³⁷⁰ Sin embargo, presentamos otro parecer, pues, planteamos que dichas «consideraciones de buena fe y de justicia» no pueden tener otro fundamento que el hecho de que la parte no signataria, controladora de una de las signatarias, prestó tácitamente su consentimiento a arbitrar al involucrarse en la negociación, celebración o ejecución de un contrato, a sabiendas de que éste estaba sometido a un acuerdo arbitral. De otro lado, el consentimiento de la contraparte se evidenciaría al tener conocimiento del involucramiento de la no signataria en el negocio.

Partiendo de los fundamentos expuestos a lo largo de nuestro trabajo, consideramos que es posible en el ordenamiento jurídico peruano, admitir la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario para extender los efectos de un acuerdo arbitral a quien formalmente no ha suscrito el mismo.

5.2.1.2. *Doctrina de Actos Propios o del Estoppel*

El aforismo jurídico que reza «*venire contra factum proprium non valet*» («no vale actuar contra los actos propios») prohíbe a una parte, por razones de buena fe, actuar en contra de sus declaraciones o de su comportamiento anterior.³⁷¹ Este principio es conocido en los ordenamientos de origen romano germánico como la «Doctrina de Actos Propios», y en el *common law* o en Derecho Internacional, como la «Doctrina del *Estoppel*».³⁷²

³⁷⁰ MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». *Op. cit.*, p. 110.

³⁷¹ *Cf. Idem.*

³⁷² *Cf.* BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 217.

La Doctrina de los Actos Propios se configura como una regla derivada del principio de buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior que ha sido desplegado por el mismo sujeto.³⁷³

En los últimos tiempos, tanto la doctrina como la jurisprudencia a nivel internacional han venido aplicando la Doctrina de los Actos Propios para admitir la extensión de un acuerdo arbitral a quienes, no habiéndolo suscrito formalmente, con su comportamiento han dado a entender que aceptaban ser sometidos a él.³⁷⁴ En este sentido, señala Jean Marguerat que «una parte que no ha firmado un contrato que contiene una cláusula arbitral, pero que ejerce derechos en base al mismo, no puede luego pretender que no está sujeta a la cláusula arbitral contenida en dicho contrato».³⁷⁵ Bajo esta doctrina, si una parte acepta que está obligada por los términos de un contrato al ejecutarlo, no puede luego oponerse al acuerdo arbitral contenido en el mismo contrato.³⁷⁶

Lo que busca en este caso la Doctrina de los Actos Propios, es proteger la legítima expectativa creada en una parte por el comportamiento de la otra, de que esta última está dispuesta a arbitrar. No obstante, esta doctrina debe ser aplicada cuidadosamente y es por ello que Alfredo

³⁷³ Cfr. BORDA, Alejandro. *La Teoría de los Actos Propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 51-53.

³⁷⁴ El principio del «*Estoppel*» fue aplicado por la Corte Internacional de Arbitraje en los casos CCI n.ºs 7604 y 7610, en los que señaló que corresponde la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestran la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente.

³⁷⁵ MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». *Op. cit.*, p. 110.

³⁷⁶ Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, pp. 217-218.

Bullard propone que se verifiquen determinadas condiciones. Citamos su postulado:

Según la Doctrina de los Actos Propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre sólo cuando (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada, posteriormente, a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y (3) efectivamente, la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).³⁷⁷

En consecuencia, podemos afirmar que la obligación de arbitrar se desprende del hecho de que «la mano derecha» se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato, frente a lo cual, después, «la mano izquierda» pretende negar el carácter vinculante del acuerdo arbitral referido al mismo contrato que «la mano derecha» aceptó. Es en este caso que, consideramos, la Doctrina de los Actos Propios tiene perfecta aplicación dentro del ordenamiento jurídico peruano, a fin de impedir que quien con su comportamiento dio a entender que aceptaba los efectos de un acuerdo arbitral, pretenda luego negar tal vinculación.

Respecto del sustrato de la Doctrina de los Actos Propios, Augusto Morello señala que «el fundamento estará dado en razón de que la conducta anterior ha generado —según el sentido objetivo que de ella se desprende— confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues de lo contrario, importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido, pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su

³⁷⁷ *Ibidem*, p. 218.

dirección de origen». ³⁷⁸ En suma cuenta, el fundamento de la aplicación de la Doctrina del *Estoppel* reside en el principio de buena fe, según el cual actúan la mayoría de personas. ³⁷⁹ A ello agregamos que esta buena fe se desprende del consentimiento que, de alguna u otra manera, ha sido manifestado por la parte cuyo comportamiento suscitó en la otra la confianza de que se sometería al arbitraje.

5.2.1.3. Contrato o estipulación a favor de tercero

El principio del efecto relativo de los contratos señala que los contratos establecen obligaciones únicamente entre las partes de los mismos, no ante terceros. Ello está representado por el conocido aforismo *res inter alios acta*. ³⁸⁰

No obstante, el contrato o la estipulación a favor de tercero es una excepción al principio de relatividad de los contratos, ya que puede determinar que el tercero beneficiario se vea sujeto a cargas de cuya aceptación dependerá el goce de los beneficios para él previstos. Entre esas posibles cargas consideramos que se encuentra, precisamente, el acuerdo arbitral.

La obligación de arbitrar a cargo del tercero sería una extensión natural del hecho de que, éste, al aprovecharse de la estipulación, debe hacerlo sujeto al régimen que el promitente y el estipulante han contemplado en el contrato que lo contiene. ³⁸¹ Rige en este caso el principio de «quien toma el beneficio, toma la carga». ³⁸² Al respecto, explica Francisco González que «el tercero no está obligado a aceptar el acuerdo arbitral. Ello no sólo es lógico, sino una consecuencia del principio *res*

³⁷⁸ MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato. Enfoques*. Buenos Aires: Librería Editorial Platense, 1985, p. 59.

³⁷⁹ Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 218.

³⁸⁰ Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje. Op. cit.*, pp. 338-339.

³⁸¹ Cfr. *Ibidem*, p. 341.

³⁸² Cfr. *Ibidem*, p. 312.

inter alios acta. Pero si el autor del acto incluye un acuerdo arbitral como la forma para resolver cualquier problema que derive del acto jurídico que ha confeccionado, ello forma parte del «paquete» que diseñó el autor del acto jurídico. Del universo de derechos y obligaciones que conforman el acto jurídico en cuestión. Para que el tercero pueda beneficiarse del contenido en el acto jurídico, tiene que aceptar el acuerdo arbitral como corolario del principio que acepta el beneficio en la forma que lo contempló el autor del acto».³⁸³

De la misma manera se postula Alfredo Bullard, refiriendo que «en el grado en que el beneficiario pretenda ejercer o preservar el beneficio que el contrato a favor de tercero le concede, quedará sujeto a arbitraje. En ese sentido, para efectos arbitrales, el pretender el ejercicio del derecho o beneficio concedido por el contrato, le da la naturaleza de parte en el convenio arbitral, así la legislación civil lo trate como un tercero al contrato. Por otro lado, las partes, conscientes de que existe un tercero que, para efectos arbitrales es una potencial parte, deben en buena fe admitir que éste se presente y pueda arbitrar cualquier controversia que surja en relación al contrato celebrado».³⁸⁴

Consideramos que, una vez más, es el consentimiento lo que permite vincular al «tercero» como parte del acuerdo arbitral. Siendo esto así, nada impide que se aplique este supuesto de extensión del acuerdo arbitral en el sistema jurídico peruano.

Un claro ejemplo en que podría proceder en nuestro país la extensión del acuerdo arbitral al beneficiario de un contrato, es el contrato de seguro. En este caso, el beneficiario de la póliza, en caso de ser distinto al asegurado que suscribió el acuerdo arbitral, queda obligado a arbitrar si pretende exigir a la compañía aseguradora el pago de un siniestro. De la misma manera, la compañía aseguradora deberá aceptar someterse a

³⁸³ *Ibidem*, pp. 312-113.

³⁸⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 227.

arbitraje con el beneficiario aun cuando éste no haya suscrito el acuerdo arbitral.³⁸⁵

5.2.1.4. *Teoría de la aceptación tácita del acuerdo arbitral*

La teoría de la aceptación tácita del acuerdo arbitral es también conocida como «teoría del consentimiento implícito» o «principio de *assumption*». Este principio entra a jugar cuando una parte, por su comportamiento —sean sus actos o declaraciones—, crea frente a la otra la apariencia de tener la intención de ser vinculada por la cláusula arbitral. Esto ocurre cuando ha intervenido en la conclusión o la ejecución del contrato principal, generando en su contraparte la legítima asunción de que tenía la intención de ser parte del contrato principal y, por ende, también de la cláusula arbitral en él contenida.³⁸⁶

La teoría de la aceptación tácita, en consecuencia, permite extender un acuerdo arbitral a quien, no habiendo formalmente suscrito el mismo, dio a entender que lo aceptaba con su participación en el negocio jurídico principal.

En este sentido, señala Daniel Arango que la aceptación tácita del acuerdo arbitral de parte de quienes no lo han suscrito, se deduce a partir de su participación en el negocio jurídico principal y de su efectiva vinculación en el momento en que se suscribe el pacto arbitral.³⁸⁷ En la misma línea, Roque Caivano, comentando un caso en que se aplicó el principio, refirió que por aplicación de éste, se resolvió que correspondía extender la cláusula a un no-firmante si de su conducta puede inferirse una aceptación tácita de sus efectos.³⁸⁸

³⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, pp. 227-228.

³⁸⁶ Cfr. MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». *Op. cit.*, pp. 111-112.

³⁸⁷ Cfr. ARANGO, Daniel. *La extensión del acuerdo arbitral a los no-signatarios en el arbitraje comercial internacional*. *Op. cit.*, p. 15.

³⁸⁸ Cfr. CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Op. cit.*, p. 131.

La teoría de la aceptación tácita fue aplicada por la Corte de Apelaciones de París en el caso *Société Ofer Brothers c/ The Tokio Marine and Fire Insurance Co.*, en el que reconoció la validez del laudo arbitral que extendía la cláusula arbitral a una parte no-signataria, y sostuvo que es posible extender sus efectos «a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato, cuando su situación y sus actividades hacen presumir que tenían conocimiento de la existencia y del alcance de esa cláusula [...]». ³⁸⁹

Así también, en el caso *Contunav c/ Comptoir Commercial André*, la Corte de Apelaciones de París consideró que la extensión de los efectos de una cláusula arbitral a un no-signatario puede provenir de su participación en la operación sujeta a dicho convenio. ³⁹⁰

La evidencia es clara en cuanto al fundamento de la teoría de la aceptación tácita del acuerdo arbitral: es el consentimiento de las partes a arbitrar, que se entiende tácitamente manifestado, lo que permite finalmente entenderlas vinculadas al pacto arbitral. Siendo esto así, es perfectamente posible aplicar este supuesto de extensión del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano.

5.2.2. *El artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana*

Como vimos en el Capítulo III (a), el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana admite expresamente la extensión del acuerdo arbitral a los no signatarios. El texto del artículo expresa:

Artículo 14.- El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio

³⁸⁹ COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE. *Revue de l'Arbitrage*. París, 1989, p. 691.

³⁹⁰ COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE. *Revue de l'Arbitrage*. París, 1990, p. 675.

esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

A la lectura del artículo, podemos observar que los supuestos que comprende son dos: (1) la extensión a aquéllos cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que comprende o al que está vinculado el acuerdo arbitral; y (2) la extensión a aquéllos que pretenden derivar algún derecho o beneficio del referido contrato. Frente a ello, sostiene Alfredo Bullard que «la norma, en su primera parte, se basa en dos conceptos centrales: (1) derivar el consentimiento, y (2) principio de buena fe. [...] La segunda parte añade un concepto, que es pretender derivar un beneficio de un contrato. En realidad, de ese hecho también se deriva un consentimiento, pues quien desea acceder al beneficio debe presumirse que está dispuesto a sujetarse a los límites y obligaciones que ese beneficio significa, incluido el tener que acudir a un arbitraje».³⁹¹

De esta manera, evidenciamos que también en la Ley de Arbitraje peruana —al igual que en los casos de extensión del acuerdo arbitral analizados previamente— la extensión del acuerdo arbitral a los no signatarios se funda en el consentimiento que éstos han manifestado.

De manera clara, explican Castillo Freyre y Sabroso Minaya que la incorporación al acuerdo arbitral no se da por la firma de éste —con lo que se confirma la «desformalización» del requisito de que el consentimiento conste por escrito—, sino por hechos diferentes que configuran un auténtico consentimiento en tanto, a partir de ellos, se puede confirmar la aceptación del pacto arbitral.³⁹²

³⁹¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». *Op. cit.*, p. 209.

³⁹² *Cf.* CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Arbitraje. ¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de Ositran*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2001, vol. 17, p. 98.

Sin duda alguna, es la constatación del consentimiento de las partes a arbitrar —a través de cualquier medio que sea idóneo— el cimiento en virtud del cual la Ley de Arbitraje permite la aplicación de la extensión del pacto arbitral a quienes no lo han firmado. Es por ello que sostenemos la postura de que aun cuando el artículo 14 no contempla todos los supuestos posibles de extensión del acuerdo arbitral a no signatarios, es válido que nuestros operadores jurídicos reconozcan y apliquen estos casos no previstos por el texto del artículo.

