

LA IMPOSICIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y EL
ERRADO EJERCICIO DEL *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

Volumen 87 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**La imposición del convenio
arbitral y el errado ejercicio
del *Kompetenz-Kompetenz***

Roger Vidal Ramos

Prólogo de Roque J. Caivano



CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**LA IMPOSICIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y EL
ERRADO EJERCICIO DEL *KOMPETENZ-KOMPETENZ***

- © 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
Calle Esquilache 371, 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/>
- © INSTITUTO PERUANO DE DERECHO CIVIL
Jr. José de la Torre Ugarte 368 - Oficina 301, Lince
Telfs. (511) 421-6976
ipdc@conadecivil.com

Primera edición, marzo 2021
Tiraje: 500 ejemplares

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 2021-

ISBN: 978-612-
Impreso en el Perú - Printed in Peru

A la memoria de mi amado padre Roger Vidal, maestro universitario y notable huanuqueño, por encaminar mis pasos en todo momento, junto a Filomena Ramos, maestra universitaria y madre abnegada.

A Indhira y Sheila, mis otras madres, quienes con sus consejos y apoyo incondicional generan fortaleza y serenidad en los diversos momentos de la vida personal y profesional.

A don Raúl Vidal, con 95 años, ejemplo de integridad y entrega por su pequeña patria (Arancay) y Huánuco.

A mis tíos Uldarico, Joya y Daniel Ramos Chávez, ejemplos de emprendimiento.

Agradecimientos

A la doctora María Elena Guerra Cerrón, quien con sus constantes comentarios y aportes siempre encaminó nuestra investigación, ahora por segunda oportunidad, formadora de maestros en la decana San Marcos.

A los profesores Mario Castillo y Roque Caivano por su apasionada práctica del arbitraje y el esfuerzo de la difusión académica.

A José Antonio Beraún, por su amistad y el café legal tradicional.

A Hany Romani, Pascual Alferillo, Fernando Márquez, Gastón Fernández, Thiago Rodovalho, Juan Miguel Rojas, Guillermo Chang, José Luis Mandujano, Esteban Alva, Elizabeth Hernández, Víctor Montalvo, Alan Berrospi, Luis Ames, Héctor Inga, Milo Ruiz, Emilio Balarezo, Augusto Gárate, Marcia Pereira y José Rodolfo Espinoza, profesores, colegas y amigos, quienes en el ámbito académico, profesional y personal en diferentes momentos motivaron la investigación y la discusión.

A las familias Vidal Roldán y Ramos Chávez, fuente de ejemplo e identidad.

ÍNDICE

Nota del editor	19
Prólogo de Roque J. Caivano	23
PRIMERA PARTE	
LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y UNA NECESARIA REFORMA EN SEDE PERUANA	
Introducción	33
CAPÍTULO 1	
TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL	
1. Antecedentes	37
2. Doctrina que aborda el arbitraje y la regulación del convenio arbitral	43
2.1. Teorías de la naturaleza jurídica arbitral	43
2.1.1. Antecedentes	43
2.1.2. Teorías del arbitraje	49
2.1.2.1. Teoría contractual	52
2.1.2.2. Teoría procesalista	55
2.1.2.3. Teoría mixta	57
2.1.2.4. Nuestra posición	58
2.2. Naturaleza jurídica de la función del árbitro	59
2.2.1. Aceptación	60
2.2.2. Imparcialidad	61

2.2.3.	Independencia	63
2.2.4.	Confidencialidad	65
2.2.5.	<i>Intuitu personae</i>	68
2.2.5.1.	Renuncia	70
2.2.5.2.	Declaración judicial de discapacidad	71
2.2.5.3.	Recusación	71
2.2.5.4.	Muerte	71
2.2.6.	Obligaciones del árbitro	72
2.2.6.1.	Deber de desempeñar el encargo	74
2.2.6.2.	Deber de revelación del árbitro	75
2.3.	Principios del arbitraje comercial	77
2.3.1.	Autonomía privada	77
2.3.2.	Buena fe	85
2.3.3.	<i>Pacta sunt servanda</i>	91
2.3.4.	Interpretación	98
2.3.5.	<i>Kompetenz-kompetenz</i>	103
2.3.5.1.	Derivado del acuerdo arbitral	106
2.3.5.2.	Derivado de la instalación del tribunal arbitral	107
2.3.5.3.	Derivado de establecer los puntos controvertidos	107
2.3.5.4.	El ejercicio del <i>kompetenz-kompetenz</i> de oficio al momento de emitir el laudo	108
2.3.6.	Derecho a objetar	112
2.3.7.	Separabilidad del convenio arbitral	117
2.3.8.	Confidencialidad	125
2.4.	Convenio arbitral	131
2.4.1.	El principio de autonomía privada	131
2.4.2.	Naturaleza jurídica del convenio arbitral	137
2.4.3.	Regulación del convenio en la Ley de Arbitraje	139

LA IMPOSICIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL	13
2.4.4. Modelo Uncitral	141
2.4.5. Elementos del convenio	141
2.4.5.1. La voluntad arbitral	143
2.4.5.2. Capacidad	145
2.4.5.3. El objeto del convenio arbitral	148
2.4.5.4. Fin lícito del convenio arbitral	154
2.4.5.5. La observancia de la forma del convenio	156
2.4.6. Nulidad virtual	159
2.4.7. Convenios patológicos	161
2.4.8. Teorías de los actos propios con efectos arbitrales	166
2.4.9. Materias arbitrables	169
2.4.10. Vigencia del convenio	175
2.4.11. Convenio arbitral: <i>ad probationem</i> y <i>ad solemnitatem</i>	178
2.4.12. Extensión del convenio y la parte no signataria	185
2.4.13. Acuerdos del convenio	195
2.4.13.1. Arbitraje institucional o <i>ad hoc</i>	195
2.4.13.2. Plazo para laudar	197
2.4.13.3. Ejecución del laudo	200
2.4.13.4. Los árbitros y el procedimiento de designación	205
2.4.13.5. Procedimiento de recusación	208
2.4.13.6. Los honorarios arbitrales y costos	211
2.4.13.7. Leyes aplicables	218
3. Criterios judiciales y arbitrales respecto a los convenios arbitrales inexistentes	221
3.1. Arbitraje por correo electrónico sin ratificación	221
3.2. Universidad vs. Alumno	222
3.3. Forzado arbitraje institucional en un colegio de abogados	224

3.4. Gobierno regional vs. Centro de arbitraje nacional e internacional	225
3.5. Arbitraje <i>ad hoc</i> vs. arbitraje institucional: Gobierno regional vs. Consorcio TT	228
3.6. Consorcio MM vs. Gobierno regional	230
3.7. Compraventa de acciones sin preexistencia del convenio arbitral	230

CAPÍTULO 2

PROPUESTA DE REFORMA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA

1. Análisis e interpretación	235
1.1. Entre la flexibilidad y la formalidad	235
1.2. Declinatoria de competencia ante inexistencia del convenio arbitral	243
1.3. Los costos de transacción	245
1.4. Externalidades del convenio arbitral	250
2. Presentación de propuesta de reforma de la Ley de Arbitraje	258
2.1. Propuesta legislativa	261
2.1.1. Primera modificación del artículo 13 de la Ley de Arbitraje	261
2.1.2. Segunda modificación del artículo 16 inciso 6 de la Ley de Arbitraje	263
3. Consecuencias	265
3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta	265
3.2. Beneficios que aporta la propuesta	266

LA IMPOSICIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL	15
4. Conclusiones	267
5. Recomendaciones	268
Referencias bibliográficas	270

SEGUNDA PARTE

TEMAS RELEVANTES EN LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE COMERCIAL

EL *COMPLIANCE* Y LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO DE PARTE

1. Los árbitros a la luz del caso Odebrecht	299
2. <i>Compliance</i> en el ámbito internacional y nacional	300
3. Naturaleza de la función arbitral	306
4. Designación, aceptación y recusación del árbitro	307
5. Cinco consejos para una adecuada selección del árbitro	309
5.1. Investiga a tu candidato	309
5.2. Evalúa la experiencia	310
5.3. Criterios establecidos en los laudos	311
5.4. Solicitud de ampliación del deber de revelación	312
5.5. Verifica las recusaciones fundadas	313
6. El <i>compliance</i> en las buenas prácticas arbitrales	313
Referencias bibliográficas	316

EL PRINCIPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* Y SU INDEBIDA APLICACIÓN ANTE LA INEXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

1. Naturaleza jurídica del <i>kompetenz-kompetenz</i>	317
2. Alcances y limitaciones	322

3. Incompetencia de los árbitros	330
4. Criterios de las salas comerciales	334
4.1. Incompetencia establecida por árbitro único	334
4.2. Bricks y Concret Contratistas vs. Ministerio de Energía y Minas	335
4.3. Consorcio Puerto Rico vs. Gobierno Regional de San Martín	337
5. Conclusiones	338
Referencias bibliográficas	340

EL CONVENIO ARBITRAL, PARTES SIGNATARIA Y NO SIGNATARIA
EN LOS ARBITRAJES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

1. Introducción	343
2. Convenio arbitral, partes signataria y no signataria	344
3. ¿El no signatario en los arbitrajes en contratación pública?	351
4. Aspectos procesales	355
5. Conclusiones	356
Referencias bibliográficas	358

LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

1. Nociones generales	361
2. Buena fe contractual	371
3. Prohibición del abuso del derecho y del fraude	377
4. Obligaciones solidarias	381
5. Grupo de empresas	385
6. Doctrina del levantamiento del velo societario	391

LA IMPOSICIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL	17
7. Conclusiones	395
Referencias bibliográficas	398
ALCANCES DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL	
1. Convenio arbitral	403
2. Laudo	406
2.1. Laudo parcial	407
2.2. Laudo por acuerdo de las partes	407
3. Ejecución del laudo	408
3.1. Ejecución judicial: el laudo como «título de ejecución»	411
3.2. La «oposición a la ejecución». Contradicción entre la ley arbitral y el Código Procesal Civil	413
3.3. Continuación de la ejecución	419
3.4. Desarrollo del proceso de ejecución de laudo	419
3.5. Ejecución de laudo ante tribunal arbitral o árbitro único	420
4. Casos hipotéticos	421
4.1. Contrato de concesión y entidad municipal	422
4.2. Contrato de usufructo propietario vs. Gimnasio	422
5. Conclusiones	425
Referencias bibliográficas	427

NOTA DEL EDITOR

Para nuestro Estudio de abogados y para la *Biblioteca de Arbitraje*, es muy grato publicar una obra escrita por el doctor Roger Vidal Ramos, viejo amigo de la casa.

El presente libro constituye el volumen 87 de nuestra colección y en él se analizan temas de mucho interés para el arbitraje, todos ellos surgidos de experiencias profesionales del autor, referidos a actuaciones nada decorosas de árbitros y de centros de arbitraje, los que, so pretexto del principio *kompetenz-kompetenz*, llevan adelante procesos arbitrales cuando ni siquiera existe convenio arbitral entre las partes.

El problema central que preocupa a Roger Vidal, y que plasma en las siguientes páginas, gira en torno al artículo 13 de la Ley de Arbitraje del Perú, el mismo que considera que el convenio arbitral tendrá formalidad escrita, incluso en supuestos en los que carece de dicha formalidad escrita. En la experiencia profesional del autor, esta redacción de la citada norma ha permitido que se instalen y funcionen tribunales arbitrales cuando ni siquiera existe convenio arbitral.

Resulta claro que en todos estos casos, el demandante se encuentra coludido con el centro de arbitraje (pseudocentro de arbitraje, en realidad) y con el tribunal arbitral, que actúa, precisamente, al amparo de dicho centro. Sin duda, toda una estructura mafiosa en el arbitraje.

De la exposición que hace Roger Vidal al respecto, queda muy claro que, en todos estos casos, los «laudos» «favorecieron» a la parte demandante y que quien no había celebrado convenio arbitral alguno tuvo que recurrir a la justicia ordinaria para demandar la anulación de tales laudos, lo que, finalmente, consiguió.

Estos temas nos hacen reflexionar sobre varios aspectos de interés. En primer lugar, en torno a la existencia de centros de arbitraje que se crean exclusivamente con fines crematísticos y delictivos, lo que significa, tal vez, que debería establecerse requisitos legales para crear centros de arbitraje.

En segundo lugar, la necesaria vigilancia que la sociedad debe tener sobre los centros de arbitraje y sobre los árbitros que actúan de esa manera.

También resulta necesario reflexionar, como lo hace Roger Vidal de manera muy inteligente, con relación al artículo 13 de la Ley de Arbitraje, en el sentido de si la norma debería tener alcances tan amplios como los tiene. En lo personal, creo que el precepto está bien concebido (más allá del eufemismo de considerar que hay convenio «escrito» ahí donde no existe convenio escrito). En esto coincido con el profesor Roque Caivano, cuando se refiere al tema en el minucioso prólogo que ha redactado sobre la obra y que me exime de hacer mayores comentarios en estas palabras de presentación.

El libro no sólo se compone del trabajo titulado «La regulación del convenio arbitral y una necesaria reforma en sede peruana», sino de otros trabajos que el autor escribió antes que el primero y que constituyen la segunda parte de la obra. Varios de ellos, sin duda, sirvieron de base para la elaboración de la primera parte.

Se trata ya del volumen 87 de la *Biblioteca de Arbitraje* y nuestra colección continúa el curso que empezó en el año 2005 con la elaboración del primer volumen, el mismo que vio la luz en diciembre del año siguiente.

Estamos seguros de que esta obra será de mucho interés para nuestros lectores, pues incursiona en materias que ponen en evidencia

ciertos vicios del arbitraje en el Perú y los sanos propósitos del autor para que ellos no se repitan.

Termino estas palabras reiterando mis felicitaciones al profesor Roger Vidal Ramos por tan interesante obra y por confiar su publicación a nuestra *Biblioteca de Arbitraje*.

Lima, marzo del 2021
Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com

PRÓLOGO

I

El alumbramiento de una publicación jurídica siempre es una buena noticia para académicos y practicantes. Para los primeros, porque toda creación intelectual despierta ideas y origina debates que enriquecen el desarrollo del pensamiento jurídico, al mismo tiempo que brinda material de apoyo para la enseñanza universitaria. Para los segundos, porque generalmente aporta no sólo conocimientos teóricos, sino también consejos para el ejercicio de las funciones que deben cumplir los operadores del derecho, en cualquiera de los múltiples ámbitos en que esa práctica pueda desarrollarse.

Si ello es así en abstracto, la publicación de *La imposición del convenio arbitral y el errado ejercicio del kompetenz-kompetenz* del profesor Roger Vidal Ramos es una noticia más que excelente, porque su autor conjuga una sólida formación académica como profesor e investigador, con una amplia experiencia profesional en el ejercicio de derecho civil, mercantil, administrativo y en contrataciones estatales.

La comunidad académica encontrará en esta obra un análisis riguroso y reflexivo, que no retacea la cita de las fuentes en las que se ha inspirado ni esquiva las opiniones propias del autor sobre los temas que aborda, aun aquellos que se revelan polémicos. La ciencia jurídica, y particularmente el estudio del arbitraje, es siempre susceptible de distintas miradas y aproximaciones. Los temas que trata el profesor Vidal Ramos, ciertamente, no están exentos de esa condición. Por lo que este libro representa una gran contribución al desarrollo del derecho arbitral peruano.

Pero la obra no se limita a un enfoque meramente doctrinario. Proporciona también importantes recomendaciones de gran utilidad para abogados y árbitros, que podrán beneficiarse de las lecciones del autor para mejorar la práctica del arbitraje en temas tan sensibles como la redacción del convenio arbitral, la designación de los árbitros o la determinación que debe hacer el tribunal arbitral respecto de la existencia o validez del convenio arbitral que da nacimiento a su misma autoridad.

II

Metodológicamente, el libro está dividido en dos partes.

En la primera parte, el profesor Vidal Ramos aborda los problemas que se han presentado en la praxis arbitral peruana a raíz de ciertas maniobras delictivas que, aprovechando la flexibilidad que la Ley de Arbitraje otorga para la celebración del convenio arbitral, han dado lugar a arbitrajes fraudulentos derivados de la imposición de convenios arbitrales inexistentes, ocasionando graves detrimentos a los derechos de propiedad de numerosas personas físicas y jurídicas. Como forma de evitar la reiteración de episodios como los que describe, el autor propone reformar la Ley de Arbitraje.

En un primer aspecto, la enmienda legislativa sugerida apunta a privar de eficacia jurídica a los convenios arbitrales tácitos y revestir de carácter *ad solemnitatem* a la exigencia de forma escrita en la celebración del convenio arbitral. En un segundo aspecto, complementando el primero, la proposición del profesor Vidal Ramos tiende a obligar al tribunal arbitral a resolver la excepción de inexistencia de convenio arbitral como previa, antes de la formulación de los actos postulatorios del proceso, y a vedarle la facultad de adoptar decisiones que incidan sobre los derechos de las partes hasta no haberse pronunciado sobre la existencia de un convenio arbitral. De ese modo, sin abdicar de la aplicación del principio *kompetenz-kompetenz*, se mitigan los perjuicios que

podría ocasionar un arbitraje iniciado con base en un convenio arbitral alegadamente inexistente, al evitarse la afectación —en ocasiones difícil de revertir— de derechos fundamentales.

Aunque no necesariamente coincida con ella, la moción del profesor Vidal Ramos tiene mucho sentido en vista de la coyuntura en que se formula. Y, además, aparece como el resultado de un razonamiento que es digno de análisis y reflexión, no sólo por la motivación que la inspira, sino por los fundamentos jurídicos y prácticos en que se apoya.

En efecto, la exigencia de forma escrita para el convenio arbitral, además de la conveniencia de preconstituir prueba sobre el contenido y la autoría de la manifestación del consentimiento, encuentra su razón de ser en las consecuencias que se derivan de él. En la medida que, a través del convenio arbitral, las partes están renunciando a la jurisdicción de los tribunales judiciales para asegurar que esa renuncia surja de una inequívoca voluntad no es descabellado pretender que se quiera rodear al acto de ciertas formalidades, como un modo de llamar la atención de las partes sobre la seriedad de sus consecuencias y evitar que se incluya de manera irreflexiva. De hecho, este fue uno de los principales argumentos que llevaron a la Corte de Casación francesa a «reinstalar» la necesidad de celebrar el compromiso arbitral y considerar insuficiente el sometimiento a arbitraje expresado en la cláusula de un contrato, en el conocido caso *Prunier*, de mediados del siglo XIX.¹

Aunque pienso que el consentimiento a arbitrar podría surgir tácitamente, también creo que debe tratarse de conductas que sean tan contundentemente demostrativas de la intención de someterse a arbitraje como una manifestación expresa.² Lo que, en última instancia, se presenta como una cuestión de matices respecto de la tesis del

¹ Cour de cassation, 10/07/1843, «L'alliance c. Prunier», *Recueil général des lois et des arrêts*, tomo XLIII (año 1843), ed. Administration du recueil général des lois et des arrêts, París, 1952, p. 567; republicada en *Revue de l'arbitrage*, 1992, n.º 2, p. 399 y ss.

² CAIVANO, Roque J. y Natalia M. CEBALLOS RÍOS. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2020, p. 238 y ss.

profesor Vidal Ramos, porque comparto que no debería ser posible llevar a alguien a arbitraje sin que exista una voluntad objetivamente comprobable de haberlo consentido. En pocas palabras, aun siendo defensor de la posibilidad abstracta de que el convenio arbitral se celebre en forma tácita, también lo soy de que, para considerar que se prestó consentimiento a arbitrar, deban existir conductas o hechos que, de manera inequívoca, permitan concluir más allá de toda duda que existió la voluntad de convenir el arbitraje.³

Desde otro costado, la necesidad de evitar que las objeciones jurisdiccionales se conviertan en una herramienta para obstruir el arbitraje debe ser inexorablemente balanceada con la necesidad de proteger a quien legítimamente cuestiona la intervención del tribunal arbitral. Si ello es así, en general, frente a cualquier objeción jurisdiccional, con más razón es sensato extremar la tutela de los derechos del demandado cuando lo que se alega es la lisa y llana inexistencia de convenio arbitral. El dilema no es sencillo de resolver porque, así como hay demandantes inescrupulosos que invocan fraudulentamente convenios arbitrales inexistentes, también hay demandados no menos inescrupulosos que, con el solo propósito de lograr una suspensión del arbitraje alegan la inexistencia del convenio arbitral sin ningún fundamento serio. Como sugiere el profesor Roger Vidal Ramos, la solución no es declinar la fenomenal conquista que significó para la evolución del arbitraje el reconocimiento universal del principio *kompetenz-kompetenz*. Aunque también conlleva el riesgo de abrir la puerta a planteos puramente dilatorios, podría bastar con limitar la discrecionalidad que el mismo principio otorga a los árbitros para decidir sobre su competencia en forma previa o diferirla para el momento de dictar el laudo final, exigiéndole un pronunciamiento que

³ Como ha dicho el Tribunal Constitucional español, si bien por la protección que debe dispensarse al principio de acceso a la justicia es dable exigir que la renuncia a la jurisdicción judicial sea explícita, clara, terminante e inequívoca, por aplicación del principio de la buena fe, esa renuncia puede inferirse de la conducta de los titulares del derecho, siempre que sea suficientemente expresiva del ánimo de renunciar (Tribunal Constitucional español, 2/12/2010, Sentencia 136/2010).

despeje el interrogante acerca de la existencia o inexistencia del convenio arbitral antes de avanzar en el tratamiento del fondo de las controversias.

De cualquier manera, hay cuestiones que no son discutibles: el problema que plantea el autor existe y es necesario evitar la reiteración de maniobras como las que se produjeron. Es igualmente indiscutible que la propuesta por el profesor Vidal Ramos representa una solución posible que es absolutamente digna de ponderación y análisis. Porque, aun si no fuese compartida en su estricta formulación, puede ser la plataforma para la elaboración de otras ideas que, partiendo de ella, puedan llevar a soluciones superadoras.

En la segunda parte, *La imposición del convenio arbitral y el errado ejercicio del kompetenz-kompetenz* encara la investigación de temas relevantes en la práctica del arbitraje comercial.

Algunos de ellos resultan particularmente novedosos, como la aplicación de los principios derivados del *compliance* no para diluir la responsabilidad, sino como forma de erradicar conductas potencialmente delictivas en la práctica arbitral. En este tema, como en los demás, el autor no se limita a un análisis teórico del problema, sino que avanza en recomendaciones prácticas acerca de las medidas preventivas que conviene adoptar para evitar la comisión de actos de corrupción.

La obra se completa con un repaso de otros temas, como el de las partes no signatarias (incluyendo el análisis de la posibilidad de aplicar esta regla en arbitrajes en contratación pública), las doctrinas del levantamiento del velo societario y los grupos de sociedades, y los problemas derivados de la ejecución del laudo arbitral.

III

En las últimas décadas, el derecho arbitral latinoamericano se ha visto nutrido de un gran número de contribuciones doctrinarias, que han venido a conjugar un histórico déficit de bibliografía en español para el estudio del arbitraje. Sin embargo, en ocasiones, los trabajos se limitan a una reiteración de ideas o conceptos que ya han sido expuestos. Aun en esos casos, el mérito puede consistir en ofrecer una explicación más clara de aquello que se conoce. Y eso solo constituye un aporte al desarrollo del arbitraje, que justifica el esfuerzo de sus autores y debe ser aplaudido.

Pero la obra de Roger Vidal Ramos que venimos prologando es más que eso, porque el autor asumió el desafío de tratar temas que muchos no se atreven siquiera a mencionar, e inclusive de proponer cambios en una ley que ha sido elogiada por importante doctrina nacional y extranjera. El hecho de haberme invitado a prologar su obra, consciente—en tanto ávido lector de cuanto se ha escrito en materia de arbitraje—de que podría no compartir enteramente su punto de vista, pone también de manifiesto la honradez intelectual del profesor Vidal Ramos y la seguridad de sus convicciones. Con la misma honradez intelectual, he sentido la necesidad de señalar mis dudas sobre la conveniencia de la propuesta que constituye el centro neurálgico de esta obra. Y lo hice, en primer lugar, porque sé que el propio profesor Vidal Ramos no esperaba—ni hubiese consentido—un prólogo complaciente. Y, en segundo lugar, porque las dudas que pueda tener acerca de la tesis que propicia como solución al problema que plantea no alcanzan siquiera a mellar su mérito, ni mi convencimiento acerca de la necesidad de someterla a discusión pública.

Se atribuye al jurista alemán Anton F. Thibaut, quien rivalizó con Friedrich von Savigny en torno a la necesidad de una codificación del derecho alemán, la frase según la cual los juristas nada amamos tanto como poner en duda las opiniones ajenas. Quizá Thibaut tenía razón y se trata de un defecto congénito de los juristas. Aun así, encuentro que

la duda es el gran motor que impulsa el desarrollo de la ciencia jurídica, porque si bien toda ciencia se dirige a la búsqueda de la verdad, en materia jurídica la verdad es un concepto difícil de aprehender y lo que la hace evolucionar es el pensamiento crítico que, alejado de cualquier dogma, no da nada por cierto y explora nuevas ideas que puedan representar posibles soluciones a los problemas conocidos.

Allí radica, a mi juicio, el valor y el principal aporte de *La imposición del convenio arbitral y el errado ejercicio del kompetenz-kompetenz* al derecho arbitral. Ante un problema real y concreto, el profesor Roger Vidal Ramos ofrece una solución igualmente concreta, cuyos fundamentos explica con la elocuencia de quien está firmemente convencido de sus ideas y con la determinación de quien se sabe poseedor de sólidos argumentos para sostenerla. La gravedad del problema que pretende corregir, la seriedad del estudio encarado por el autor, la originalidad de su ponencia y las razones que la apoyan convierten a esta en una obra de lectura obligatoria para quienes estén interesados en el arbitraje, y a su propuesta en una cuyo análisis y discusión son imperativos para dar respuesta a situaciones que, si bien han sido patológicas y directamente delictivas, han generado cuestionamientos a la legitimidad del arbitraje como forma de resolución de controversias.

Buenos Aires, octubre del 2020

Dr. Roque J. Caivano

PRIMERA PARTE

LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y UNA NECESARIA REFORMA EN SEDE PERUANA

INTRODUCCIÓN

El arbitraje en nuestro país en los últimos años ha enfrentado ciertos cuestionamientos en cuanto a su óptima función como medio de solución de conflictos célere y confiable, por lo que concierne a la academia peruana poner en debate aquellos puntos que signifiquen un perjuicio a la fiabilidad y solidez de la institución arbitral en el sistema jurídico del Estado peruano.

El artículo 13 de la legislación arbitral nacional que regula el arbitraje se encuentra inspirado en el Modelo contractual Uncitral¹ de las Naciones Unidas bajo el principio de libertad de regulación, que se evidencia en forma más precisa en el inciso 3, que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, ya que permite la posibilidad de interpretar la aceptación tácita del convenio que se podría presentar como incentivo —de acuerdo a nuestro contexto— para iniciar arbitrajes fraudulentos sobre la base de una falsa y forzosa aplicación del *kompetenz-kompetenz*, que se podría extender a la nociva práctica de algunos árbitros y centros de arbitraje.

En esta parte del libro, abordamos en el capítulo I las distintas teorías expuestas respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje y brindamos nuestra posición. Asimismo, exponemos los elementos que conciernen a la característica jurídica de la función arbitral, con énfasis en analizar los derechos y obligaciones del árbitro.

Establecemos la distinción que existe entre un arbitraje gestionado por una institución arbitral y la modalidad *ad hoc*, y complementamos

¹ The United Nations Commission on International Trade Law (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI, en español).

efectuando un bosquejo de los principios del arbitraje comercial: autonomía privada, buena fe, *pacta sunt servanda*, interpretación, *kompetenz-ko-mpetenz*, el derecho a objetar, la separabilidad y la confidencialidad.

De forma amplia exponemos las diversas instituciones del convenio arbitral, partiendo del principio de autonomía y la naturaleza jurídica y de las obligaciones que se derivan del pacto arbitral.

Un tema esencial que se analiza es lo pertinente a la regulación de la Ley de Arbitraje peruana y el modelo Uncitral, así como los elementos del convenio arbitral, la nulidad de éste, los convenios patológicos, la teoría de los actos propios y su aplicación en el arbitraje, y las materias arbitrables. También la vigencia del convenio, la distinción entre convenios arbitrales *ad probationem* y *ad solemnitatem*, la extensión del convenio y la parte no signataria, y los acuerdos producidos a raíz de un convenio arbitral.

En el capítulo II se ubica la propuesta de reforma sustentada respecto a una modificación complementaria a lo establecido en la regulación del convenio arbitral en la legislación peruana, tomando como pauta las incidencias con relación a la flexibilidad y la formalidad del convenio arbitral, los costos de transacción que nos genera el surgimiento de estas anomalías, las respectivas externalidades negativas, consecuencia de una regulación muy flexible y sus desventajas en forma conjunta, que se encuentran encaminadas a institucionalizar el arbitraje comercial respecto a las propuestas de modificación del convenio arbitral en sede nacional.

De esta forma, indicamos las consecuencias de la implementación, los beneficios de nuestra propuesta y arribamos a las conclusiones con la finalidad de institucionalizar la regulación del convenio arbitral y las implicancias de la institucionalidad del arbitraje comercial con la modificación del Decreto Legislativo n.º 1071 (ley arbitral peruana) respecto a los convenios flexibles o tácitos.

Finalmente, brindamos algunas recomendaciones y la bibliografía que respalda la presente investigación respecto a la imposición del convenio arbitral y el errado ejercicio del *kompetenz-kompetenz* por parte de algunos árbitros y centros de arbitraje.

CAPÍTULO 1

TEORÍA GENERAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL

1. ANTECEDENTES

Dentro del contexto nacional e internacional diversos autores hacen referencia a los alcances y las implicancias del convenio arbitral, los cuales, de manera general, reseñamos.

Es pertinente iniciar con el aporte de Irene Zegarra, en su libro titulado *La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú*, efectúa un análisis de las formalidades del acuerdo arbitral en los instrumentos internacionales de New York y Panamá, los cuales inspiraron a los legisladores de la ley arbitral peruana: «Así, en primer lugar, la Ley Modelo de la CNUDMI de 1996 sobre el comercio electrónico define el equivalente funcional a la forma escrita y a la firma. 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».¹

La profesora española Pilar Perales,² en el 2007 (un año antes de la vigencia de la ley arbitral peruana), efectúa algunas reflexiones en un ensayo jurídico publicado por la revista *Athina*, en el que afirma que para

¹ ZEGARRA-BALLÓN QUINTANILLA, Irene. *La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes para el Perú*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre / Thomson Reuters, 2015, vol. 34, p. 179.

² PERALES VISCASILLAS, Pilar. «¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI». En *Athina*, 2007, n.º 3, año 2, pp. 205-213.

los intérpretes y operadores jurídicos «la nueva redacción da al escrito el carácter de mera exigencia *ad probationem* del convenio arbitral».

Para María Arias,³ el requisito de forma escrita está consagrado tanto en los tratados internacionales como en el derecho interno. La Convención de Nueva York sólo contempla el reconocimiento y la ejecución del acuerdo arbitral en aquellos casos en los que conste por escrito.

En representación de la doctrina chilena, la profesora Vásquez Palma sostiene: «[...] que la obligación que el acuerdo arbitral figure por escrito ha planteado numerosos problemas en la práctica del arbitraje comercial internacional, al punto que la CNUDMI ha incluido en su plan de trabajo, con carácter prioritario, la eliminación de este requisito de forma, o la flexibilización del mismo».⁴

Siguiendo con Vásquez Palma,⁵ en esta misma línea expresa las siguientes reflexiones.

Actualmente, se ha aprobado una revisión del citado precepto que consagra una doble opción en cuanto a la forma del convenio, la primera obvia cualquier mención al requisito de la escritura, y la segunda asume la exigencia de forma escrita al tenor de la nueva realidad tecnológica.

³ ARIAS, María. «El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez forma». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Arbitraje: el convenio arbitral*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019, vol. 62, p. 112. La Ley Modelo también parte del mismo principio de constancia escrita, habiéndose trasladado el mismo, a su vez, a todas las leyes nacionales que han seguido la Ley Modelo, incluida la Ley española de 2003. «La misma exigencia se recoge tanto en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra el 21 de abril de 1961, como en la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional adoptada en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre derecho internacional privado, celebrada en la ciudad de Panamá, en enero de 1975».

⁴ VÁSQUEZ PALMA, María. *Tratado de arbitraje en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, pp. 369-370.

⁵ *Ibidem*.

Para ello se toma en consideración que la forma escrita no va de la mano de la praxis internacional y la realidad legislativa de varios países, en algunos de los cuales ya no se requiere que el acuerdo arbitral conste por escrito y en otros la definición es tan amplia que prácticamente el requisito ya no se emplea.

Además, este requerimiento puede llegar a ser contraproducente, ya que puede frustrar las legítimas expectativas de las partes y no se justifica si se considera que lo decisivo para la existencia del arbitraje es la voluntad de éstas en la sumisión a un arbitraje.

Tampoco se puede ignorar los avances del desarrollo tecnológico en donde podrían quedar registradas las manifestaciones de voluntad de las partes o el contenido del convenio sin necesidad de escrituración, como, por ejemplo, a través del audio, que tendrá, para efectos prácticos, idéntico valor que si estuviera por escrito.

Finalmente, debe considerarse que la exigencia de la escrituración en muchos casos es soslayada en pos de la auténtica voluntad de las partes y en ningún caso implicará que deba firmarse por las partes, a menos que así se disponga expresamente, sin perjuicio de que ésta última se convierta en un valioso instrumento probatorio.

Gallucio y Mori⁶ establecieron: «En los últimos tiempos la formalidad escrita del convenio se ha venido relativizando y se han ido aceptando distintas figuras de convenio arbitral no necesariamente escritas legalmente asemejadas a ello. Esta flexibilización estaría acorde con los negocios y contratos modernos en los que una interpretación literal del requisito de escritura del convenio arbitral resultaba contraria a las prácticas y usos de comercio».

⁶ GALLUCIO, Giuseppe y Pablo MORI. *Arbitraje comercial: la extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades*. Lima: Ediciones Legales, 2012, pp. 66-72.

En una crítica, Lorca Navarrete menciona: «No es de extrañar que se muestre una importante tendencia a aligerar de requisitos formales el convenio arbitral, lo que ha permitido que, en determinados ámbitos del arbitraje, se concilie la seguridad jurídica con la rapidez y masificación de las transacciones comerciales. Se origina, de este modo, un cambio de criterio en la conceptualización “formalista” del origen negocial del arbitraje inédito a pesar de existir una apariencia, no puede afirmarse rotundamente que se ha procedido a una desformalización o exigencia de un menor formalismo para el convenio arbitral».⁷

Para muchos autores como Mario Castillo y Roger Vidal, la formalidad estricta del convenio arbitral es la que debe primar a fin de generar menores incentivos de posibles inicios de arbitrajes fraudulentos por la inexistencia del convenio arbitral; mientras que profesores como Alfredo Bullard y Fernando Cantuarias, quienes a su vez participaron de la comisión de redacción de la ley arbitral peruana, prefieren mantener el principio de flexibilidad, rechazando las excesivas formalidades que podrían distorsionar los principios del modelo Uncitral y dejar que estos supuestos de arbitraje fraudulento puedan ser cuestionados vía recurso de anulación de laudo ante la justicia ordinaria.

Es importante resaltar que la Ley de Arbitraje de Colombia⁸ permite que el compromiso podrá constar en cualquier documento. Es una redacción bastante ambigua, puesto que documento pueden ser muchas cosas, pero sin hacer mayores esfuerzos, la intención del legislador es la de exigir que el acuerdo arbitral se formalice expresamente por escrito y ello se complementa con el alcance del artículo 20 cuando exige que la demanda arbitral debe presentarse acompañada del pacto arbitral,⁹ exigiendo la carga de la prueba al demandante.

⁷ LORCA NAVARRETE, Antonio. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010, p. 56.

⁸ Artículo 6 de la Ley n.º 1563 de 2012.

⁹ VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances de la ejecución del laudo en sede arbitral y judicial». En *Actualidad Civil*, septiembre 2017, n.º 39, pp. 304-305.

De acuerdo con Azar, Gómez y Ortega: «En México, la forma del acuerdo arbitral es un aspecto fundamental para la existencia de la figura del arbitraje ya que de ésta depende la facilidad con que se pueda acceder a dicho mecanismo, y la manera en que una parte podrá evidenciar que la otra había aceptado someterse al arbitraje».¹⁰

El precepto de la Ley Modelo, de la cual fue adoptada esta disposición (artículo 7), tiene su origen en el apartado II.2 de la Convención de Nueva York, que establece reglas esenciales relacionadas a su validez formal del pacto de arbitraje. La Convención de Nueva York fue el primer instrumento en dotar a la expresión por escrito de un significado uniforme. La Ley Modelo, por su parte, buscó que haya una aplicación uniforme a nivel internacional sobre la forma que debía reunir el acuerdo arbitral. Dentro de los aspectos que los redactores de la Ley Modelo tomaron en cuenta, estuvo el que la mayoría de los países requería que el acuerdo arbitral fuera por escrito y que en aquellos países en los que se permitía que el acuerdo fuera verbal esa forma era poco utilizada por razones de probanza. Consecuentemente, decidieron que el acuerdo de arbitraje debía estar establecido por escrito y establecieron cuatro formas: a) firmado (tradicional); b) intercambio de cartas, télex o telegramas; c) permuta de demanda y contestación; y d) referencia del acuerdo en otro documento.¹¹

En México cabe señalar que la tendencia a la liberación de formas en el arbitraje continúa, todo esto inspirado en el modelo de la Uncitral (ya en tiempos precedentes se optó por eliminar el requisito por escrito de la celebración del acuerdo arbitral), pauta que está reflejada en las modificaciones del Reglamento de Arbitraje de la Canaco.^{12 13}

¹⁰ AZAR MANZUR, Cecilia; GÓMEZ RUANO, Sofia y Elsa ORTEGA LÓPEZ. *Ley mexicana de arbitraje en materia comercial. Análisis y comentarios*. México D. F.: Themis, 2009, p. 44.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de la Ciudad de México.

¹³ AZAR MANZUR, Cecilia; GÓMEZ RUANO, Sofia y Elsa ORTEGA LÓPEZ. *Op. cit.*, p. 46.

El estatuto mexicano de la Canaco, establece la siguiente pauta: «Artículo 1.- Cuando las partes hayan acordado que sus controversias derivadas de una relación contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México o utilicen expresiones que denoten su intención de someterse a este Reglamento, tales controversias se resolverán de conformidad con el presente Reglamento de Arbitraje, sin perjuicio de las modificaciones que las partes pudieran acordar».

Por su parte, la norma que rige las contrataciones internacionales, la Ley Modelo de la CNUDMI, en su numeral 7, mantiene la postura de la necesidad por escrito del acuerdo o cualquier forma, dejando a su vez la posibilidad de la concertación verbal mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Esta posibilidad de permitir ciertos actos u otros medios debería ser interpretada conforme a la teoría de los actos propios.

Los importantes logros y el alto prestigio del arbitraje peruano a nivel internacional en la práctica arbitral desarrollada desde el 2008 a la fecha, vienen siendo perjudicados por la presencia de algunos supuestos que afectan la institucionalidad del arbitraje, entre los cuales señalamos:

- Litigantes, tanto personas naturales como jurídicas, quienes con o sin asesoría legal, tienen pleno conocimiento de los alcances de convenios arbitrales inexistentes y deciden reclamar derechos patrimoniales bajo conductas fraudulentas.
- Maliciosos abogados, sabiendo de la inexistencia del convenio arbitral, inician un arbitraje con o sin conocimiento de sus patrocinados de las implicancias y responsabilidades legales.
- Maliciosos árbitros, quienes sin la verificación de la preexistencia del convenio arbitral deciden tramitar, instalar y laudar con una incorrecta interpretación del principio *kompetenz-kompetenz*.

- Centros de arbitraje, entidades que sin contar con la competencia arbitral institucional y sin deliberación de los consejos o comités consultivos (entes rectores en los centros de arbitraje) otorgan trámites a procesos arbitrales fraudulentos.

Es importante establecer como diagnóstico las principales instituciones del derecho arbitral que se están vulnerando por la mala praxis de litigantes, abogados, árbitros y centros de arbitraje, dentro de las cuales se encuentran las siguientes:

- El principio de fuerza obligatoria.
- La buena fe contractual.
- El derecho de la designación de árbitro de parte.
- El derecho de elección del centro de arbitraje.

2. DOCTRINA QUE ABORDA EL ARBITRAJE Y LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

2.1. Teorías de la naturaleza jurídica arbitral

2.1.1. Antecedentes

Para González de Cossío: «El arbitraje antecede a la jurisdicción estatal. Lo que es más, el arbitraje precede el nacimiento de la nación-Estado».¹⁴

Dentro de la formación de las primeras civilizaciones en diversos continentes, la administración de justicia mantenía un ejercicio exclusivo del estado o la clase dominante, lo cual no sucedió en épocas anteriores, donde el integrante más anciano, sabio, líder espiritual, e incluso el más

¹⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004, p. 2.

fuerte, mantenía condiciones de juez o de tercero para dirimir controversias del grupo familiar o clan.

Siguiendo la línea de González de Cossío:

A finales del siglo XIX y a principios del siglo XX comenzó el desarrollo del arbitraje internacional moderno; sin embargo, una parte importante del mismo seguía basándose en legislaciones nacionales. La forma en que las jurisdicciones nacionales aproximaban y regulaban el arbitraje reflejaba diferentes concepciones y actitudes legislativas y judiciales de dicho mecanismo. Como resultado, el régimen internacional era dispar y, en ocasiones, frontalmente contradictorio. Inclusive, en ocasiones legislaciones y jueces estatales eran renuentes a reconocer que el mundo comercial estaba utilizando el arbitraje en lugar de la jurisdicción estatal. Con frecuencia cortes estatales percibían al arbitraje como un rival.¹⁵

El panorama internacional ha cambiado radicalmente. En este aspecto González de Cossío sostiene: «Hoy por hoy existe una convergencia mundial tanto en la letra de la ley como en su aplicación sobre el contenido del derecho arbitral. Un resultado favorable de dicha convergencia ha sido un enriquecimiento legislativo y jurisprudencial mutuo de las experiencias y soluciones que diferentes legislaciones y judicaturas han adoptado en la aplicación de un mismo (sea uniforme o armónico) cuerpo normativo».¹⁶

Del Águila afirma que: «Desde finales del siglo XX, luego de la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el proceso ideal en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de su propia justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde *jueces particulares*, a través de un laudo, resuelven una

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

determinada controversia con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial».¹⁷

Rodríguez y González, respecto al desarrollo del arbitraje en la historia, mencionan: «Muchas industrias han desarrollado normas especiales que reglamentan su actividad comercial, como es el caso de los diamantes, algodón, té, granos, cine y artes gráficas, entre por lo menos 50 industrias más. En estos casos, los comerciantes han desarrollado normas sustanciales propias, que reglamentan la actividad y que resultan aceptadas por todos los agentes que intervienen en esos mercados, sin importar su nacionalidad».¹⁸

Siguiendo el criterio de Rodríguez y González: «Se debe reconocer al arbitraje su rol de promotor de derecho comercial privado, pues estas reglas especiales de una industria, pasan a ser rectoras de los actos jurídicos gracias a la posibilidad de estipulación, de ley sustancial en el pacto arbitral. La ventaja de pactar esas reglas específicas de la industria se incrementa en la medida que árbitros especializados conocedores de esa industria pueden resolver los conflictos entre comerciantes, en un análisis del arbitraje desde una perspectiva económica».¹⁹

En la experiencia peruana, determinados gremios empresariales y profesionales han conformado sus centros de arbitraje y reglamentos, como el Colegio de Ingenieros del Perú, el Instituto Nacional de Derecho de Minería y Petróleo, la Cámara Peruana de la Construcción, el Colegio de Abogados de Lima y algunas universidades.

Consideramos que a raíz de la caída del muro de Berlín y de la desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, el

¹⁷ DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Arbitraje. Principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011, p. 17.

¹⁸ RODRÍGUEZ BRAVO, Sebastián y José GONZÁLEZ MARIÑO. *Análisis económico del arbitraje comercial internacional. Su aplicación en el derecho mercantil colombiano, trabajo de grado*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004, p. 138.

¹⁹ *Ibidem*.

modelo económico de libre mercado ha logrado ingresar en las principales economías (Unión Europea, China, algunas naciones árabes e incluso diversos bloques económicos: Nafta,²⁰ Mercosur,²¹ APEC²² y Comunidad Andina de Naciones).

En consecuencia, se destaca que las prácticas comerciales internacionales y nacionales han incorporado la denominada justicia arbitral como requisito de seguridad jurídica a fin de mantener una estabilidad y proteger las inversiones.

Es importante destacar los aportes efectuados por la Organización Mundial del Comercio y las reglas Uncitral²³ que en buena cuenta vienen estandarizando las reglas arbitrales en las diversas prácticas comerciales. En esta ola de desarrollo del arbitraje, el Estado peruano, en el 2008, conforme al Decreto Legislativo n.º 1071 puso en vigencia una nueva ley de arbitraje que hasta la fecha mantiene un gran prestigio en la comunidad jurídica arbitral, nacional e internacional, por la incorporación de novedosas instituciones (no signatarios) y a lo largo de sus 78 artículos y disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y finales regulan flexibilidad, libertad, buena fe y altos estándares arbitrales.

Según Moreno Rodríguez: «Los principios Unidroit²⁴ consagran la libertad contractual o de vincularse o no por dicha vía y, en su caso, determinar el contenido de lo pactado. Gran parte de la normativa de los principios es dispositiva o supletoria, lo que significa que puede ser

²⁰ North American Free Trade Agreement (Tratado de Libre Comercio de América del Norte - TLCAN, en español).

²¹ Mercado Común del Sur.

²² Asia-Pacific Economic Cooperation (Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico - FCEAP, en español).

²³ Es pertinente mencionar otros instrumentos contractuales internacionales como la Convención de Viena o los principios de derecho europeo de los contratos.

²⁴ Institut International pour L'unification du Droit Privé (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado).

dejada de lado por voluntad de las partes, salvo determinadas reglas contrarias a conductas desleales o abusivas».²⁵

Existe una amplia apertura hacia la aplicación de los usos y costumbres del comercio internacional; sumado a ello, la cuarta revolución industrial del internet y nuevas tecnologías, traen consigo nuevos preceptos y retos en la contratación comercial y estatal.

La Convención de la ONU²⁶ para la Venta Internacional de Mercaderías, conocido como el Tratado de Viena, ha logrado estandarizar reglas contractuales y de interpretación entre los contratantes de los diversos estados, donde se concibe que los contratos de compraventa no requieren mayores formalidades y prima la buena fe respecto a formalidades; entre las más destacadas se encuentran:

- Conforme al artículo 11, existe una amplia libertad de forma: «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».
- En el artículo 14, inciso 1, se resalta la posibilidad de generar la vinculación de los actos jurídicos tácitos: «La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos», sin dejar de interpretar el silencio, según el artículo 18, inciso 1: «Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta constituirá

²⁵ MORENO RODRÍGUEZ, José. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: Thomson Reuters - La Ley, 2013, p. 295.

²⁶ Organización de las Naciones Unidas.

aceptación. El silencio o la inacción, por sí solos, no constituirán aceptación».

- La Convención de Viena establece que el perfeccionamiento del contrato se genera con la aceptación de la oferta, conducta contractual regulada en el artículo 23: «El contrato se perfeccionará en el momento de surtir efecto la aceptación de la oferta conforme a lo dispuesto en la presente Convención».

Continuando con los antecedentes legislativos del arbitraje, Quiroga León afirma que: «Años después, a finales del siglo XX [...] El Código Civil de 1984, que entró en vigencia el 14 de noviembre de ese año, derogando el Código Civil de 1936, trajo como novedad la referencia a la cláusula compromisoria arbitral, entre sus artículos 1906 y 1922 —dispuestos en su Título XI de la Sección Segunda, “Contratos nominados”, de su Libro VII, Fuentes de las Obligaciones— y que fueron, posteriormente, derogados». ²⁷ Dicha regulación trajo consigo serias críticas debido a la falta de reconocimiento jurisdiccional de la institución arbitral y el surgimiento de contradicciones en el uso supletorio del Código de Procedimientos Civiles de 1912.

La promulgación de nuestra primera Ley de Arbitraje trajo consigo mejoras en la regulación, tal como afirma Quiroga León: «De este modo, dicha regulación superó y suprimió para siempre de nuestra legislación la antigua y clásica dicotomía entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral que, en verdad, poca aplicación y utilidad tuvo el tiempo de su vigencia de poco menos de nueve años». ²⁸

Dicha ley sólo mantuvo su vigencia durante tres años siendo reemplazada por la ley de arbitraje de 1996.

²⁷ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, vol. 46, p. 102.

²⁸ *Idem*, p. 108.

Considerando el alto crecimiento del Perú y su inserción en la economía global, fue necesaria la reforma absoluta de la anterior ley arbitral peruana (1996), lo que se vio reflejado a partir el año 2008. Dentro de esta reforma se tuvo como finalidad adecuarnos a los estándares arbitrales internacionales, conforme a las directrices establecidas por las reglas contractuales del modelo Uncitral, la Convención de Nueva York, el Tratado de Viena y por la suscripción del tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América. Como resultado del trabajo de diversos expertos nacionales y extranjeros se logró promulgar el Decreto Legislativo n.º 1071 (ley arbitral peruana), que generó importantes comentarios y diversos estudios en el ámbito arbitral internacional por sus aportes y altos estándares.

2.1.2. Teorías del arbitraje

El debate respecto a las diversas teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, desde la percepción procesal, contractual y mixta, ha desarrollado postulados sólidos y, en otras ocasiones, sin mayor profundidad; sin embargo, el desarrollo del arbitraje peruano viene ampliando el debate respecto a la naturaleza consensual u obligatoria de la justicia arbitral, que se presenta en el arbitraje en contrataciones estatales, que para un sector de la doctrina representa un arbitraje forzoso y, por su adecuación a un procedimiento administrativo, con algunas características del litigio arbitral.²⁹

Para Quiroga León: «La naturaleza jurídica del arbitraje ha sido objeto de un largo debate desde hace mucho. En nuestra opinión, esto se debe —en gran medida— a que se ha abordado la institución con desconocimiento fundamental de los aspectos básicos que aporta la ciencia del proceso [...]».³⁰

²⁹ Los denominados arbitrajes administrativos se están extendiendo a otras modalidades como los arbitrajes de consumo y los de salud iniciados ante el Centro de Arbitraje de Susalud (Superintendencia Nacional de Salud).

³⁰ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Op. cit.*, p. 79.

Para el objetivo que nos convoca en la presente investigación trataremos tres teorías que abordan la esencia del arbitraje: a) teoría contractualista; b) teoría procesalista o jurisdiccionalista; y c) teoría mixta o híbrida.

Respecto a la primera teoría, sostiene Quiroga León: «Que el arbitraje es un negocio jurídico que sólo depende de la voluntad de los sujetos, de los negocios jurídicos cuyo contenido sea transaccional. De este modo, es posible consagrar como su base inicial una cláusula arbitral».³¹

El enfoque respecto de la segunda teoría planteada, Quiroga León nos dice: «Que los árbitros son unos verdaderos jueces, que ahí está el imperio del Estado a través de los particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia y que en esa condición fallan mediante sus laudos. Éste es el enfoque jurídico jurisdiccional o procesal».³² Aportamos que la potestad de administrar justicia por los árbitros es transitoria y que culminará con la emisión del laudo, su renuncia, fallecimiento o una recusación fundada.

Finalmente, Quiroga León concluye con relación a la teoría ecléctica: «[...] reúne las dos características anteriores. Es decir, que el arbitraje nace del conflicto, se perfecciona por la voluntad de las partes, tiene una regulación jurídica procesal reconocida por el Estado; en cuanto su inicio y realidad general, la incompetencia del Poder Judicial y su decisión final (laudo) es reconocida por el Estado con la autoridad de cosa juzgada, lo que impide que el Estado permita que nadie pueda controvertir lo así laudado en un ulterior proceso jurisdiccional».³³

³¹ *Ibidem.*

³² *Ibidem.*

³³ ARÉVALO REYES, Héctor. *Arbitraje. Arbitramento en derecho, en equidad, técnica, legal, institucional e independiente o ad-hoc*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012, p. 6.

En sede nacional es importante resaltar el precedente vinculante constitucional establecido por el caso Cantuarias, donde se efectúa un análisis doctrinario y normativo de la denominada jurisdicción arbitral, destacando los siguientes argumentos:³⁴

11. Es justamente, la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y las características que la definen, las cuales permiten concluir a este colegiado que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional. La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución. De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión, pues aunque es fundamentalmente subjetivo, ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51 de la carta magna; ambas dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este colegiado. Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un tribunal arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales. Todo ello hace necesario que este tribunal efectúe una lectura *ius publicista* de esta jurisdicción, para comprender su carácter privado, ya que, de lo contrario, se podrían desdibujar sus contornos constitucionales.

12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139 de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el tribunal

³⁴ STC Exp. n.º 06167-2005-PHC-TC, ff. jj. 11-12.

considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Conforme a lo anteriormente expuesto, a nuestro criterio, resulta impertinente establecer que los tribunales arbitrales no mantienen jurisdicción. El arbitraje mantiene una jurisdicción constitucional, especial y temporal otorgada a los árbitros por las partes, quienes ejercerán plenamente su *kompetenz-kompetenz* desde la aceptación hasta la emisión del laudo, incluso a las resoluciones respecto a los recursos poslaudo y ante la ejecución del laudo en sede arbitral.

2.1.2.1. Teoría contractual

De acuerdo con Rezzonico: «La libertad contractual, considerada por algunos autores como un ideal, forma parte de la autonomía privada, asentada ésta, a su vez, en los principios de autodeterminación y autorresponsabilidad. Esa autonomía posibilita a los interesados escoger su parte y, en definitiva, hacer su contrato en libertad. El derecho privado de hoy presupone que los particulares pueden conformar sus relaciones jurídicas con autodeterminación y autorresponsabilidad, adecuándolas a sus necesidades e intereses y para ello reconoce, con algunas limitaciones, la libertad contractual».³⁵

³⁵ REZZONICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999, p. 205.

Consideramos que la autonomía privada representa la libertad más importante concedida por el Estado a la persona natural o jurídica, con este pleno poder absoluto, bajo los límites excepcionales fijados por la ley. Con amplia libertad, se ejercita la libertad de vincularse con diferentes personas, negociar las condiciones o cláusulas y, finalmente, conservar intacto el derecho (con justa razón) de retirarse de alguna negociación o culminar un contrato conforme al marco contractual lícito.

Para Vidal Ramírez, «la teoría contractualista fundamenta la naturaleza del arbitraje en el convenio arbitral, considerándolo como un contrato entre las partes, ya que resulta indudable la existencia de un acuerdo para solucionar las controversias por una vía alterna al Poder Judicial [...]».³⁶

La teoría contractual del arbitraje siempre reposa en el acuerdo de las partes de alejarse de la jurisdicción ordinaria y acudir a la justicia privada arbitral. Este ejercicio de la libertad contractual no se limita al acuerdo de la jurisdicción arbitral; se podrá incorporar acuerdos adicionales (plazo de laudo, requisitos de designación de árbitros, honorarios y reglas procesales); este principio de autonomía de las partes sobre el arbitraje se conserva incluso en las actuaciones arbitrales como la ya inusual audiencia de instalación, propuesta de las reglas arbitrales, y en otras etapas donde el acuerdo de las partes (suspensión del arbitraje, transacción o desistimiento) podría imponer a los árbitros el cumplimiento estricto de la voluntad de las partes litigantes.

En el contexto reciente de la COVID-19 se generó la suspensión de plazos procesales establecidos por varios centros de arbitraje en el Perú, y en fechas posteriores se determinó que era necesario el acuerdo y aceptación expresa de las partes a fin de levantar la suspensión, directiva con la cual se resaltó la importancia de salvaguardar el principio

³⁶ GARCÍA ASENCIOS, Frank. *Amparo versus arbitraje*. Arequipa: Adrus, 2012, p. 3.

consensual del arbitraje y protección del derecho de defensa de las partes.

Según Vázquez Palma: «El origen del arbitraje es eminentemente contractual, lo que equivale a reconocer el carácter de libertad que conlleva su establecimiento. Su importancia es tal, que actualmente existe pleno consenso en la doctrina de derecho internacional y comparado en reconocer que no puede hablarse de arbitraje prescindiendo de este elemento, lo que obliga a relacionar este instituto con la libertad y autonomía en su instauración, de modo que este elemento se vuelve un requisito *sine qua non* del mismo».³⁷

La lógica argumentativa, según lo menciona Vázquez Palma en su *Tratado de arbitraje en Chile*, es la siguiente: «Si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, si la autonomía es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre esos ciudadanos y si la Constitución establece un marco de libertad y de autonomía jurídica, la conclusión necesaria es que nada puede impedir que los titulares de esos derechos decidan resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción estatal, principalmente, si consideramos que estos derechos sólo revisten de interés particular».³⁸

Complementando la posición de la teoría contractual, consideramos que resulta importante establecer que predominará siempre el interés privado de los sujetos contratantes, siendo la esencia del pacto la renuncia a la justicia tradicional estatal y la denominada contractualización del proceso arbitral. Se debe tener en cuenta que las partes en ejercicio de la autonomía privada pueden proponer, modificar o retrotraer diversas reglas procesales, características que no se mantienen en un proceso judicial, lo cual no implica la vulneración del debido procesal arbitral.

³⁷ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 157.

³⁸ *Ibidem*.

La esencia del arbitraje reposa en dos principios contractuales primordiales: la voluntad y la libertad de que el convenio arbitral genere los efectos contractuales y procesales pactados por los contratantes, esencia que debe permanecer vigente en la interpretación arbitral.

2.1.2.2. Teoría procesalista

Quiroga León afirma: «La teoría jurisdiccionalista asume al arbitraje como uno de los tipos de proceso judicial cuyo esquema, configuración y fórmula vienen dados por el Estado y están dispuestos por la ley. Desde este punto de vista, el arbitraje sería tan sólo una de las formas que puede adquirir el proceso, sólo que más liberal y con mayor incidencia de la intervención de las partes».³⁹

Según Mallandrich: «Para esta concepción, el Estado tiene la función de controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción [...]. Por consiguiente, si puede tener lugar la solución de una controversia por un medio distinto a dicha facultad, ello ocurre, puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita».⁴⁰

En este caso nos encontraríamos frente a una delegación por parte del Estado soberano que concentra la facultad de administrar justicia en su territorio, delegación dirigida a los árbitros o tribunales arbitrales, la cual encontraría similitud entre la ejecución de un laudo con la ejecución de una sentencia por los fueros estatales; sin embargo, es necesario establecer que los árbitros mantienen la limitación de la *coertio*, por cuanto no pueden apelar al requerimiento del uso de la fuerza pública a fin de dar cumplimiento al mandato arbitral establecido en un laudo, siendo necesario recurrir a la vía jurisdiccional ordinaria estatal. Ésta es una de las principales limitaciones y críticas a la justicia arbitral ante el no cumplimiento voluntario del laudo.

³⁹ QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Op. cit.*, p. 85.

⁴⁰ MALLANDRICH MIRET, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010, p. 58.

Para Vidal Ramírez: «La posición de la teoría jurisdiccional se fundamenta en considerar la labor de un árbitro idéntica al juez del órgano estatal de justicia, pues ambos conocen y emiten fallos que buscan resolver controversias. Del mismo modo, la decisión final del árbitro es equiparada a la sentencia judicial, ya que tienen valor de cosa juzgada».⁴¹

En este contexto, el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre el arbitraje, conforme a lo reseñado por Quiroga León: «Estableciendo que es una jurisdicción excepcional y auténtica, que goza de independencia e imparcialidad, que le corresponde —de acuerdo al convenio arbitral pactado por las partes— que el conflicto que se someta a su competencia se resuelva vía arbitral».⁴² Así, ha señalado:

Tercero.- Que, el arbitraje es considerado como una jurisdicción excepcional dentro del contexto de la Constitución Política del Estado, y que goza de independencia e imparcialidad en su función, según lo ha considerado el Tribunal Constitucional en el fundamento 9 de la sentencia [...] n.º 6167-2005-PHC/TC; considerando respecto de este extremo, en el fundamento 10, que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias, y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición, y sobre todo para la resolución de las controversias que se generen en la contratación nacional o internacional.⁴³

Es imposible no resaltar que el arbitraje mantiene reglas procesales innatas —absolutamente distintas a las reglas jurisdiccionales de la justi-

⁴¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 9.