De manera particular, consideramos que los supuestos y teorías de extensión del acuerdo arbitral analizados previamente podrían ser válidamente admitidos en el marco del artículo 14 y, en este sentido, ayudar a su mejor interpretación y aplicación. Si bien este artículo se refiere solamente a dos circunstancias bajo las cuales es procedente la extensión del acuerdo arbitral, su *ratio legis* está asentada, como dijimos, en el consentimiento, lo que permite admitir cualesquiera otras figuras que tengan como fundamento la manifestación de voluntad de las partes.

Cabe, finalmente, recordar lo señalado por Fernando de Trazegnies al decir que «si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas, excluyendo a los terceros involucrados, pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad —y, por tanto, utilidad— como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas».³⁹³

C. BALANCE

Ha quedado demostrado que, tanto nuestra legislación nacional como la legislación internacional vinculante para el Perú, admiten la validez

³⁹³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje». En *Revista Ius et Veritas*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, n.º 29, p. 21.

de acuerdos arbitrales celebrados mediante cualquier forma que permita dejar constancia del consentimiento de las partes. Si bien, como vimos, las Convenciones de Nueva York y de Panamá contienen referencias a la forma escrita del acuerdo arbitral, éstas no constituyen exigencias de formalidad.

En consecuencia, una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano —tanto cuando sea aplicable la Ley de Arbitraje como cuando corresponda recurrir a los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú—, no debe exigir la observancia estricta en la celebración del acuerdo arbitral de las formas contempladas por los textos legales. Por el contrario, debe perseguir la verificación del consentimiento de las partes a arbitrar, para lo cual deberá tener en consideración el valor jurídico de un consentimiento material —y no sólo formal—, así como de los diversos modos en que puede manifestarse la voluntad.

Partiendo del hecho de que la forma del acuerdo arbitral contemplada por las Convenciones de Nueva York y de Panamá, no representa una exigencia de validez, corresponde admitir los efectos jurídicos de acuerdos arbitrales celebrados por medios distintos a los previstos por tales dispositivos legales, ello siempre y cuando se verifique la manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Como consecuencia de lo anterior, cabe reconocer la validez de los acuerdos arbitrales celebrados a través de medios electrónicos, siempre que se constaten todos los elementos esenciales de este acto jurídico.

En segundo lugar, debe ser admitida también la posibilidad de aceptar un acuerdo arbitral de manera verbal o tácita, cuando exista constancia escrita de la existencia y contenido del acuerdo, así como de la aceptación referida.

De igual manera, puede reconocerse la validez de un acuerdo arbitral celebrado de manera verbal sin constancia por escrito, cuando tal celebración esté registrada en algún medio que represente un elemento de prueba del mismo.

En cuarto término, será posible también admitir la aplicación de la «incorporación por referencia del acuerdo arbitral», cuando éste no se encuentre incluido en el documento que contiene el contrato principal, pero sí en otro documento al que este último se refiere, y al cual las partes hayan aceptado vincularse.

Finalmente, y bajo la misma argumentación, es posible aplicar la transmisión y extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, figuras que se fundamentan en el consentimiento de las partes a arbitrar, el mismo que queda manifestado, de una u otra manera, a través de la aplicación de los diferentes supuestos, principios y teorías que hemos explicado en este capítulo. Asimismo, cabe precisar que la extensión del acuerdo arbitral a no signatarios se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje peruana, y que aun cuando ésta sólo contempla dos supuestos de procedencia de dicha figura, su texto está basado en el consentimiento, lo que admite la aplicación de los otros principios y teorías que hemos analizado en este capítulo.

CAPÍTULO V

APLICACIÓN DE LA TESIS PROPUESTA EN LA PRÁCTICA JURÍDICA

Siendo fieles a la labor que nos planteamos en la introducción de este trabajo, hemos demostrado en los Capítulos III (a) y III (b) que en el ordenamiento jurídico peruano no existe una exigencia de formalidad como requisito de validez para el acuerdo arbitral, ello tanto en observancia de la Ley de Arbitraje peruana como de los tratados internacionales vinculantes para el Perú.

Concluido tal cometido, precisamos en el Capítulo IV la manera en que debe realizarse una adecuada interpretación de la forma del acuerdo arbitral en nuestro ordenamiento jurídico. Esto es, considerando a este elemento del acuerdo arbitral como el vehículo que permite exteriorizar la voluntad de las partes. En consecuencia, a efectos de reconocer la validez de un acuerdo arbitral, deberá estarse a la constatación del consentimiento de las partes, y no a la observancia de una forma específica en la celebración de este acto jurídico.

Partiendo de lo anterior, en el presente capítulo nos ocuparemos de precisar cómo debe aplicarse nuestra tesis en la práctica jurídica, tanto en la esfera arbitral como en la judicial. En tal sentido, brindaremos algunos alcances sobre la manera en que deben proceder los árbitros, al interior de un proceso arbitral; y los jueces, en el marco de una excepción de convenio arbitral, de un recurso de anulación de laudo arbitral, y de un proceso de reconocimiento de laudo arbitral extranjero.

Finalmente, explicaremos que una interpretación distinta a la que proponemos respecto de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano, puede resultar contraria a principios fundamentales de la contratación.

A. APLICACIÓN DE UNA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1. EN LA PRÁCTICA DE LOS ÁRBITROS

No cabe duda de que el ordenamiento jurídico peruano está conformado no solamente por su legislación interna, sino también por los instrumentos internacionales que el Estado peruano haya ratificado, los mismos que —a partir de tal momento— entran a formar parte de su derecho nacional. De tal manera, puede decirse que la legislación arbitral peruana está constituida, tanto por la legislación nacional como por los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú que regulan la materia.

En el caso de la forma del acuerdo arbitral, podemos encontrar disposiciones referidas a ella tanto en la Ley de Arbitraje peruana como en las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

Sin perjuicio de lo anterior, para el objeto que nos ocupa, hemos considerado adecuado distinguir entre los casos en que sea de aplicación solamente la Ley de Arbitraje peruana, y aquéllos en los que resulten también aplicables las referidas convenciones.

1.1. Cuando resulte aplicable la Ley de Arbitraje peruana

Hemos explicado en el Capítulo III (a) que, de conformidad con la Ley de Arbitraje peruana, el acuerdo arbitral constituye un acto jurídico formal, por cuanto dicha ley prescribe que aquél se celebre por escrito.

No obstante, precisamos que dicha formalidad es una de tipo *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, en vista de que no se sanciona con nulidad su inobservancia. En consecuencia, es posible, en aplicación de nuestra legislación nacional, reconocer la validez de acuerdos arbitrales que no consten por escrito, siempre que se acredite el consentimiento de las partes a su celebración.

Siguiendo el artículo 1, inciso 1 de la Ley de Arbitraje, tenemos que ésta será de aplicación a todos los procesos arbitrales domésticos e internacionales que se desarrollen en el territorio peruano. Bajo tal escenario, los árbitros o tribunales arbitrales a cuyo conocimiento se haya sometido una controversia, deberán observar un análisis del acuerdo arbitral que tenga como prisma el valor jurídico del consentimiento por cualquier medio manifestado, y la interpretación de la forma como un simple vehículo de exteriorización de la voluntad.

En tal sentido, los árbitros deberán reconocer y dotar de efectos jurídicos —es decir, vinculantes— a todos aquellos supuestos en los cuales pueda verificarse la voluntad exteriorizada de las partes de someterse al fuero arbitral, aun cuando no se haya observado una forma específicamente contemplada por la Ley de Arbitraje para la celebración del acuerdo arbitral.

En este entendido, podrían válidamente admitirse, por ejemplo, las figuras que hemos presentado en la segunda parte del capítulo anterior: (1) acuerdos arbitrales celebrados por medios electrónicos, (2) aceptación verbal o tácita de un acuerdo arbitral que consta por escrito, (3) acuerdos arbitrales verbales que no constan por escrito, (4) incorporación por referencia del acuerdo arbitral, y (5) transmisión y extensión del acuerdo arbitral a no signatarios. Cabe mencionar que tales supuestos no necesariamente son exhaustivos.

1.2. Cuando, además, resulten aplicables las Convenciones de Nueva York y de Panamá

Es menester recordar que el mismo artículo 1, inciso 1 de la Ley de Arbitraje, que comentamos en la parte precedente, refiere que esta ley es de carácter supletorio frente a los tratados internacionales de los cuales sea parte el Perú. De este modo, aun cuando la ley no contemple una exigencia de formalidad para el acuerdo arbitral, debemos estar a lo que prevean los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado peruano.

Tanto la Convención de Nueva York como la de Panamá, contienen referencias expresas a la forma del acuerdo arbitral, haciendo una particular mención a su constancia por escrito. Ambas convenciones son aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, primando en este caso aquella convención cuyas disposiciones resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y la ejecución. Asimismo, la Convención de Panamá es, además, aplicable a los procesos arbitrales internacionales de carácter comercial que se lleven a cabo en el territorio peruano.

Hemos explicado, en el Capítulo III (b), que si bien existe una interpretación —tanto doctrinal como jurisprudencial— que ha considerado que estas dos convenciones contienen exigencias de forma para el acuerdo arbitral; lo cierto es que ninguna de ellas regula el régimen de validez de este contrato. Estas convenciones establecen solamente un «mínimo de reconocimiento», a fin de que los Estados otorguen efectos jurídicos a los acuerdos arbitrales presentados en el sentido descrito por sus textos.

De esta manera, en caso la legislación interna de un Estado sea «menos favorable» al reconocimiento de un acuerdo arbitral, como lo es, por ejemplo, una legislación más restrictiva que las Convenciones con respecto a las formas que prevé para la celebración del acuerdo arbitral;

estas Convenciones surtirán plenos efectos y, en tal sentido, imperarán a dicho Estado reconocer al acuerdo arbitral en cuestión, siempre que la expresión de este último se encuentre comprendida bajo el «mínimo de reconocimiento» que contemplan estos instrumentos internacionales.

Sin embargo, las Convenciones de Nueva York y de Panamá son claras al dejar la determinación de la validez del acuerdo arbitral, a la legislación nacional que, finalmente, resulte aplicable. En tal sentido, en caso la legislación estatal aplicable sea «más favorable» al reconocimiento de los acuerdos arbitrales, en el sentido de admitir formas de celebración adicionales a las previstas por las Convenciones, éstas se harán a un lado, permitiendo la primacía de la legislación nacional para efectos de reconocer la validez de los acuerdos arbitrales.

Siguiendo estos planteamientos, los árbitros que participen de un proceso arbitral en el que resulte de aplicación —ya sea en el mismo procedimiento arbitral, o para los posteriores procesos de reconocimiento y ejecución del laudo— alguna de las convenciones mencionadas, deberán observar el régimen de validez que la ley nacional aplicable contempla para el acuerdo arbitral.

Los árbitros deberán tener como «mínimo de reconocimiento» los artículos de las Convenciones de Nueva York y de Panamá que hacen referencia a las formas en que puede presentarse un acuerdo arbitral. En tal sentido, no podrán desconocer la validez de un acuerdo arbitral presentado en alguna de las formas previstas por tales textos internacionales.

Sin embargo, de resultar la legislación nacional aplicable «más favorable» al reconocimiento de validez de un acuerdo arbitral, como es el caso de la Ley de Arbitraje peruana, los árbitros deberán preferir las disposiciones que ella contemple.

2. EN LA PRÁCTICA DE LOS JUECES

Si bien son los árbitros —o, en su caso, el tribunal arbitral— quienes desempeñan una labor primordial en el arbitraje, no debemos dejar de recordar que también los órganos judiciales tienen un rol que cumplir respecto del desenlace de un proceso arbitral y del laudo que finalmente se emita.

Resulta, entonces, pertinente hacer también mención a la actitud que deben adoptar los jueces en aplicación de una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano.

2.1. Autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje peruana establece los principios y derechos de la función arbitral, disponiendo expresamente lo siguiente:

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.

Si hacemos un análisis detallado de este artículo, veremos que en cada uno de sus incisos se consagra uno de los principios de la institución del arbitraje.

Así, en el inciso primero del artículo 3, que dispone que «en los asuntos que se rijan por [la Ley de Arbitraje] no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga», se establece el principio de «no intervención judicial». En virtud de esta regla, «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».³⁹⁴ Esta disposición busca, en última instancia, salvaguardar la decisión de las partes del acuerdo arbitral, quienes, en ejercicio de su autonomía privada, optaron por recurrir al arbitraje para la solución de sus controversias actuales o potenciales.

Por su parte, el inciso 2 del citado artículo se ocupa del principio de «independencia del tribunal arbitral», estableciendo que «el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones». Debe observarse que esta disposición hace referencia no solamente a la independencia del tribunal arbitral frente a los órganos jurisdiccionales, sino también frente a cualquier otro agente o autoridad que pretenda interferir en su función.

Adicionalmente, consideramos que mientras que el principio de no intervención judicial está dirigido al órgano jurisdiccional —obrando en éste una expresa prohibición de intervenir en la labor de los árbitros—; el principio de independencia del tribunal arbitral no se orienta al «agente interventor» sino al propio árbitro, imperándole mantener y

³⁹⁴ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, primera parte, vol. 25, p. 75.

defender su independencia a lo largo de las actuaciones arbitrales, frente a las injerencias de cualquier agente externo.

En tercer lugar, el inciso 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». Con esto se da entrada a los principios de «autonomía del tribunal arbitral» y de «competencia de la competencia».