⁴² QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Op. cit.*, p. 92.

⁴³ Casación n.º 635-2007-Lima.

cia ordinaria—, entre las cuales se encuentran: competencia, confidencialidad, derecho de designación de árbitro, facultad de imponer o proponer reglas procesales a los juzgadores, entre otras.

A su vez, el arbitraje mantiene la esencia de ciertas instituciones procesales de la justicia ordinaria que guardan perfecta armonía y aplicación procesal, entre las cuales destacamos: la prueba de oficio, el *iura novit curia*, el *derecho de defensa*, la motivación del laudo, la tutela del debido proceso arbitral, etc.

2.1.2.3. Teoría mixta

Quiroga León, respecto a la teoría mixta, nos dice: «Consiste, básicamente, en una compatibilización de las teorías antes expuestas. Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por otro lado, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado el arbitraje sería de poca utilidad».

De acuerdo con Vidal Ramírez: «Esta teoría ecléctica postula que el origen contractual del arbitraje es un contrato, reflejo de la libertad contractual que tienen las personas. Asimismo, reconoce la tesis jurisdiccional debido a la actividad de emitir la decisión final por los árbitros, además de los efectos de cosa juzgada que produce el laudo arbitral».⁴⁴

Consideramos que el aspecto contractual se mantiene respecto a los alcances del convenio arbitral y su incidencia con las reglas complementarias al proceso arbitral, y su ámbito procesal se mantiene en conexión a los principios esenciales del litigio arbitral.

Para González de Cossío: «De conformidad con esta postura, los árbitros realizan un acto jurisdiccional, pero carecen de poder judicial

⁴⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 26.

alguno. No existe acto alguno de delegación de poder estatal. Se limitan a resolver, en base a derecho, un conflicto. La función del árbitro es equivalente a la de un juez, pero no de un Estado particular. Mientras que un juez está investido, en principio, de poder público estatal, la decisión del árbitro no tiene dicho poder público».⁴⁵

2.1.2.4. Nuestra posición

Consideramos que la teoría mixta es la más pertinente a fin de entender la naturaleza jurídica del arbitraje desde la visión contractual; el pacto arbitral puede ser tan extenso que implicaría la generación de obligaciones patrimoniales y procesales a las entidades (centros de arbitraje) y a las personas (árbitros, peritos, testigos, etc.), más aún considerando que los principios contractuales (libertad contractual, fuerza obligatoria y buena fe) se mantienen intactos en las diferentes etapas contractuales, lo cual se conservará incluso en el litigio arbitral.

Desde una visión procesal, el litigio arbitral permite que las partes en ejercicio de su autonomía puedan fijar reglas procesales o complementar a las ya establecidas en los reglamentos arbitrales; sin embargo, los principios de libertad de regulación, flexibilidad y especialidad revisten al arbitraje de una naturaleza procesal sui generis a la justicia exclusiva que brinda el Estado; por lo tanto, el arbitraje mantiene una característica contractual y procesal que en determinados momentos podrían ser aplicadas de manera simultánea o desplazar (en fase de litigio) la exclusiva característica procesal del arbitraje.

⁴⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: homenaje a don Raúl Medina Mora*, p. 15. Recuperado de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDCA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>.

2.2. Naturaleza jurídica de la función del árbitro

La función de árbitro es ejercida por una persona natural (artículo 20 de la Ley Arbitral)⁴⁶ con plena capacidad de goce y ejercicio, que mantiene alta pericia sobre aspectos legales y técnicos a fin de resolver una controversia. Este juez privado puede ser abogado o de otra profesión, siendo su servicio retribuido económicamente, sin ninguna forma de subordinación, y mantiene intacta la obligatoriedad de ejercer los principios de imparcialidad e independencia desde la aprobación a la designación, la notificación del fallo, e incluso los actos procesales poslaudo.

Es transcendental señalar que la confianza representa un elemento fundamental en la designación del árbitro por los contratantes y del tercer miembro (quien presidirá el colegiado) por los árbitros, por cuanto esta confianza implica la buena fe en entender que la persona designada efectuará la función arbitral con amplia solvencia profesional y ética. Nadie designará un árbitro desconocido o completamente extraño del fuero arbitral, la confianza no puede ser entendida como beneficio o facilitación de cualquier aspecto del arbitraje.

La confianza constituye un valor esencial (si no el primordial) para el desarrollo de la actividad arbitral, siendo la elección del «juez privado» una de sus manifestaciones más importantes. Así, las partes que intervienen en un arbitraje tienen la legítima expectativa (es decir, confían) en que el árbitro o los árbitros elegidos no solamente conduzcan el arbitraje con independencia e imparcialidad, sino que en todo momento recaiga sobre ellos también la apariencia de ser imparciales e independientes, estos criterios están siendo incorporados

⁴⁶ Decreto Legislativo n.º 1071. Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Artículo 20.- «Capacidad

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

por los centros de arbitraje (Pontificia Universidad Católica del Perú) al momento de solucionar las recusaciones arbitrales.

A fin de explicar las características más importantes de la función arbitral, las especificaremos en los párrafos siguientes.

2.2.1. Aceptación

El acto formal de aceptación, al ser designado como árbitro de parte o ser designado por los coárbitros en calidad de presidente del tribunal arbitral, siempre implicará una formalidad *ad solemnitatem*. La misma conlleva a comunicar a las partes, primero, la aceptación y, segundo, mantener la formalidad de comunicar en adelante cualquier hecho que requiera ejercer su deber u obligación de revelar a las partes cualquier circunstancia que tenga por finalidad proteger los principios de imparcialidad e independencia de la función arbitral.

La ley arbitral del Perú, en el artículo 22, inciso 4, prescribe: «Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento».

Asimismo, es importante efectuar otra interpretación del artículo 23 del Decreto Legislativo n.º 1071 respecto a la potestad de las partes de ejercer autonomía del procedimiento de nombramiento de los árbitros. Es pertinente señalar la competencia de las cámaras de comercio en todo el territorio peruano para designar de manera residual a los árbitros cuando alguna de las partes no ejerza su derecho de designación de árbitro o los árbitros no arriben a un acuerdo para la designación del tercer árbitro o presidente del colegiado.

Algunos reglamentos de instituciones arbitrales⁴⁷ fijan un procedimiento de ratificación después de la aceptación de la designación de un árbitro que no integre la nómina de árbitros de dicha institución arbitral, tal cual sucede con el centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú que mantienen el criterio de la «ratificación del árbitro designado».

Finalmente, es fundamental respetar las reglas de designación establecidas por las partes en su convenio arbitral, sea en las modalidades de arbitraje *ad hoc* o institucional. Los árbitros tienen la obligación de comunicar de manera formal su aceptación, con lo cual se estaría generando efectos obligacionales procesales para que el árbitro, desde su aceptación, comience ejerciendo formalmente el principio *kompetenz-kompetenz*.

2.2.2. Imparcialidad

El principio procesal de imparcialidad se encuentra establecido para el ejercicio de toda función jurisdiccional, pero consideramos que cobra mayor trascendencia en la justicia arbitral, pues la imparcialidad exige que los árbitros, desde el momento de su aceptación, actúen en plena libertad y brinden las máximas garantías de equidad, neutralidad y prudencia para respetar los derechos procesales de las partes litigantes a lo largo de todo el proceso y de modificar cualquier acto procesal (incluso de oficio) sin que implique vulnerar este principio.

Según Vásquez Palma: «La imparcialidad implica neutralidad y distancia del asunto que somete a su decisión, se trata de una predisposición

⁴⁷ Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la CCL. Artículo 12, inciso 4: «Para confirmar un árbitro, el Consejo toma en consideración, entre otros criterios, su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con los Reglamentos, los términos de su declaración de imparcialidad e independencia, así como la especialidad y experiencia en la materia controvertida en el caso que se trate, los requisitos exigidos por las partes y cualquier otra circunstancia relevante. En los arbitrajes internacionales se toma en cuenta, además, la nacionalidad o la residencia del árbitro y el conocimiento del idioma o idiomas aplicables al arbitraje».

que ha de guardar en todo momento el árbitro con respecto a la litis sobre la que ha de laudar». ⁴⁸

En este contexto Charry Uribe establece: «Debemos tener en cuenta que la finalidad e importancia de la figura de la recusación consiste en mantener la imparcialidad de los fallos sobre todo en aquellos casos, en que, a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones, de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia». ⁴⁹

Merino Merchán afirma que: «No existe *a priori* una regla objetiva o medible para establecer esta imparcialidad por pertenecer al mundo de lo subjetivo, pero se podría indicar que la parcialidad comienza cuando sin motivación, o con una motivación insuficiente, se otorga prevalencia a la tesis de una de las partes sobre la evidencia legal incontrovertible o se considera acreditado un hecho que no ha podido ser probado ni siquiera de forma indiciaria». ⁵⁰

Es importante destacar el criterio establecido por el Centro de Arbitraje de la PUCP: «Se refiere a un estado de la mente del tercero llamado a resolver, que tiene dos componentes: uno objetivo y otro subjetivo, el primero alude a garantizar que no existan hechos o circunstancias externas que generen dudas sobre el árbitro y, el segundo, se refiere a la conciencia y libertad que tiene el árbitro respecto a sus propios prejuicios y sesgos hacia una de las partes en el arbitraje o hacia la materia en controversia que se le presenta». ⁵¹

⁴⁸ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 195.

⁴⁹ CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional*. Bogotá: Universidad Javeriana, 1988, p. 53.

⁵⁰ MERINO MERCHÁN, José. *Estatuto y responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje*. Navarra: Thomson-Arazandi, 2004, pp. 46-58.

⁵¹ AYTON, Peter y Geneviève HELLERINGER. «Bias, Vested Interests and Self Deception in Judgment and Decision-Making: Challenges to Arbitrator Impartiality». En COLE, Tony, ed. *The Roles of Psychology in International Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017, pp. 21-44.

Por ello, el análisis de una posible parcialidad incluye tanto las conductas, circunstancias o situaciones que rodean al árbitro como la existencia de sesgos a favor o en contra de una parte incluyendo el cuestionamiento a su práctica profesional. En el caso de un incidente de recusación, será la valoración que realice un tercero (corte de arbitraje en este caso) de los componentes antes descritos, la que determinará si existe o no algún factor que pudiera afectar la imparcialidad en un árbitro, para que continúe desempeñándose como tal.⁵²

En buen criterio de Picó I Junoy: «La objetividad del árbitro es lo que justifica la recusación, pues una *ratio esendi* se encuentra en la sospecha o creencia, de alguna de las partes, de que su actuación no será todo lo recta, honesta o incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene».⁵³

2.2.3. Independencia

La independencia implica que los árbitros no mantengan ningún tipo subordinación entre los mismos árbitros, con los abogados o representantes de las partes litigantes.

Conforme a las reglas IBA y las buenas prácticas arbitrales es fundamental que los árbitros de manera constante, mediante la ampliación de su deber de revelación, comuniquen a las partes si en fecha posterior a la aceptación han recibido nuevas designaciones por las que se encuentran en el litigio o algún tipo de asesoría legal, lo cual, de ocurrir este «supuesto» consideramos que el árbitro debería renunciar a su función por haber incurrido en una evidente pérdida de la independencia.

⁵² Criterios incorporados en fallos respecto a recursos de recusación resueltos por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

⁵³ PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1988, p. 41.

Este concepto, a criterio de Picó I Junoy: «Alude al eventual vínculo de dependencia (comercial, laboral, familiar, etc.) que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. La independencia, es un criterio objetivo, ya que puede ser comprobado conociendo las situaciones fácticas que las partes manifiestan y presentan a su vez como pruebas».⁵⁴

Clay,⁵⁵ que ha estudiado en profundidad todas las cuestiones relacionadas con los árbitros, apunta que las dos nociones son distinguibles claramente y establece: «La independencia —o mejor aún la ausencia de ella— se apoya en circunstancias objetivas, fácilmente comprobables, como los vínculos que tiene con una de las partes; mientras que la parcialidad reposa sobre elementos subjetivos que emanarán fundamentalmente del razonamiento seguido por el árbitro. De allí que señale que la jurisprudencia francesa ha elegido una expresión a medio camino entre ambos conceptos, como lo es “independencia de espíritu”, que la ley inglesa haya prescindido de la distinción, lo mismo que en las leyes sueca, suiza y varios reglamentos arbitrales».

Para Rivera: «la distinción no deja de ser útil en tanto se advierta que la parcialidad de un árbitro puede exteriorizarse no sólo en el momento de dictar el laudo. Por el contrario, es perfectamente posible que ello se manifieste en la conducción del proceso arbitral, el manejo de las audiencias, la manera de interrogar a los peritos o los expertos, etcétera».⁵⁶

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ CLAY, Thomas; VAN COMPERNOLLE, Jacques; TARZIA, Giuseppe y Lotario DITTRICH. *L'impartialité du juge et de l'arbitre: Étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 2006, p. 213 y ss.

⁵⁶ RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 242.

Estos acontecimientos también permitirán a las partes recusar al árbitro, no por falta de independencia, sino por parcialidad durante el trámite del arbitraje, de acuerdo con lo expuesto por Rivera.⁵⁷

2.2.4. Confidencialidad

Una de las principales características del litigio arbitral se mantiene en el principio de confidencialidad, el mismo que conserva muchos enfoques de carácter legal, económico, estratégico y empresarial.

El principio de confidencialidad está vinculado a las llamadas obligaciones de no hacer, que consisten en una prohibición o abstención contractualmente aceptada por el deudor y en la mayoría de las oportunidades impuestas por el acreedor, con relación a los aspectos relacionados a la información financiera, laboral, legal, tributaria, lista de clientes o proveedores, o secretos industriales dentro del ámbito de los contratos corporativos o mercantiles.

El recordado profesor colombiano Fernando Hinestrosa, respecto a las obligación de no hacer, emplea el siguiente criterio: «Prestación negativa, deber de abstención: aquí el interés del acreedor consiste en que una determinada situación permanezca inalterada, y en que el deudor está obligado a no ejecutar durante el tiempo señalado y en un determinado territorio en forma geográficamente absoluta una actividad propia, de suyo lícita y para él libre, de cuyo ejercicio prescinde o ha de prescindir en esos términos en obsequio del acreedor. Dejar *de emprender una actividad corporal o intelectual*, algo determinado que de otra manera sería normal y lícito hacer».⁵⁸

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 228-229.

El profesor Tartuce, respecto de los alcances de la obligación de no hacer, sostiene: «Las cuales siempre serán fungibles y personalísimas (*intuitu personae*), siendo también predominantemente indivisibles por su naturaleza, conforme al artículo 258 del Código Civil brasileño, además la obligación de no hacer podría tener origen de fuente legal o convencional».⁵⁹

En efecto, las obligaciones de no hacer son obligaciones indivisibles, no podría dividirse la obligación de la confidencialidad respecto a los aspectos relacionados a un contrato de franquicia o secretos industriales, por lo general el acreedor impone que la prestación de no hacer, proteja en forma completa el contrato, anexos y futuras adendas.

Por otro lado, si bien las obligaciones de no hacer son de carácter personalísimo, siempre y cuando esta prestación pueda ser determinada ante una persona natural, pero si la obligación implica la presencia de una persona jurídica (derecho privado o público), la obligación de no hacer se extiende a los funcionarios, trabajadores e incluso terceros (locadores y contratación laboral indirecta); ejemplos como la confidencialidad del estudio de abogados, de las empresas consultoras de intermediación o tercerización, representan ejemplo perfecto de la forma como la obligación no se extiende a un solo individuo y generará una obligación colectiva de no hacer.

La profesora Diniz contribuye: «La obligación de no hacer es aquella en la cual el deudor asume el compromiso de abstenerse de algún acto que podría practicar libremente si no tuviera la obligación para atender el interés jurídico del acreedor o de un tercero. Se caracteriza, por lo tanto, por una abstención de un acto, por parte del deudor en beneficio del acreedor o un tercero.»⁶⁰

⁵⁹ TARTUCE, Flavio. *Direito Civil das obrigações e responsabilidade civil*. Decimocuarta edición, trad. propia. Río de Janeiro: Forense, 2019, p. 70.

⁶⁰ DINIZ, María Elena. *Curso de derecho civil brasileño. Teoría general de las obligaciones*. Trigesimocuarta edición, trad. propia. São Paulo: Saravia, 2019, p. 130.

El principio de confidencialidad se encuentra enmarcado dentro de las obligaciones de no hacer que implica una protección a las actuaciones arbitrales que en buena cuenta involucran obligaciones de carácter personalísimo (árbitros, secretarios, abogados, testigos, peritos, etc.).

En nuestro caso, el principio de confidencialidad se encuentra prescrito en el numeral 51 de la ley arbitral peruana.

Conforme al principio de confidencialidad, los árbitros mantienen una obligación expresa de no revelar el contenido de los diversos escritos, medios probatorios, audios o grabaciones de las audiencias, detalle de los peritajes, consulta con otros abogados o árbitros sobre la controversia o adelantar criterios sobre las resoluciones de trámite e incluso la decisión del laudo.

La confidencialidad también es vinculante para las partes procesales: abogados, peritos, secretarios arbitrales y otros profesionales que de alguna forma hayan participado en el arbitraje; esta confidencialidad siempre se va a extender a los testigos, peritos y expertos que deberán mantener la reserva pertinente.

Las partes, de común acuerdo, podrían levantar el principio de confidencialidad en cualquier momento del proceso arbitral e incluso en el mismo laudo, supuesto que raramente sucede en la práctica arbitral.

Respecto al plazo o la duración de la confidencialidad, por los menos en los arbitrajes comerciales se entiende que se mantendría durante y después de la culminación del arbitraje. Los árbitros y las partes tampoco podrían revelar toda información relacionada a un arbitraje ya concluido, lo cual no sucede en los arbitrajes en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto el OSCE⁶¹ cumple con brindar publicidad a los diversos laudos que se encuentran en su portal

⁶¹ Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

web bajo la aplicación del principio de interés público, generando un camino libre a la lectura del contenido de los diversos laudos y, de esta forma, lograr conocer los criterios o lineamientos de la llamada jurisprudencia arbitral, que implica una excepción al principio de la confidencialidad por publicidad en los arbitrajes sujetos a la ley de contrataciones estatales.

Conforme a la última modificación establecida en el Decreto Supremo n.º 020-2020 de la Ley de Arbitraje, es importante analizar la confidencialidad y publicidad como criterios rectores del arbitraje con el Estado, la política de otorgar publicidad de los laudos en contratación pública no es algo novedoso; en la actualidad, el OSCE y diversos centros de arbitraje mantienen la publicidad de los laudos y actuaciones poslaudo.

Consideramos que el verdadero reto se encamina a mantener el expediente arbitral electrónico o la hoja de vida arbitral (aspectos profesionales, experiencia, declaraciones y casos arbitrales con árbitros y partes), que indispensablemente deberá estar respaldado por una importante inversión económica en contratar *software*, por parte de los centros de arbitraje, a fin de permitir el acceso en altos estándares tecnológicos y versiones amigables a los diferentes actores arbitrales, y en beneficio de la sociedad y sujetos contratantes en general.

Es importante que la publicidad se replique en la función arbitral, respecto de las aceptaciones a la designación (árbitro único, de parte o presidencia), ampliaciones de revelaciones y de los criterios que mantengan los centros de arbitraje para ratificar o no la designación de los árbitros.

2.2.5. Intuitu personae

La obligación *intuitu personae* hace referencia a aquellos actos jurídicos o contratos en que el acreedor ha depositado la confianza en determinada

persona natural o jurídica, por sus altos conocimientos de arte, oficio, profesión u ocupación, y que representa la esencia del contrato a través del cumplimiento de esta prestación por la persona *elegida*. Cualquier práctica *a contrariu sensu* distorsionaría la naturaleza jurídica de la obligación *intuitu personae*.

En el derecho de obligaciones, el acreedor dentro de sus amplias potestades puede imponer al deudor que de manera personalísima cumpla con la ejecución de la prestación como consecuencia de la pericia, especialidad, confianza, experiencia o exclusivamente por su imposición, la obligación *intuitu personae* implica que el deudor pueda ser el único que ejecute la prestación de manera íntegra, sin la colaboración de un tercero.

Dentro de los diversos ejemplos encontramos la contratación de un cantante de ópera (bajo la obligación de hacer deberá cantar), de una *top model* para una campaña publicitaria o de un jugador de fútbol para promocionar una marca de zapatillas; tales ejemplos pueden ser equiparados a la función *intuitu personae* respecto a la designación del árbitro, quien de manera personalísima debe efectuar el encargo (otorgado por las partes) sin delegación o por intermedio de algún subordinado. Los árbitros fueron designados con base en el principio de la confianza, especialidad, independencia e imparcialidad, que representan características notables de la función arbitral, *intuitu personae*. Cualquier incumplimiento de estos principios estaría desnaturalizando el arbitraje y podría ser factible de una recusación y ser declarada fundada.

Según Romero: «A diferencia del compromiso, que se celebra como un contrato *intuitu personae*, el arbitraje nacido de una cláusula compromisoria no termina por las causales que suponen un rasgo personal del árbitro. Si el árbitro designado por una cláusula compromisoria no

puede terminar su encargo, subsisten los efectos de esta cláusula, y debe procederse nuevamente a designar a otro árbitro». ⁶²

La judicatura peruana ha establecido: «La función arbitral es de carácter personalísimo, y su ejercicio no puede ser delegado, la suscripción del laudo no puede hacerse a través de representante». ⁶³

En lo absoluto cabe la delegación o representación de un árbitro apoyado por otra persona a fin de ejercer la función arbitral; la actividad arbitral es personal e indelegable, un actuar distinto encaminará a generar la pérdida de la condición de árbitro.

La obligación *intuitu personae* del árbitro se extingue en los siguientes supuestos.

2.2.5.1. Renuncia

Dentro de las razones de la designación de un árbitro siempre se evalúan los factores de tiempo, la experiencia y una adecuada salud; sin embargo, pueden constituir una razón de renuncia aceptable el ocupar un cargo público o político, un viaje de estudios por años o el quebrantamiento del estado de salud físico o mental del árbitro e, inclusive, temas éticos y de buenas prácticas arbitrales, al entender (del árbitro), pueden provocar su renuncia, ante la presencia de procesos fraudulentos, por ejemplo.

⁶² ROMERO SEGUEL, Alejandro y José IGNACIO DÍAZ. *El arbitraje interno y comercial internacional: parte general*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2016, pp. 31-32.

⁶³ Segunda Sala Comercial de Lima, Expediente n.º 68-2017, sobre anulación de laudo. Sistema Metropolitano de la Solidaridad vs. Reprogenetics S. A. C.

2.2.5.2. Declaración judicial de discapacidad⁶⁴

Las personas naturales siempre son vulnerables de ingresar en estados de incapacidad física o mental derivados de un accidente de trabajo o de la vida cotidiana, o enfermedades permanentes o terminales que hagan imposible brindar funciones arbitrales. Asimismo, se extendería a una sanción penal, con pena efectiva o la declaración judicial de desaparecido, interdicto o pródigo, que devendría en la pérdida del ejercicio de los derechos civiles y, en consecuencia, de la función arbitral.

2.2.5.3. Recusación

Representa el instrumento procesal por el cual se solicita el apartamiento del árbitro por quebrantar la confianza en relación con el incumplimiento de los principios de imparcialidad e independencia, en efecto práctico, generaría la pérdida de la condición de árbitro y, por ende, la ruptura del vínculo procesal y contractual de la función arbitral culminando el ejercicio del principio *de competencia* respecto al recusado.

2.2.5.4. Muerte

La muerte como hecho natural y jurídico trae consigo efectos de extinción absoluta de los derechos personales, la función arbitral con el fallecimiento se extinguirá *ipso iure*, no permitiéndose que los herederos por sucesión puedan reemplazar al causante en la función arbitral, generándose la necesidad de reconstituir el tribunal arbitral a la brevedad.

Ante el supuesto de muerte, ¿el deudor (árbitro) de la prestación (arbitrar) perjudicaría a las partes? Consideramos que no. La parte perjudicada por el fallecimiento del árbitro deberá comunicar este hecho

⁶⁴ Para una interpretación completa es esencial verificar lo establecido en Decreto Legislativo n.º 1417, legislación que promueve la inclusión de las personas con discapacidad acorde con políticas internacionales.

al tribunal arbitral y ejercer su derecho de designación de árbitro sustituto, conforme a las reglas del arbitrales *ad hoc* o institucional. Será importante considerar la etapa del proceso en que aconteció el fallecimiento y sus implicancias para el pago o devolución de los honorarios y para ejercer funciones arbitrales.⁶⁵

La ley arbitral peruana regula en su artículo 31⁶⁶ el «árbitro sustituto», que establece que las partes deciden si suspenden o continúan con el arbitraje, que podría ser aplicable ante el supuesto de fallecimiento del árbitro; sin embargo, siempre es preferible contar con el funcionamiento completo del tribunal arbitral.

2.2.6. Obligaciones del árbitro

Del convenio arbitral se derivan obligaciones y derechos de cumplimiento imperativo con relación al árbitro, que mantiene plazos fijos desde la aceptación del encargo hasta la culminación con la emisión del laudo (incluyendo recursos poslaudo o retorno del caso luego de una anulación), debiéndose aplicar el modo y el tiempo a fin de analizar la diligencia arbitral.

En doctrina arbitral, cierto sector discute sobre la naturaleza jurídica del servicio arbitral, pues no se podría partir de la idea de que existe una subordinación dentro de ámbito del derecho laboral o que existiría una

⁶⁵ Si el árbitro falleciera de manera repentina antes de la emisión del laudo, resolver algún recurso contra el laudo o en fase de ejecución arbitral, cabría efectuar el análisis de los alcances de la falta de emisión del criterio de árbitro en sus votos, suspensión o no del proceso y la posible discrepancia del criterio de la mayoría del tribunal al laudar; estos son aspectos que merecen un análisis minucioso.

⁶⁶ En este contexto, la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, artículo 31, regula la figura del árbitro sustituto; si no hubiera acuerdo de las partes, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se designe el árbitro sustituto, salvo que las partes decidan proseguir con el arbitraje en mayoría y según las circunstancias. «3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, estos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral».

prestación debida bajo el ámbito de un contrato de locación de servicios (abogado, ingeniero, economista, etc.), donde el acreedor debería ejercer un control respecto a la diligencia, cumplimiento de directivas y posibles cuestionamientos que conlleven a una posible resolución del contrato.

Según Vidal Ramírez: «Los deberes de los árbitros se resumen, a nuestro entender, en la independencia e imparcialidad que deben observar. La independencia supone libertad, autonomía, entereza y firmeza de carácter y, la imparcialidad, observar absoluta neutralidad y discreción, todo lo cual a su vez se resume en probidad».⁶⁷

Es transcendental señalar que la confianza representa un elemento fundamental de la designación del árbitro por las partes y de quien presidirá el tribunal por los árbitros, por cuanto esta confianza implica la buena fe en entender que la persona designada desempeñará la función arbitral con amplia solvencia profesional y ética. Nadie designará a una persona desconocida o completamente extraña del litigio arbitral, la confianza no puede ser entendida como beneficio o facilitación de cualquier aspecto del arbitraje.

El Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, en la línea de la confianza, ha establecido: «Constituye un valor esencial, para la existencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, al ser la elección de un árbitro una de sus manifestaciones más importantes. Así, las partes que intervienen en un arbitraje tienen la legítima expectativa (es decir, confían) que el árbitro o los árbitros elegidos no solamente conduzcan el arbitraje con independencia e imparcialidad, sino que en todo momento recaiga sobre ellos la apariencia de ser imparciales e independientes».⁶⁸

⁶⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 84.

⁶⁸ Criterios incorporados en fallos respecto a recursos de recusación resueltos por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Una forma de requerir el apartamiento de los árbitros del arbitraje es por la pérdida de confianza debido a denuncias penales fundadas o firmes. Es esencial tener en consideración el siguiente criterio judicial: «La decisión arbitral *sub examine* se encuentra afectada de nulidad que debe ser declarada, al haber sido emitido por un tribunal compuesto por dos árbitros que fueron inhabilitados de sus funciones mediante sentencia judicial, habida cuenta que se comprobó que su accionar contravenía los principios de independencia e imparcialidad, lo que indubitablemente constituye una franca conculcación al derecho al debido proceso del aquí nulidicente [sic]». ⁶⁹

Una vez que el árbitro es designado deberá ejercer su función con plena libertad e independencia, y desprovisto de cualquier tipo de subordinación; incluso las partes no podrán cesar a los árbitros de su función (salvo renuncia, una recusación fundada o remoción de oficio). Las obligaciones prioritarias de los árbitros serán de mantenerse independientes e imparciales desde la aceptación hasta la emisión del laudo. En buena cuenta, las obligaciones de los árbitros siempre estarán encaminadas a arbitrar, es decir, participar de las audiencias, suscribir las resoluciones, emitir el laudo o votos discordantes y ejercer de manera plena el *kompetenz-kompetenz*.

2.2.6.1. Deber de desempeñar el encargo

Conforme a lo dispuesto por el numeral 32 de la Ley de Arbitraje, se genera un factor de responsabilidad civil que se constituye desde el momento de la aceptación expresa del árbitro (obligación de arbitrar) y, en otro supuesto, por la administración del caso por parte de la institución arbitral, de incumplir con el encargo se podría estar incurriendo en un supuesto de responsabilidad por los daños y perjuicios, bajo la presencia de culpa, culpa leve, culpa inexcusable o dolo.

⁶⁹ Primera Sala Comercial de Lima, Expediente n.º 0093-2014, anulación de laudo (Portalia S. A.).

En esta línea, Vásquez Palma establece:

El deber de dictar el laudo es la obligación principal y típica del árbitro, pero no se trata de emitir cualquier decisión jurídica de la contienda, sino que de una decisión y solución específica que debe darse como resultado y culminación de un proceso arbitral que respetó unos principios concretos (por ejemplo, igualdad y audiencia de las partes) y siguió unos pasos y actuaciones determinadas, de manera que el resultado que se persigue no es tan sólo material, sino de un correcto resultado. De este conjunto de deberes, unos son meramente instrumentales para llegar al fin del camino y al pronunciamiento del laudo, mientras que otros son verdaderas obligaciones de fondo. Por su parte, debe cumplir con otros requisitos no menos importantes como dictarlo en el tiempo oportuno, en tanto que el plazo para laudar es elemento estructural esencial de la prestación debida; haberlo dictado con imparcialidad e independencia, y con diligencia correspondiente en la aplicación de las normas jurídicas pertinentes, dependiendo de si se comporta como un árbitro de derecho o arbitrador, en sede interna o internacional.⁷⁰

2.2.6.2. Deber de revelación del árbitro

La revelación o declaración compone uno de los principios esenciales de la función arbitral, que representa el ejercicio de la buena fe de los árbitros de expresar a las partes del litigio información importante o relevante respecto a composición de otros tribunales entre los árbitros, relación comercial o amical con las partes o árbitros, designación en procesos anteriores por las partes e incluso información que podría resultar fundamental para determinar que no se pierda los principios de imparcialidad e independencia.

La revelación indefectiblemente deviene en un acto formal y que se ejerce en el momento de la aceptación de la designación (árbitros y el presidente del colegiado) y en todo momento que surja alguna nueva causal de comunicar a las partes información relevante de la función

⁷⁰ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 236.

arbitral y con ello proteger los principios de imparcialidad e independencia.

Cucarella⁷¹ señala que: «precisamente, como garantía de la independencia e imparcialidad, la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, ya que el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial. Conforme al inciso 1 del artículo 28 de la Ley de Arbitraje».

Según José María Alonso:⁷² «el deber de revelación del árbitro es uno de los más importantes y delicados de la propia función arbitral debido a que tiene un doble propósito: por un lado, el respeto a las partes que acuden al arbitraje y, por otro, el proteger al futuro laudo ante cualquier cuestionamiento posterior».

Reiteramos que la revelación o declaración implica el acto de buena fe procesal y acorde a los principios de independencia e imparcialidad de comunicar expresamente y con amplios detalles circunstancias que, a criterio del árbitro, las partes deben tomar conocimiento a fin de fortalecer el principio de confianza y buena fe entre las partes y los árbitros.

Asimismo, la ampliación de revelación de oficio por los árbitros conlleva a mantener altos estándares arbitrales que deberán ser considerados por las partes como una correcta práctica arbitral y por los consejos de arbitraje o entes rectores que resolverán finalmente el incidente de recusación.

⁷¹ CUCARELLA GALIANDA, Luis. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, p. 97.

⁷² ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2, p. 99.

2.3. Principios del arbitraje comercial

2.3.1. Autonomía privada

Tal como menciona Bravo Sander:⁷³ «la libertad la ejercemos en la sociedad. Pero somos libres dentro de la ley. La idea de ser libre bajo el imperio de las leyes se remonta a Roma, cuando Marco Tulio Cicerón sentenció una de las frases que lo inmortalizará: *seamos esclavos de las leyes para poder ser libres*».

Afirma Ballesteros: «Ha llegado a convenirse que la autonomía de la voluntad tiene su fundamento en la condición de la persona misma, en su dignidad como ser humano, puesto que está unida íntimamente a su libertad. Consiste en la posibilidad que los individuos puedan dictar normas, como expresión de esa libertad, para autorregular sus relaciones privadas, que el Estado asumirá como propias, concediéndose un vigor semejante a de la ley».⁷⁴

Según Isfer y Roth: «En la actualidad, gran parte de los autores civilistas que tratan del tema ahora en discusión defienden la inaplicación de la idea de la autonomía de la voluntad, debiendo ésta ser sustituida por la noción de la autonomía privada. De acuerdo con estos, la voluntad psíquica real del hombre, capaz de ejercer poder sobre las demás voluntades, no prevalecería más de la forma como prevaleció en el periodo revolucionario».⁷⁵

De acuerdo con Amaral: «La autonomía privada se distinguía de la autonomía de la voluntad en la medida en que la primera tendría la

⁷³ BRAVO, Raúl. *La lex mercatoria en el derecho internacional privado peruano*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019, vol. 66, p. 47.

⁷⁴ BALLESTEROS GARRIDO, José. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía privada*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1999, p. 17.

⁷⁵ ISFER, Edson y Mayara ROTH ISFER. «Principio de la autonomía de la voluntad en el derecho arbitral: breves reflexiones». En VIDAL RAMOS, Roger, coord. *El arbitraje en Brasil*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, vol. 42, pp. 223-225.

facultad de expresar “poder de la voluntad en el derecho, de modo objetivo, concreto y real”, mientras que la segunda tendría “una connotación subjetiva, psicológica”». ⁷⁶ De esta manera, de acuerdo con el autor, sólo tendría real relevancia para el derecho aquella voluntad expuesta en el mundo concreto y concedida, como poder, por el propio ordenamiento jurídico.

Perlingieri, de forma semejante, también utiliza la concepción de la autonomía privada en detrimento de la autonomía de la voluntad: «Se puede entender por “autonomía privada”, en general, el poder, reconocido por el ordenamiento estatal a un individuo o a un grupo, de determinar vicisitudes jurídicas como consecuencias de comportamientos —en cualquier medida— libremente asumidos».⁷⁷

El autor hace reserva, sin embargo, en el sentido de que, aunque la idea de autonomía privada sea constantemente relacionada al liberalismo económico, dicha concepción habría sido radicalmente alterada con el ordenamiento constitucional de 1988. A partir de esta nueva visión, la libertad no sería sólo económica, sino también de la persona humana, causando incluso que la propia iniciativa económica necesite ser limitada, tal como lo expresa.⁷⁸

A pesar de que admite que esta concepción de la autonomía privada no pueda ser contrariada de forma amplia, Strenger afirma que «el principio de la autonomía de la voluntad no es enteramente falso; para el Estado, eso significaría salir de un régimen de plena libertad y entrar en otro en el que el intervencionismo es la regla».⁷⁹

⁷⁶ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Río de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

⁷⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ STRENGER, Irineu. *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 114.

Es relevante resaltar, con todo, que tal vez esta divergencia doctrinaria se deba a la temporalidad de cada doctrina. Esto porque al defender la autonomía privada, Amaral y Perlingieri, por ejemplo, no extirpan la idea de la libertad de las partes, sino sólo la colocan como algo concedido o reconocido por el Estado. Vale decir, la concepción de que los contratantes sólo se adherirían a algo previamente formulado por el Estado no va totalmente al encuentro a lo que los autores contemporáneos admiten como verdadero.

Por otro lado, Gomes,⁸⁰ a pesar de utilizar la expresión autonomía de la voluntad, la conceptúa como «el poder de los individuos de suscitar, mediante declaración de voluntad, efectos reconocidos y tutelados por el ordenamiento jurídico».

Para el profesor español Díez-Picazo: «La idea de contrato y la obligatoriedad del contrato encuentran su fundamento en la idea misma de persona y en el respeto de la dignidad humana que a la persona le es debida. Ello implica el reconocimiento de un poder de autogobierno de los propios fines e intereses o un poder de autorreglamentación de las propias situaciones y relaciones jurídicas al que la doctrina denomina “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad”. El contrato tiene, pues, su fundamento más hondo en el principio de autonomía privada o de autonomía de la voluntad».⁸¹

Bajo la visión de obligatoriedad del contrato, y su relación con la fuerza vinculante, resulta importante atender la opinión del profesor peruano Escobar Rozas: «Los contratos son acuerdos vinculantes. Esto significa que los derechos que otorgan se encuentran protegidos por el sistema legal⁸² y que los contratos son coactivos porque así lo deciden las partes en ejercicio de la autonomía privada».

⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Río de Janeiro: Forense, 2002, p. 22.

⁸¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Sexta edición. Madrid: Thomson Reuters, 2007, p. 127.

⁸² ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Contratos (fundamentos económicos, morales y legales)*. Lima: Palestra Editores, 2020, p. 109.

La autonomía privada representa la libertad más importante concedida por el Estado a la persona natural o jurídica, con este pleno poder absoluto, bajo los límites excepcionales fijados por la ley, con amplia libertad se ejercita la libertad de vincularse con diferentes personas, negociar las condiciones o cláusulas y, finalmente, conservar intacto el derecho (con justa razón) de retirarse de alguna negociación o culminar un contrato conforme al marco contractual lícito.

De acuerdo con lo mencionado por Díez-Picazo: «Los individuos no necesitan acogerse a los tipos contractuales regulados por las leyes, sino que pueden construir libremente otros distintos. Significa, por último, la posibilidad de modificar, también libremente, en los contratos regulados por la Ley, el contenido de estos contratos, sustituyéndolo por otro distinto».⁸³

Sin embargo, en nuestro criterio, y conforme a la doctrina mayoritaria, la libertad contractual y el ejercicio del derecho de propiedad no pueden ser ejercitados en forma absoluta conforme a las limitaciones excepcionales fijadas por la Constitución y el Código Civil.

Encontramos sus límites en el artículo V del Título Preliminar de nuestro Código Civil, que establece que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

Asimismo, dentro de los derechos reales, las expropiaciones representan un límite al derecho de propiedad y en materia contractual y regulación del mercado, bajo el supuesto de excesiva onerosidad, imprevisión o supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, los acuerdos contractuales entre privados podrían ser modificados bajo razones de seguridad o interés público. Claro ejemplo representa la pandemia del

⁸³ Díez-PICAZO, Luis. *Op. cit.*, p. 128.

coronavirus,⁸⁴ sus implicancias contractuales y lo que se generó en el mercado nacional o internacional, denominado por un sector de la doctrina como el «derecho de desastres».⁸⁵

Respecto a la autonomía, Vásquez afirma que: «La autonomía es el principio que inunda al arbitraje en todas sus dimensiones. Lo es al hablar del impulso básico de todo arbitraje que reside en la libertad y que se plasma básicamente en el convenio arbitral, es decir, la *autonomía de la voluntad* que se entiende como el motor para dar vida y cuerpo a este instituto. Este principio se concibe desde las primeras actuaciones que realizan las partes en el arbitraje hasta su finalización, razón por la que deviene simultáneamente en fundamento y límite del arbitraje».⁸⁶

En ese sentido, Lemes establece: «La aplicación por excelencia del principio de la autonomía la voluntad es reconocida de modo amplio, principalmente en cuanto a las normas que regirán el procedimiento arbitral y la elección de los árbitros en las diversas legislaciones, disposiciones de la Uncitral y convenciones internacionales».⁸⁷

En la línea de Mateo y sus coautores aportan: «Este amplio principio de libertad que representa la autonomía de la voluntad tiene un profundo valor normativo puesto que permite que, en el marco del nuevo contrato que se realiza, se establezca una decisión que tiene una validez específica para las personas que libremente han decidido someter sus desavenencias a la decisión de las personas por ellos mismos nombradas, teniendo

⁸⁴ Ver GARCÍA LONG, Sergio. «Contratos en cuarentena: coronavirus y cambio de circunstancias». En *Ius 360* (17 de marzo del 2020). Disponible en <<https://ius360.com/actualidad/contratos-en-cuarentena-coronavirus-y-cambio-de-circunstancias-sergio-garcia-long/>>.

⁸⁵ Ver SAN MARTÍN, Lilian. «27F, 18O y COVID-19: derecho de desastres y caso fortuito». En *El Mercurio Legal* (18 de marzo del 2020). Disponible en <<https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/03/18/27f-18o-y-covid19-derecho-de-desastres-y-caso-fortuito.aspx>>.

⁸⁶ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 150.

⁸⁷ FERREIRA LEMES, Selma. «Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado». En *Revista dos Tribunais*, diciembre 1992, vol. 686, pp. 73-89.

para ellos valor normativo y decisión de cumplimiento de su contenido».⁸⁸

Esta fuerza de libertad solamente la ofrece la autonomía de la voluntad, que manifiesta su proyección en diversos sentidos, y le brinda tres funciones: creadora, reguladora y normativa.

En ese sentido, para Bravo: «La libertad de contratación es una manifestación o el contenido de la autonomía privada de la voluntad. Es la facultad que tenemos las personas de decidir si contratar o no y cuándo, cómo, dónde y con quién celebrar un contrato, además de ponernos de acuerdo en su contenido, de acuerdo con lo expresado».⁸⁹

Para Ernesto Capobianco,⁹⁰ la autonomía privada: «No sólo puede ser considerada como un poder que produce e impone reglas conforme a la voluntad de las partes. Las reglas del contrato emanan de una síntesis entre autorregulación y heterorregulación», pudiéndose afirmar además que cuanto más socialmente relevante sea un contrato, menores serán los márgenes de autonomía reconocidos a los particulares.

El arbitraje posee una gran ventaja frente al proceso judicial, puesto que, en virtud del principio de autonomía privada, las partes podrán regular el procedimiento arbitral, incluso, después de haber acordado el convenio de acuerdo con la flexibilidad que caracteriza al litigio arbitral, que consiste en la posibilidad de adaptar reglas ya pactadas anteriormente cuando éstas no respondan adecuadamente a la situación para la cual fueron pactadas.

⁸⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (director). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 47.

⁸⁹ BRAVO, Raúl. *Op. cit.*, p. 47.

⁹⁰ CAPOBIANCO, Ernesto. *Lecciones sobre el contrato*, trad. César Moreno Moré. Lima: Zela, 2017, p. 186.

En ejercicio de la autonomía privada, al momento de negociar el pacto arbitral, las partes contratantes pueden incorporar al acuerdo los siguientes aspectos:

- Procedimientos y requisitos para la designación de los árbitros.
- El centro arbitral que se encargará de administrar el litigio o, en su defecto, aceptar las reglas de un arbitraje *ad hoc*, e incluso designar a la institución que resolverá las recusaciones contra los árbitros.
- Establecer cuantías para otorgar competencia a un centro de arbitraje de sede nacional y por montos o cuantías elevados acudir a centros de arbitraje internacionales, que siempre conservaran su independencia y autonomía, a manera de ejemplo la Cámara de Comercio Internacional (CCI), organización empresarial con sede en París.
- Establecer el marco normativo de aplicación a la controversia, en referencia a las reglas de recusación, reglas probatorias tipo Praga o IBA⁹¹ (pericias o informes) y ejecución del laudo.
- Los sujetos contratantes pueden establecer el término obligatorio para la emisión del laudo que vincularía al tribunal arbitral.
- Las partes mantienen la libertad para pactar el acuerdo respecto a los costos y costas del proceso, y asimismo establecer la presentación de una carta fianza bancaria como exigencia para suspender la ejecución del laudo o presentación del recurso de anulación.

⁹¹ International Bar Association (Colegio de Abogados Internacional, en español).

- Fijar el monto del honorario de los árbitros si fuese un arbitraje *ad hoc* y reiterar la exigencia del cumplimiento de los principios de confidencialidad y función personalísima de la actividad arbitral.

Siempre es importante considerar que fuera del pacto arbitral, las partes en ejercicio de su autonomía privada, en el acto procesal de instalación del colegiado, de mutuo acuerdo pueden establecer reglas procesales complementarias a las propuestas por los árbitros y que en algunas ocasiones el principio de flexibilidad incluso permite a las partes modificar ciertos plazos procesales respecto a una ampliación para contestar la demanda o reconvenir y otras incidencias procesales. Este acuerdo entre las partes (sin la presencia de la objeción) permitirá que se mantenga el ejercicio de la libertad de los litigantes en la litis arbitral.

Según Correa: «Los principios de “autonomía de la voluntad” y de la “libertad de las partes” son pautas que sin duda alguna orientan el arbitraje y hacen presencia puntual no sólo en el momento en que éstas deciden someter sus querellas a la decisión de árbitros, es decir, cuando celebran el pacto de arbitraje, sino también a lo largo del proceso arbitral».⁹²

Por lo expuesto, la autonomía privada en el arbitraje es completamente amplia y trascendente, por cuanto las partes siempre mantienen la posibilidad de diseñar un proceso acorde con sus necesidades, tiempos e intereses comerciales, no se pierde la esencia de que las partes en su amplia libertad podrían dirigir el arbitraje acorde a su diseño o necesidades.

La autonomía privada, ante la suspensión de plazos procesales generados por la COVID-19 en sede peruana, cobró importancia medular, los diversos centros de arbitraje, a fin de salvaguardar las reglas

⁹² CORREA ARANGO, Gabriel. *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición*. Bogotá: Themis, 2013, p. 113.

procesales pactadas por las partes, emitieron directivas para ser ejercidas por los árbitros a fin de proponer a las partes de «común acuerdo» levantar la suspensión procesal o, sin la presencia del acuerdo, salvaguardar el derecho de defensa de éstas, habiéndose establecido el criterio en la mayoría de tribunales de proponer la modificación de las reglas procesales por aceptación y ejercicio de la autonomía privada de las partes litigantes.

2.3.2. Buena fe

El Código Civil peruano en el artículo 1362 incorpora como principio esencial, el ejercicio de la buena fe contractual, la misma que representa la intención de negociar, celebrar y ejecutar los contratos con la obligatoria aplicación de la buena fe; este principio representa, un dogma del derecho civil y mantiene diversos enfoques; sin embargo, en materia arbitral la buena fe implica un principio procesal ejercido por los árbitros, las partes, peritos y personas naturales o jurídicas, que mantendrán algún vínculo o participación en el proceso arbitral.

El derecho y la equidad no son sino, al igual que la «buena fe», aquello que el pretor romano prescribía a las partes y al juez bajo el nombre de *bona fides* en el cumplimiento y fallo de la mayoría de las relaciones obligatorias. Mas la aplicación de este criterio al caso concreto no se lleva a efecto por vía de argumentación lógica, sino por medio de juicios valorativos, es decir, viendo cuál entre dos intereses contrapuestos debe considerarse más importante y tomarse, por consiguiente, como norma para trazar el contenido de la prestación. En este sentido, hay ocasión en que, invocando la buena fe, se debe admitir una obligación a cargo del deudor, siempre que éste, mediante un acto relativamente fácil (verbigracia, una gratificación), pueda satisfacer un interés considerable del acreedor y, por el contrario, habrá que desechar la obligación cuando el

acto de que se trate sea excesivamente costoso para el deudor y no acarree al acreedor ningún beneficio alguno del monto.⁹³

Según el profesor Manuel de la Puente y Lavalle, la buena fe tiene dos sentidos: «El primero de esos sentidos es el subjetivo; siendo buena fe creencia, la intención o creencia con la que obran las personas. El segundo sentido de la buena fe es el objetivo, y se entiende como la regla de conducta que orienta la actuación leal del sujeto, como podría ser el caso de la negociación de un contrato. Es la buena fe lealtad. Pero tanto en el sentido subjetivo como en el objetivo está en juego el juzgamiento de una conducta».⁹⁴

El profesor De Trazegnies manifiesta: «En realidad, esta nueva buena fe no pretende ya basar la interpretación del contrato en la común intención de las partes tal como ellas percibieron la situación, sino en valores que están más allá de esa voluntad de las partes y que mediatizan o reducen esta voluntad. Esos valores pueden recibir nombres tan abstractos y generales como justicia, equidad y todas sus variantes expresivas».⁹⁵

Es importante establecer que el principio del ejercicio abusivo del derecho mantiene estrecha vinculación con la aplicación del principio de buena fe; en este sentido, Neme Villareal interpreta: «Es particularmente en torno a los abusos que pueden configurarse en el ejercicio unilateral de facultades antes conferidas por una de las partes, que habremos de acudir al principio de la buena fe en búsqueda de criterios que delimiten las modalidades bajo las cuales puede llevarse a cabo dicho ejercicio».⁹⁶

⁹³ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Granada: Comares, 2007, pp. 32-33.

⁹⁴ DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Segunda edición. Lima: Palestra, 2007, t. 1, p. 330 y ss.

⁹⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. «El Código Civil de 1984: ¿vejez prematura o prematura declaración de vejez?». En *Estudios de derecho contractual*. Lima: Ius Et Veritas, 2014, p. 36.

⁹⁶ NEME VILLAREAL, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2018, p. 41.

La buena fe contractual representa un cimiento importante del contrato y deberá de interpretarse con amplitud y especialidad según la etapa contractual y el tipo de contrato (tradicional o moderno) al que nos enfrentemos. Los conceptos de lealtad, fidelidad, veracidad, diligencia, prudencia y confianza siempre están estrechamente vinculados con el contrato y podrán ser interpretados en un primer momento por las partes contratantes, y ante una eventual controversia conforme al daño contractual o a la cláusula litigiosa esta aptitud de interpretación será trasladada a los jueces o árbitros.⁹⁷

Mientras que Castillo, Sabroso, Chipana y Castro, expresan: «El derecho no auspicia la mala fe; no la protege. Es más, la rechaza y sanciona».⁹⁸

Según el profesor León Hilario,⁹⁹ «El criterio de la buena fe está dotado de unicidad, en tanto guía para la interpretación que se realizará. No se puede hablar, en plural, de criterios hermenéuticos de la buena fe, pero sí de *reglas* de la buena fe, en las fases de la contratación».

Prosiguiendo con la pauta del profesor León: «En la interpretación de los negocios jurídicos, la buena fe es una sola; en la negociación, celebración y ejecución de los contratos, la buena fe cobra varios rostros. En este último ámbito, la buena fe se manifiesta, y hace pensar, en un haz de conductas. [...] En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, información, puntualidad, rectitud».¹⁰⁰

⁹⁷ VIDAL RAMOS, Roger. «La noción del pago (artículo 1220) en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil». En *Actualidad Civil*, octubre 2019, n.º 64, p. 81.

⁹⁸ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 525.

⁹⁹ LEÓN HILARIO, Leysser. «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad contractual». En *Themis*, 2004, n.º 49, p. 145.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

Los profesores Gagliano y Pamplona, bajo la doctrina brasileña, establecen: «Cuando se falta a los deberes de lealtad y confianza recíprocas, se denominan los deberes anexos generales a la relación contractual. Esto porque la lealtad no es nada más que la fidelidad a los compromisos asumidos, con respeto a los principios y reglas que norman la honra y probidad».¹⁰¹

La idea de lealtad infiere el establecimiento de relaciones calcadas de transparencia y con veracidad, como corresponde entre las voluntades manifestadas y a la conducta practicada, que se relaciona con el deber de información a fin de aplicar los principios de seguridad jurídica y confianza de las partes al contratar.¹⁰²

Sobre el tema, expone Didier Jr.:¹⁰³ «El principio de buena fe se extrae de una cláusula general procesal. La opción por una cláusula general de buena fe es la más correcta. Es que la infinidad de situaciones que pueden surgir a lo largo del proceso hace poco eficaz cualquier enumeración legal exhaustiva de las hipótesis de comportamiento desleal».

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación n.º 7095-2014-Lima (pago de indemnización de daños y perjuicios) ha establecido el siguiente criterio: «En el campo del derecho, todo acto o declaración de voluntad debe emitirse de buena fe, es decir, debe expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere. Por esa razón, la ley protege esta clase de actos, y sanciona los fraudulentos, que contrarían no sólo las estipulaciones de la ley, la moral y la ética, sino también la voluntad en ellos expresada». En consecuencia, la

¹⁰¹ GAGLIANO, Pablo y Rodolfo PAMPLONA. *Novo curso de Direito Civil*, trad. propia. São Paulo: Saravia, 2020, p. 103.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Citado por ISFER, Edson y Mayara ROTH ISFER. *Op. cit.*, p. 248.

infracción del deber de buena fe contractual origina el derecho de la parte afectada a exigir un resarcimiento a la parte afectante.

En el mismo sentido, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, conforme a la sentencia de Casación n.º 3608-2014-Lima, (resolución de contrato), ha establecido el siguiente criterio:

El principio contractual contenido en el artículo 1362 del Código Civil exige un cierto grado de lealtad, honestidad y en algunas ocasiones de cooperación entre las partes, en todas las fases que comprende el contrato (negociación, celebración y ejecución), lo que supone una plena observancia a todas las circunstancias particulares que atañen a la naturaleza del contrato celebrado, que desde luego merecen especial atención al momento en que una de ellas solicite el cumplimiento de la prestación a cargo de la otra; ello en aras de proteger el interés común que los ha motivado a celebrar un negocio jurídico.

La buena fe arbitral implica dos aspectos: el primero dentro del ámbito contractual, que implica que el convenio arbitral es negociado, celebrado y ejecutado con una adecuada simetría, equilibrio y plena confianza para que se generen los efectos determinados por las partes.

Y como segundo ámbito dentro del aspecto procesal, que consiste en el compromiso de los litigantes de conducirse de buena fe durante el procedimiento arbitral.

Según González de Cossío: «El contenido del mismo es que las partes están obligadas a comportarse de buena fe y evitar todas las medidas que, no siendo necesarias, puedan retrasar o encarecer el desarrollo normal del procedimiento arbitral o agravar la controversia».¹⁰⁴

De hecho, no habría ningún sentido en que ellas pudieran ir en contra de todo aquello que ellas mismas decidieron. Y es en este sesgo que el principio de la buena fe en el arbitraje incluye el revestimiento al *venire*

¹⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*, p. 267.

contra factum proprium. El diálogo franco entre las partes es absolutamente esencial, de acuerdo con lo mencionado por González de Cossío.¹⁰⁵

Conforme al derecho arbitral peruano, es necesario precisar que el artículo 38 exige a las partes observar y cumplir los diferentes alcances del principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el transcurso del litigio y brindar su absoluta colaboración con el debido proceso arbitral. Finalmente, se trata a través del artículo 38 de evitar que el arbitraje se desarrolle con acciones o prácticas maliciosas.

González de Cossío, al respecto asevera: «Este principio aplicable a las partes de un proceso arbitral es el que menos controversia tiene con relación a los de dualidad de posiciones (contradicción) e igualdad (no discriminación). Y tal vez esto se deba a lo indesligable de este principio con la naturaleza propia de la institución del arbitraje, entendida ésta en el amplio sentido contractual y procesal».¹⁰⁶

Porque, en efecto, en la línea de González de Cossío: «Es debido a que las partes tienen fe en la institución arbitral, creen en ella y, por tanto, la desean como medio idóneo para la solución de una controversia determinada o futura por determinar, que, primero, contratan un arbitraje; y segundo, llegado el caso, se someten voluntariamente al proceso arbitral. Y es precisamente por su origen contractual privado en que dos partes acuerdan libre y espontáneamente sus voluntades para llegar a un determinado fin satisfactorio para ambas —el proceso arbitral y el laudo—, que la buena fe es consustancial a la justicia privada».¹⁰⁷

Además, como ya fue explicado, el principio de la buena fe debe ser entendido como algo implícito del propio procedimiento arbitral, ya que no tendría ningún sentido en la parte ejercer su autonomía y negar lo que había escogido, de forma voluntaria, anteriormente.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

A manera de ejemplo, un acto de mala fe arbitral podría ser que determinada parte contratante mantenga un dominio sobre el centro de arbitraje fijado como institución arbitral y que ejerza, lamentablemente, el poder de designar al presidente o árbitro único, con lo cual se estaría vulnerando los preceptos de buena fe, independencia y seguridad jurídica del arbitraje, en el arbitraje institucional.

En consecuencia, si las partes hubiesen pactado en el convenio arbitral ciertas capacidades y cualidades de los árbitros (edad, experiencia, idioma, méritos, grados académicos, récord arbitral, especialidad), la parte dominante del contrato modificaría unilateralmente estas condiciones, devendría en una clara vulneración a la autonomía privada, lo cual también podría extenderse en modificar unilateralmente la sede del lugar del arbitraje o la institución arbitral competente.

Como efecto procesal, la buena fe arbitral va a involucrar el cumplimiento de diversos principios procesales como: 1) deber de declaración; 2) confidencialidad; 3) *kompetenz-kompetenz*; 4) colaboración; 5) actos propios procesales; 6) no interponer recusaciones dilatorias o frívolas sin sustento legal.

2.3.3. Pacta sunt servanda

Conforme al principio de fuerza obligatoria de los contratos, regulado en el artículo 1361 del Código Civil peruano: «Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla».

La judicatura peruana vía casación establece: «El principio del *pacta sunt servanda*, es decir, la fuerza vinculatoria de los contratos, que se celebran para ser cumplidos y que están sujetos al deber de observancia, en cuanto al carácter obligatorio del contenido de la declaración contractual y la presunción de coincidencia entre esta declaración y la

voluntad común, existiendo un interés fundamental para que se cumpla, la palabra comprometida, lo que confiere seguridad a mérito del comportamiento leal y honesto de las partes».¹⁰⁸

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, en la Casación n.º 4913-2007-San Martín, ha establecido el siguiente criterio:

Cuarto.- El artículo 1361 del Código Civil, recoge el principio de la fuerza vinculante de los contratos o *pacta sunt servanda*, según el cual los contratos son la expresión del acuerdo de voluntad común de las partes, mediante los cuales se crean obligaciones de cumplimiento obligatorio, en cuanto se haya expresado en ellos.

Sexto.- Respecto de la denuncia casatoria relativa a la inaplicación del artículo 1398 del Código Civil, concordante con los artículos 1325 y 1328 del mismo Código Sustantivo, la recurrente, sostiene, que luego de que el Colegiado ha reconocido que existen cláusulas generales de contratación, no se puede invocar la exoneración o limitación de responsabilidad por parte de la demandada, ya que de existir son cláusulas vejatorias conforme al artículo 1398 del Código citado y, por lo tanto, resultan ser cláusulas inválidas, en consecuencia el argumento de la Sala Superior referido a que «viéndose afectada por sus condiciones debido a la fuerza vinculadora del contrato que establece el artículo 1361 del Código Civil», no resulta de aplicación al caso de autos; máxime si la propia demandada ha reconocido que no entregó la mercadería a su destinatario por culpa.