El principio de autonomía del tribunal arbitral es aquél que le permite iniciar y dirigir el proceso arbitral hasta su culminación, contando con plenos poderes para conocer y resolver sobre todas aquellas cuestiones que las partes hayan dejado a su consideración y que la ley le encomiende.

Adicionalmente, consideran Castillo Freyre y otros, que al establecer la ley que el tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para dictar el laudo, lo que se busca es desterrar ciertas prácticas —tales como acciones de garantía y medidas cautelares— a las cuales se solía recurrir, a efectos de interrumpir el proceso y evitar que el tribunal emitiera el laudo correspondiente.³⁹⁵

Consideramos que el principio de autonomía, orientado a rodear a los árbitros de la protección necesaria para que puedan desenvolver el procedimiento arbitral, tiene como fundamento último la autonomía propia de la jurisdicción arbitral, sobre la cual trataremos más adelante.

Por otro lado, el principio de «competencia de la competencia», es aquél en virtud del cual el tribunal arbitral es el único competente; en primer lugar, para decidir sobre su propia competencia.

³⁹⁵ *Ibidem*, p. 82.

Evidentemente, esta decisión puede ser materia de revisión judicial; sin embargo, ello solamente podrá ocurrir una vez culminado el proceso arbitral, a través del recurso de anulación de laudo.

Aceptamos el acierto de este principio al dotar al tribunal arbitral de un halo de protección para iniciar con la tramitación efectiva del procedimiento arbitral. Como explican Castillo Freyre y otros, «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».³⁹⁶

Cabe mencionar, además, que este principio, también conocido en derecho comparado como *kompetenz-kompetenz* (alemán) o *compétence-compétence* (francés), no solamente faculta al tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, sino también —como señala el artículo 41, inciso 1 de la Ley de Arbitraje— para resolver sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.³⁹⁷

Finalmente, el inciso 4 del artículo 3 refiere que «ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este decreto legislativo. 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». Lo que este inciso establece no es otra cosa que el principio de «no interferencia», el

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 81.

³⁹⁷ *Cf.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». *Op. cit.*, p. 49.

mismo que proscribe toda intervención externa en la actuación de los árbitros, dejando a salvo el control judicial *ex post* del proceso arbitral, solamente a través del recurso de anulación de laudo arbitral.³⁹⁸

A través de estos cinco principios de la institución del arbitraje —el principio de no intervención judicial, de independencia del tribunal arbitral, de autonomía del tribunal arbitral, de competencia de la competencia, y de no interferencia— se consolida, en última instancia, el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral.

Como señalan Castillo Freyre y Sabroso Minaya, «el citado artículo 3 responde a la preocupación que existía acerca de la indebida intervención judicial o administrativa en el arbitraje. Así, contempla la protección del arbitraje frente a toda clase de interferencias que de manera directa o indirecta pretendan impedir el inicio de las actuaciones arbitrales o suspender su trámite».³⁹⁹

El principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral ha sido incluso reconocido por el Tribunal Constitucional del Perú, quien manifestó lo siguiente: «este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible, con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria».⁴⁰⁰

Lo que se busca, entonces, a través del principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, es dotar a los árbitros de un

³⁹⁸ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, primera parte, vol. 25, p. 82.

³⁹⁹ CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Nueva ley de arbitraje: colaboración y control judicial». En *Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima, 2008, n.º 2/1, pp. 237-251 y p. 239.

⁴⁰⁰ Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, fundamento 14.

marco legalmente establecido en el cual puedan desempeñar su labor con plenas facultades y sin injerencia externa.

2.2. Los jueces frente al arbitraje: no intervención ni interferencia

Hemos visto que en virtud del principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, los árbitros cuentan con un espacio reservado de toda injerencia ilegítima por parte de agentes externos —aun, y especialmente, cuando sean estatales—, a fin de poder cumplir sus funciones de la manera más óptima, en concordancia con la voluntad de las partes que se sometieron al fuero arbitral.

Una de las manifestaciones de la autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral, es el rol de no intervención ni interferencia que deben observar los jueces con respecto a un procedimiento arbitral. Como señala Francisco González, «que el arbitraje debe gozar de una amplia autonomía respecto del sistema judicial no parece una cuestión que pueda discutirse».⁴⁰¹

Esta autonomía frente al Poder Judicial se justifica, en primer lugar, por la naturaleza contractual del arbitraje. Las partes, en ejercicio de su autonomía privada, pactaron que ciertas controversias derivadas de una relación jurídica específica fueran resueltas por los árbitros, desplazando así la intervención del Poder Judicial. En consecuencia, no parece lógico admitir que los jueces puedan tener injerencia en el inicio o desarrollo del procedimiento arbitral.⁴⁰²

En segundo lugar, la necesidad de autonomía se apoya también en una razón de carácter funcional: la excesiva interferencia judicial socava la eficacia del arbitraje.⁴⁰³ Evidentemente, si las partes optaron por ven-

⁴⁰¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». *Op. cit.*, p. 46.

⁴⁰² *Cfr. Idem.*

⁴⁰³ *Cfr. Idem.*

tilar sus disputas en el marco de un proceso arbitral, fue por razón de las considerables ventajas que éste presenta para ellas con respecto al fuero ordinario. Permitir la intervención o interferencia judicial en la esfera arbitral, terminaría por eliminar o desvirtuar las bondades propias de la naturaleza del arbitraje.

Sin duda alguna, concordamos con González de Cossío cuando señala: «Las partes, al acudir al arbitraje, implícitamente desearon no hacer uso de la maquinaria judicial estatal. Los motivos pueden ser diversos, pero cualesquiera que sean, la elección debe ser respetada. Y eso es lo que busca el derecho arbitral: procura un marco que da efectos a dicho pacto —y en forma eficiente—». ⁴⁰⁴

2.2.1. Excepción de convenio arbitral

Tal como se explicó en el Capítulo II, la suscripción de un acuerdo arbitral genera dos efectos que surgen de la propia naturaleza del arbitraje. El primer efecto es de carácter positivo, y no es otro que la atribución de jurisdicción a los árbitros para resolver las controversias pactadas como objeto del acuerdo arbitral. El segundo efecto del acuerdo arbitral, por el contrario, es de carácter negativo: la interdicción de los jueces y tribunales ordinarios de conocer las controversias sometidas al fuero arbitral.

Siguiendo tal línea, nuestro ordenamiento jurídico contempla diferentes figuras orientadas a garantizar la plena eficacia del acuerdo arbitral, es decir, a salvaguardar el despliegue de sus efectos positivo y negativo. Una de dichas figuras legales es la llamada «excepción de convenio arbitral», la misma que está dirigida a tutelar la vigencia del efecto negativo del acuerdo arbitral.

⁴⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica». Ponencia ante el x Congreso de la Barra Mexicana. Colegio de Abogados, A.C. Campeche, 2007, p. 4.

La excepción de convenio arbitral es un medio procesal que se pone a disposición de la parte que es llevada a un proceso judicial, pese a la existencia de un acuerdo arbitral. En tal sentido, en caso una de las partes de un acuerdo arbitral —pasando por alto los efectos vinculantes de éste— interponga una demanda ante un tribunal ordinario, la otra podrá recurrir a la defensa de forma denominada «excepción de convenio arbitral», solicitándole al órgano jurisdiccional que se abstenga de conocer la controversia.

Como observa Adrián Simons, «la excepción de convenio arbitral es reconocida como un verdadero impedimento procesal, porque impide la continuación del proceso judicial para dar paso al proceso arbitral. Evitando que el juez se pronuncie sobre el fondo de la controversia que las partes han acordado someter a arbitraje».⁴⁰⁵

Esta figura procesal está contemplada en el Código Procesal Civil,⁴⁰⁶ y es regulada con mayor extensión en la Ley de Arbitraje, cuyo artículo pertinente citamos a continuación.

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.

⁴⁰⁵ SIMONS PINO, Adrián. «Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral». En AA. VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo 1, pp. 260-272 y p. 264.

⁴⁰⁶ Artículo 446, inciso 13 del Código Procesal Civil peruano. *Cit.*

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.

Podemos apreciar que el inciso 1 del artículo 16 no exige la existencia de un proceso arbitral iniciado para la interposición de la excepción de convenio arbitral. Únicamente bastará que la materia sobre la cual verse la demanda judicial haya sido sometida a un acuerdo arbitral. Explican Castillo Freyre y otros, que «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 idóneo, 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».⁴⁰⁷

Por otro lado, como señalan los incisos 2 y 3 del artículo 16, bastará que la parte que deduzca la excepción de convenio arbitral acredite la existencia de este último, siendo ello requisito suficiente para que sea amparada la excepción. Refiere el inciso 3 que solamente podrá rechazarse la excepción cuando, en caso ésta haya sido formulada antes de iniciado el arbitraje, el acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo.

⁴⁰⁷ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, primera parte, vol. 25, p. 331.

Como mencionamos al tratar del principio de competencia de la competencia, el tribunal arbitral es el primero a quien corresponde pronunciarse sobre la existencia o validez del acuerdo arbitral. Cuando el artículo 16, inciso 3 de la Ley de Arbitraje establece como única exclusión a la procedencia de la excepción de convenio arbitral, la manifiesta nulidad de éste, está siendo consecuente con el principio de competencia de la competencia, obligando a los jueces a declarar fundada la excepción en tanto se acredite la existencia de un acuerdo arbitral aparentemente válido.

No obstante, el juez podrá declarar improcedente la excepción si observa que el acuerdo arbitral adolece de nulidad manifiesta. Es en este punto donde corresponde que hagamos algunos comentarios con respecto a la tesis que defendemos en nuestro trabajo.

Partiendo de la consideración de que no existe en el ordenamiento jurídico peruano una disposición legal que prescriba la observancia de una formalidad para la celebración del acuerdo arbitral, el juez no podrá estimar la nulidad de dicho acuerdo argumentando la inobservancia de la forma contemplada por la ley. El juez, por el contrario, deberá partir del carácter enunciativo y no exhaustivo de las formas previstas por la ley para el acuerdo arbitral, y sostener su análisis de la validez del mismo en la existencia del consentimiento de las partes.

El fundamento de lo señalado en el párrafo precedente reside, como dijimos, en la inexistencia de un requisito de forma para el acuerdo arbitral en la legislación vinculante para el Perú. Sin perjuicio de ello, no pretendemos ignorar que en el caso de procesos arbitrales internacionales celebrados en nuestro país, las partes pueden pactar la aplicación de una legislación distinta a la peruana, la misma que podría contemplar una formalidad para el acuerdo arbitral. No obstante, aun en este supuesto es aplicable lo sostenido en el párrafo anterior. Veamos.

De acuerdo con el inciso 4 del artículo 16, «en el arbitraje internacional, si no estuviere 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». Hasta aquí, podría admitirse la posibilidad de que el juez deniegue la excepción de convenio arbitral, por considerar que este último es «manifiestamente nulo» al no cumplir con un requisito de forma previsto por la ley aplicable en virtud del pacto de las partes o de las normas del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la propia Ley de Arbitraje se opone a tal posibilidad.

Continúa la siguiente parte del inciso 4, señalando que «no obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción». De este modo, aun en el supuesto presentado —de la inobservancia de un requisito de forma para el acuerdo arbitral, previsto por la ley aplicable—, consideramos que el juez podría reconocer la validez del acuerdo arbitral —y, en consecuencia, declarar fundada la excepción de convenio arbitral— si éste fuera válido de acuerdo con la legislación peruana.

Podría estimarse que esta última salvedad que hace el artículo 16, inciso 4 de la Ley de Arbitraje, atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, en el caso de que éstas hubieran pactado que fuera aplicable al acuerdo arbitral una legislación que contemple ciertos requisitos de forma para el mismo. Sin embargo, haciendo un adecuado análisis del principio de autonomía de la voluntad —como lo haremos más adelante en este capítulo—, observamos que éste en realidad ampara la aplicación del artículo 16, inciso 4. No se pretende, con esta disposición, que surta efectos cualquier figura presentada bajo el nombre de «acuerdo arbitral». Se busca, por el contrario, reconocer el valor de toda auténtica manifestación de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. El artículo 16, inciso 4, anticipa la existencia de legislaciones que, desmeritando el valor del consentimiento, se atienen a la observan-

cia de requisitos formales para el acuerdo arbitral; y, en consecuencia, prevé la aplicación subsidiaria del derecho peruano. Lo que se busca, en última instancia, es rescatar el valor del consentimiento como verdadero requisito de la celebración del acuerdo arbitral.

Finalmente, la última oración del inciso 4 del artículo 5, establece que «si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional». En consecuencia, en el caso de un proceso arbitral de carácter internacional que ya se encuentre en curso, el juez solamente podrá denegar la excepción cuando la materia de la controversia sea manifiestamente contraria al orden público internacional.

Cabe recordar, en este punto, la distinción que existe entre los conceptos de orden público interno y orden público internacional. Mientras que el primero de los conceptos hace referencia al conjunto de normas imperativas locales, preponderantemente aplicables a las relaciones jurídicas domésticas, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes; el segundo —esto es, el orden público internacional— está conformado por el conjunto no de normas, sino de principios fundamentales sobre los cuales se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de «moralidad y justicia», de «justicia universal» o de *natural justice* inspiradores de ese ordenamiento.⁴⁰⁸

Por último, al culmen del artículo 16, su inciso 5 precisa 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». Indudablemente, el objetivo de esta disposición es evitar que la interposición de una demanda judicial respecto de una controversia sometida al arbitraje, tenga por efecto interferir con el desarrollo del proceso arbitral.