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República, en la Casación n.º 5333-2009-Lima, ha establecido el siguiente criterio:

Sexto.- Que, al respecto se debe destacar que el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y se forma con la perfecta coincidencia entre la propuesta y la aceptación, que es lo que se denomina el consentimiento, esto es, compartir el sentimiento, de donde surge una voluntad común de conformidad con el artículo 1351 del Código Civil. En ese sentido, el contrato moderno busca el equilibrio entre las partes contratantes, presuponiendo

¹⁰⁸ Casación n.º 1850-97 Lima, *El Peruano*, 18/07/1998, p. 1474.

la existencia de la llamada «paridad jurídica» que en doctrina significa que ambos contratantes gocen de igual intensidad por parte de la ley; esto es, que ninguno de ellos pueda apelar sin la libre determinación del otro para que estipule el contrato, dicho de otro modo, es el derecho de vincularse contractualmente (libertad de contratar) y que ninguno de ellos pueda imponer unilateralmente el contenido del mismo; o sea, la facultad que tienen las partes a establecer los términos y condiciones del contrato, siempre que no se vulnere una de norma de carácter imperativo (libertad contractual o libertad de configuración interna del acto); en sentido de que las libertades aludidas configuran las manifestaciones del principio de la autonomía de la voluntad mediante la cual las partes en un contrato son libres de crear, regular, modificar o extinguir una relación obligatoria. Consecuentemente, encontramos que la autonomía de la voluntad constituye un postulado básico para la denominada teoría clásica del contrato. Los principios de ésta son: a) el libre albedrío de las partes para celebrar contratos de cualquier contenido y atribuirles los efectos que deseen; y b) la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes intervinientes en él como el juez (*pacta sunt servanda*).

Se podría señalar, de manera figurativa, lo que sustenta el profesor Ghestin: «El fenómeno vinculatorio consiste en una alienación de la libertad de cada una de las partes, las cuales son unidas a través de la fuerza obligatoria del contrato. El ejercicio de la libertad contractual consiste en la aceptación de una restricción [*contrainte*] que se traduce en el respeto de las reglas particulares que el acuerdo de voluntades hizo nacer».¹⁰⁹

Bajo esta misma óptica, Ghestin mantiene la siguiente posición: «Ahora, nos encontramos siempre en el ejercicio de una libertad ya que es de manera libre que cada una de las partes da su consentimiento y se compromete [*engage*] a respetar los términos del contrato. Es, pues, en ejercicio de esta libertad que el acuerdo de las partes puede —y lo hemos

¹⁰⁹ GHESTIN, Jacques. «La fuerza obligatoria del contrato». En *Ius Et Veritas*, julio 2015, n.º 50, p. 76.

visto— crear un vínculo contractual. La libertad contractual y la fuerza obligatoria del contrato se encuentran íntimamente ligadas». ¹¹⁰

Ghestin concluye, estableciendo que: «La oponibilidad constituye un fenómeno general que busca hacer reconocer la existencia del contrato frente a terceros, ya que si estos últimos estuviesen autorizados a desconocer dicho contrato, éste no podría llegar a producir efectos [*l'efficacité*], ni siquiera frente a las partes». ¹¹¹

Según Ghestin: «El referido aforismo *pacta sunt servanda* parece algo por demás obvio, una innecesaria reiteración de la noción misma de contrato. Porque, precisamente —sin tener en cuenta los casos de simulación y otros que pudieran equiparárseles— [...] desde una perspectiva formalista esta noción de *oponibilidad del contrato* es desconocida al *Code*, el cual no le ha consagrado ninguna disposición normativa —general o particular— en el Libro que recoge la normativa referente a los contratos y las obligaciones en general (artículos 1101 y subsiguientes del *Code*)». ¹¹²

Que lo pactado deba cumplirse abriga un gran contenido moral, pues tanto el no sustraerse a las obligaciones libremente contraídas como la eventual intervención de los poderes públicos representan —en los casos excepcionales en los que no se cumple lo pactado— uno de los rasgos esenciales en la vida de las sociedades civilizadas, ¹¹³ comportando un principio de cierta universalidad. ¹¹⁴

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² *Idem*, p. 83. «Sin embargo, este concepto de inoponibilidad se puede inferir del principio mismo de la fuerza obligatoria del contrato (primer párrafo del artículo 1134 del *Code*) ya que al modificar válidamente el patrimonio de las partes, el contrato no puede carecer racionalmente de consecuencias sobre los terceros, quienes no pueden ignorarlas y deben sufrir algunos de los efectos, en su beneficio o en su perjuicio».

¹¹³ PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges y Paul ESMEIN. *Tratado práctico de derecho civil francés* traducción española del Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945, t. VI, p. 645. «¿Qué cosa hay tan conforme a la fe humana, como cumplir los hombres lo que entre sí pactaron?», dice Ulpiano (*Digesto*, Lib. II. Tít. XIV, fr. 1), debiéndose destacar todo el alcance anterior y actual —diríamos universal— de ese *congruum fidei* humano que contiene el pasaje.

¹¹⁴ REZZONICO, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 229.

Para Escobar bajo: «La teoría del consentimiento tiene la gran virtud de enfatizar la naturaleza de la decisión contractual y de explicar por qué ninguna de las partes puede, de forma unilateral, alterar dicha decisión.».¹¹⁵

El profesor Benítez, en una adecuada interpretación del principio tradicional clásico de *obligatoriedad contractual* y la no revisabilidad de las obligaciones originada por la superveniencia de alteraciones en las circunstancias, cita: «El Tribunal Supremo en España ha propiciado una desobediencia resucitando la cláusula romana *rebus sic stantibus*, sus teorías de estabilización tendentes a corregir y compensar las grandes diferencias que la inestabilidad de los cambios y las intensas fluctuaciones de las monedas de la mayor parte de los países originan en los negocios jurídicos, sobre todos los convenios a largo plazo que divorcian la voluntad originaria de los contratos de la realidad efectiva al momento de su conservación».^{116 117}

La fórmula de la cláusula *rebus sic stantibus* no pretende modificar el contrato, sino respetar la voluntad de las partes al momento de contratar, afianzando la legítima ejecución del mismo, recomponiendo la voluntad original. En los contratos de tracto sucesivo el vínculo obligatorio se entendía subordinado a la continuación de aquel estado de hecho vigente al tiempo de la conclusión. En pocas palabras, uno se compromete en previsión de la permanencia del estado actual de las cosas.¹¹⁸

El principio de inmutabilidad y no modificación de los contratos, conforme a la coyuntura mundial de la COVID-19, está generando debates e intervenciones de algunos gobiernos (España, Italia, Alemania y Brasil) en la esfera contractual privada, a fin de congelar plazos de pago

¹¹⁵ ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Op. cit.*, p.135.

¹¹⁶ BENÍTEZ CAORSI, Juan. *La revisión del contrato*. Bogotá: Temis, 2010, pp. 385-386.

¹¹⁷ El caso puede verse en CASTILLA BAREA, Margarita. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 230.

¹¹⁸ BENÍTEZ CAORSI, Juan. *Op. cit.*, p. 385.

de prestaciones dinerarias, o debates que se generan por la imposibilidad del cumplimiento de la prestación por la fuerza mayor establecida por el Gobierno peruano por mandato de ley; sin embargo, consideramos que existen contratos civiles y mercantiles que no han suspendido su operabilidad y cadena de pagos, siendo necesario conservar el cumplimiento de las obligaciones dinerarias.

En materia arbitral, el *pacta sunt servanda* implica la conservación de los acuerdos arribados por las partes contratantes, siendo un culto a la libertad contractual y, a su vez, su límite; sin acuerdo de modificación de las reglas arbitrales no podría existir seguridad jurídica y, por ende, protección de la justicia arbitral.

Algunos operadores arbitrales vulneran el *pacta sunt servanda* contraviniendo el acuerdo establecido por las partes y vulnerando la esencia de la libertad y obligatoriedad del pacto arbitral, lo cual detallamos en el siguiente orden:

- El falso ejercicio del principio de *kompetenz-kompetenz* del árbitro o los árbitros ante la inexistencia del acuerdo arbitral.
- La declaración del *kompetenz-kompetenz* institucional del centro de arbitraje que no mantiene en el pacto arbitral la designación como sede arbitral.
- La modificación unilateral por parte de los árbitros del acuerdo establecido en el convenio arbitral: a) requisitos y procedimiento de designación de árbitros; b) plazo para laudar; c) incumplimiento del acuerdo de pago de los honorarios arbitrales que no mantengan justificación y asidero legal.

Finalmente, es importante entender sistemáticamente que la fuerza obligatoria o *pacta sunt servanda* vincula a los árbitros y a sus partes en el razonamiento que al acta de instalación o el reglamento arbitral (arbitraje

ad hoc o institucional) representa el acuerdo contractual de las reglas procesales de inicio a fin del litigio y que los árbitros no pueden modificar los acuerdos arribados por las partes, el principio de no actuar en contra del pacto procesal de las partes implica proteger el proceso ante una posible causal de anulación de laudo, lo cual reviste de una protección al *pacta sunt servanda* arbitral.¹¹⁹

Finalmente, es importante tomar en cuenta que las salas comerciales de Lima como criterio que un reclamo previo para ser considerado válido necesariamente deberá ser oportuno, lo que implica que debe ser formulado ante la entidad arbitral en la primera oportunidad que el interesado tenga para hacerlo, caso contrario, importaría convalidar el hecho cuestionado.¹²⁰

Respecto de la motivación congruente y el principio de fuerza obligatoria de los contratos, el fallo judicial determinó:

7. Así y más en extenso señala la árbitra en su resolución, de lo que se advierte de una motivación congruente entre lo pedido y lo resuelto, por lo tanto, la denunciada justificación de falta de motivación externa debe desestimarse, por lo tanto, estando desestimada la primera pretensión, carece de objeto pronunciarse sobre la pretensión originaria y accesoria. [...] De lo glosado se puede advertir que la árbitra única analizó y desarrolló los criterios e interpretaciones relativos a la aplicación de las

¹¹⁹ A fin de brindar una adecuada interpretación, es necesario apreciar el artículo 63 (sobre causales de anulación): «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] c. *Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable*, salvo que dicho acuerdo o disposición estuviera en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo».

¹²⁰ Resulta necesario resaltar el caso de anulación de laudo arbitral generado entre la Municipalidad Distrital de Los Olivos vs. Almacenero Pacheco S. R. L. Primera Sala Comercial Permanente. Corte Superior de Justicia de Lima, conforme a los alcances del Expediente n.º 040-2017-0-1817-SP-CO-01.

cláusulas del contrato de arras; efectuó una ponderación para la aplicación del principio *pacta sunt servanda*.¹²¹

2.3.4. Interpretación

Según Von Tuhr: «El contrato da expresión a la voluntad concordante de las partes que lo celebren. Y como lo forman dos declaraciones de voluntad distintas, viene a hallarse integrado por el sentido de esas dos declaraciones, en aquello en que concuerden. Llámese a la interpretación el esclarecimiento del sentido que una declaración encierra».¹²²

Rezzonico afirma que: «Siempre se requiere la interpretación, aun cuando —tratándose de las partes de un contrato o de los herederos de un testamento— no exista (todavía) porfía entre los interesados. En primer lugar, las partes harán su interpretación, lo que queda demostrado por el hecho de que la controversia sólo puede surgir después de haber interpretado el acto y llegado a una discordancia [...]».¹²³

El profesor León, respecto de la interpretación, sustenta: «No hay acto de comunicación que no deba ser descifrado en sus términos, estipulaciones o alcances, es decir, que no tenga que ser interpretado. Las manifestaciones de voluntad no son la excepción. En los contratos, las partes —y el juez o el árbitro, si hay conflicto— entienden el contenido de los compromisos asumidos para la ejecución de las prestaciones y la gestión de sus responsabilidades».¹²⁴

Bueno, nos queda claro que lo que se busca interpretar es la voluntad de los contratantes, al tiempo de celebrar el contrato, sin

¹²¹ En la misma línea se resalta el caso de anulación de laudo entre la Universidad Nacional Federico Villarreal, que fuera tramitado ante la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, conforme a los alcances del Expediente n.º 00276-2015-0.

¹²² VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 155.

¹²³ REZZONICO, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 205.

¹²⁴ LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo Editorial PUPC, 2019, p. 49.

embargo, inmediatamente nos surge otra interrogante: ¿cuál es la voluntad de los contratantes?, siendo la interrogante de Borda.¹²⁵

Borda, respecto a la declaración de voluntad, la interpreta: «mejor aún —en verdad— se habla de la voluntad declarada. En otras palabras, importa sobremanera lo declarado, pues ello es lo que recibe la contraparte y sobre su base se obliga recíprocamente, pero a la vez debe existir una voluntad de obligarse».¹²⁶

En ciertos casos, la ley se preocupa de dar reglas de interpretación, es decir, ordena el sentido en que ha de interpretarse una expresión equívoca o imprecisa, siempre y cuando no sea posible descubrir el significado que las partes le asignan, de acuerdo con lo mencionado por Von Tuhr.¹²⁷

La Convención de Viena en su artículo 8 establece como pauta de interpretación contractual: «A los efectos de la presente Convención y otros actos de una parte *deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era la intención*».

Este criterio de «común intención de las partes» es apreciado por el profesor Moreno Rodríguez,¹²⁸ quien establece: «si está interpretando lo que las partes han querido, pues naturalmente deberá indagarse en todo momento su intención real. Pero no la oculta, no la interna, sino aquella que ha sido exteriorizada. Recuérdese que una vez sometida una cuestión a interpretación se presuponen no probados vicios internos en la voluntad» y quien finalmente establece interpretar la intención real deberá atenerse a lo declarado, a lo exteriorizado en su conjunto; la

¹²⁵ BORDA, Alejandro. *Derecho civil y comercial. Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2018, p. 232.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 157.

¹²⁸ MORENO RODRÍGUEZ, José. «La interpretación y el Código Civil». En AA. VV. *Contratos*. Tercera edición. Asunción: Intercontinental Editora, 2015, p. 791.

buena fe o lealtad para con el destinatario de la declaración así lo impone.¹²⁹

La común intención de las partes, la teoría de los actos propios y actos cumplidos representan conductas contractuales que deberán ser interpretadas en forma integral por las partes contratantes y por terceros (jueces o árbitros) en las diferentes fases del *iter* contractual, pero con mayor presencia en la ejecución del contrato o en fase de litigio contractual.

Según Vázquez Palma: «El objeto de la interpretación es despejar toda duda sobre el auténtico querer de las partes; en tal sentido, se debe considerar que la voluntad se podrá ver constreñida con ciertas conductas que rompen el equilibrio contractual, como ocurre con las cláusulas abusivas impuestas, así como en diversas situaciones en que la referida autonomía de la voluntad queda afectada por la existencia de una relación de dominio de unas de las partes respecto de la otra que obligue a un determinado procedimiento arbitral no querido».¹³⁰

La interpretación establecida por el tribunal arbitral deberá estar sujeta a la normativa vinculante que las partes establecieron en el contrato respecto a la controversia en sus modalidades: contrataciones estatales, expropiaciones, societario, de salud, consumidor o el arbitraje comercial en su extensión. Este principio de máximo intérprete en el proceso arbitral deberá ser ejercido con coherencia, diligencia y en aplicación de la buena fe arbitral, que está prescrita en el artículo 38 del Decreto Legislativo n.º 1071.

En todo caso, el trabajo interpretativo ocupa un mayor espacio en las cláusulas de índole facultativa, es decir, en aquellas donde las partes tienen plena libertad de acción y su vacío no se encuentra suplido por el legislador. Constituyen ejemplos de estos casos el procedimiento para

¹²⁹ *Ibidem.*

¹³⁰ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 406.

nombrar a los árbitros, el número que conformará el tribunal arbitral, qué plazos se seguirán, entre otros, en la línea de Vázquez Palma.¹³¹

Es indispensable que el convenio arbitral tenga una interpretación estricta sobre la expresión de la voluntad de los contratantes y su extensión; mientras que para otros ese tipo de interpretación pertenece a la era del hielo del derecho arbitral, consideramos que deberán coexistir las interpretaciones de las partes para la ejecución del acuerdo arbitral en su contexto amplio y conforme a una auténtica interpretación efectuada por el tribunal arbitral respecto a los conflictos que surjan.

En nuestra opinión, debe analizarse cada caso concreto en virtud de verificar la correcta y expresa manifestación de voluntad arbitral bajo las reglas de la buena fe en fase de ejecución contractual y con ello mantener siempre vigente el principio *pro arbitre*.

La función de interpretación en la práctica arbitral se traslada a las partes en el momento posterior a la emisión del laudo, pues éstas mantienen vigente su derecho de requerir al tribunal arbitral, vía interpretación, que explique aspectos dudosos u oscuros del laudo, siendo esta etapa poslaudo esencial en la estrategia de defensa y de conservación del buen criterio y motivación del laudo emitido por los árbitros.

En ese sentido, en la interpretación de laudo arbitral, a decir de Rivera:¹³² «El Tribunal subsana una duda, rehace una expresión torpe, explica una palabra, corrige la forma, pero sin jamás tocar el fondo, sin jamás atentar contra la cosa juzgada irremisiblemente adquirida».

¹³¹ *Idem*, p. 407.

¹³² RIVERA, Julio César. *Op. cit.*, p. 614.

Asimismo, González de Cossío¹³³ señala que: «Interpretar consiste en restituir el verdadero sentido al laudo original, cuando el mismo ha sido mal interpretado en el dispositivo o cuando el mismo aparece contradictorio con la motivación o contiene oscuridades o ambigüedades».

Finalmente, la Ley de Arbitraje en su artículo 58 regula como actuación poslaudo, el recurso de interpretación que otorga a las partes requerir al tribunal arbitral interpretar algún extremo del laudo oscuro, ambiguo o dudoso.

Sobre los alcances de la solicitud de interpretación del laudo, Aramburú Yzaga señala lo siguiente: «Contra el laudo arbitral también cabe interponer la solicitud de interpretación, la cual deberá ser resuelta por el propio tribunal arbitral. En la LGA se le denominaba aclaración de laudo. Es importante precisar que, si bien el nombre de la solicitud ha sido modificado, el objeto de la misma se ha mantenido. Es, pues, mediante la interpretación del laudo que el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse».¹³⁴

La aplicación del *kompetenz-kompetenz* —que abordaremos en el párrafo siguiente— deberá ser ejercida bajo la interpretación del principio de buena fe por parte de los árbitros y centros de arbitraje, y con una aplicación *pro arbitre*, sin incurrir en su desnaturalización y vulnerar el principio de autonomía privada en imponer a las partes (una de ellas) la justicia arbitral.

¹³³ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Tercera edición. México D. F.: Porrúa, 2011, p. 721.

¹³⁴ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel. «Art. 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo». En SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. 1, p. 664.

2.3.5. *Kompetenz-kompetenz*

El principio *kompetenz-kompetenz* representa el principio rector de protección de la jurisdicción arbitral y hasta un dogma, en referencia a la protección absoluta sobre la competencia de los árbitros y el rechazo a su cuestionamiento o alguna forma de causa de inestabilidad en el amplio ejercicio de la competencia arbitral.

El *kompetenz-kompetenz* está incorporado en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas y en adelante fue regulado en las diferentes legislaciones arbitrales nacionales y en todos los reglamentos de los diversos centros de arbitraje de sede nacional e internacional, representando el principio absoluto de protección de la justicia arbitral.

Conforme a Castillo y sus coautores: «Dos escuelas han sido las encargadas de desarrollar *in extenso* este principio: la alemana y francesa. Para la escuela alemana —cuya postura es la más radical— el *kompetenz-kompetenz* implica que el árbitro, o en su caso el tribunal arbitral, de ser el único capaz de decidir sobre su competencia».¹³⁵

Siguiendo con la reseña de Castillo y otros: «Por su parte, la escuela francesa matiza el alcance de este principio al señalar que se refiere al hecho de que el árbitro debe ser el primer juez de su competencia, quedando esta decisión sujeta a la determinación final que haga el juez ordinario competente. Lo que no precisa esta escuela es el momento en el que el juez debe realizar dicha determinación; sin embargo, Gerol Hermann explica que la primera decisión acerca de la validez o invalidez del convenio arbitral debe corresponderle al árbitro, y la última al juez».

Decir que los árbitros, de acuerdo con el principio *kompetenz-kompetenz*, tengan la facultad de resolver sobre los cuestionamientos a su

¹³⁵ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Op. cit.*, p. 544.

propia competencia, tal como lo expresa Bullard: «[...] choca con el sentido común de los propios abogados no familiarizados con el arbitraje. Les cuesta entender, por ejemplo, cómo una alegación de nulidad del convenio arbitral puede ser resuelta precisamente por aquéllos cuya competencia se deriva de tal convenio. Ven un problema de “el huevo y la gallina” en el que, si la gallina es nula, el huevo tiene que ser nulo y nada puede derivarse de él».¹³⁶

El principio *kompetenz-kompetenz* representa la esencia y resguardo del arbitraje de mantener una protección exclusiva de la jurisdicción arbitral ante cualquier intervención del Estado o posibles desvíos a los fueros judiciales de las controversias por las partes. La ley arbitral peruana, de forma amplia y técnica, define los alcances de la competencia de los árbitros bajo los numerales 40 y 41 de la Ley de Arbitraje.

Según Rivera:¹³⁷ «Podemos decir que el principio competencia-competencia significa que los árbitros pueden juzgar sobre la eficacia de la cláusula arbitral y de su aplicabilidad al caso, estando ello sujeto a revisión judicial por vía de un recurso posterior (efecto positivo), y que los tribunales judiciales, si fueran instados por una de las partes, deben limitarse a un examen *prima facie* y remitir la cuestión a la decisión de los árbitros salvo nulidad o inaplicabilidad manifiestas de la convención arbitral (efecto negativo)».

Caivano¹³⁸ considera que: «el principio *kompetenz-kompetenz*, en pocas palabras, permite a los árbitros decidir los cuestionamientos que se formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la inexistencia o nulidad de la misma cláusula arbitral (y, por supuesto, con

¹³⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación». En Bullard González, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, p. 440.

¹³⁷ RIVERA, Julio César. *Op. cit.*, p. 408.

¹³⁸ CAIVANO, Roque. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, n.º 13, p. 28.

más razón cuando se fundan en la inexistencia o nulidad del contrato que la contiene».

En el mismo sentido, Ramírez Gómez:

El principio del *competence-competence*, por su parte, indica que los árbitros son competentes para resolver la relación con su propia competencia, empero —y ésta es una aclaración necesaria— no quiere ello decir que sean los únicos competentes para resolver en relación con su propia competencia. Lo anterior se explica en que verdadero sentido del principio lo que hace es fijar una prelación temporal a favor de los árbitros en relación con las cortes locales en lo que tiene que ver con la decisión acerca de su propia competencia, lo cual, dicho en sentido contrario, indica que las Cortes o jueces estatales no pueden pronunciarse sobre la competencia de los árbitros antes de que los árbitros mismos lo hayan hecho.¹³⁹

En un notable artículo sobre *kompetenz-kompetenz*, Gaillard y Banifatemi argumentan las razones por las cuales este principio es necesario para el arbitraje.¹⁴⁰ En primer lugar, sostienen que en caso de permitirles a las partes la posibilidad de acudir paralelamente a la vía judicial sin ningún tipo de reparo se estaría desvirtuando la naturaleza del arbitraje debido a las demoras que esto ocasionaría, sumado al hecho de que la parte que plantea alguna cuestión en sede judicial puede realizarlo con el único ánimo de entorpecer el arbitraje. En segundo lugar, sostienen que este principio es necesario para que el artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958 sea aplicable. Finalmente, consideran estos autores que el principio evitaría sentencias

¹³⁹ RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Bogotá: Universidad de Externado, 2016, p. 41.

¹⁴⁰ GAILLARD, Emmanuel y Yas BANIFATEMI. «Negative Effect of Competence-Competence: The Rule Of Priority In Favour Of The Arbitrators». En GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO (editores). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Londres: Cameron May, 2008, p. 259.

contradictorias, ya que sería un solo tribunal —en este caso, el arbitral— el encargado de decidir sobre la competencia.¹⁴¹

Según Gisbert Pomata:

El principio de «competencia de la competencia» (expresión alemana *kompetenz-kompetenz*) —que progresivamente está siendo admitido en los derechos nacionales, así como convenciones internacionales y reglamentos de instituciones arbitrales— se presenta vinculado a otro principio básico del derecho arbitral, cual es el de la autonomía del convenio o cláusula arbitral.

El efecto esencial de este último principio es que el convenio arbitral escapa a la nulidad o a la resolución del contrato principal. Por tanto, la primera misión de los árbitros es fijar los límites y contornos de su misión.¹⁴²

Acorde con nuestro planteamiento, el principio *kompetenz-kompetenz* tendría sus cimientos jurídicos y doctrinarios en los cuatro siguientes ámbitos.

2.3.5.1. Derivado del acuerdo arbitral

La primera señal de competencia favorable para los árbitros se desprende del convenio arbitral suscrito en un contrato privado o en sus diversas modalidades lícitas de aceptar expresamente la cláusula arbitral.

Resulta primordial mantener la persistencia de un pacto arbitral y que no adolezca de vicios o se encuentre dentro del ámbito de los denominados convenios patológicos, a fin de que los árbitros mantengan la protección de su competencia y, a su vez, ésta genere una defensa absoluta de la justicia arbitral frente a las personas jurídicas o

¹⁴¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «El principio compétence-compétence revisitado». En *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad iberoamericana*, 2006, n.º 36, p. 102.

¹⁴² GISBERT POMATA, Marta. *El contrato arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 166.

naturales que desconozcan el ámbito de la imposición del principio del *kompetenz-kompetenz*.

2.3.5.2. Derivado de la instalación del tribunal arbitral

Sin perjuicio de que los árbitros tengan la garantía de que su competencia germine de un convenio arbitral pleno, al momento que las partes participan de la audiencia de instalación del tribunal o la notificación con las reglas arbitrales están expresando su ratificación de manera expresa, su voluntad de litigio arbitral y con ello reafirman la competencia de los árbitros, dejando la posibilidad de establecer su objeción a la competencia que deberá ser ejercida con diligencia y oportunidad a fin de no convalidar por omisión la adecuada instalación del tribunal.

2.3.5.3. Derivado de establecer los puntos controvertidos

Los árbitros, a fin de permanecer de manera constante en el ejercicio de su *kompetenz-kompetenz*, deberán analizar si las pretensiones y/o reconveniciones resultan materias arbitrables o se encuentran dentro lo permitido por las normativas pertinentes. En un supuesto de que no resulten ser competentes para resolver ciertas materias controvertidas, el tribunal arbitral podría declinar del ejercicio del *kompetenz-kompetenz*.¹⁴³ La doctrina arbitral peruana, con mayor regularidad, aplica los alcances de la incompetencia del tribunal arbitral en las controversias respecto a la ejecución de obras públicas, acorde a lo regulado por la legislación de la contratación pública en los temas vinculados a los adicionales de obras que excedan el 15 % según la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

¹⁴³ En materia de contrataciones estatales, y conforme a los avances de la normativa especial, las pretensiones por el enriquecimiento sin causa e indemnizaciones planteadas en contra de las entidades estatales no constituyen materia arbitrable; este mismo sentido se aplica a los adicionales de obra y gastos generales en los arbitrajes sobre ejecución de contrato de obra que en la doctrina arbitral peruana se han desarrollado mucho con el término de «inarbitrables».

2.3.5.4. El ejercicio del *kompetenz-kompetenz* de oficio al momento de emitir el laudo

Recordemos que las actas de instalación otorgan a los árbitros facultades discrecionales a fin de que puedan pronunciarse sobre los diversos aspectos controvertidos —aun no hayan sido señalado por las partes—, conforme al principio de dirección del proceso arbitral regulado en los numerales 40 y 41 de la Ley de Arbitraje, siendo esencial que exista conexión entre los puntos controvertidos y las pretensiones de la demanda o reconvencción. En los arbitrajes de contrataciones estatales esta facultad se extiende a las excepciones de caducidad declaradas de oficio, criterio muy discutido en la comunidad arbitral.

Un ejemplo concreto de declaración de incompetencia lo encontramos en el siguiente laudo arbitral en materia de contrataciones estatales:¹⁴⁴

Es claro que el numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado establece una excepción en la contratación de obras para que una entidad ordene y pague la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15 %) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Dicha excepción requiere un procedimiento que está regulado en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Tanto la excepción y el procedimiento señalados están previamente establecidos para cautelar los recursos públicos.

En el presente proceso, es aplicable el supuesto del monto que no supera el 15 % del monto del contrato original y por ello la pretensión principal de la demanda arbitral contiene el pedido de dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer resolutivo de la Resolución Directoral n.º 765-2013-MTC/20 (y con ello, indirectamente, alterar lo dispuesto en la Resolución Ministerial n.º 452-2013 MTC 02 de fecha 26 de julio de 2013, pues conforme a la normativa aplicable, el plazo de ampliación y

¹⁴⁴ A fin de brindar una lectura amplia, se sugiere ingresar al Expediente n.º 377-56-13. Anulación laudo. Arbitraje Consorcio Huallaga - Provías Nacional.

los mayores gastos generales de ésta forman parte del presupuesto adicional aprobado). De ello se infiere que el consorcio solicita que se corrija la decisión de la entidad de aprobar el adicional y ello no es posible porque la ley expresamente excluye tal decisión del arbitraje.

En ese contexto, este tribunal arbitral estima que la pretensión principal es improcedente porque no es materia arbitrable, pero deja a salvo el derecho del contratista para pedir en la vía Jurisdiccional correspondiente la revisión de la Resolución Directoral n.º 765-2013-MTC/20, toda vez que este tribunal arbitral está sujeto a la restricción prevista en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Específicamente en sede arbitral no puede cuestionarse los alcances o términos en los que ha sido aprobado un adicional de obra cuando el monto no supera el 15 % del monto del contrato original.

Por lo expuesto, este tribunal arbitral estima que la primera pretensión principal es IMPROCEDENTE por los fundamentos expuestos.

En la actualidad, la doctrina arbitral peruana en su mayoría ha aceptado la inarbitrabilidad respecto a las prohibiciones establecidas en la Ley de Contrataciones a fin de tutelar los recursos públicos ante posibles pretensiones que, con diferentes estrategias, podrían tener por finalidad que el Estado gaste mayores montos económicos a los no permitidos por la ley.

La Primera Sala Comercial de Lima, tomando en cuenta el principio *kompetenz-kompetenz*, estableció el siguiente criterio:¹⁴⁵

Noveno.- Que, asimismo las dos empresas mencionadas sustentaron sus cuestionamientos en que si bien en las Juntas Generales de Accionistas de ambas se autorizó al señor X para aceptar la oferta propuesta por la empresa D y en su oportunidad ejecutar la transferencia, no se otorgó ninguna autorización, expresa o implícita, para que dicha persona pu-

¹⁴⁵ Se sugiere analizar los alcances del fallo contenido en el Expediente (Anulación de laudo) n.º 1757-2006. Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial. Corte Superior de Justicia de Lima.

diera pactar un convenio arbitral. Aducen que aquél intervino en su condición de representante en virtud a las facultades expresamente conferidas por las Juntas; es decir, no actuó en su condición de gerente general de estas empresas. Además, mediante Resolución n.º 45 del veintisiete de septiembre de dos mil cuatro, corriente de fojas dos mil trescientos veinte a dos mil trescientos ochenta, el tribunal arbitral (con voto en mayoría) declaró infundada la impugnación a su competencia —el voto en minoría fue del propio presidente del tribunal arbitral, para quien la excepción de incompetencia resultaba fundada—, finalizando con ello cualquier cuestionamiento sobre su competencia, en aplicación del anotado artículo 39 de la Ley n.º 26572.

Décimo.- Que, de lo anterior concluimos que las recurrentes han cumplido con la exigencia legal prevista para la procedibilidad de esta causal, al haber cuestionado la anulación del laudo - Esteban Alva Navarro 293 expresamente la competencia del tribunal arbitral (el reclamo previo por vicio en el convenio arbitral). Ante ello, resulta irrelevante para el caso bajo análisis que una de las excepciones de incompetencia (específicamente, la deducida por la empresa B) se haya fundado en la ineficacia de la cláusula que contiene el convenio arbitral, toda vez que la oposición al arbitraje regulada en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje n.º 26572, se encuentra basada tanto en la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral. Siendo así, las alegaciones de la demandada la empresa C, respecto a que en el proceso arbitral no se habría deducido la nulidad del convenio, ni invocado el artículo 39 de la Ley n.º 26572, devienen insubsistentes pues, como se ha señalado, las actoras se opusieron al arbitraje conforme lo prevé dicho artículo, argumentando, por un lado, la inexistencia y, por otro, la ineficacia del convenio arbitral.

Se resuelve:

- i) Declarar fundado en parte, el recurso de anulación de laudo arbitral formulado por la empresa A, mediante escrito de folios trescientos cincuenta y ocho a trescientos noventa y dos.
- ii) Declarar fundado en parte el recurso de anulación de laudo arbitral formulado por la empresa B, mediante escrito de folios ochocientos ochenta y tres a mil ciento ochenta y cuatro.

iii) Declarar nulo el laudo arbitral de derecho (Resolución n.º 214) del diecinueve de julio de dos mil seis, expedido por el tribunal arbitral «C-A y B» presidido por el Árbitro 1 e integrado por los Árbitros 2 y 3, por la nulidad del convenio arbitral.

iv) Declarar que carece de objeto emitir pronunciamiento por las causales de anulación invocadas y contenidas en los incisos 2), 6) y 7) del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje; y, así como las cuestiones previas a que se refieren las sentencias recaídas en los Expedientes n.º 6149-2006-PA/TC, n.º 6662-2006- PA/TC-Lima y n.º 08229-2006-PA/TC; y,

v) Declarar restablecida la competencia del Poder Judicial, salvo acuerdo distinto de las partes, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 78 de la Ley n.º 26572; en los seguidos por la empresa A y la empresa B contra la empresa C sobre anulación de laudo arbitral; con costas y costos.

Finalmente, es importante exponer los criterios asumidos por la Segunda Sala Comercial de Lima respecto al nacimiento de la competencia de los árbitros con relación al convenio arbitral:

Séptimo: A tal efecto, debe tenerse presente que, conforme a su naturaleza jurídica, no es legalmente posible que exista arbitraje alguno si no hubiera un convenio arbitral entre las partes que habilite la competencia de los árbitros; convenio arbitral que puede asumir cualquiera de las formas previstas en el artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1071, pero que inexorablemente debe estar presente como fundamento de la competencia de los árbitros. En ese sentido, constituye punto arcóntico del arbitraje el sometimiento de las partes a esta jurisdicción especial, *pues sin ello cualquier pretendido ejercicio de competencia arbitral se revela como un acto fraudulento, arbitrario, y sin asidero ni cobertura jurídica. Esto debe ser objeto de la calificación preliminar del pedido de colaboración judicial con el arbitraje, acto en el que el juzgador debe verificar la existencia del convenio arbitral*, lo que no se advierte que se haya hecho en el caso concreto.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Caso n.º 6762-2014, Segunda Sala Comercial de Lima, sobre anulación de laudo, Universidad Peruana Los Andes.

La competencia de los árbitros debe mantener fuente contractual o legal (Ley de Contrataciones del Estado) a fin de ejercerla en forma amplia y eficaz. La imposición de la competencia sin preexistencia del convenio arbitral implica una vulneración al debido proceso y a la naturaleza jurídica del litigio arbitral.

2.3.6. Derecho a objetar

El derecho a objetar es la acción o recurso que disfrutan las partes para refutar o impugnar cuestiones, situaciones o faltas procedimentales dentro de un proceso arbitral, que incluye aspectos procesales de fondo o forma, pero no se encuentra limitado exclusivamente a la oportunidad de impugnar la competencia de un tribunal arbitral, o bien ante la ausencia de requisitos procesales no cumplidos por los árbitros, entre otros aspectos.

Incluso, el derecho a objetar se puede ejercer antes de la constitución del tribunal o su instalación, con oposiciones a la competencia del centro de arbitraje o requerimientos de suspensión del procedimiento de petición o conformación del tribunal arbitral; ante un arbitraje institucional es esencial el análisis de los reglamentos arbitrales vinculantes.

La Ley de Arbitraje, en su artículo 11, regula la figura del derecho a objetar o su renuncia, que establece lo siguiente: «Si una parte conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes puedan apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias».

Para Bullard: «Se trata en estricto de la aplicación de la doctrina de los actos propios (que no es sino la aplicación del principio de buena fe)

a la institución arbitral, con la finalidad de proteger el buen desarrollo del proceso, desincentivar comportamientos estratégicos de las partes, evitar con ello dilaciones innecesarias y, finalmente, sobre todo, proteger la efectividad del laudo que se emita».¹⁴⁷

Ahora bien, como regla jurisprudencial, las fronteras del *estoppel* (actos propios) han sido delineadas por las cortes angloamericanas, las cuales no sólo han reconocido su importante repercusión en la práctica del derecho nacional e internacional —así como en el arbitraje internacional—, sino que, por lo demás, la han caracterizado con los siguientes rasgos: en primer lugar, el *estoppel* se ha catalogado como parte del derecho probatorio, pues en virtud del *estoppel* «[...] una persona que ha establecido de alguna manera la verdad sobre algo, está vinculada, consciente o inconscientemente a seguir en el proceso unas determinadas reglas de prueba [...]».¹⁴⁸

En un proceso sobre anulación de laudo, la Segunda Sala Comercial de Lima,¹⁴⁹ ha establecido el siguiente criterio: «Constituye pretensión implícita de la demanda de dejar sin efecto las penalidades impuestas, el declarar fundado en parte lo pretendido disponiendo el reajuste de las penalidades en cuestión, con sujeción a los topes aplicables. Aplicación oficiosa de la doctrina de los actos propios, que emanada del principio fundamental de la buena fe en materia contractual no importa desviación del debate arbitral ni afectación del principio de congruencia».

La Ley quiere evitar el comportamiento estratégico de las partes y para ello manda que las partes se encuentran obligadas a ser consistentes con sus propios actos, de tal forma que la objeción que no plantearon

¹⁴⁷ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Art. 10.- Representación de la persona jurídica». En SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. 1, p. 136.

¹⁴⁸ BERNAL-FANDIÑO, Mariana y Sergio ROJAS-QUINONES. «La vinculatoriedad de un laudo arbitral frente a terceros en la doctrina del *collateral estoppel*». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, enero-junio de 2010, n.º 16, pp. 460-461.

¹⁴⁹ Ver Expediente n.º 256-2017, Empresa Municipal de Mercado S.A. versus Petramas S. A. C., sobre anulación de laudo.

en la primera oportunidad que tuvieron no podrán tampoco (para ser consistentes) plantearla después. Y si lo hace, su objeción debería ser declarada improcedente por ser manifiestamente inconsistente con su «silencio» anterior.¹⁵⁰

Téngase en cuenta que un elemento esencial de esta disposición es el conocimiento. Para que se considere que por el no ejercicio de su derecho a objetar la parte renunció al mismo es fundamental que antes dicha parte haya conocido o debiera haber conocido la irregularidad en cuestión. Si la parte conoció o no, o si debió conocer, constituirá, como es natural, una evaluación que deberá efectuarse caso por caso.¹⁵¹

De otro lado, comentando la institución de la renuncia del derecho a objetar, Flores dice: «La finalidad de la renuncia del derecho a objetar consiste en impedir que más tarde —en el arbitraje— se presenten objeciones de mala fe o que pudieron haberse hecho con anterioridad, o que en el procedimiento de reconocimiento y ejecución o en el de nulidad del laudo, la parte vencida trate de atacar injustificadamente el laudo».¹⁵²

Mantilla-Serrano¹⁵³ afirma: «Esta norma no sólo en nada vulnera el derecho de defensa, sino que lo fortalece, protegiendo a una parte de la actitud reticente de la otra, que tan sólo una vez conocido el resultado del arbitraje aduciría tardíamente, cuando ya nada puede hacerse para remediarla, una alegada violación que podría permitirle escapar a los efectos de un laudo desfavorable. Se trata de una mera expresión de los principios de buena fe y de la prohibición de *venire contra factum proprium*».

¹⁵⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Art. 10.- Representación de la persona jurídica», p. 137.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² FLORES RUEDA, Cecilia. «Renuncia al derecho a objetar: el caso Infored». En *Abogado Corporativo*, noviembre-diciembre 2008, p. 6. Recuperado de <https://floresrueda.com/wp-content/uploads/2018/06/floresrueda_renuncia_al_derecho_de_objetar.pdf>.

¹⁵³ MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 69-70.

Castillo y sus coautores establecen: «En efecto, incluso la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Arbitraje señala que este artículo pretende garantizar la buena fe con la que deben participar las partes en un arbitraje, evitando que se amparen conductas que entran en contradicción con los actos propios de quien pretende objetar las actuaciones arbitrales».¹⁵⁴

Para Borda,¹⁵⁵ la teoría de los actos propios: «Constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto».

Como presupuestos de la teoría de los actos propios, la doctrina destaca fundamentalmente tres (Borda):¹⁵⁶

- a) Una conducta vinculante: acto o serie de actos que reflejan una decisión respecto a intereses trascendentes.
- b) Una pretensión contradictoria: consiste en la emisión de una nueva conducta que importa ejercer una pretensión que resulta ser inadmisibles por ser contradictoria a la primera conducta.
- c) Identidad de sujetos: la existencia de una conducta previa y una pretensión posterior emanada por una misma persona física o jurídica.

¹⁵⁴ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *Op. cit.*, p. 169.

¹⁵⁵ BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, pp. 51-53.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

La renuncia al derecho a objetar en el derecho procesal peruano podría ser equiparada con el principio de la convalidación¹⁵⁷ en dos aspectos: el primero, al no rechazar un acto procesal y permitir que la secuencia de la litis se mantenga con plena normalidad; y el segundo aspecto, el de haberse efectuado una contradicción o rechazo de manera tardía o extemporánea, lo cual mantiene mucha relación con el recurso de la nulidad procesal que prescribe que pueda ser efectuado de manera inmediata en el plazo de tres días ante cualquier vicio procesal.

El ejercicio a la objeción en el arbitraje de forma exclusiva se encuentra regulado en el ejercicio del recurso de reconsideración por el cual se solicita al tribunal arbitral restablecer las cosas al estado anterior a la posible vulneración del debido proceso y, a su vez, permite el ejercicio procesal de la objeción. La reconsideración es el único instrumento procesal que de forma adecuada permite modificar los criterios arbitrales en las incidencias procesales.

Respecto al adecuado uso del recurso de reconsideración, es necesario aplicar los alcances del artículo 49 de la ley arbitral que dispone: «Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión».

Es importante establecer que el plazo de 3 días fijado en la ley arbitral podría ser ampliado por el reglamento arbitral y las partes en la audiencia de instalación o en la notificación de las reglas procesales. Resulta trascendental considerar, por el término de la distancia o las

¹⁵⁷ Ver Exp. n.º 577-2017-0-1817-SP-CO-01, Primera Sala Comercial de Lima (Gobierno Regional de Áncash vs. Proconsa & Asociados E. I. R. L.). La causal c) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 exige el reclamo previo, el que para ser considerado válido *necesariamente deberá ostentar ciertas cualidades tales como ser oportuno, caso contrario importaría una suerte de convalidación del hecho cuestionado* que se denuncia en el proceso de anulación.

partes por estrategia y derecho de defensa, aceptar la posibilidad de ampliar los plazos para interponer el recurso de reconsideración.

2.3.7. Separabilidad del convenio arbitral

El principio *kompotence-kompotence*, según Llain:

[...] va de la mano del denominado principio de separabilidad o de autonomía del convenio arbitral, según el cual la cláusula arbitral es independiente del contrato principal que la contiene y, por ende, los árbitros poseen plena facultad para resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal. De esta forma, si el contrato principal está afectado de nulidad, la cláusula arbitral no corre igual suerte. La diferencia entre estos dos principios reside entonces en que, según el principio de separabilidad, los árbitros tienen la facultad de resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal, mientras que, de acuerdo con el principio de *competence-competence*, los árbitros tienen la facultad de resolver controversias relativas a la existencia y validez del pacto arbitral.¹⁵⁸

Caivano afirma: «Reconocida hoy en casi todas las jurisdicciones, la llamada “autonomía” del convenio arbitral es un término ambiguo. Suele distinguirse entre autonomía “material” (esto es, respecto del contrato principal) y autonomía “jurídica” (esto es, respecto de la ley aplicable al contrato)».¹⁵⁹

En la doctrina chilena, la profesora Vásquez sostiene: «Conforme a esto, una cláusula sobre arbitraje que forme parte de un determinado contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones de dicho contrato, de manera que una decisión del

¹⁵⁸ LLAIN ARENILLA, Shirley. «El rol del principio de competence-competence en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional». En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, enero-junio 2014, n.º 24, pp. 143-168.

¹⁵⁹ «Aunque, de manera embrionaria, sus orígenes se remontan a la legislación inglesa de fines del siglo XVII (Samuel, 2000), este principio fue recogido principalmente por la jurisprudencia francesa y norteamericana de la segunda mitad del siglo XX (Svernlöv y Carrol, 1991)». CAIVANO, Roque. *Op. cit.*, p. 20

tribunal arbitral que se pronuncie sobre la nulidad o inexistencia del aludido contrato no acarrea por ese hecho la nulidad del acuerdo arbitral, lo que se producirá sólo en el evento que el árbitro llegue a la conclusión que el efecto que causa la nulidad del contrato afecta también a la cláusula compromisoria». ¹⁶⁰

En efecto, De Benito plantea: «El principio de separabilidad del pacto compromisorio tiene por objeto primordial permitir que los árbitros se pronuncien sobre la validez de la cláusula, lo que a su vez constituye el efecto primero e inmediato del principio de competencia sobre la competencia, en cuya virtud, en la formulación del citado artículo 22.1 de la LA, ¹⁶¹ los árbitros están facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia». ¹⁶²

Las salas comerciales de Lima no han sido ajenas a la definición de principio de separabilidad y sostienen: «La objeción a la validez del contrato principal no afecta al convenio arbitral ni priva necesariamente a los árbitros de la competencia para resolver el conflicto relativo a dicho contrato». ¹⁶³

En la anulación declarada infundada entre el señor Enrique Condori vs. Paulina Roldán Zúñiga, ¹⁶⁴ la Sala Segunda Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima establece los siguientes criterios:

¹⁶⁰ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 741.

¹⁶¹ Ley de Arbitraje.

¹⁶² DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. «Asimetría, separabilidad, sinalagma». En *Spain Arbitration Review*, 2009, n.º 5, s. p. Recuperado de <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/073mdb.pdf>>.

¹⁶³ Segunda Sala Comercial de Lima en el Expediente n.º 145-2015, anulación de laudo entre la Empresa Comunal de Servicios Agropecuarios La Tierra de Yavhe S. R. L. vs. Guillermo Chaparro y otros.

¹⁶⁴ Expediente n.º 414-2017-0. Demandante: Enrique Condori Pari; demandado: Paulina Rondan Zúñiga viuda de Munares. Materia: anulación de laudo arbitral.

- i. El principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral, regulado en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, establece que el convenio arbitral, como acuerdo independiente, no sigue la suerte del contrato que lo contenga, ya que la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste último no implica que el convenio arbitral sea nulo, anulable, inválido o ineficaz, pues sólo los árbitros tendrán la facultad de decidirlo.
- ii. Décimo primero: Por lo demás, este Superior Colegiado considera que lo resuelto por el árbitro único guarda relación con el principio de autonomía o separabilidad del convenio prevista en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje peruana, en virtud del cual el convenio arbitral como acuerdo independiente no sigue la suerte del contrato que lo contenga, ya que la nulidad de éste último no implica que el convenio arbitral sea nulo, máxime si se tiene en cuenta que el recurrente, Enrique Condori Pari, reconoce haber suscrito el contrato de arrendamiento.

Según expone De Benito: «El término “separabilidad” refleja con mayor acierto —por menos ambiguo y más expresivo— las sutiles cuestiones que el tema plantea. A despejar esa ambigüedad no ayuda tampoco el propio término “convenio arbitral”, que corre el riesgo de connotar una idea de autosuficiencia en ocasiones excesiva. Por todo ello es preferible —y no se trata de una pura cuestión de estilo— hablar de “separabilidad” de la cláusula o pacto compromisorio».¹⁶⁵

De Benito ha dicho que «la *competence/competence* es, así, *el instrumento procesal del principio de separabilidad*»;¹⁶⁶ «seguramente sería más exacto decir que es el principio de separabilidad el instrumento técnico que hace posible la *kompetenz-kompetenz*. La separabilidad es, en efecto, un puro expediente técnico —basado, eso sí, en la presunción de la intención de las partes— para resolver un problema concreto de carácter lógico: la

¹⁶⁵ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, s. p.

¹⁶⁶ POUURET, Jean-François y Sébastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Segunda edición. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 134.

imposibilidad —*nihil ex nihilo*— de que un convenio arbitral nulo pueda fundar la competencia de los árbitros». ¹⁶⁷

Esto en concordancia con el artículo 40 de la Ley de Arbitraje: «El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de éstas».

Para Fernández Rozas: «La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual que es para lo que se pacta. En consecuencia, la nulidad del contrato no significa *per se* la del convenio, ni tampoco su existencia, ni la caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos de deben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral». ¹⁶⁸

Respecto a la autonomía propugnada, Fernández Rozas expresa:

No significa desconexión respecto de contrato principal, no obstante, como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece de este modo el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está

¹⁶⁷ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, s. p.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ ROZAS, José. «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino». En PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinador). *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2006, p. 714.

inserto;¹⁶⁹ por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria.¹⁷⁰

A decir de Castillo Freyre y sus coautores:

Se trata aquí de la separabilidad absoluta del convenio arbitral con respecto a las demás cláusulas del contrato en el cual se encuentra inserto. Esto es fundamental, en la medida de que, de lo contrario, si no se siguiese este principio, todo proceso arbitral sobre nulidad de contrato en el cual se encuentre inserto un convenio arbitral, tendría que seguirse ante el poder judicial, por cuanto estaría en duda la propia validez del convenio arbitral y, por tanto, mal podría el tribunal arbitral constituirse en base a un convenio arbitral cuya nulidad, sea precisamente, controvertida al formar parte de un contrato que se alega es nulo.¹⁷¹

Es primordial establecer que, ante la posibilidad de la invalidez del contrato principal, esta disfunción contractual no se extenderá al convenio arbitral y, en consecuencia, los árbitros seguirán ejerciendo su competencia respecto a la controversia.

En el artículo 41 de la ley arbitral, se regula el principio de separabilidad del acuerdo arbitral como uno de los aspectos más esenciales de protección de la competencia de los árbitros bajo la separación del pacto arbitral respecto al contrato y posibles cuestionamientos a su nulidad, ineficacia o invalidez negocial o contractual.

El texto literal del artículo 41 expresa lo siguiente:

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

¹⁶⁹ VIRGÓS SORIANO, Miguel. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2006, vol. 14.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José. *Op. cit.*, p. 716.

¹⁷¹ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral». En *Advocatus*, 2014, n.º 30, p. 300.

[...]

2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral».

Este principio busca crear una ficción jurídica que distinga al contrato principal del convenio arbitral, con la finalidad de hacer efectiva su aplicación frente a la siguiente interrogante que es planteada por Guzmán-Barrón: ¿qué ocurre si una de las partes cuestiona la validez del contrato que contiene el convenio arbitral?¹⁷²

- a) Si el contrato se presupone nulo, el convenio arbitral que contiene también lo es: el arbitraje nunca se materializaría.
- b) Los vicios que puedan afectar al contrato principal no alcanzan al convenio arbitral, el cual faculta a los árbitros a pronunciarse sobre ellos: en este caso estamos ante la figura del convenio arbitral denominada separabilidad o autonomía.

En consecuencia, siguiendo a Guzmán-Barrón: «Si una de las partes no cuestiona el convenio arbitral, sino la validez, eficacia o existencia del contrato principal que incorpora el convenio arbitral y se considera al convenio arbitral como parte de dicho contrato, los vicios alegados sobre el mismo acarrearían que el convenio arbitral también los padezca».¹⁷³

¹⁷² GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017, p. 53.

¹⁷³ *Ibidem*.

Nótese que en caso de que los vicios del contrato principal se extendieran *de facto* al convenio arbitral, el laudo que se emita en virtud de dicho convenio nulo no tendría ningún efecto jurídico. Por ello no faltaría quien alegue que debido a la nulidad o a cualquier vicio del contrato principal que afecte al convenio arbitral, la controversia no debe ser sometida a arbitraje, sino a la justicia ordinaria.¹⁷⁴

En palabras del profesor Silva Romero,¹⁷⁵ el principio de separabilidad: «Ha sido elaborado con miras a garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato principal que comprende el pacto arbitral o al que está relacionado no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral [...] y, por otra parte, la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato principal».

En sede nacional, para Guzmán-Barrón: «El principio de separabilidad permite mantener la competencia de los árbitros ante el cuestionamiento de cualquier vicio del contrato principal en la medida en que estos no afectarán al convenio arbitral, por considerarse éste una relación jurídica autónoma».¹⁷⁶

En virtud de ello, Guzmán-Barrón considera: «Al convenio arbitral como un contrato inserto en otro contrato. Lo cual justifica que en caso una de las partes, alegara la nulidad del contrato que posee la cláusula arbitral, éste no debería extenderse a dicha cláusula, con lo cual corresponde al árbitro y no al juez determinar la nulidad de dicho contrato, a efectos de evitar las dilaciones judiciales por tratar de evitar el arbitraje».¹⁷⁷

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ SILVA ROMERO, Eduardo. «Breves observaciones sobre el principio *competence-competences*». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, p. 579.

¹⁷⁶ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

Respecto a la estrecha conexión que existe entre el principio de separabilidad y el principio *kompetenz-kompetenz*, Caivano menciona:¹⁷⁸

Con el principio *kompetenz-kompetenz* se asume, como cuestión de principio, que existe una cláusula arbitral válida que permite a los árbitros decidir sobre su competencia, ciertamente de manera inicial y ordinariamente sujeto a control judicial. Pero, obviamente, no significa que siempre deban declararse competentes: sólo asegura que puedan resolver la objeción jurisdiccional, lo que podrán hacer en uno u otro sentido. Es en esta instancia —al analizar si son o no competentes— cuando cobra virtualidad el principio de la separabilidad, pues para adoptar esa determinación, los árbitros deberán tomar en cuenta si existe un acuerdo arbitral válido, lo que implica examinar la causal que se invoca, sea ésta referida en general al contrato o específicamente a la cláusula arbitral.¹⁷⁹

No cabe discutir si el principio de separabilidad es aceptado en cualquier legislación arbitral nacional o internacional y su ejercicio deberá de ser llevado a cabo con amplias facultades por parte de los árbitros y centros de arbitraje, erigiéndose como uno de los principios esenciales del derecho arbitral.

Consideramos que la importancia del efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* radica entonces en evitar la interrupción del proceso arbitral por la sola afirmación de una de las partes sobre la inexistencia o nulidad del pacto arbitral, y la intervención de la justicia estatal antes que los árbitros alcancen una decisión sobre su propia competencia y resuelvan sobre los méritos de la controversia.

En consideración de Martínez: «La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral, al ser éste autónomo y tener que valorarse de forma independiente en lo que se refiere a sus requisitos; respondiendo la

¹⁷⁸ CAIVANO, Roque. *Op. cit.*, pp. 28-30.

¹⁷⁹ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Op. cit.*, p. 54.

validez o nulidad del contrato y del convenio arbitral al cumplimiento o no de los presupuestos legales establecidos en cada caso».¹⁸⁰

Finalmente, mantenemos la postura de proteger el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral. Respecto del contrato principal tiene como consecuencia jurídica que la nulidad del contrato principal no acarrea necesariamente la del convenio arbitral y representa una protección del *kompemz-kompemz* frente a tentaciones de las partes de desconocer la obligatoriedad de la justicia arbitral.

2.3.8. Confidencialidad

Uno de los principios esenciales más importantes del arbitraje reposa en la confidencialidad, que implica expresamente el cumplimiento de diversas obligaciones, entre ellas la de no revelar y de proteger todo aspecto relacionado con el contenido de los diferentes actos procesales, desde la conformación del colegiado, el contenido de los escritos de la etapa postulatoria, del íntegro de las resoluciones emitidas por el tribunal arbitral, el laudo, e incluso las resoluciones poslaudo.

La confidencialidad se extiende preliminarmente a las partes contratantes, los árbitros y el secretario, y a los terceros colaboradores (testigos, peritos y órganos de apoyo), quienes siendo ajenos al convenio arbitral mantienen la obligación de preservar la reserva de las actuaciones arbitrales. Este principio debe ser respetado y ejercido de manera contundente y diligente.

De surgir el supuesto de vulnerar el principio de confidencialidad en el proceso arbitral, la parte perjudicada (incluso árbitros) mantiene intacta la posibilidad de ejercer las acciones judiciales de interponer una

¹⁸⁰ MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Ley de arbitraje: estudio sistematizado de sus preceptos incorporando las reformas de la Ley 13-2009 de 3 de noviembre, y de la Ley 11-2011 de 20 de mayo. Jurisprudencia y doctrina, concordancias preceptivas y normativas actualizadas*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2013, p. 123.

acción por daños y perjuicios por ventilar o revelar información o documentación confidencial.

En un litigio arbitral se podrá ventilar información contable, financiera, lista de clientes o proveedores, estados financieros, declaraciones testimoniales, documentos contractuales, información sobre derechos de propiedad intelectual, criterios periciales y posiciones personales y jurídicas de los abogados y árbitros respecto a la controversia o vinculada a aspectos conexos.

Como ejemplo, en un escenario donde la parte demandante logre desprestigiar el peritaje de su contraparte a tal extremo de refutar contundentemente aspectos esenciales: a) metodología con base legal impertinente o derogada; b) error en los conceptos técnicos y legales; c) detección de un plagio en las fuentes; y d) falta de conexión absoluta entre marco conceptual, desarrollo y las conclusiones. El revelar la confidencialidad del peritaje, y ventilarse el mediocre nivel del perito y la forma como se le desprestigio devendría en un daño (moral y económico) al prestigio del perito, con la posible pérdida de próximas designaciones en funciones periciales dentro del mercado del litigio arbitral.

Existen diversas posibilidades de dañar la imagen personal o empresarial y con ello generar el desmedro de su patrimonio (caída en la bolsa de valores, inicio de procedimientos administrativos o judiciales) de personas naturales y jurídicas que al encontrarse en la condición de víctima del quebrantamiento de la confidencialidad de su proceso arbitral ingresarían (en contra de su voluntad) a formar parte del ámbito público con las consiguientes posibles críticas, sanciones y rechazo social del consumidor o del mercado.

Un ejemplo sencillo estaría representado por el litigio (ejecución de un contrato de consorcio empresarial) de dos empresas de productos ganaderos y en un supuesto que una de ellas, de forma dolosa, ventile la

información sobre infracciones de derechos de propiedad intelectual, el uso de productos transgénicos, informes de salubridad con incidencia en enfermedades oncológicas y malas prácticas sanitarias. La sanción del mercado y el ejercicio procesal (*class action* o derechos difusos) de los consumidores, sin necesidad de esperar un fallo arbitral o judicial final firme, podría representar el inicio del final del grupo empresarial ganadero por los altos costos en honorarios de abogados, gastos judiciales que debería afrontar en su defensa, atribuido a una información filtrada que vulneró la confidencialidad del arbitraje y, finalmente, el costo del daño a la reputación corporativa extendida ente los consumidores y el mercado.

En el numeral 51 de la legislación arbitral regula de forma amplia y completa el principio de confidencialidad bajo los siguientes aspectos:

- a) La extensión de la confidencialidad vincula a los actores: tribunal arbitral, secretario, el centro de arbitraje; y a su vez a los testigos, peritos y otros actores procesales, quienes bajo responsabilidad deberán de guardar reserva absoluta respecto del curso del proceso.
- b) La confidencialidad vincula a las partes, sus representantes, apoderados y abogados, es decir se extiende a terceros vinculados con los operadores arbitrales.
- c) La confidencialidad mantiene una regla de excepción respecto al acceso a la vía judicial del proceso de anulación o ejecución de laudo; la Ley de Arbitraje, en concordancia con los arbitrajes en contratación pública, establece que los laudos serán de acceso público, tal cual sucede en el portal OSCE respecto de la publicación de diversos laudos.