⁴⁰⁸ Cfr. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 326.

2.3. Los jueces frente al arbitraje: rol de colaboración y de control

Hemos tratado en los párrafos precedentes sobre la autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral frente a la judicial, así como sobre el fundamento de ello. No obstante, corresponde que ahora observemos que, sin restar a tal autonomía e independencia, los jueces sí tienen un rol que desempeñar respecto del arbitraje.

Recordando una vez más que, si bien el arbitraje constituye una auténtica jurisdicción, los árbitros carecen del *imperium*, cualidad con la que sí están dotados los jueces; podemos entender la existencia de un rol de colaboración o apoyo por parte de estos últimos para con los árbitros.

Por otro lado, tal como mencionan Cantuarias Salaverry y Caivano, «la naturaleza jurisdiccional de las funciones atribuidas a los árbitros y el efecto de cosa juzgada que tienen sus decisiones, justifican que el Poder Judicial, obligado por el legislador a ejecutar compulsivamente los laudos arbitrales como si se tratase de sus propias sentencias, se reserve una cuota de supervisión».⁴⁰⁹ De ahí se deriva un segundo rol de los jueces en el arbitraje: un deber de control.

A continuación, presentaremos los alcances de estos dos roles que cumplen los jueces en el arbitraje, a fin de poder trazar nuestra postura sobre la forma en que deben proceder en el cumplimiento de ellos.

El artículo 8 de la Ley de Arbitraje regula los roles de colaboración y control de los jueces en el arbitraje, al determinar el juez competente para estos diferentes supuestos.

Con respecto al rol de colaboración, podemos señalar que éste hace referencia a la necesaria asistencia o apoyo que deben prestar los jueces a

⁴⁰⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». *Op. cit.*, p. 47.

la labor de los árbitros. Como ya mencionamos, el fundamento de esta participación no es otro que la falta de *imperium* del árbitro, frente a lo cual el Estado responde prestando su fuerza pública para la adopción o ejecución de las decisiones arbitrales que así lo requieran.

Considera Meléndez Fernández que los casos en los que el Estado debe prestar su colaboración en el arbitraje, pueden resumirse en dos: «(i) cuando los árbitros no están en aptitud —legal o material— de realizar determinados actos (*v. gr.*, adopción de medidas cautelares previas al arbitraje); y (ii) cuando la decisión de los árbitros requiere para hacerse efectiva, de la ejecución forzada de la autoridad judicial, ante la falta de cumplimiento espontáneo de la parte obligada (*v. gr.*, actuación de ciertos medios probatorios, así como la ejecución de determinadas medidas cautelares que impliquen el uso de la fuerza pública)».⁴¹⁰

Siguiendo la redacción del artículo 8, vemos que de acuerdo con la Ley de Arbitraje, la colaboración del Poder Judicial hacia el arbitraje se materializa de cuatro maneras: asistencia judicial en la actuación de pruebas (artículo 8.1); adopción judicial de medidas cautelares (artículo 8.2); ejecución forzosa de laudos nacionales (artículo 8.3); y, finalmente, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros (artículo 8.5 y 8.6).

Por otro lado, con respecto al rol de control de los jueces hacia el arbitraje, consideramos que éste tiene su justificación en el reconocimiento que hace el Estado del arbitraje como auténtica jurisdicción. Es evidente que si se reconoce a los laudos arbitrales el valor de una sentencia judicial, el Estado debe reservarse cierta facultad de revisión de los mismos, a fin de garantizar que no se vulnere el orden público.

⁴¹⁰ MELÉNDEZ FERNÁNDEZ, Fernando. «Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje. Op. cit.*, tomo I, p. 100.

El rol de control de los jueces se viabiliza, como explican algunos autores,⁴¹¹ a través del recurso de anulación de laudo arbitral (artículo 8.4). Sin perjuicio de ello, consideramos que también se ejerce una labor de control judicial en el proceso de reconocimiento de laudos extranjeros (artículo 8.5), como veremos más adelante.

2.3.1. Recurso de anulación de laudo arbitral

Para entender el fundamento del recurso de anulación de laudo arbitral, es menester recordar que la jurisdicción arbitral tiene su origen no solamente en la voluntad privada de los particulares de someterse al arbitraje, sino también en el reconocimiento legal que otorga el Estado a dicha jurisdicción. Esto último implica no solamente que el Estado reconozca las decisiones adoptadas por los árbitros, sino que, además, las equipara a una sentencia judicial y compromete a sus propios órganos, obligándolos a prestar la facultad de coerción para que se cumplan.⁴¹²

Nos sumamos a la opinión de Roque Caivano en el sentido de que «no es lógico exigir al Estado que comprometa la cooperación y el auxilio de sus tribunales judiciales para ejecutar forzosamente los laudos arbitrales —que ponga su *imperium* al servicio de los árbitros—, sin reservarse la atribución de revisar que lo decidido por aquéllos reúna las condiciones mínimas indispensables para merecer esa protección legal. En otras palabras, «la equivalencia entre el laudo y la sentencia judicial hace necesario el sometimiento del laudo al control judicial».⁴¹³

Es así como se concibe y se sostiene la procedencia de un eventual recurso de anulación de laudo arbitral. Esta figura procesal está contemplada por el artículo 62 de la Ley de Arbitraje peruana, cuyo tenor expresa lo siguiente:

⁴¹¹ *Cfr. Idem.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo alto a la modernidad». *Op. cit.*, p. 50.

⁴¹² *Cfr.* CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. *Op. cit.*, p. 105.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 106.

Artículo 62.- Recurso de anulación

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Como señala el citado artículo, el recurso de anulación constituye la única vía de impugnación del laudo arbitral —no siendo procedente la apelación—, y se resuelve declarando la validez o la nulidad del mismo. Sin embargo, tal resolución no puede estar basada en un análisis del fondo de la controversia arbitral, sino que únicamente puede obedecer a la revisión de una o más de las causales previstas por la ley para la procedencia del recurso.

Como recuerdan Castillo Freyre y otros, «el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje».⁴¹⁴ Es por esto que el recurso de anulación no está dirigido a constituir una segunda instancia del proceso arbitral, no siendo por ello permitida una revisión del fondo de la sentencia emitida por los árbitros. Lo que se busca a través de este recurso es garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial,⁴¹⁵ y es bajo tal fundamento que se contemplan sólo causales taxativas para la anulación del laudo arbitral.

Dichas causales de anulación de laudo están previstas en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje. No vamos a ocuparnos en esta oportunidad

⁴¹⁴ CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje. Op. cit.*, segunda parte, vol. 26, p. 956.

⁴¹⁵ *Cfr. Idem.*

de analizar cada una de ellas, sino que centraremos nuestro estudio en aquélla que resulta relevante para los fines del presente trabajo.

De acuerdo con el inciso 1, literal a), del artículo 63, el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe que el acuerdo arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz. Esta causal de anulación de laudo arbitral resulta relevante para nosotros, por cuanto una de las alegaciones de la parte que solicita la anulación, podría ser la nulidad o invalidez del acuerdo arbitral por considerar que éste no observó la forma prescrita por la ley.

Hemos demostrado en el presente trabajo, que no existe en el ordenamiento jurídico peruano —tanto en su legislación interna, como en la legislación internacional vinculante para el Perú— una exigencia de formalidad para la celebración del acuerdo arbitral. Por el contrario, un acuerdo arbitral podrá considerarse válido si permite, de uno u otro modo, verificar la existencia del consentimiento de las partes a su celebración.

Partiendo de lo anterior, entonces, consideramos que el juez peruano que resuelva un recurso de anulación sustentado en la causal prevista en el artículo 63, inciso 1, literal a), no deberá abocarse a constatar la observancia de una forma específica en la suscripción del respectivo acuerdo arbitral, sino a verificar la existencia del consentimiento de las partes a arbitrar, manifestado éste a través de cualquier medio idóneo.

Lo dicho se respalda en dos fundamentos. En primer lugar, en el caso del arbitraje doméstico, es evidente que será de aplicación el derecho peruano, el mismo que, como dijimos, admite la celebración de un acuerdo arbitral bajo cualquier forma, siempre que sea posible constatar la común voluntad de las partes a su suscripción.

En segundo lugar, con respecto al arbitraje internacional que se desarrolle en el territorio peruano, debemos recordar que existe la posibi-

lidad de que las partes pacten la aplicación de una ley distinta a la peruana. En tal sentido, será posible que la ley aplicable al proceso arbitral sí exija la observancia de un requisito de formalidad para la validez del acuerdo arbitral.

Sin embargo, como comentamos en el Capítulo III (b), el inciso 5 del artículo 63 refiere claramente que «en el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a) del apartado 1 de este artículo, se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral».

En consecuencia, aun cuando el derecho aplicable —en virtud del pacto de las partes, o de las normas de conflicto del Derecho Internacional Privado— a un arbitraje internacional en el Perú, disponga una formalidad para la celebración del acuerdo arbitral, ello no será motivo para anular el laudo arbitral basándose en la inobservancia de dicha formalidad. Si el juez aprecia que, efectivamente, existió consentimiento de las partes a la celebración del acuerdo arbitral, deberá rechazar la procedencia de la causal prevista en el inciso 1, literal a) del artículo 63, sobre la base del derecho peruano.

2.3.2. Proceso de reconocimiento de laudo arbitral extranjero

Como vimos en el Capítulo III (b), el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros son dos figuras diferentes, pero complementarias. Así, mientras que el reconocimiento de laudo extranjero está orientado a admitir la validez de éste en el país en que aquél se solicita; la ejecución persigue que, una vez reconocido el laudo, se efectúe el cumplimiento del mismo.

De esta manera, podríamos incluso sostener que el reconocimiento y la ejecución son dos pasos del mismo proceso. O, más aún, que el

reconocimiento podría ser sólo un paso previo para la ejecución. Así parece considerarlo Roque Caivano, cuando refiere que «el trámite de ejecución de un laudo extranjero, en sentido amplio, comprende así dos actividades o etapas: por un lado, el reconocimiento del laudo, y por el otro, su ejecución en sentido propio».⁴¹⁶

De conformidad con lo establecido por el artículo 77 de la Ley de Arbitraje peruana, una vez que un laudo extranjero haya sido reconocido en el Perú, procederá su ejecución como si se tratara de un laudo nacional. Es por este motivo que no vamos a dedicar mayor disertación al proceso de ejecución de laudos extranjeros.

Sí requiere nuestra atención, por el contrario, el proceso de reconocimiento de laudos extranjeros. Éste no tiene la simpleza del proceso de ejecución, sino que es complejo, puesto que si bien no se realiza un análisis sobre el fondo de la controversia, sí se persigue verificar si el laudo en cuestión cumple con los requisitos intrínsecos (competencia del tribunal que lo emitió, procedimiento que haya garantizado la defensa en juicio y contenido que no vulnere el orden público) y extrínsecos (legalización, autenticación y, eventualmente, traducción) que la legislación impone.⁴¹⁷

El proceso de reconocimiento de laudo extranjero, es también llamado «procedimiento de exequátur», término latino que hace referencia a una equiparación de la resolución extranjera con una nacional. Lo que se persigue, por así decirlo, es «nacionalizar» el laudo, procurar que el Estado al que se solicita su reconocimiento declare que la resolución emanada de un ordenamiento jurídico extranjero tiene la misma o análoga validez en el país que una pronunciada por un órgano nacional.⁴¹⁸ Solamente una vez reconocida tal calidad, podrá solicitarse la ejecución forzada del laudo extranjero.

⁴¹⁶ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 324.

⁴¹⁷ *Cfr. Idem.*

⁴¹⁸ *Cfr. Ibidem*, pp. 324-325.

De acuerdo con el artículo 74 de la Ley de Arbitraje peruana, los laudos extranjeros —para esta ley, todos aquéllos pronunciados fuera del territorio peruano— serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975 y cualquier otro tratado sobre la materia del cual sea parte el Perú, siendo aplicable el tratado que sea más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución.

La Ley de Arbitraje peruana, siguiendo los lineamientos establecidos por las Convenciones de Nueva York y de Panamá, establece en su artículo 75 las causales taxativas bajo las cuales el juez peruano puede denegar el reconocimiento de un laudo extranjero. Estas causales no están dirigidas a realizar una revisión del fondo del proceso arbitral, sino a salvaguardar la observancia del debido proceso y el respeto al orden público peruano.

Interesa, para los fines de nuestro trabajo, la causal de denegación prevista en el inciso 2, literal a) del artículo 75. Dicha disposición establece —siguiendo lo establecido por las Convenciones de Nueva York y de Panamá— que se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba que el acuerdo arbitral no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

Retornando a la cuestión de la forma del acuerdo arbitral, si nos atenemos estrictamente a lo previsto por el artículo 75, inciso 2, literal a), podríamos afirmar la posibilidad de que el juez peruano deniegue el reconocimiento de un laudo extranjero, por considerar que el respectivo acuerdo arbitral no cumplió con un requisito de forma, previsto por la ley a la cual las partes lo sometieron o por la ley del país donde se expidió el laudo. Poco importaría que el acuerdo arbitral expresara claramente el consentimiento de las partes al mismo, o que —como consecuencia de ello— fuera válido según el derecho peruano.

Sin embargo, precisamente, para salvar tal situación, el inciso 4 del comentado artículo 75 establece que «la causa prevista en el inciso a) del apartado 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo [...] si el convenio arbitral es válido según el derecho peruano». Cabe mencionar que esta salvedad que hace el inciso 4 a favor de la validez del acuerdo arbitral, no tiene correlato en las Convenciones de Nueva York ni de Panamá. Sin embargo, como vimos en el Capítulo III (b), dichas convenciones están orientadas a establecer un «mínimo de reconocimiento», tanto de los acuerdos como de los laudos arbitrales, permitiendo así que las legislaciones nacionales establezcan disposiciones aún más favorables a la efectividad del arbitraje.

En consecuencia, de solicitarse en el Perú el exequátur de un laudo arbitral extranjero fruto de un acuerdo arbitral que pueda considerarse válido según el derecho peruano, el juez no deberá denegar su reconocimiento basándose en la inobservancia de una formalidad prevista por la legislación aplicable al acuerdo arbitral (en el caso de que esta última fuere una legislación distinta a la peruana).

Podría estimarse que nuestra propuesta atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes, quienes libremente pactaron la aplicación de una legislación de tendencia formalista para con el acuerdo arbitral. Sin embargo —y algo similar fue precisado al versar sobre la excepción de convenio arbitral—, lo cierto es que el mismo principio de autonomía de la voluntad realmente ampara nuestro postulado. No estamos pretendiendo que cualquier atisbo de un posible acuerdo arbitral pueda ser llenado de eficacia jurídica. Defendemos, por el contrario, un análisis minucioso y exigente de la existencia del consentimiento a arbitrar. De verificarse la efectiva existencia de dicho consentimiento, debe de todas maneras, reconocerse efectos vinculantes al mismo, y ello no puede tener otro fundamento que la propia autonomía de la voluntad de las partes.

Adicionalmente, suman a nuestra defensa los principios de buena fe y de seguridad jurídica en la contratación, como veremos en la siguiente parte de este capítulo.

B. LA APLICACIÓN DE UNA INTERPRETACIÓN CONTRARIA A LA QUE PROPONEMOS PRESENTA LIMITACIONES PARA LA PRÁCTICA NEGOCIAL ACTUAL Y ATENTA CONTRA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN

Una interpretación que considere a la forma contemplada para el acuerdo arbitral en nuestra Ley de Arbitraje o en los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú, como exigencia de validez del mismo, presenta, por un lado, limitaciones para la práctica contractual y comercial moderna, y por el otro, el riesgo de vulnerar principios fundamentales del derecho de contratos como son el de autonomía de la voluntad, buena fe y seguridad jurídica en materia de contratación.

1. LIMITACIONES PARA LA PRÁCTICA NEGOCIAL ACTUAL: SUPUESTOS NO CUBIERTOS

De aplicar una interpretación como la que objetamos, en el sentido de considerar que las Convenciones de Nueva York y de Panamá contienen exigencias de forma para el acuerdo arbitral, muchos supuestos de celebración de este contrato quedarían excluidos y, en tal sentido, desprovistos de tutela jurídica.

Así, en primer término, no se reconocerían los acuerdos arbitrales celebrados a través de medios electrónicos. Recordemos que las Convenciones de Nueva York y de Panamá sólo contemplan el caso de los acuerdos arbitrales celebrados a través de intercambio de cartas y de telegramas, incluyendo al télex en el caso de la segunda convención. Si bien existen pronunciamientos de la jurisprudencia y la doctrina que han reconocido el intercambio a través de otros medios de comuni-

cación,⁴¹⁹ una interpretación como la que objetamos «permitiría» que algunos tribunales desconozcan la validez de los acuerdos arbitrales celebrados mediante medios de comunicación no contemplados en los dispositivos legales bajo comentario.

En segundo lugar, otro supuesto de celebración del acuerdo arbitral que no se encuentra contemplado en las Convenciones de Nueva York y de Panamá, es el de la aceptación verbal o tácita de un acuerdo arbitral, incluso cuando éste es propuesto por escrito o consta de manera escrita. Ello se presentaría, por ejemplo, en el caso de la aceptación de órdenes de compra escritas o de contratos verbales que se refieran a condiciones generales escritas.

Finalmente, un tercer supuesto no cubierto por una interpretación errónea de los artículos II y I de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, respectivamente, sería el de los acuerdos arbitrales celebrados de manera verbal que no consten por escrito.

Sin perjuicio de estos tres supuestos en los cuales acuerdos arbitrales válidamente concluidos quedarían privados de reconocimiento jurídico; existen muchos otros casos que también quedarían desprovistos de protección, como son el de la celebración de un acuerdo arbitral por referencia, algunos supuestos de transmisión del acuerdo arbitral, y la llamada «extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias».

Como señala González de Cossío, «en un principio, la necesidad de que el acuerdo arbitral conste por escrito buscaba lograr un objetivo que es *per se* intachable: que la renuncia a la justicia estatal que del mismo resulta tenga un elemento de formalidad. Ello para lograr dos fines: que la parte que la realiza esté consciente del paso jurídico que está tomando, y evitar que se determine la existencia de dicha renuncia en casos en

⁴¹⁹ Cfr. NOODT TAQUELA, María Blanca y Julio César CÓRDOBA. «La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006». *Op. cit.*, p. 213.

los que no es la intención de las partes realizarla».⁴²⁰ Sin embargo, hoy por hoy dicha *ratio legis* ha perdido actualidad. En la actualidad existen prácticas que, pese a no dejar una constancia que reúna los requisitos en cuestión, evidencian claramente la intención de las partes de someter sus controversias al arbitraje.⁴²¹

2. ATENTADO CONTRA PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA CONTRATACIÓN: AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, BUENA FE Y SEGURIDAD JURÍDICA

Una interpretación como la que criticamos presenta también riesgo de atentar contra principios fundamentales de la contratación, como son el de la autonomía de la voluntad, buena fe y seguridad jurídica en la contratación.

2.1. *Atentado contra el principio de autonomía de la voluntad*

Como vimos en el Capítulo 1, la voluntariedad es el rasgo más característico del arbitraje, en tanto el sometimiento a la jurisdicción arbitral y la correlativa renuncia a acudir a la justicia estatal solamente pueden tener origen en el acuerdo de las partes.

Interpretar que un acuerdo arbitral no es válido por no presentar las características de forma contempladas en la legislación, pese a que dicha legislación no sanciona con invalidez tal inobservancia, es un claro atentado al principio de autonomía de la voluntad de las partes.

El principio de la autonomía de la voluntad, que es consecuencia de la libertad de los particulares, puede ser definido como un principio de derecho privado que permite a aquéllos ejecutar los actos jurídicos que deseen y determinar libremente su contenido y efectos, evidente-

⁴²⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo». *Op. cit.*, p. 6.

⁴²¹ *Cfr. Idem.*

mente, con ciertas limitaciones.⁴²² Este principio quedó consagrado con la Revolución Francesa, habiendo sido también llamado principio de la libertad jurídica.⁴²³

Comenta León Hurtado que el principio de autonomía de la voluntad se manifiesta en su derecho positivo principalmente en cuanto la ley autoriza a los particulares para celebrar toda clase de contratos.⁴²⁴ El autor hace referencia al Derecho Positivo chileno; sin embargo, nada impide extender su afirmación al nuestro. Asimismo, menciona también que el principio bajo comentario es de tanta importancia en el Derecho Privado, que todas sus normas tienden a interpretar la voluntad de los particulares o a suplir su omisión en los casos o circunstancias no contemplados por el autor o autores del acto jurídico.⁴²⁵

Lo cierto es que, en virtud de este principio, la voluntad resulta ser el elemento primordial del acto jurídico, alrededor del cual giran todos los demás. Este reconocimiento al valor de la voluntad jurídica constituye, en última instancia, la exaltación del valor del individuo, de la personalidad humana.⁴²⁶

El principio de autonomía de la voluntad tiene su fundamento y sustento en el principio de libertad, el cual, en el caso del Perú, está previsto en el artículo 2, inciso 24, literal a) de la Constitución, que establece que «nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe».

Sin perjuicio de ello, como señalan Díez-Picazo y Gullón, la autonomía de la voluntad «no se trata simplemente de reconocer un ámbito

⁴²² Cfr. LEÓN HURTADO, Avelino. «La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos». Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, 4.^a edición actualizada, p. 44.

⁴²³ Cfr. *Idem.*

⁴²⁴ Cfr. *Idem.*

⁴²⁵ Cfr. *Idem.*

⁴²⁶ Cfr. *Idem.*

de libre actuación a la persona, sino de algo más. [...] Reconocerle autonomía es reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica. Existe autonomía cuando el individuo no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en su esfera jurídica».⁴²⁷

Se sigue de ello que, en virtud de la autonomía de la voluntad, los particulares pueden actuar como mejor convenga a sus intereses y, en ese sentido, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, así como también reglamentar las situaciones creadas, modificadas o extinguidas.⁴²⁸ Es en este contexto que decimos que la autonomía privada se desarrolla en un doble sentido: es un poder de constitución de relaciones jurídicas, y es también un poder de reglamentación del contenido de esas relaciones jurídicas. En suma, tiene dos manifestaciones: una constitutiva y otra normativa.

Abocándonos a lo que nos concierne, debemos ahora hacer notar que «la autonomía de la voluntad es un elemento fundamental de singular importancia en el arbitraje y se expresa en la facultad conferida a las partes de someter voluntariamente sus controversias de carácter disponible a la decisión de un tercero —árbitro o tribunal arbitral— distinto al Poder Judicial. Este aspecto volitivo se expresa en la suscripción del convenio arbitral [...]».⁴²⁹

Cuando las partes de una relación jurídica celebran un acuerdo arbitral, están actuando en ejercicio de su autonomía de la voluntad. En tal sentido, al ordenamiento jurídico sólo le corresponde reconocer y proteger jurídicamente los efectos deseados por los contratantes, como es el de garantizar la sumisión a la jurisdicción arbitral.

⁴²⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1982, 4.ª edición, p. 387.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 388.

⁴²⁹ LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». *Op. cit.*, p. 18.

Una interpretación de la legislación arbitral que no reconozca la validez de aquellos acuerdos arbitrales que, no obstante no presentar la forma prevista —no prescrita— por la legislación, permiten acreditar el consentimiento de las partes a su celebración, representa una vulneración al principio de autonomía de la voluntad.

Como vimos en el Capítulo III (a), la forma es una norma jurídica protectora, pues permite que las partes sean conscientes del acto jurídico que están celebrando y de los efectos de éste. Sin embargo, hemos apreciado también que hoy en día existen varias maneras de manifestar el consentimiento a un acuerdo arbitral, las cuales no necesariamente están contempladas en la legislación existente. En consecuencia, la inobservancia de una forma específica no debe ser óbice para reconocer el valor jurídico del consentimiento cuando éste pueda ser verificado a través de algún medio idóneo.

Naturalmente, existen límites a la autonomía de la voluntad; no obstante, éstos están derivados de la fuerza normativa de la Constitución y de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.⁴³⁰ En este sentido, «en un Estado constitucional y democrático de Derecho [...] la institución del arbitraje debe ser ejercida de conformidad con la Constitución y las leyes, respetando siempre la plena vigencia de los derechos fundamentales».⁴³¹ Sin embargo, no es legítimo pretender imponer límites a la autonomía de la voluntad adicionales a los contemplados por la Constitución y las leyes; como sería la exigencia de que el acuerdo arbitral observe una formalidad en particular, cuando no existe dispositivo legal aplicable que sancione su inobservancia con la invalidez.

Puede que en un inicio el consagrar los requisitos de forma del acuerdo arbitral como una exigencia de validez del mismo, haya perse-

⁴³⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 19.

⁴³¹ *Idem*.

guido el ánimo de resguardar la verdadera intención de las partes, evitando que sea llevado a arbitraje quien realmente no tuvo tal intención.

En ese caso la formalidad exigida representaba un límite legítimo a la autonomía de la voluntad, y en tal sentido, se sancionaba con nulidad la inobservancia de la forma prescrita. Sin embargo, como suele suceder, la realidad superó a la norma, y en la actualidad existen válidas formas de acreditar el consentimiento a un acuerdo arbitral más allá de la forma escrita. En este escenario, exigir que el acuerdo arbitral se celebre únicamente de la manera contemplada —no imperada— en la ley, ha dejado de ser un límite legítimo a la autonomía de la voluntad, para convertirse en un freno al desenvolvimiento de la contratación.

2.2. Atentado contra el principio de buena fe

Una interpretación contraria a la que planteamos también iría en contra del principio de la buena fe, reconocido pacíficamente como principio general del derecho.⁴³²

En virtud de la buena fe, las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, ejercer sus derechos, mediante el empleo de una conducta de fidelidad, lealtad y sinceridad.⁴³³ De esta manera, «a través de este principio se orienta la preparación, interpretación, integración, ejecución y extinción del contrato. Permite la interconexión en vía directa del derecho con la moral y del derecho con el contenido del contrato, al tiempo que permite su adaptabilidad a las nuevas exigencias en miras a una mayor justicia social contractual».⁴³⁴

⁴³² LARGO TABORDA, Adriana. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea. Colección mejores trabajos de grado*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, 2012, p. 49.

⁴³³ *Cfr. Ibidem*, p. 42.

⁴³⁴ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe en los contratos. Biblioteca Iberoamericana de Derecho*. Bogotá: Temis, 2011, p. 31.