En Brasil se discute si se debería de mantener el principio de confidencialidad bajo la aplicación del interés público y se permita que

los arbitrajes puedan ser de conocimiento público; en ese sentido citamos: «deve otimizar-se um equilíbrio entre os valores da confidencialidade e transparência, semprejuízo da prevalência do princípio da publicidade» (Debe de optimizarse el equilibrio entre los valores de la confidencialidad y transparencia, buscando siempre la prevalencia del principio de publicidad).¹⁸¹

La reforma de la Ley de Arbitraje peruana, conforme al Decreto Legislativo n.º 020-2020, respecto a la confidencialidad y publicidad del arbitraje, exclusivamente podrá vincular a los arbitrajes en contrataciones con el Estado y no podría generar efectos en los arbitrajes comerciales.

Es esencial dejar de lado la aplicación de la regla de la confidencialidad respecto de las aceptaciones a la designación (árbitro único, de parte o presidencia), ampliaciones de revelaciones y de los criterios que mantengan los centros de arbitraje para ratificar o no la designación de los árbitros. Esta transparencia permitirá, primero, dejar en la potestad de los candidatos a árbitros y árbitros designados brindar con amplia transparencia toda la información respecto a su aceptación; y, segundo, que las partes o interesados en demandar el servicio arbitral tengan información de primera fuente y muy completa.

En Brasil, el arbitraje en contrataciones estatales no es obligatorio. Al respecto dejamos que la doctrina de ese país nos brinde sus posiciones.¹⁸²

¹⁸¹ JUDICE, José Miguel. «Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da reforma da lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015)». En CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago y Alexandre FREIRE (coordinadores). *Arbitragem - Estudos sobre a Lei n.13129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saravia, 2016, p. 312.

¹⁸² VASCONCELOS ROQUE, Andre. «El arbitraje con entes estatales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil». En CASTILLO FREYRE, Mario (edidtor). *Arbitraje en Brasil*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, vol. 42, pp. 173-174.

Una concepción absolutamente restrictiva en términos de arbitrabilidad objetiva podría eliminar por completo la posibilidad de sumisión de los intereses públicos a los árbitros. El razonamiento para llegar a tal conclusión sería simple: el arbitraje solamente es admisible para derechos disponibles y como el interés del Estado es indisponible no habría espacio para tal medio de solución de controversias cuando estuviesen en juego, directa o indirectamente, los intereses de entes estatales.¹⁸³

No obstante, se trata de una concepción equivocada. Hace muchas décadas, el Tribunal Supremo Federal decidió el célebre caso Lage,¹⁸⁴ en el cual se sentó la posibilidad de la Unión de someter cuestiones susceptibles de transacción al arbitraje.¹⁸⁵ La decisión se basó en dos fundamentos principales que ya habían sido invocados por el Tribunal Federal de Recursos con ocasión del juzgamiento de la apelación: i) el arbitraje siempre fue admitido y consagrado en nuestro derecho;¹⁸⁶ ii) no se podía restringir la autonomía contractual del Estado, que puede prevenir el litigio por el convenio arbitral, salvo en las relaciones en que actúa como poder público, por no ser susceptibles de transacción.

El ampliar y aplicar a los arbitrajes comerciales o corporativos el principio de publicidad representa un peligro y distorsión de la esencia del arbitraje (reserva y protección de las actuaciones) y se podría presentar interferencias políticas, corporativas, de la prensa y la sociedad civil, propios de los tribunales de justicia estatales.

¹⁸³ En este sentido, entre otros, ver VALLE FIGUEIREDO, Lucia. *Curso de Direito Administrativo*. Sexta edición. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106.

¹⁸⁴ Ver STF, Pleno, AI 52.181/GB, j. 14/11/1973, RTJ, v. 88, p. 382 y ss.

¹⁸⁵ Un estudio más detallado sobre el caso puede ser encontrado en RIGUEIRA RENNÓ LIMA, Leandro. «O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: umahistória da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal». En DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando (coordinador). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: QuartierLatin, 2006, pp. 126-160.

¹⁸⁶ Esta afirmación, evidentemente, no es de gran peso, dada la exigua experiencia arbitral en Brasil antes de la Ley 9.307/96, como ha sido destacado por CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Umcomentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 45, not. 34.

El actual panorama del arbitraje en contrataciones estatales respecto a los actos de corrupción en que habrían incurrido algunos árbitros en el caso Odebrecht, trae consigo la discusión de la publicidad de los procesos arbitrales. Consideramos que es necesario publicitar los arbitrajes en contratación pública; ya hace algunos años, y con acertado criterio, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE publica en su portal web los diferentes laudos y votos de los árbitros. Esta práctica positiva está siendo replicada por diversas instituciones arbitrales, con lo cual los criterios establecidos por los árbitros en los laudos son públicos y lo mismo sucede con los recursos de anulación y ejecución de laudo en vía judicial, cuyo acceso de información pública está en el sistema CEJ (Consulta de Expedientes Judiciales). Conforme a la reforma de la Ley de Arbitraje, es necesario publicitar los expedientes de los casos de arbitraje, los laudos, los fallos de anulación y ejecución de laudos, pues con esto se permite dotar de perfecta publicidad a los arbitrajes en contrataciones estatales, e incluso a los arbitrajes comerciales.

Nuestra posición es compartida por Castillo y sus coautores: «lo señalado en este extremo de la norma resulta adecuado en razón de que en los arbitrajes en donde una de las partes o ambas son entidades estatales, se está discutiendo el manejo de fondos públicos, razón por la cual no debería regir la confidencialidad una vez expedido el laudo, para que éste pueda ser de conocimiento público y, además, se pueda juzgar de esta manera el comportamiento del o de los árbitros y de las partes en el proceso».¹⁸⁷ Este criterio se encuentra acorde con la reforma de la Ley de Arbitraje (Decreto de Urgencia n.º 20-2020); la publicidad del arbitraje en contratación pública es una realidad que compromete a todos los operadores del sistema arbitral a brindar altos estándares en sus prácticas.

¹⁸⁷ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 639.

2.4. Convenio arbitral

2.4.1. El principio de autonomía privada

El principio de autonomía constituye la base del sistema arbitral en cualquier legislación nacional e internacional, por el cual en amplia libertad los contratantes eligen, a su buen criterio, incorporar a su relación contractual el pacto arbitral y con lo cual deciden expresamente alejarse de la justicia tradicional del Poder Judicial y vincularse a un futuro proceso arbitral, de surgir controversias en la ejecución del contrato.

Se destaca que la aplicación de la autonomía no se agota con la suscripción del convenio arbitral, las partes mantienen la libertad de complementar las reglas procesales establecidas en la instalación del arbitraje y con mayor razón en los procesos *ad hoc*, que deberán de ser ejercidas con prudencia y sin generar distorsiones a la esencia del arbitraje y la protección por los árbitros de su competencia.

El convenio arbitral debe contener —además de las previsiones vistas— la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someter a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas.

Se trata de una voluntad inequívoca, conforme a los alcances del artículo 13 de la Ley de Arbitraje, de indudable proyección *ad probationem* y que permite la interpretación extensa en favor de la generación del pacto arbitral en sus diversas modalidades escritas y otras formas no formales y expresas.

La expresión de la autonomía privada de que los contratantes en forma libre y lícita manifiesten su voluntad para aceptar el pacto arbitral y con ello extender sus efectos contractuales y procesales, representa el

elemento voluntario a fin de generar la validez, eficacia o legalidad del convenio arbitral.

La voluntad arbitral para Vásquez mantiene la siguiente implicancia: «A someterse debe prestarse en términos claros, lo contrario, es decir, un consentimiento confuso —que normalmente se da cuando en el pacto arbitral existen cláusulas o redacciones contradictorias que da competencia a un tribunal arbitral, pero también a la jurisdicción ordinaria— podría dar lugar a una cláusula patológica, lo que obligaría al árbitro a someter el contrato arbitral a interpretación con el objeto de dilucidar este punto».¹⁸⁸

En otras palabras, para Viscasillas: «La expresión de consentimiento, en cuanto a comprometerse a un arbitraje, debe quedar claramente fijada y no dejar espacio a dudas y la individualización de las partes debe ser completa, como única forma de tener certeza sobre quién está prestando tal voluntad, ambos constituyen el primer pilar que ha de considerarse para la validez de la cláusula arbitral, constituyendo el elemento indispensable de operatividad práctica».¹⁸⁹

Pero al propio tiempo, la expresión de la inequívoca voluntad, para el profesor Lorca Navarrete, implica: «poseer una indudable relevancia jurídica como expresión de un acto propio consistente en una declaración de voluntad manifestada en términos concluyentes e inequívocos, reveladora de la actitud de quien desea —a través de esa voluntad— suscribir un convenio arbitral, surgiendo así la vinculación de la doctrina de los actos propios con la prestación del consentimiento con el fin de que quede expresada en el convenio arbitral la inequívoca voluntad de someterse a arbitraje».¹⁹⁰

¹⁸⁸ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 755.

¹⁸⁹ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*. Cizur Menor: Arazandi, 2005, p. 204, citado por VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 755.

¹⁹⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio y Carlos MATHEUS LÓPEZ. *Tratado de derecho de arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003, pp. 85-86.

Según Matheus: «Se observa que la formulación del acuerdo de las partes supone siempre su necesaria declaración positiva. Por lo que en el caso de mandatario y de quienes actúen con representación, la voluntad inequívoca de someterse a arbitraje exige un mandato expreso y específico. Si bien puede subsanarse su falta con una posterior ratificación del mandante. Respecto a la subrogación —en casos de cesión de posición contractual— el cesionario no se halla vinculado por el convenio arbitral incluido en las condiciones del contrato mientras no existe constancia en el subrogado de la inequívoca aceptación del convenio arbitral».¹⁹¹

Al respecto es fundamental tener en cuenta la reseña efectuada por Rivas Caso respecto a sentencias de las salas comerciales de Lima: «El carácter obligatorio que respecto a las partes tiene el convenio arbitral; se debe entender el convenio arbitral como un acuerdo de voluntades para autorregular intereses, y aún más [sic], como un contrato, dado el carácter patrimonial de los conflictos que se derivan hacia la jurisdicción privada».¹⁹²

El convenio arbitral representa el acuerdo de las partes de dirimir ciertas disputas a través del arbitraje. Se trata de un acuerdo vinculante por el cual las partes —como ya vimos al desarrollar la noción del arbitraje— *renuncian* a resolver sus controversias ante los tribunales nacionales, para que éstas sean dilucidadas por árbitros.¹⁹³

¹⁹¹ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano». En *Vniversitas*, 2004, n.º 108, vol. 53, pp. 636-637. Recuperado de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/06/007_Reflexiones-sobre-el-convenio-arbitral-en-el-derecho-peruano-Carlos-Alberto-Matheus-L%C3%B3pez.pdf>.

¹⁹² RIVAS CASO, Gino. «El convenio arbitral bajo la luz del control judicial». En *Ethos Asociación Jurídica*, 2019, n.º 4, p. 65 (Expediente n.º 123-2013, Res. 11, Segunda Sala Comercial, 13, anulación de laudo).

¹⁹³ *Idem*, p. 73 y ss.

La autonomía de la voluntad no sólo es fuente del arbitraje, sino que es también su medida. Una vez que las partes han acordado someter sus diferencias a arbitraje, deben definir luego cómo será dicho arbitraje.¹⁹⁴

Merino Merchán y Chillón Medina explican: «En la doctrina y tribunales jurisdiccionales no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento entre las partes para celebrar el convenio arbitral; éste último deviene en válido para el ordenamiento jurídico general y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que en el acto realizado concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato».¹⁹⁵

Silva Romero afirma: «Como se verá en la presente exposición, el principio busca asegurar la eficacia del pacto arbitral, evitando que se vea perturbado por la invocación de la nulidad o inexistencia del contrato en relación con el cual surge el litigio; en materia de arbitraje internacional, busca evitar que el arbitraje se vea afectado por reglas limitativas del arbitraje particulares de legislaciones nacionales».¹⁹⁶

Rivas Caso¹⁹⁷ cita el fallo de un recurso de anulación de laudo respecto a la autonomía de la voluntad en el cual se establecen los siguientes criterios:

La expresión de autonomía de la voluntad, a la que se alude, implica que será necesario que las partes hayan prestado su consentimiento de forma libre sin que haya mediado error, dolo, intimidación o cualquier otro vicio del consentimiento que lo haga inválido. Así, cuando alguna de

¹⁹⁴ MACKINNON, Ari; ZAPIOLA, Ignacio y Santiago BRAVO. «Redacción de cláusulas arbitrales internacionales». En *Themis*, 2017, n.º 70, p. 185.

¹⁹⁵ MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Tercera edición. Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, t. 1, p. 257.

¹⁹⁶ SILVA ROMERO, Eduardo (director) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coordinador). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, pp. 79-80.

¹⁹⁷ Citando el Expediente n.º 148-2012, Segunda Sala Comercial, anulación de laudo, en GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley - Grupo Wolters Kluwer, 2008, p. 48.

estas circunstancias anómalas haya tenido lugar, el convenio arbitral será inexistente o nulo. De lo glosado hasta aquí se desprende que, conforme a su naturaleza, el convenio arbitral supone la libre y válida manifestación de voluntad de las partes, sin lo cual carece de fuerza jurídica para vincularlas.

[L]a sola remisión de una carta notarial por una de las partes a la otra no demuestra per se la existencia de un convenio arbitral, por cuanto ésta sólo constituye la manifestación de voluntad del remitente —esto es, Medina Vásquez— mas no del destinatario —los demandantes—, por cuanto no obra en autos documento alguno en el que estos últimos hayan dado respuesta a aquél que revele el intercambio de comunicación e implique o demuestre un acuerdo de ambas partes de someter sus controversia al fuero arbitral ya sea en forma expresa o implícita tácita.

Aunado a lo señalado, queda claro que los demandantes no han expresado su manifestación de voluntad para dar origen al acto jurídico —convenio arbitral—, tal como lo disponen los artículos 140 y 141 del Código Civil.

Conforme al lineamiento de González-Montes: «El principio de la autonomía se encuentra consagrado por diversas disposiciones en materia de arbitraje internacional, las cuales hacen énfasis en el hecho de que el acuerdo arbitral no se ve afectado por la extinción o nulidad de contrato principal».¹⁹⁸

Por ejemplo, los reglamentos arbitrales lo establecen. Es el caso del reglamento de arbitraje la Corte de Arbitraje Internacional de París, que dispone en el párrafo del numeral 6:¹⁹⁹ «Salvo estipulación en contrario, y siempre que se haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El tribunal arbitral conservará compe-

¹⁹⁸ *Ibidem.*

¹⁹⁹ *Ibidem.*

tencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones».

Asimismo, Carazo Liébana, respecto de la autonomía del convenio arbitral, indica: «[en] general presenta dos consecuencias: i) la nulidad del contrato principal no traerá consigo de modo necesario la nulidad del convenio arbitral; y ii) el pacto arbitral tiene una causa distinta de la del contrato principal. Así, en el convenio arbitral las partes pretenden someter a los árbitros los litigios surgidos o que pudieran surgir en relación al contrato principal. Su único lazo de unión es que la cláusula compromisoria por sí misma no tiene efectos, sino que debe referirse a un contrato concreto».²⁰⁰

Asimismo, es importante considerar los criterios de la judicatura respecto de la autonomía de la voluntad en el ámbito del arbitraje. «Encontrándonos ante un contrato nulo por falta de manifestación de voluntad, es de concluir que el convenio arbitral insertado en dicho contrato deviene inexistente».²⁰¹

Conforme a la teoría del acto jurídico, es fundamental la existencia expresa del convenio arbitral dejando de forma indubitable y contundente el requisito de la voluntad arbitral.

Finalmente, la autonomía como dogma privado se encuentra regulada en la legislación civil, en sede peruana, en el artículo 1354²⁰² (libertad contractual) y a su vez en la Ley de Arbitraje peruana bajo el

²⁰⁰ CARAZO LIÉBANA, María. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005, p. 60.

²⁰¹ Expediente n.º 46-2015 (anulación de laudo): Inversiones Jhofap vs. Inmobiliaria Vida. Primera Sala Civil Superior. Corte Superior de Justicia de Lima.

²⁰² El artículo 1354 del Código Civil peruano regula el principio de libertad contractual, que permite que los contratantes puedan determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo, que en buena cuenta expresan los límites sancionados por la nulidad virtual.

principio de los derechos de «libre disposición»²⁰³ y la libertad de estipulación del convenio arbitral donde expresamente se hace referencia al «acuerdo de las partes»²⁰⁴ y que implica el ejercicio pleno de los contratantes de la autonomía privada para depositar su confianza en la justicia arbitral.

2.4.2. Naturaleza jurídica del convenio arbitral

Según Vidal: «El convenio arbitral es un acto jurídico *inter vivos*, por lo general, bilateral, pues requiere de la confluencia de las manifestaciones de voluntad de ambas partes, el mismo autor acota que el convenio arbitral viene a ser un acto o negocio jurídico constitutivo, desde que genera obligaciones para las partes y las vincula a su finalidad específica, cual es la de someter a árbitros la solución de sus conflictos».²⁰⁵

Perales Viscasillas agrega que: «El convenio se configura como el elemento fundamental de la institución arbitral. Sin convenio no hay arbitraje, existiendo el convenio se derivan los efectos propios del mismo: la eficacia positiva obliga a las partes a someter la disputa al arbitraje y la negativa excluye a la jurisdicción de conocimiento de las cuestiones sometidas a arbitraje, están recogidas en el artículo 11.1 LA: «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir con lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese la invoque mediante declinatoria».²⁰⁶

²⁰³ El artículo 2 de la ley arbitral nacional regula el principio de qué puede o no ser materia susceptible de arbitraje, estableciendo la siguiente pauta legal: «Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

²⁰⁴ El artículo 13 regula el contenido y forma del convenio arbitral, y se define como el 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. Una definición sencilla y coherente con las legislaciones internacionales.

²⁰⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 52.

²⁰⁶ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*, pp. 105-106.

Asimismo, Alva Navarro en su trabajo respecto de anulación de laudo, sostiene lo siguiente:

[...] a diferencia lo que ocurre con el proceso judicial no debería —en teoría— ser impuesto a las partes, pues su existencia y sustento principal están íntimamente ligados a la libre voluntad de los particulares. Es pacíficamente aceptado en doctrina que el arbitraje se sustenta primariamente en la autonomía privada de los sujetos, quienes en uso de este atributo acuerdan renunciar a la jurisdicción natural que les proporciona el Estado —la judicial— y someterse, por la voluntad propia, a un medio de administración de justicia distinto, encargado a jueces que no son los impuestos por la justicia pública, sino elegidos por ellos mismos para resolver el conflicto de intereses en el cual se ven envueltos.²⁰⁷

Por su parte, Hilda Aguilar Grieder indica que: «En el convenio arbitral existe una preponderancia del aspecto contractual sobre el procedimental, esto es, de las declaraciones de voluntad sobre los efectos procesales, en las cuestiones relativas al perfeccionamiento, validez e interpretación de la cláusula arbitral».²⁰⁸

Consideramos que la naturaleza del convenio arbitral mantiene una dualidad respecto a un primer momento del pacto del convenio arbitral desde el aspecto contractual, y segundo dentro del ámbito procesal que permite que las partes puedan pactar el diseño de un posible y futuro litigio arbitral; en buena cuenta, existe una relación del pacto arbitral contractual con los efectos procesales de causa a efecto que no pierde la esencia de que las partes contratantes determinen diferentes reglas procesales.

²⁰⁷ ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2011, vol. 14, p. 112.

²⁰⁸ AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 348.

2.4.3. Regulación del convenio en la Ley de Arbitraje

Es fundamental apreciar el alcance del artículo 13 del Decreto Legislativo n.º 1070, que mantiene la regulación respecto del contenido y forma del convenio arbitral.

Conforme lo sustentado en la exposición de motivos, el numeral 13 de la Ley de Arbitraje junto con el artículo 14, permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando, de esa forma, la voluntad de las partes de someterse a un arbitraje con seguridad jurídica y tutela amplia de la jurisdicción arbitral.

Para Castillo Freyre: «Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste escrito es contraria a las prácticas y usos del comercio».²⁰⁹

La regulación del convenio arbitral de la ley peruana, a nuestro criterio, está agrupada en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos; y b) convenios arbitrales tácitos.

El artículo 13 de la ley arbitral peruana en el inciso 1) parte del supuesto de que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligado a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2) expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (*por escrito*) y *bajo una aplicación sistematizada* conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.²¹⁰

²⁰⁹ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 190.

²¹⁰ VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, 2018, n.º 54, pp. 350-351.

Acorde con la modernidad y la era virtual, el inciso 4, regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter de formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica, según la regulación especial de la ley, que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que los escritos del litigio arbitral y sin negativa implicarán la aceptación de la justicia arbitral y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

En palabras de Castillo Freyre: «Creemos que, en todo caso, esto abona en razón de la tesis de que la ley peruana de arbitraje, así como las leyes de arbitraje internacionales, han ido flexibilizando la forma del convenio arbitral».²¹¹ De lo siguiente, podemos inferir la excepcionalidad de la forma escrita.

Los convenios arbitrales tácitos se encuentran regulados en el inciso 3²¹² del artículo 13 de la ley arbitral peruana, inspirado en el modelo Uncitral, bajo la libertad de regulación y flexibilidad, supuesto que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, la misma que podría ser interpretada como que no se cumplan formalidades y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de formalidades impuestas por las partes, lo cual perfectamente podría incurrir en una clara distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem*. Son las prácticas al estilo de la Mafia Orellana, en las cuales pseudo árbitros iniciaban procesos arbitrales sin la preexistencia del convenio arbitral (en el último capítulo haremos amplia referencia).

²¹¹ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 199.

²¹² «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».

2.4.4. *Modelo Uncitral*

El denominado modelo Uncitral pertenece a la CNUMUDI. Conforme a la reseña de Vásquez:

La convención de Nueva York de 1985 mostró en sus líneas un carácter unificador relativo, toda vez que hubo algunos aspectos en su articulado que no permitieron una regulación equitativa de asuntos relativos principalmente a la arbitrabilidad, la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento de arbitraje y los recursos. Fue por este motivo que la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (Uncitral) detectó la necesidad de trabajar en una ley modelo que permitiera, a quienes hacen uso del arbitraje comercial internacional, valerse de una normativa base que cumpla con los requerimientos y necesidades del sistema económico mundial.²¹³

Es importante establecer que la ley arbitral peruana fue inspirada básicamente con las reglas Uncitral, que a su vez regula los principios del convenio arbitral y sus aspectos de formalidad y flexibilización. Es importante considerar que la ley arbitral peruana tomó en cuenta las modificaciones del año 2006 establecidas a las reglas Uncitral.

2.4.5. *Elementos del convenio*

A fin de establecer un criterio de interpretación amplio y con énfasis arbitral, debemos ubicar los elementos de la teoría general del acto jurídico, obligatoriamente a la formación del convenio arbitral.

Los elementos esenciales que deberán de estar en todo pacto arbitral, y de conformidad con el artículo 140 del Código Civil, son: a) la voluntad; b) la capacidad de las partes; c) el objeto; d) la finalidad lícita; y e) la formalidad (bajo sanción de nulidad). De esta forma, identificando y aplicando los elementos indispensables del acto jurídico, podremos identificar un correcto convenio arbitral.

²¹³ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, pp. 726-727.

De acuerdo con dispuesto en el artículo 140 del Código Civil, el acto jurídico representa el acto libre y espontáneo ejercido por una persona natural o jurídica que con plena manifestación de la voluntad puede crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas.

Están los actos unilaterales y los actos plurilaterales, los primeros sólo requieren la manifestación de voluntad de un agente, mientras que los actos plurilaterales requieren de la manifestación de voluntad de dos o más agentes. De esta forma los contratos son actos jurídicos plurilaterales con contenido patrimonial.

Castro Zapata²¹⁴ menciona que en el derecho francés antiguo se hacía uso del término *convención* para referirse a aquel acto jurídico plurilateral, ya sea de contenido patrimonial o no. Es así que la *convención* era al contrato como el felino es al gato, existía una relación género-especie.

El acto jurídico encontrará como fuente la manifestación de voluntad, sin importar la manera de su constitución (unilateral, bilateral o plurilateral), a diferencia de la convención que excluye a la manifestación de voluntad unilateral, ya que ella requiere acuerdo de voluntades.

En el caso del convenio arbitral, éste formaría parte de un acto jurídico mayor si fuese una cláusula arbitral del mismo, o también podría ser un acto jurídico autónomo si ésa fuese la circunstancia de su celebración. Es necesario establecer que el convenio arbitral mantiene un carácter absolutamente patrimonial, pues regula la posibilidad de acudir a un posible litigio arbitral respecto de derechos de libre disposición y materias arbitrables.

²¹⁴ CASTRO ZAPATA, Laura. «El convenio arbitral vs. el acta de instalación (o en qué ocasiones puede modificarse lo pactado en el convenio arbitral). En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Segunda parte. Lima: Palestra, 2008, vol. 6, pp. 16-35.

A partir de lo mencionado expondremos los elementos del convenio arbitral a luz de los elementos del acto jurídico.

2.4.5.1. La voluntad arbitral

La expresión autonomía de la voluntad a la que alude implica que será necesario que las partes hayan prestado su consentimiento de forma libre sin que haya mediado error, dolo, intimidación o cualquier otro vicio del consentimiento que lo haga inválido. Así, cuando alguna de estas circunstancias anómalas haya tenido lugar, el convenio arbitral será existente y nulo.²¹⁵

La «voluntad arbitral» constituye el fundamento de la institución arbitral, por cuanto el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial a raíz del ejercicio de la autonomía privada de los agentes económicos de escoger resolver sus controversias mediante el arbitraje.

En este sentido, para Gaspar Lera es determinante el artículo 5.1 LA: «En el que se establece que el convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones a la decisión de uno o más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión».²¹⁶

La voluntad arbitral tiene que ser plena y sin ningún supuesto que contenga algún elemento de inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia. De existir estos problemas que nacen de una inexistente, ineficaz o nula voluntad es necesario evaluar la teoría de los convenios arbitrales patológicos, dejando a salvo el derecho de las partes de defenderse conforme a la objeción del arbitraje o con la excepción de inexistencia de convenio arbitral, el imponer la competencia arbitral

²¹⁵ Expediente n.º 148-2012, Resolución 37, Segunda Sala Comercial, 30 de diciembre de 2015, p. 8, anulación de laudo. Citado por RIVAS CASO, Gino. *Op. cit.*, p. 55.

²¹⁶ GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de la aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 1998, p. 76.

frente a la inexistencia de la voluntad y otros aspectos (inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia) generan una contingencia de anulación del laudo, conforme al artículo 63, inciso 2 (1-A), que establece que el laudo es factible de anulación si: «El convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz».

Es importante resaltar que al margen de que existan medios de defensa, como la objeción u oposición al inicio del arbitraje o excepción de inexistencia del convenio arbitral, por el principio de separabilidad que regula el arbitraje, el tribunal o el árbitro único mantiene intacta su competencia —criterio con el que discrepamos—; si ante la lectura de la petición de arbitraje o demanda no se logra identificar un medio escrito o similar que acredite la preexistencia del convenio arbitral, lo prudente y conforme al ejercicio de una buena práctica arbitral debería ser declarar improcedente o rechazar *ipso iure* el inicio del arbitraje.

Garibotto²¹⁷ sostiene: «Para que el acto jurídico sea válido se impone que el sujeto que lo otorga actúe con voluntad exenta de vicios, lo cual supone la reunión de tres condiciones: a) discernimiento, es decir, entendimiento y comprensión de la realidad; b) intención, el propósito de obtener mediante su accionar el resultado que persigue; c) libertad, que exprese su voluntad sin coacción externa indebida».

De acuerdo con Alva Navarro: «Así, por ejemplo, será ineficaz, en virtud del artículo 161 del Código Civil, el convenio arbitral que haya sido celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido; mientras que será anulable, en atención al artículo 210 de ese mismo cuerpo legal, aquél que sea producto del dolo de algunas de las partes; y, por tanto, el laudo que pueda dictarse en cualquiera de estos supuestos será igualmente nulo».²¹⁸

²¹⁷ GARIBOTTO, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 83.

²¹⁸ ALVA NAVARRO, Esteban. *Op. cit.*, pp. 117-118.

En la misma línea, Alva Navarro argumenta: «Respecto a la falta de manifestación de voluntad del agente, comprobar si existe manifestación de voluntad es un proceso que escapa de la revisión de un documento en sí mismo, pues el consentimiento de las partes puede darse de diversas maneras; aún más si atendemos a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LPA. De allí que resulte difícil de imaginar un supuesto en el que nulidad sea manifiesta por esta causal».²¹⁹

El consentimiento libre de vicios permite que las voluntades de las partes se encuentren y funden un acuerdo. Un vicio en el consentimiento de cualquiera de las partes impide que haya una voluntad común, un sentir común.²²⁰

La voluntad como acto humano para generar licitud en los convenios arbitrales representa el primer elemento esencial a evaluar para ratificar su preexistencia y en sus diversas formas de manifestación el pacto arbitral deviene de un ejercicio libre, lícito y voluntario, siendo interpretado con la buena fe de la negociación, y ejecución de conductas reales y válidas que generen un convenio arbitral expreso.

2.4.5.2. Capacidad

Según Carnelutti: «La capacidad es el índice de participación que se concede al ser humano dentro del ordenamiento jurídico. Está la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio».

La primera, de acuerdo con Fernández Sessarego: «Es la abstracta posibilidad de que goza la persona de disfrutar todas las situaciones jurídicas previstas por el ordenamiento jurídico».²²¹

²¹⁹ *Idem*, p. 107.

²²⁰ SILVA ROMERO, Eduardo (director) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coordinador). *Op. cit.*, p. 153.

²²¹ Citado por REVOREDO, Delia. *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, p. 231.

La capacidad de ejercicio, por su parte, es la aptitud de una persona para celebrar, por sí misma, un acto jurídico conforme a los actos o contratos lícitos y bajo el respeto de los límites establecidos a la autonomía privada.