Señala Manuel de la Puente que la buena fe es considerada como «un elemento de vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil».⁴³⁵

No llama la atención, entonces, que la buena fe se configure como un principio elemental e imprescindible en materia de contratación, al punto que se ha dicho, y con razón, que es el principio más importante al que se hallan sometidas las partes de un contrato.⁴³⁶

Con tal ímpetu, la buena fe se constituye en el fundamento de la fuerza obligatoria del contrato,⁴³⁷ en virtud de la cual cada contratante se encuentra ligado por aquél como si la obligación le fuera impuesta por ley.

Deslizándonos en este marco conceptual, cabe precisar que en el ámbito contractual la buena fe presenta dos sentidos o dimensiones: (1) la buena fe objetiva, que constituye el deber de conducta entre las partes, de lealtad, probidad, colaboración; y (2) la buena fe subjetiva, que refiere a la creencia, confianza en lo declarado o aparentado externamente por la otra parte.⁴³⁸ En otras palabras, el sentido objetivo de la buena fe actúa como una regla de conducta que orienta la actuación ideal del sujeto, en vista de lo cual se le denomina «buena fe lealtad»; y el sentido subjetivo

⁴³⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, primera parte, vol. XI, tomo II, p. 34.

⁴³⁶ Cfr. *Idem*.

⁴³⁷ Cfr. LARGO TABORDA, Adriana. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea. Colección mejores trabajos de grado. Op. cit.*, p. 41.

⁴³⁸ Cfr. ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe en los contratos. Biblioteca Iberoamericana de Derecho*. Bogotá: Temis, 2011, p. 32.

se refiere a la intención con que obran las personas o la creencia con que lo hacen, razón por la cual se le llama «buena fe creencia».⁴³⁹

En el caso de la suscripción de un acuerdo arbitral, en virtud del sentido objetivo de la buena fe, las partes deben actuar en consonancia con la obligación asumida y, en tal entendido, de suscitarse una controversia prevista por el acuerdo arbitral, no deberán pretender acudir a la justicia ordinaria o eludir la jurisdicción arbitral, sino más bien someterse a ella. Por otro lado, el sentido subjetivo de la buena fe determina que las partes celebrantes obren en la confianza de que su contraparte se someterá al arbitraje en caso de suscitarse alguna de las divergencias previstas como objeto del acuerdo arbitral.

Es bajo el esquema trazado que consideramos que una interpretación de la forma del acuerdo arbitral prevista por la legislación como si se tratara de un requisito de validez, cuando ella no ha sido realmente la *ratio legis* del texto legal, podría atentar contra el principio de la buena fe, tanto en su vertiente objetiva como subjetiva.

Como ya mencionamos, en estos tiempos las personas celebran acuerdos arbitrales que escapan de las formas contempladas por la legislación. No obstante, estas partes contractuales actúan confiando en que han perfeccionado válidamente un acuerdo arbitral que surtirá los efectos deseados. No puede admitirse, bajo la misma buena fe, que dos personas suscriban un acuerdo arbitral a sabiendas de que éste carecerá de reconocimiento legal.

De seguirse una interpretación que considere a la forma del acuerdo arbitral prevista por las Convenciones de Nueva York y de Panamá como requisito de validez del mismo —aun cuando ello no ha sido señalado por tales instrumentos—, cualquiera de las partes de un acuerdo arbitral —sabiéndose amparada por la mencionada interpretación—

⁴³⁹ Cfr. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Autonomía privada y buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*. En Bogotá, *Universitas* n.º 106, p. 559.

podría posteriormente pretender desligarse de su obligación de arbitrar y acudir a la justicia ordinaria, bajo el argumento de que el acuerdo arbitral celebrado carece de validez. Ello vulneraría, en primer lugar, la buena fe objetiva, al permitir que la parte renuente a arbitrar adopte una actitud desleal desconociendo la validez de un acto jurídico libremente celebrado; y, en segundo lugar, la buena fe subjetiva, pues la parte inocente desarrolló una serie de comportamientos confiando en que su contraparte cumpliría el pacto arbitral.

La situación descrita en el párrafo precedente no es exagerada ni es tampoco difícil arribar a ella, más aún cuando tenemos en cuenta que se reconoce la figura del «abuso de la nulidad por motivos formales». Con respecto a ello, explica Luis Díez-Picazo que «cuando un negocio jurídico ineficaz a consecuencia de un defecto formal es voluntariamente cumplido, puede ser contrario a la buena fe ejercitar después la acción de nulidad. Quien a pesar de conocer el defecto de forma, cumple el negocio jurídico nulo por esta causa o acepta el cumplimiento realizado por la otra parte, no puede ya poner en duda ni impugnar la validez del negocio».⁴⁴⁰

De la misma manera que no cabe tapar el sol con un dedo, no es dable pasar por alto el hecho de que una interpretación como la que rechazamos de la forma del acuerdo arbitral en nuestro ordenamiento jurídico, representa un atentado contra el principio de la buena fe.

2.3. Atentado contra el principio de seguridad jurídica

La seguridad jurídica es uno de los principios esenciales del Estado de Derecho, pues representa la certeza para los particulares del conocimiento de todo lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público.⁴⁴¹

⁴⁴⁰ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2008, p. 435.

⁴⁴¹ *Cf.* LÓPEZ OLIVA, José O. «La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789». En *Revista Prolegómenos* -

Al igual que el principio de la buena fe, el principio de seguridad jurídica hace su aparición con la Revolución Francesa, antes de la cual los juzgadores decidían las controversias basados en los intereses del monarca y de los miembros de su reino. La Revolución trajo consigo la Declaración de Derechos de 1789, la Constitución francesa de 1791 y el Código Civil francés de 1804, en los cuales se implementó el principio de seguridad jurídica.⁴⁴²

La seguridad jurídica, en términos generales, debe ser entendida como la certeza de los particulares sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados. En tal sentido, se garantiza la interdicción de la arbitrariedad, permitiendo a los ciudadanos anticipar cuál será la actuación del poder público en la aplicación del Derecho.⁴⁴³

El Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido al principio de seguridad jurídica como parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho.⁴⁴⁴ En virtud de ella, los particulares pueden conocer el marco jurídico en el cual desenvuelven sus variadas conductas, tanto en lo referido a sus derechos y obligaciones, como a las consecuencias de sus acciones.

Derechos y Valores. Bogotá, 2011, vol. XIV, n.º 28, p. 123.

⁴⁴² Cfr. *Ibidem*, p. 121.

⁴⁴³ Cfr. RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. «Seguridad jurídica». En *Revista de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*, n.º 21, p. 1.

⁴⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente n.º 0016-200-AI/TC del 30 de abril de 2003, fundamento jurídico 3: «El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho” (STCE n.º 36/1991, f. j. n.º 5). [...]».

La seguridad jurídica, al igual que la buena fe, tiene dos vertientes: una objetiva y otra subjetiva. En la primera de ellas, se muestra como una realidad objetiva, como una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, a través de sus normas e instituciones. Por otro lado, en la faceta subjetiva, la seguridad jurídica se presenta como la certeza del Derecho, con base en la cual el sujeto obligado por el sistema jurídico puede prever cuáles serán las consecuencias de sus actos y las de los demás.⁴⁴⁵

Postula Guillermo Caballero que «el principal esfuerzo uniformador de carácter internacional en búsqueda de seguridad jurídica se ha realizado mediante la celebración de tratados internacionales sobre materias relativas al comercio internacional».⁴⁴⁶ De esto no se excluye al arbitraje, en cuya esfera se han realizado los mismos esfuerzos armonizadores de la legislación, a través de instrumentos internacionales como son, precisamente, la Convención de Nueva York, la Convención de Panamá y la Ley Modelo de la Cnudmi.

Sin embargo, precisa el citado autor que «no obstante el valioso aporte que constituyen estos tratados internacionales para superar las divergencias entre los distintos sistemas jurídicos, [...] el significativo esfuerzo legislativo (corrección estructural) debe todavía sortear el difícil obstáculo de su aplicación de modo uniforme por los tribunales (corrección funcional). La interpretación uniforme de los tratados comerciales internacionales es considerada fundamental para su eficacia y el logro de la seguridad jurídica en el tráfico mercantil internacional».⁴⁴⁷

⁴⁴⁵ Cfr. ZAVALA EGAS, Jorge. «Teoría de la seguridad jurídica». En *Iuris Dictio*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2004, año IV, n.º 8, p. 14.

⁴⁴⁶ CABALLERO GERMAIN, Guillermo. «Seguridad jurídica y relaciones entre el *Common Law* y el Derecho Continental-Romano». En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*. Valparaíso, 2003, n.º XXIV, p. 205.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 207.

En este sentido, el mantener una interpretación de las Convenciones de Nueva York y de Panamá que considere a la forma del acuerdo arbitral prevista por estos instrumentos como requisitos de validez de aquél, representa un perjuicio a la seguridad jurídica. La razón de ello es que, como vimos, actualmente muchos acuerdos arbitrales se celebran de maneras distintas a las contempladas por estos instrumentos internacionales, y no son pocos los tribunales que sí reconocen la validez de estos acuerdos. Sin embargo, perdurando la interpretación en sentido contrario, las partes que se someten al arbitraje se enfrentan a una falta de seguridad jurídica en la contratación, al no contar con la total certeza de si el acuerdo arbitral que celebran será finalmente reconocido.

Uno podría considerar que, en todo caso, es posible mantener una interpretación formalista del acuerdo arbitral y uniformizarla, a fin de que sea aplicada con generalidad por los tribunales. Frente a ello oponemos las demás razones que hemos esgrimido en contra de tal interpretación, como son las limitaciones a la práctica negocial y el riesgo de atentar contra los principios de autonomía de la voluntad y de buena fe.

C. BALANCE

Habiendo quedado demostrado que no existe en el ordenamiento jurídico peruano una exigencia de formalidad como requisito de validez para el acuerdo arbitral, ello tanto en observancia de la Ley de Arbitraje peruana como de los tratados internacionales vinculantes para el Perú, es menester propiciar que los árbitros y jueces realicen una adecuada interpretación de la forma del acuerdo arbitral.

En el caso de los árbitros, cuando resulte aplicable la Ley de Arbitraje peruana, éstos deberán observar un análisis del acuerdo arbitral que tenga como prisma el valor jurídico del consentimiento por cualquier medio manifestado, y la interpretación de la forma como un simple vehículo de exteriorización de la voluntad. En tal sentido, deberán re-

conocer la validez de todos aquellos acuerdos arbitrales respecto de los cuales se pueda constatar el consentimiento de las partes, aun cuando no se haya observado una forma específicamente contemplada por la Ley de Arbitraje.

Por otro lado, cuando también resulten aplicables la Convención de Nueva York o la de Panamá, como es en el caso de un arbitraje internacional, los árbitros deberán tener en cuenta que las referencias que estos instrumentos hacen a la forma del acuerdo arbitral constituyen únicamente «mínimos de reconocimiento». En tal sentido, en caso la legislación nacional aplicable al procedimiento —asumiendo que ésta fuere una distinta de la peruana— fuese «menos favorable» al reconocimiento de un acuerdo arbitral, las Convenciones surtirán plenos efectos, imperando a los árbitros reconocer al acuerdo arbitral en cuestión, siempre que éste se encuentre comprendido bajo su «mínimo de reconocimiento».

En segundo lugar, en caso la legislación estatal aplicable fuese «más favorable» al reconocimiento de los acuerdos arbitrales, en el sentido de admitir formas de celebración adicionales a las previstas por las Convenciones, los árbitros deberán aplicar la primera para efectos de reconocer la validez del acuerdo arbitral. En este último supuesto se encontraría la aplicación de la Ley de Arbitraje peruana.

De otra parte, en el caso de los jueces, éstos también deberán interpretar adecuadamente las disposiciones, tanto de la Ley de Arbitraje como de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, referidas a la forma del acuerdo arbitral.

Ello deberá observarse, en primer lugar, al resolver una excepción de convenio arbitral. En el caso del arbitraje nacional, los jueces pueden declarar improcedente esta excepción si consideran que el acuerdo arbitral adolece de nulidad manifiesta. Será preciso, entonces, que recuerden que la formalidad prevista por la Ley de Arbitraje para el acuerdo

arbitral no constituye un requisito de validez. En segundo lugar, en el arbitraje internacional, los jueces no podrán estimar que el acuerdo arbitral adolece de nulidad manifiesta, en aplicación de la legislación pactada por las partes, cuando bajo el derecho peruano dicho acuerdo sea válido.

De similar manera deberán proceder los jueces al resolver un recurso de anulación de laudo arbitral. Cuando un recurso de este tipo se fundamente en la causal prevista en el inciso 1, literal a) del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, esto es, cuando se alegue la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo arbitral; los jueces deberán tener en cuenta que no podrá considerarse nulo o inválido un acuerdo arbitral por razón de no presentar alguna de las formas previstas por la legislación aplicable, si su validez es admitida por el derecho peruano.

Finalmente, en los procesos de reconocimiento de laudos extranjeros, los jueces deberán hacer una aplicación de la Convención de Nueva York o la de Panamá, según sea el caso, de conformidad con la interpretación que hemos presentado. En tal sentido, aun cuando una de las causales para denegar el reconocimiento, de conformidad con estas convenciones, sea que el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley elegida por las partes o, ante la ausencia de este pacto, de la ley del país en que se haya dictado el laudo; deberá prevalecer la disposición de la Ley de Arbitraje que permite reconocer el laudo si el acuerdo arbitral es válido según el derecho peruano. Será necesario tener presente que, como mencionamos, tanto la Convención de Nueva York como la de Panamá establecen un «mínimo de reconocimiento», sea de los acuerdos o de los laudos arbitrales, permitiendo así la aplicación de legislaciones nacionales cuyas disposiciones sean más favorables a la efectividad del arbitraje.

Habiendo expuesto la manera en que debe hacerse una adecuada aplicación de la interpretación que proponemos; precisamos también que el mantener una aplicación o una interpretación distinta presenta

limitaciones para la práctica negocial actual, puesto que niega validez a todos aquellos acuerdos arbitrales que se celebren en forma distinta a la prevista por los dispositivos legales analizados. Esto tiene como consecuencia el dejar fuera del manto de tutela jurídica a diversas formas actuales de celebración del acuerdo arbitral, como son el recurso a los medios electrónicos, la aceptación verbal o tácita, y la transmisión y extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias, entre otros.

Finalmente, una interpretación como la que rechazamos presenta también el riesgo de atentar contra principios fundamentales de la contratación. Atenta, en primer lugar, contra el principio de autonomía de la voluntad, al no admitir la validez de acuerdos arbitrales a cuya suscripción hayan consentido libre y manifiestamente las partes contractuales. En segundo término, atenta contra el principio de buena fe, al permitir que una parte celebrante de un acuerdo arbitral que no presenta la forma contemplada por la ley, opte por desconocer el valor jurídico de tal contrato, perjudicando así a su contraparte, quien actuó confiando en los efectos vinculantes de dicho pacto.

Por último, el mantener una interpretación como la criticada en este trabajo atenta también contra el principio de seguridad jurídica, al dejar a las partes contratantes en la situación de incertidumbre que representa el no contar con la seguridad de que los acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las enunciativamente previstas por la ley —los cuales se celebran a diario, a través de diversas modalidades— serán finalmente protegidos por el sistema jurídico.

CONCLUSIONES

El arbitraje surge en la historia de los hombres de manera espontánea, fruto de la voluntad de las partes de someter la resolución de sus controversias a la decisión de un tercero imparcial. Por sus destacables ventajas como medio de solución de conflictos, el arbitraje ha logrado una creciente importancia tanto a nivel internacional como en el Perú, la cual se ha visto expresada en su reconocimiento legislativo en ambos escenarios.

El acuerdo arbitral representa uno de los elementos más esenciales, si no el más esencial, del arbitraje. Es definido como aquel contrato a través del cual dos o más partes deciden someter a la decisión de uno o más árbitros determinadas controversias, presentes o futuras, que deriven de una relación jurídica específica, sea ésta contractual o no, y siempre que las referidas controversias puedan ser objeto de solución arbitral de acuerdo con la legislación aplicable.

La naturaleza jurídica del acuerdo arbitral es la de ser un acto jurídico, en tanto representa un auténtico contrato. Como consecuencia de ello, son aplicables al acuerdo arbitral las normas que el Código Civil consagra para los actos jurídicos, en general, dentro de las cuales se encuentran aquéllas que establecen los elementos esenciales del acto jurídico, a saber: (1) la manifestación de voluntad, (2) la capacidad de las partes, (3) el objeto física y jurídicamente posible, y determinado o determinable, (4) la causa lícita o fin lícito, y (5) la forma.

La forma, como elemento esencial del acto jurídico, no es otra cosa que el medio de exteriorización de la voluntad de las partes. En tal sen-

tido, cumple la función de ser (1) el continente de la voluntad y (2) el medio de prueba de la celebración del acto jurídico, constituyéndose así en una norma protectora de la real intención de las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico opera el principio de libertad de forma, en virtud del cual, las partes pueden utilizar la forma que consideren conveniente para la celebración del acto jurídico. Como excepción a este principio surge la formalidad: la exigencia de observar una forma particular para la perfección de un determinado acto jurídico, pudiendo tal imperativo derivarse no solamente de la ley sino también de la voluntad de las partes.

En virtud de la formalidad, los actos jurídicos se dividen en actos formales y no formales, siendo los primeros aquéllos para los cuales se exige la observancia de una forma determinada. A su vez, los actos jurídicos formales pueden estar sujetos a formalidad *ad solemnitatem* o a formalidad *ad probationem*, resultando la primera un requisito de validez del acto jurídico, cuya inobservancia se sanciona con la nulidad del acto, y la segunda un mero medio de prueba privilegiado, sin cuya observancia el acto puede ser válido.

En el ordenamiento jurídico peruano, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Arbitraje y el Código Civil, el acuerdo arbitral constituye un acto jurídico formal por cuanto dicha ley prescribe que aquél se celebre de manera escrita. No obstante, se trata de una formalidad *ad probationem* y no *ad solemnitatem*, en vista a que no se sanciona con nulidad su inobservancia. Como consecuencia de ello, es posible, en aplicación de nuestra legislación nacional, reconocer la validez de acuerdos arbitrales que no consten por escrito, siempre que se acredite el consentimiento de las partes a su celebración.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester resaltar que si bien la Ley de Arbitraje peruana es aplicable en los arbitrajes domésticos e internacionales celebrados en territorio peruano, su aplicación es supleto-

ria frente a las Convenciones de Nueva York de 1958 y de Panamá de 1975, ambas vinculantes para el Perú. Tanto la Convención de Nueva York como la Convención de Panamá son aplicables a los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú. Adicionalmente, la Convención de Panamá puede ser aplicable en los procesos arbitrales internacionales de carácter comercial que se desarrollen en territorio peruano.

La Convención de Nueva York y la Convención de Panamá contienen, en sus artículos II y I respectivamente, expresas referencias a la forma del acuerdo arbitral y, en particular, a la constancia por escrito del mismo. Ocurre que, en reiteradas ocasiones, estas disposiciones han sido interpretadas como requisitos de formalidad.

Surge la problemática, entonces, de que en caso dichas disposiciones constituyan exigencias de validez del acuerdo arbitral, ello primaría por encima de nuestra legislación interna que prevé la posibilidad de celebrar acuerdos arbitrales bajo formas no contempladas en la ley. En tal sentido, tanto en los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Perú, como en ciertos procesos arbitrales internacionales en materia comercial que se desarrollen en territorio peruano, se desconocería la validez de acuerdos arbitrales celebrados de formas distintas a las contempladas por los textos de estas convenciones internacionales.

No obstante, hemos demostrado, a través de un análisis de los artículos II y I de las Convenciones de Nueva York y de Panamá, respectivamente, que dichos dispositivos están orientados únicamente a garantizar que los Estados contratantes de ambas convenciones reconocerán la validez de los acuerdos arbitrales presentados en el sentido descrito por sus textos legales. Es decir, se trata de un «mínimo de reconocimiento», a fin de hacer frente a la existencia de legislaciones nacionales «menos favorables» al arbitraje. Se desprende de nuestro análisis que no es el propósito de los comentados artículos regular la determinación de

validez de los acuerdos arbitrales, lo cual se refuerza con el hecho de que las mismas convenciones reconocen que tal determinación no es competencia suya, sino de la ley nacional que resulte aplicable al caso, de conformidad con las normas del Derecho Internacional Privado.

En consecuencia, no existe instrumento internacional ratificado por el Perú que exija una formalidad como requisito de validez del acuerdo arbitral. Ello determina que, tanto en los procesos arbitrales —nacionales e internacionales— celebrados en el territorio peruano, como en los procesos de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales en nuestro país, los operadores jurídicos en el Perú puedan admitir la validez de acuerdos arbitrales celebrados de una forma distinta a la contemplada por la Ley de Arbitraje o por las Convenciones de Nueva York y de Panamá.

Cabe tener en consideración las enmiendas adoptadas por la Cnudmi en el año 2006 al texto de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Mientras que el texto de 1985 contemplaba en su artículo 7 el requisito de que el acuerdo arbitral constara por escrito, el nuevo texto de la Ley Modelo contempla dos opciones del artículo 7 que apuestan por privilegiar «el fondo sobre la forma» en el análisis del acuerdo arbitral. Esta reforma de la Cnudmi evidencia una clara postura a favor del reconocimiento de validez de las nuevas formas de celebración del pacto de arbitraje.

Como consecuencia de lo demostrado en nuestro trabajo, sostenemos que una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral en el ordenamiento jurídico peruano —tanto cuando sea aplicable la Ley de Arbitraje como cuando corresponda recurrir a los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú—, no debe exigir la observancia en la celebración de este acto jurídico de las formas específicamente contempladas por los textos legales. Por el contrario, debe perseguir la verificación del consentimiento de las partes a arbitrar, para lo cual deberá tenerse en consideración la existencia de un consentimiento ma-

terial —y no sólo formal— que comprenda tanto las manifestaciones expresas como tácitas de la voluntad.

Reiterando nuestra postura, en el sentido de que la forma del acuerdo arbitral contemplada tanto por la Ley de Arbitraje peruana como por las Convenciones de Nueva York y de Panamá, no representa una exigencia de validez; afirmamos que corresponde admitir los efectos jurídicos de acuerdos arbitrales celebrados por medios distintos a los previstos por tales dispositivos legales, ello siempre y cuando se verifique la manifestación de voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

Como consecuencia de lo anterior, cabe reconocer la validez de acuerdos arbitrales celebrados a través de medios electrónicos, así como de manera verbal o tácita, siempre que sea factible verificar el consentimiento de las partes a la celebración del acto jurídico. Asimismo, es posible también admitir la aplicación de la «incorporación por referencia del acuerdo arbitral», y de las figuras de la transmisión y extensión del acuerdo arbitral a los llamados «no signatarios», siempre y cuando pueda corroborarse que las partes han consentido en vincularse al pacto arbitral.

La interpretación presentada respecto de la forma del acuerdo arbitral en la legislación nacional peruana, así como internacional vinculante para el Perú, debe ser aplicada por los respectivos operadores jurídicos, a fin de dar cumplimiento a los objetivos que motivaron la adopción de los textos legales analizados. En consecuencia, tanto los árbitros como los jueces deberán, en primer lugar, observar una correcta interpretación de la forma del acuerdo arbitral, como elemento de exteriorización de la voluntad, y, en segundo lugar, reconocer el valor del consentimiento —por cualquier medio manifestado— para efectos de decidir sobre la validez de un acuerdo arbitral.

Adicionalmente, precisamos que una interpretación contraria a la que proponemos, que considere que las Convenciones de Nueva York

y de Panamá exigen la observancia de formalidades específicas para la validez del acuerdo arbitral; presenta, en primer lugar, limitaciones para la práctica negocial actual, al negar la validez de aquellos acuerdos arbitrales que se celebren en formas distintas a las previstas por estos instrumentos, y, en segundo lugar, riesgo de atentar contra principios fundamentales de la contratación, como son el de autonomía de la voluntad, buena fe y seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

A. LEGISLACIÓN

1. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

Protocolo relativo a las Cláusulas de Arbitraje (Protocolo de Ginebra de 1923). Celebrado en Ginebra el 24 de septiembre de 1923. Entrado en vigor el 28 de julio de 1923.

Convención sobre Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Ginebra de 1927). Suscrita en Ginebra el 26 de septiembre de 1927.

Convención de Derecho Internacional Privado (Código de Bustamante). Hecha en La Habana el 20 de febrero de 1928. Entrada en vigor el 25 de noviembre de 1928.

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convenio Europeo de 1961). Hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961.

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York de 1958). Celebrada en la sede de la Organización de las Naciones Unidas en Nueva York, el 10 de junio de 1958. Ratificada por el Perú el 7 de julio de 1988.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá de 1975). Celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975. Entrada en vigor el 16 de junio de 1976. Aprobada por el Perú en noviembre de 1988.

Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ley Modelo de la Cnudmi de 1985). Aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi) el 21 de junio de 1985, en su 18.º período de sesiones.

Enmiendas aprobadas por la Cnudmi a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones (Ley Modelo de la Cnudmi, versión 2006).

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Celebrada en Viena el 23 de mayo de 1969. Entrada en vigor el 27 de enero de 1980.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Adoptada el 11 de abril de 1980. Ratificada por el Perú el 25 de marzo de 1999 y entrada en vigor el 1 de abril de 2000.

Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010. Aprobados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) el 10 de mayo de 2011, durante la 90.ª reunión de su Consejo de Gobierno.

Ley Modelo de la Cnudmi de 1996 sobre Comercio Electrónico, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (Cnudmi), en Nueva York el 16 de diciembre de 1996.

Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, aprobada en Nueva York el 23 de noviembre de 2005.

2. LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de la República del Perú de 1828.

Constitución Política del Perú de 1979.

Constitución Política del Perú de 1993.

Código de Enjuiciamientos en Materia Civil promulgado en 1851.

Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Código Civil de 1984.

Ley General de Arbitraje de 1992, promulgada mediante Decreto Ley n.º 25935 el 10 de diciembre de 1992.

Ley General de Arbitraje de 1996, promulgada mediante Ley n.º 26572 el 3 de enero de 1996.

Ley de Arbitraje del 2008, promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1071 el 28 de junio de 2008.

Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017.

B. FUENTES HERMENÉUTICAS

1. DE LA CONVENCIÓN SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS (CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958)

Asamblea General de las Naciones Unidas. *Resolución n.º 2205 (XXI)*, «Establecimiento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». Adoptada el 17 de diciembre de 1996 en la 1497.^a Sesión Plenaria.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). «Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de junio de 1985, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006, en su 39.º período de sesiones. Publicada en Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento n.º 17 (A/61/17), anexo II.

Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf> (último acceso: 21/04/2015).

International Council for Commercial Arbitration (ICCA). «Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958. Un manual para jueces». Publicado por el ICCA, con la asistencia de la Corte Permanente de Arbitraje, Palacio de Paz, La Haya, 2013. Traducción de Alexander Aizenstatd.

Trabajos preparatorios de la Convención de Nueva York (Registros de las sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1958).

Disponibles en: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html (último acceso: 29/11/2014).

2. DE LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (CONVENCIÓN DE PANAMÁ DE 1975)

Portal de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

<http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-35.html> (último acceso: 01/08 /2014).

Trabajos preparatorios de la Convención de Panamá (Actas y sesiones preparatorias).

Disponibles en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_Actas_Sesiones_Preparatorias_2013.pdf (último acceso: 20/08/2014).

3. DE LA LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (LEY MODELO DE LA CNUDMI DE 1985 Y SU TEXTO ENMENDADO EN 2006)

Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución n.º 40/72 «Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional». Adoptada el 11 de diciembre de 1985, en la 112.ª Sesión Plenaria.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). «Nota explicativa de la Secretaría de la Cnudmi sobre la Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985».

Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf> (último acceso: 21/04/2015).

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). «Nota explicativa de la Secretaría de la Cnudmi acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en el 2006». Naciones Unidas. En *Ley Modelo de la Cnudmi sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas adoptadas en el 2006*. Naciones Unidas, 2006, segunda parte, p. 30.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi). «Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional». Documento n.º A/CN.9/460, 32.º período de sesiones. Disponible en: <http://www.uncitral.org> (último acceso: 29/11/2014).

Trabajos preparatorios de la Ley Modelo de la Cnudmi.
Disponibles en: <http://www.uncitral.org> (último acceso: 01/08/2014).

C. JURISPRUDENCIA

1. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Corte Internacional de Arbitraje. Caso CCI n.º 7604. Disponible en: Collection of ICC Awards, 1996-2000, pp. 510 y ss.

Corte Internacional de Arbitraje. Caso CCI n.º 7610. Disponible en: Collection of ICC Awards, 1996-2000, pp. 510 y ss.

2. JURISPRUDENCIA COMPARADA

Corte de Apelaciones de París. Caso *Dow Chemical c/ Isover Saint Gobain*. Citado en REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Editorial Thomson, 2006, p. 241; y en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, tomo I, p. 221.

Corte de Apelaciones de París. Caso *Société Ofer Brother c/ The Tokio Marine and Fire Insurance Co*. Citado en «Comité Français de L'Arbitrage». *Revue de l'Arbitrage*. París, 1989, p. 691.

Corte de Apelaciones de París. Caso «*Contunav c/ Comptoir Commercial André*». Citado en «Comité Français de L'Arbitrage». *Revue de l'Arbitrage*. París, 1990, p. 675.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal de Argentina. Caso *Armada Holland BV Schiedam Denmark c/ Inter Fruit S.A.* CNCivComFed (Argentina), Sala II, 8/5/2007. Buenos Aires: Abelardo Perrot n.º 70038668.

Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Caso *Indutech SpA c/ Algocentro Armazéns Gerais Ltda.*, 17/12/2008.

Tribunal Superior de Justicia de Brasil. Caso *Oleaginosa Moreno Hnos. c/ Moinho Paulista Ltda.*, 17/5/2006.

3. JURISPRUDENCIA NACIONAL

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente n.º 0016-200-AI/TC del 30 de abril de 2003.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente n.º 4972-2006-PA/TC del 4 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia recaída en el expediente n.º 3243-2012-PA/TC del 21 de mayo de 2014.

D. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS

ARANGO, Daniel. *La extensión del acuerdo arbitral a los no-signatarios en el arbitraje comercial internacional*. Medellín: Escuela de Arbitraje Internacional-Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., 2010.

AA.VV. COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (dir.). *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)*. En *Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2011, vol 18.

AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, tomo I.

BETTI, Emilio. «Reflexiones sobre la noción de negocio jurídico». En *Teoría general del negocio jurídico, 4 estudios fundamentales*. Lima: ARA, 2001.

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

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, tomo I, pp. 200-231.

CABALLERO GERMAIN, Guillermo. «Seguridad jurídica y relaciones entre el “Common Law” y el Derecho Continental-Romano». En *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XXIV. Valparaíso, 2003.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.

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*. Lima, n.º 1, 2006.

CAIVANO, Roque J. *Control judicial en el arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

CAIVANO, Roque J. «La forma “escrita” del convenio arbitral, la Convención de Nueva York y la Ley de Arbitraje del Perú». En *Sociedad Libre*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-Sociedad de Economía y Derecho 2011, n.º 26. Disponible en: http://www3.upc.edu.pe/sociedadlibre/Det_Bol1.asp?CON=8879&BOL=18&EJE=772&SEC=Opini%F3n (último acceso: 25/08/2014).

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo alto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna Ediciones, 2008, vol. 7.

CÁRDENAS, Emilio J. «La «autonomía» del acuerdo arbitral y el principio de «competencia/competencia». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El Convenio Arbitral*. Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje-Grupo Editorial Ibañez, 2011, tomo I, pp. 95-104.

CARRIÓN LUGO, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Lima: Grijley, 2007, segunda edición, vol. II, p. 72.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del Arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 2, pp. 17-37.

CASTILLO FREYRE, Mario y César CORTEZ PÉREZ. «La forma del contrato». Lima, 2009. Disponible en: http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/147_La_forma_en_los_contratos.pdf (último acceso: 03/08/2014).

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN». *Biblioteca de Arbitraje*. Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, Lima, 2001, vol. 17.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Nueva ley de arbitraje: colaboración y control judicial». En *Revista Oficial del Poder Judicial*. Lima, 2008, n.º 2/1, pp. 237-251.

CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-La Ley, 2014, primera parte, vol. 25.

CASTILLO FREYRE, Mario, Rita SABROSO MINAYA, Laura CASTRO ZAPATA y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Arbitraje. Comentarios a la ley de arbitraje, Segunda Parte. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Thomson Reuters-La Ley, 2014, vol. 26.

CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, vol. 1.

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE. *Revue de l'Arbitrage*. París, 1989.

COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE. *Revue de l'Arbitrage*. París, 1990.

CORDÓN MORENO, Faustino. «Algunas cuestiones sobre la eficacia del convenio arbitral». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje, Grupo Editorial Ibañez, 2011, tomo I, pp. 638-658.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral: su eficacia obligatoria*. Pamplona: Thomson Reuters-Editorial Aranzadi, 2010.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Primera parte. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993, vol. XI. Tomo II.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje». En *Revista Ius et Veritas*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, n.º 29.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Pamplona: Civitas-Thomson Reuters, 2008.

DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis y Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1982, 4.ª edición, vol. 1.

EYZAGUIRRE ECHEVARRÍA, Rafael. *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1981.

FOLLONIER-AYALA, Alejandro. «La formación del convenio arbitral internacional en América Latina y Suiza». En *Lima Arbitration*, 2012/2013, n.º 5. Disponible en: http://www.limaarbitration.net/LAR5/Alejandro_Follonier_Ayala.pdf (último acceso: 07/09/2014).

GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional. En la Sección Segunda de la Ley n.º 26572*. Lima: Cecosami, 2004.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D.F.: Editorial Porrúa, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «El arbitraje y judicatura: un binomio necesario en la ecuación de procuración de seguridad jurídica». Ponencia ante x Congreso de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C., Campeche, 2007.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo». En AA.VV. *Arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Magna Ediciones, 2009, tomo I, pp. 209-223.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: aun otra victoria del consensualismo».

Disponible en: <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/FORMA%20ACUERDO%20ARBITRAL.pdf> (último acceso: 14/05/2015).

GRAHAM, James. «La “falsa” extensión del acuerdo arbitral a terceros: El ejemplo de México». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7.

GUASP, Jaime. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: Editorial Aguilar, 1950, vol. 1, tomo II.

ÍSCAR DE HOYOS, Javier. «El acuerdo arbitral. Apuntes teóricos y prácticos». AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Lima-Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje-Grupo Editorial Ibañez, 2011, tomo I, pp. 863-888.

KAPLAN, Neil. «Novedades relativas a la forma escrita». En *La ejecución de las sentencias arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York. Experiencia y perspectivas*. Nueva York: Naciones Unidas, 1999, pp. 17-19.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «El futuro del arbitraje en el Perú». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2008, vol. 6, pp. 405-437.

LANDA ARROYO, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje 2008. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 8, pp. 13-48.

LARGO TABORDA, Adriana. *Tensión entre autonomía y buena fe en la contratación privada contemporánea. Colección mejores trabajos de grado*. Medellín: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquía, Medellín, 2012.

LEÓN HURTADO, Avelino. «La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos». Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1991, 4.^a edición actualizada.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1993.

LÓPEZ OLIVA, José O. «La consagración del principio de seguridad jurídica como consecuencia de la Revolución Francesa de 1789». En *Revista Prolegómenos-Derechos y Valores*. Bogotá, 2011, vol. XIV, n.º 28.

MARGUERAT, Jean. «Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje Comercial Internacional en Europa. Biblioteca de Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2012, vol. 22, pp. 97-120.

MELÉNDEZ FERNÁNDEZ, Fernando. «Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, tomo I (pp.94-107).

MINORINI LIMA, Ignacio J. «La autonomía del acuerdo de arbitraje en el derecho argentino». En: AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje, Grupo Editorial Ibáñez, 2011, tomo I, pp.189-198.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Ensayos de Teoría Constitucional y Derecho Internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2007.

MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato. Enfoques*. Buenos Aires: Librería Editorial Platense, 1985.

MORENO RODRÍGUEZ, José A. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: ECB Ediciones, 2013.

MOREYRA GARCÍA SAYÁN, Francisco. *El acto jurídico según el Código Civil peruano. Curso teórico, histórico y comparativo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005.

NOODT TAQUELA, María Blanca y Julio César CÓRDOBA. «La forma escrita del acuerdo arbitral según la Convención de Nueva York de 1958 y la recomendación de Uncitral de 2006». En AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje-Grupo Editorial Ibáñez, 2011, tomo 1, pp.199-221.

OGAYAR AYLLÓN, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista el Derecho Privado, 1975.

ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. *Buena fe en los contratos. Biblioteca Iberoamericana de Derecho*. Bogotá: Temis, 2011.

OSORIO RUIZ, Zaida. *El arbitraje comercial*. Lima: Lej, 1998.

OSTERLING PARODI, Felipe. «El arbitraje nacional e internacional en el Perú». En homenaje al ilustre maestro sanmarquino doctor Jorge Eugenio Castañeda, quien nos brindó el privilegio de su amistad. Disponible en: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Art%C3%ADculo%20Arbitraje.26%20set%2005.pdf> (último acceso: 12/05/2015).

PARRA RODRÍGUEZ, Carmen. «Problemas técnicos del Arbitraje Comercial Internacional». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales. Arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2009, vol. 10, pp. 531-556.

PEREZNIETO, Leonel y James GRAHAM. *Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Mexicano*. México D.F.: Limusa, 2013, 2.^a edición.

RAMÍREZ BASTIDAS, Yesid. «Seguridad jurídica». En *Revista de la Corte Suprema de Justicia de Colombia*, n.º 21.

REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Editorial Thomson, 2006.

REDFERN, Alan, Martín HUNTER, Negel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Buenos Aires: Editorial La Ley, 2007.

ROCA AYMAR, José Luis. *El arbitraje en la contratación internacional*. Madrid: Editorial ESIC-Instituto Español de Comercio (ICEX), 1994.

ROMERO SEGUEL, Alejandro. «La Convención de Arbitraje en Chile». AA.VV. *Tratado de Derecho Arbitral. El convenio arbitral*. Lima-Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje-Grupo Editorial Ibáñez, 2011, tomo I, pp. 385-397.

ROQUE MONTESILLO, Luz Gladys. «Teoría del Acto Jurídico y Concepto del Negocio Jurídico». En *Revista Oficial del Poder Judicial del Perú*. Lima, 2008, n.º 2/2.

SALCEDO CASTRO, Myriam. *El arbitraje en los contratos concluidos por la Administración*. El Rosario: Universidad del Rosario, 2006.

SIMONS PINO, Adrián. «Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, tomo I, pp. 260-272.

SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría del contrato*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. «Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral». En AA.VV. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, tomo I, pp. 147-200.

SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Autonomía privada y buena fe como fundamento de la fuerza obligatoria del contrato*. En *Universitas*. Bogotá, n.º 106.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: Idemsa, 2001, 2.ª edición.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Código Civil*. Lima: Idemsa-Temis, 2002 6.ª edición.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Comentario al artículo 141 del Código Civil peruano». En: *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, tomo I.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *El acto jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, 9.ª edición.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009.

ZAVALA EGAS, Jorge. «Teoría de la seguridad jurídica». En *Iuris Dictio*. Quito: Universidad San Francisco de Quito, año IV, n.º 8, 2004.

LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY DE
ÁRBITRAJE PERUANA DE 2008 Y LOS INSTRUMENTOS
INTERNACIONALES VINCULANTES PARA EL PERÚ
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
NOVIEMBRE DEL 2015, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