Garibotto define a la capacidad como: «La aptitud del sujeto para ser titular de derechos y deberes y para actuar por sí mismo en el ámbito jurídico, ejerciendo esos derechos y cumpliendo esos deberes».²²²

A nuestro criterio, a fin de «[...] celebrar el pacto arbitral se requiere como requisito indispensable el ejercicio de la plena capacidad de las partes contratantes a fin suscribir la cláusula arbitral que, conforme a una interpretación sistemática del artículo 140 del Código Civil y la teoría del consentimiento contractual, consiste en la plena capacidad para disponer que una posible controversia, producto de una relación jurídica patrimonial que deberá ser resuelta en vía arbitral».²²³

Al respecto, Matheus acota: «La capacidad de goce, ejercicio y la manifestación expresa e inequívoca de las partes de someterse a arbitraje la controversia o controversias que surjan o puedan surgir de sus relaciones jurídicas».²²⁴

En cuanto a las personas jurídicas reguladas en el Código Civil o la Ley General de Sociedades, «habrá que remitirse a lo que dispongan los estatutos respecto a sus facultades o límites de los representante legales, apoderados o mandatarios, en principio, las personas jurídicas pueden celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohíban o restrinjan; pero al permitirlo o al no prohibirlo deben examinarse las facultades del

²²² GARIBOTTO, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 83.

²²³ VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales del convenio arbitral». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, p. 153.

²²⁴ MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «El convenio arbitral». En *Revista de Derecho Procesal*, 2005, n.º 8, pp. 220-222.

representante legal especialmente en cuanto a la cuantía de las mismas». ²²⁵

Según Gamboa Serrano: «En efecto, si está autorizado para obrar libremente, por ejemplo, hasta veinte millones de pesos, no puede celebrar acuerdo arbitral respecto de derechos que superen esa cantidad». ²²⁶

Para Silva Romero: «la noción jurídica de capacidad se transforma, por así decirlo, en las nociones también jurídicas de “representación” y de aptitud de las personas jurídicas de derecho público para celebrar el contrato de arbitraje». ²²⁷

Conforme con la cita de Silva Romero: «No es raro observar dentro del contexto de un procedimiento arbitral administrativo por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que la parte demandada (por lo general, se trata de una persona jurídica) objeta la competencia del tribunal arbitral alegando que quien firmó en su nombre (por lo general, se trata de una persona física o natural) el contrato, que comprende la cláusula compromisoria, no detenía el poder jurídico de representación suficiente para vincularla». ²²⁸

Considerando que en la contratación pública las entidades estatales, al momento de realizar sus convocatorias y la publicación de sus bases en las diversas modalidades de contratación (obras, bienes y servicios), cumplen con publicar un convenio arbitral estandarizado según la condición de entidad (ministerios, municipios, gobiernos regionales o locales) proponen en el contrato convenios arbitrales *ad hoc* o institucionales, los mismos que en los últimos cinco años han sido

²²⁵ VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales del convenio arbitral». *Op. cit.*, p.118.

²²⁶ GAMBIA SERRANO, Rafael. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.

²²⁷ SILVA ROMERO, Eduardo (director) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coordinador). *Op. cit.*, p. 112.

²²⁸ *Ibidem*.

materia de modificatorias bajo el criterio de que el OSCE deba acreditar instituciones arbitrales que cumplan altos estándares de la práctica arbitral.

Resulta esencial destacar que la capacidad de las personas jurídicas para celebrar el convenio arbitral se encuentra reconocida acorde con lo regulado en el artículo 10 del Decreto Legislativo n.º 1071, que con acertado criterio precisa que: «salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este decreto legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales» y «salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos».

2.4.5.3. El objeto del convenio arbitral

De acuerdo con Torres Vásquez:²²⁹ «A partir del análisis de los artículos 140, 1351 y 1402 del Código Civil, se infiere que el objeto del acto jurídico es la relación jurídica, y del objeto del contrato, la relación jurídica patrimonial (obligación). Pero tampoco toda relación jurídica patrimonial, sino sólo la relación jurídica obligacional. No es objeto del contrato la relación jurídica real».

De esa forma, el profesor Torres Vásquez se formula la pregunta: «¿Qué quieren las partes con la celebración de un contrato? La respuesta es que desean crear, regular, modificar o extinguir obligaciones y los correlativos derechos patrimoniales».

²²⁹ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998, p. 154.

Por otra parte, para Garibotto: «el objeto es la materia sobre la cual versa el acto jurídico, siendo menester, para precisar esta noción, determinar qué se debe entender por *materia*».²³⁰ De esta forma, el autor recurre al artículo 953 del Código Civil, del cual comprende que la materia del negocio jurídico son los hechos, acciones u omisiones que se tienen en vista al celebrarlo. Así, se plantea ciertos ejemplos como la entrega de la cosa en la compraventa o la transmisión de derechos en la cesión de derechos, etc.

De acuerdo con el Código Civil tenemos los requisitos como son: el objeto del acto jurídico, la posibilidad, la licitud y la conformidad con aplicación a las buenas costumbres, siguiendo la línea de Garibotto.²³¹

Respecto a la posibilidad, cabe distinguir la posibilidad material de la posibilidad jurídica; la primera se refiere a la imposibilidad de referirse como objeto de acto jurídico a cosas que jamás han existido o que han dejado de existir o que no pueden existir; pongamos un ejemplo: Pedro en compraventa transfiere un ornitosaurio, a la vez cede sus derechos sobre un esclavo y además vende una entrada para la lucha de gladiadores en el Coliseo romano.

Refiriéndonos a la posibilidad jurídica, aquí atendemos la imposibilidad de considerar como objeto del acto jurídico ciertas cosas desde el punto de vista legal, como la existencia de bienes absolutamente enajenables, es decir, bienes fuera de comercio, siendo un ejemplo claro el que se pretenda vender la ciudadela patrimonio cultural de la humanidad y maravilla del mundo Machu Picchu o el cuadro de Leonardo da Vinci, *La Gioconda*.

Sobre la licitud, están los hechos que quebranten el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, contratar a alguien para envenenar a otra persona. Asimismo, respecto a las buenas costumbres, Garibotto resalta

²³⁰ GARIBOTTO, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 87.

²³¹ *Ibidem*.

el contenido moral de éstas, haciendo énfasis en figuras como el abuso del derecho que evidencian una moralización del quehacer jurídico.

La licitud contractual está relacionada de forma sistemática con la prohibición de causar fraude en la negociación, celebración y ejecución contractual. Las prácticas de engaño y deslealtad son sancionadas en el Código Civil peruano bajo la prohibición del abuso de derecho y del fraude contractual.

De acuerdo con Lizardo Taboada: «El objeto del negocio jurídico es el interés socialmente relevante o razonable jurídicamente protegido por ser considerado digno de tutela legal. De esta forma se obtendría una perfecta vinculación entre objeto y causa, sin llevarnos a ningún tipo de confusión entre los mismos, pues la causa sería considerada como la función socialmente razonable considerada digna de tutela legal y elevada al rango de función jurídica, en el sentido de función del mismo negocio jurídico y el objeto de interés».²³²

Para Betti, objeto o materia del negocio son: «Los intereses que, según la organización social, consientan ser regulados por obra de los mismos interesados en sus relaciones recíprocas. [...] Se habla de “intereses”, en lugar de “bienes” porque también estos, en la consideración de la conciencia social, hecha propia por el derecho, son estimados siempre con referencia a los sujetos y mirando a su específica aptitud para satisfacer necesidades de la vida de relación».²³³

Bajo la teoría del acto jurídico, el objeto del pacto arbitral debe ser lícito, con una posibilidad física y jurídica —desde la capacidad de las partes—, la posibilidad de arbitrar los derechos o materias arbitrables y la exigencia lícita de la jurisdicción arbitral.

²³² TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley, 2016, p. 264.

²³³ Heck, loc. cit., Ethik Hartmann (1926), 109, 549, citado por BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2000, p. 77.

Ante la inexistencia de la licitud y existencia del pacto arbitral, en forma automática el objeto de la obligación de arbitrar deviene en nula y, por ende, no vinculante a las partes contratantes y terceros; se entiende que la inexistencia de la prestación de arbitrar no genera la imposición de la competencia arbitral.

Como todo contrato, afirma Vásquez: «El acuerdo arbitral debe tener un objeto. Del bloque normativo de los contratos se colige que el objeto debe ser lícito entendiendo por tal todo aquél que no sea contrario al orden público chileno, pero en el estadio arbitral no basta la licitud genérica, pues para que el contrato arbitral sea válido debe referirse a materias arbitrables».²³⁴

Para Ramírez Gómez: «La obligación de las partes conlleva la prestación a cargo de las partes consistente en someter la disputa al conocimiento y decisión de los árbitros, lo cual, a su turno, supone otras tantas prestaciones que constituyen el desarrollo de dicha obligación como, por ejemplo, designar el árbitro conforme al mecanismo de nombramiento escogido o concluir el acta de misión».²³⁵

El objeto del convenio arbitral mantiene la condición de establecer un marco de reglas procesales y contractuales que se encuentran incorporadas en la cláusula litigiosa, que en buena cuenta mantendrá un reposo mientras que uno de los contratantes no tenga interés en aplicar los efectos de la cláusula arbitral a fin de que el centro de arbitraje o los árbitros, mediante un laudo, determinen la culminación de diversos aspectos litigiosos durante la ejecución del contrato y sus implicancias (resolución, indemnización, penalidades, etc.).

El objeto del convenio arbitral implica la regulación procesal anticipada del futuro litigio arbitral y ante la inexistencia de la cláusula, las partes, dentro de su autonomía privada, pueden establecer en su

²³⁴ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 394.

²³⁵ RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 36.

vinculación contractual un convenio arbitral, una vez suscitada la controversia, e incluso si la disputa se encontrase en vía judicial, las partes pueden renunciar a este fuero estatal y acudir a la vía arbitral.

Dentro de la práctica contractual se consideran las *cláusulas escalonadas* bajo la figura de *trato directo* que, en buena cuenta, expresan las tratativas, conversaciones, negociaciones o acuerdos vinculados a diversas controversias contractuales a fin de que las partes, en el libre ejercicio de sus intereses, puedan arribar a un acuerdo directo sin que activen la cláusula arbitral, dejando facultadas a las partes de arribar a una solución antes de acudir a la vía arbitral.

Es importante establecer que una incorrecta aplicación de la cláusula escalonada y, más aún, el no haber iniciado el trato directo y sin la presencia de medios probatorios (cartas notariales o correos electrónicos de inicio y culminación de trato directo) podrían implicar la generación de la contingencia que la parte perjudicada pueda emplear una excepción de incompetencia del tribunal arbitral por no haberse agotado la vía previa.

Según Merino Merchán y Chillón Medina: «Dos matizaciones hay que hacer dentro de este planteamiento general: a) que cualquier materia sobre la que sus titulares tengan facultad de disposición, son arbitrables sin limitaciones; y b) que toda cuestión que el legislador no haya excluido expresamente del principio procesal, puede ser objeto de convenio arbitral».²³⁶

Las cuestiones litigiosas que, según Merino Merchán y Chillón Medina: «Pueden ser sometidas a arbitraje surgirían de relaciones jurídicas determinadas, sean éstas contractuales o no. Es decir, se produce una ampliación del objeto arbitrable hacia esferas que van más allá de los pactos o acuerdos bilaterales o multilaterales, como pueden

²³⁶ MERINO MERCHÁN, José y JOSÉ CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, pp. 268-269.

ser las declaraciones unilaterales de voluntad de cualquier índole o naturaleza, tanto de carácter *inter vivos* como *mortis causa*». ²³⁷

La condición para recurrir al arbitraje siempre implicará la presencia del ejercicio de los derechos patrimoniales o de libre disposición. Existen limitaciones más estrictas en arbitrajes de materia ambiental, donde el legislador permite que el tribunal arbitral, con limitaciones expresas, pueda resolver las controversias taxativas. A manera de ejemplo: el monto de la reparación civil por delitos ambientales o supuestos de superposición de derechos o concesiones, o se cuestionen estándares de calidad ambiental, siendo necesaria la aplicación especial de la Ley General del Ambiente sobre valoraciones o criterios exclusivamente económicos.

En tal sentido, conforme lo expone Vidal Ramos: «Es requisito indispensable que las partes puedan pactar la cláusula arbitral, para prevenir las eventuales controversias que surjan de la relación contractual». ²³⁸

Merino Merchán y Chillón Medina indican: «Que, lo esencial constituye la posibilidad que brinda la nueva Ley de Arbitraje, de ser aplicada de forma indiscriminada a todas las materias y contratos sin límite establecido apriorísticamente (como ocurría con las leyes de 1953 y 1988); sobre todo, en lo referente al derecho administrativo». ²³⁹

En opinión de Merino Merchán y Chillón Medina: «Es indispensable responder a la siguiente pregunta: ¿en qué consiste la prestación de someter la resolución de una controversia al arbitraje? En suma, el examen de dicha prestación coincide con la descripción de las etapas del

²³⁷ *Idem*, pp. 253-254.

²³⁸ VIDAL RAMOS, Roger. «El arbitraje ambiental en el Perú». En *Actualidad Jurídica*, 2012, vol. 218, pp. 102-103.

²³⁹ MERINO MERCHÁN, José y JOSÉ CHILLÓN MEDINA. *Op. cit.*, pp. 253-254.

procedimiento arbitral. Es en este punto en el que el derecho de las obligaciones y el derecho procesal, éste último supeditado al primero, convergen o deberían converger armónicamente». ²⁴⁰

De acuerdo con Verdera Server: ²⁴¹ «Es necesario partir de la contraposición entre un convenio arbitral *ex ante* y un convenio arbitral *ex post*; con ello se diferencia cuando la controversia aún no ha surgido y cuando ya surgió. De esa forma, al analizar el objeto del convenio arbitral, éste será diverso dependiendo de cada situación».

Es así que el autor en mención comenta: «Cuando se trata un convenio arbitral *ex ante*, la controversia concreta aún no ha surgido y las partes sólo pueden identificar la relación jurídica de la que puede surgir y efectuar, en su caso, una selección de los tipos hipotéticos de controversia. Por el contrario, cuando se trata de un convenio arbitral *ex post* ya ha surgido la controversia entre las partes y, en tal caso, el interés de las partes estriba en la adecuada delimitación de los términos de esa controversia, quedando en un segundo plano la identificación de la relación jurídica». ²⁴²

2.4.5.4. Fin lícito del convenio arbitral

Según Torres Vásquez: «El artículo 140, inciso 3, del CC vigente —siguiendo la doctrina neocausalista— impone el requisito de la causa fin (“fin lícito”) como elemento autónomo y necesario para la validez del acto jurídico. El Código no define lo que entiende por causa fin». ²⁴³

Como sabemos dentro de la corriente causalista existe la controversia entre los que propician las teorías objetivas y los que siguen las teorías

²⁴⁰ *Idem*, p. 526.

²⁴¹ VERDERA SERVER, Rafael. *El convenio arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2009, pp. 88-89.

²⁴² *Ibidem*.

²⁴³ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, p. 227.

subjetivas. Los primeros entienden por causa fin la razón directa, inmediata, intrínseca, abstracta, típica y constante en cada categoría de actos jurídicos (causalismo clásico); se trata de una causa impuesta por la naturaleza de cada tipo de acto jurídico.

En cambio, Torres Vásquez establece:

Para la concepción subjetiva, la causa es el elemento psicológico, personal, el móvil o motivo individual, concreto, variable —no se da uniformemente en todos los actos de las mismas categorías, sino que varía de negocio a negocio—, que ha determinado la voluntad. El móvil o motivo determinante que constituye la causa fin se diferencia de los simples motivos en que aquél debe aparecer expresa o implícitamente en el acto o negocio jurídico, en tanto que los simples motivos que permanecen solamente en el pensamiento de sujeto sin que puedan ser conocidos por los demás son indiferentes para el derecho, no producen consecuencias jurídicas.²⁴⁴

Prosiguiendo con los aportes de Torres Vásquez:

Las teorías objetivas y subjetivas no son opuestas sino complementarias, pues, el sujeto al realizar un acto jurídico lo hace con el propósito de alcanzar efectos que le son típicos y constantes, lo cual no puede impedir que además se proponga lograr una finalidad concreta y personal, de alguna forma explicitada en el acto y que, por lo tanto, ha constituido el motivo determinante de la voluntad común de las partes intervinientes. Además, esto es conforme con la teoría neocausalista de Capitant, Ripert, Bonnacase, Demogue, Josserand, lo que nos lleva a afirmar que la causa fin regulada por el Código Civil peruano está integrada por la finalidad objetiva y subjetiva.²⁴⁵

La licitud en el arbitraje estaría determinada por el acatamiento estricto del principio de libre disponibilidad y patrimonialidad de los derechos, las materias arbitrables deben ser fijadas por las partes y

²⁴⁴ *Ibidem*.

²⁴⁵ *Idem*, pp. 228-229.

encontrarse dentro de lo permitido por el sistema jurídico peruano y según la autonomía de los contratantes.

Forzar el inicio del arbitraje institucional o la modalidad del arbitraje *ad hoc* sin la preexistencia de un convenio arbitral o bajo un convenio patológico implicará siempre una ilicitud en la que incurran los árbitros bajo un falso *kompetemz-kompetemz* o una conducta abusiva del demandante, con plena mala fe y decidido a ejecutar un proceso arbitral fraudulento.

Es importante establecer la teoría del fraude del acto jurídico y del ejercicio abusivo del derecho reguladas en el Código Civil peruano, que podría establecer argumentos en favor de rechazar y reprimir malas prácticas de algunos árbitros o centros de arbitraje al imponer un falso *kompetemz-kompetemz*.

2.4.5.5. La observancia de la forma del convenio

El acto jurídico, a criterio de Torres Vásquez: «Es la manifestación de voluntad. La voluntad tiene que ser manifestada necesariamente en alguna forma que puede ser verbal, escrita, lenguaje mímico, incluso el silencio es una forma de declarar voluntad cuando por ley o por convenio se le atribuye ese significado, etc. Por consiguiente, todo acto jurídico tiene una forma, así ésta no haya sido prescrita por el ordenamiento jurídico».²⁴⁶

El recordado profesor italiano Betti estableció: «Mediante la forma se objetiva la voluntad, permitiendo que sea conocida por los demás. Manifestada la voluntad queda objetivada, materializada en una forma. Como todo objeto cultural, el acto jurídico tiene un substrato: la forma, y un sentido: el acto intrínsecamente considerado. La forma es el continente y el contenido es el acto; el acto jurídico está contenido en

²⁴⁶ *Idem*, p. 243.

una forma, es decir, en el modo como se nos presenta y se hace reconocible en el mundo externo. La ausencia de forma implica la ausencia de manifestación de voluntad, o sea la inexistencia del acto jurídico». ²⁴⁷

Afirma Torres Vásquez, y concordamos: «Los actos jurídicos se les califica de formales y no formales, no porque no tengan una forma, sino según que el ordenamiento jurídico señale o no una forma en la cual se debe hacer la declaración de voluntad. Los actos jurídicos formales tienen una forma prescrita por la ley (forma vinculada) y los no formales tienen una forma voluntaria (forma libre). Cuando el acto es no formal rige el principio de libertad de formas, pudiendo el otorgante utilizar la forma que desee, y cuando es formal debe realizarse en la forma prescrita por la ley o por la voluntad». ²⁴⁸

La forma prescrita del acto jurídico, según Torres Vásquez: «Por la ley puede ser probatoria o solemne. Es probatoria cuando su inobservancia no está sancionada con la nulidad del acto (artículo 144); si el acto se realiza en una forma distinta a la prescrita, el acto sigue siendo válido. Es solemne cuando está designada bajo sanción de nulidad del acto en caso de inobservancia (solemnidad legal); si no se observa la solemnidad, no existe acto jurídico válido. La solemnidad también puede estar establecida por las partes (solemnidad voluntaria)». ²⁴⁹

La Ley de Arbitraje, en su numeral 13 inciso 3, establece «[...] que se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por

²⁴⁷ BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, pp. 97-98.

²⁴⁸ TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Op. cit.*, p. 244.

²⁴⁹ *Ibidem*.

cualquier otro medio (el empleo de medios electrónicos se encuentra regulado en el inciso 4, artículo 13 de la Ley de Arbitraje)».

Pero no debe dejarse de prestar atención a que el inciso 5 del artículo 13 establece nuevas condiciones, como la consignación del convenio arbitral en un intercambio de escritos por ambas partes. El artículo 142 del Código Civil establece que el silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado, estando ejemplificada la heterorregulación antes mencionada. Finalmente, el inciso 6 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje señala que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte de contrato, siendo éste un requisito más específico, permitiendo un menor margen de autonomía a los particulares.

En esta línea, es importante considerar lo expresado por De Benito: «La excesiva ampliación del requisito de forma a todos esos supuestos contradice la función principal de toda forma *ad solemnitatem* que no es sino proporcionar certeza y seguridad jurídica en el tráfico jurídico, no tanto para el juez —*ad probationem*— como para las propias partes. Por ello, lo que hace la ley modelo enumerar toda esa serie de circunstancias es, simple y llanamente, tratar de ayudar al juez o al árbitro a que forme su convicción sobre la existencia del convenio arbitral, ofreciéndole para ello directrices uniformes».²⁵⁰

En nuestra opinión, la formalidad del convenio arbitral se encuentra regulada en los actos jurídicos *ad solemnitatem*. En un primer momento es necesario que el acuerdo arbitral se encuentre escrito expresamente y, a su vez, se extienda a otras conductas expresas como contestar la demanda o la petición de arbitraje. Este requisito de formalidad se extiende

²⁵⁰ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *Op. cit.*, s. p.

a las comunicaciones electrónicas, siendo necesaria la contestación indubitable de la oferta del pacto arbitral.

La Ley de Arbitraje, mediante la flexibilización y bajo una peligrosa interpretación de un convenio arbitral tácito, podrían otorgarle carácter de *ad probatiomen* al inicio de un arbitraje fraudulento, donde no habría existido manifestación o ratificación de voluntad, conforme a nuestra tesis, rechazamos la ley peruana en el extremo de permitir la flexibilización y posibilidades de arbitrar sin mantener estándares de formalidad, que permitan el nacimiento de la justicia arbitral bajo una autonomía privada lícita.

2.4.6. Nulidad virtual

La teoría de la nulidad virtual, regulada en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano, sanciona con nulidad aquellos actos jurídicos que contravienen el orden público o las buenas costumbres, que podrían ser interpretados conforme a la práctica arbitral en los supuestos que se puedan someter a arbitraje por las partes y los árbitros (según corresponda) materias controvertidas que no sean arbitrables o que se encuentren fuera del ámbito de los derechos de «libre disposición» y que generarían una incompetencia *ipso iure* del tribunal arbitral a fin de resolver sobre materias no arbitrables y fuera del ámbito de la libre disposición de derechos.

Según Rubio Correa, para la aplicación de la denominada nulidad virtual, no será necesario que cada dispositivo específico vaya acompañado de una declaración de nulidad expresa. Por el contrario, el procedimiento de aplicación es el siguiente: se analiza la norma concreta y si es de las previstas en el supuesto del artículo V, entonces cualquier acto que la contraviene sufrirá el vicio de nulidad.²⁵¹

²⁵¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013, p. 97.

Además, conforme a la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento, podrán ser objeto de nulidad aquellas materias que por ley están proscritas a ser arbitrables; por ejemplo, los adicionales de obra en materia de contrataciones estatales no son arbitrables (pueden ser otorgados exclusivamente por las entidades) o la propuesta de incorporar como puntos controvertidos en el proceso las pretensiones de enriquecimiento sin causa o indemnización (vinculadas a los adicionales), las cuales, conforme al tipo de del arbitraje en contrataciones estatales son materias no arbitrables o prohibidas con evidente causal de anulación de laudo.

Es importante considerar la contravención al orden público nacional como supuesto válido de nulidad virtual para la ejecución de laudos. Al respecto, Isfer²⁵² establece:

Sobre este tópico, es válido hacer reserva, ya que en el arbitraje internacional puede ocurrir que en determinados países el laudo no sea reconocido o exigible por más que las partes hayan aceptado el árbitro dependiente o parcial. Esto porque, de acuerdo con el artículo 5.2.d de la Convención de Nueva York,²⁵³ la autoridad competente del país en que el reconocimiento o ejecución es buscado se puede denegar a hacerlo, en caso tal procedimiento genere ofensa al orden público de aquel país. Así, si en el país específico donde se busca el reconocimiento o ejecución, determinada condición de falta de impedimento o imparcialidad caracteriza ofensa al orden público, puede haber denegación en ejecutar el laudo.

En aplicación de la nulidad virtual en el ámbito del arbitraje, la sanción que existe se encuentra regulada en el artículo 63 en las causales

²⁵² ISFER, Edson y Mayara ROTH ISFER. *Op. cit.*, p. 243.

²⁵³ El mencionado artículo así dispone: «El reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral puede también ser rechazada si la autoridad competente en el país donde el reconocimiento y la ejecución buscadas determina que: [...] (b) El reconocimiento o ejecución del laudo sería contrario al orden público de tal país».

de anulación²⁵⁴ (incisos a, d y e) de la ley arbitral peruana, respecto a la inexistencia del convenio arbitral y a los materiales no arbitrables que podría haber sido resueltas por los árbitros, existe siempre la posibilidad de que el tribunal arbitral de oficio archive el proceso arbitral en la etapa inicial por existir manifiestamente causales de nulidad virtual.

2.4.7. Convenios patológicos

Los denominados convenios patológicos cobraron rápida presencia en los fueros académicos peruanos. Bajo la interpretación de la estructura contractual del convenio se establecieron diversos supuestos que generan: nulidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral y su extensión, los convenios patológicos podrían ser pasibles de una adecuada interpretación por las partes o los árbitros para determinar la validez o no del convenio arbitral.

Estevez y Muñoz expresan: «Éste es el caso de las denominadas *cláusulas patológicas*, frente a las que profesionales jurídicos nos enfrentamos en la práctica con relativa frecuencia, bien sea debido a una omisión o bien como consecuencia de un excesivo afán en complicar su redacción».²⁵⁵

En este sentido, consideramos se debe partir de la premisa que, además de cumplir con los requisitos para su validez anteriormente

²⁵⁴ Cabe precisar que las causales de anulación son contundentes, taxativas, bajo los siguientes supuestos:

Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

²⁵⁵ «La práctica nos demuestra que, aun cuando se dedican ingentes recursos a negociar los principales términos y condiciones de un contrato, de forma totalmente incomprensible se pasa por alto en demasiadas ocasiones la redacción de la cláusula de resolución de disputas, que se deja para última hora a pesar de su innegable repercusión. Éste es el motivo por el que estas cláusulas reciben coloquialmente el nombre de *midnight clauses*». ESTÉVEZ SANZ, Marlen y MUÑOZ ROJO, Roberto. *Validez y eficacia del convenio arbitral*, p. 6. Recuperado de <http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezRMunoz.pdf>.

desarrollados, es imprescindible que la cláusula arbitral se redacte de forma clara e inequívoca, que genere certeza absoluta de los alcances y obligaciones del pacto arbitral.

Un acuerdo de sumisión cuya redacción sea precisa evitará disputas que implicarían la dilación del proceso y un aumento inexorable de los costos de transacción en recursos económicos y tiempos para los litigantes y los operadores arbitrales.

Las patologías del convenio arbitral o las llamadas cláusulas patológicas se refieren a las que producen distintos tipos de dificultades para su adecuada ejecución.²⁵⁶

En una cláusula patológica existen dudas, ambigüedad o incoherencia sobre uno o más elementos del convenio arbitral, debido a que el convenio arbitral debe manifestar la voluntad indubitable de las partes de someterse a arbitraje; asimismo, debe ser susceptible de producir efectos jurídicos y de ejecutarse para el desarrollo de las actuaciones arbitrales.²⁵⁷

Guzmán-Barrón Sobrevilla, respecto a los convenios patológicos, dice:²⁵⁸ «No existe convenio arbitral “mágico”. El convenio arbitral es normalmente conocido como la *midnight clause* o “cláusula de la medianoche” porque se suele insertar en último momento de la negociación del contrato y, a veces, con poco análisis y reflexión. Esto trae como consecuencia un efecto práctico y es que un convenio arbitral bien redactado genera menos razones para ser cuestionado. En cambio, un convenio mal redactado que tenga ambigüedades dificultará la efectividad del arbitraje, e incluso su propia existencia».

²⁵⁶ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Op. cit.*, p. 56.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ *Idem*, p. 58.

Para Verdera Server: «Frente a este tipo de cláusulas, la mejor solución radica sin duda en una adecuada depuración del contenido del convenio arbitral para excluir precisamente esos defectos. Pero si ya se ha inducido en el convenio de una de esas cláusulas, como resulta obvio, debe procederse a interpretar el convenio arbitral para determinar si, pese a la imprecisión o la inexactitud, aún puede producir sus efectos o si la trascendencia del defecto es tal que determina la ineficacia del convenio».²⁵⁹

Para entender mejor este fenómeno debemos conocer primero los elementos del convenio arbitral.

Elementos esenciales del convenio arbitral: el convenio requiere dos elementos esenciales:

- i. Acuerdo inequívoco y claro de que las partes desean someterse al arbitraje.
- ii. Conformidad de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.

Elementos no esenciales del convenio arbitral: son denominados como no esenciales porque su inclusión o no inclusión dentro del texto del convenio arbitral puede subsanarse a través de la aplicación supletoria de una determinada ley de arbitraje o de un reglamento de arbitraje, o por decisión del tribunal arbitral. Estos elementos son los siguientes:

- a) Tipo de arbitraje: *ad hoc* o institucional, de derecho o de conciencia
- b) Lugar o sede del arbitraje

²⁵⁹ VERDERA SERVER, Rafael. *Op. cit.*, p. 272.

- c) Legislación aplicable al caso arbitral
- d) Idioma del arbitraje
- e) Composición del tribunal arbitral
- f) Acceso al recurso de anulación
- g) Cláusula escalonada

Es esencial aportar lo establecido por Lorca Navarrete:

Estaría frente a dos modalidades, convenios arbitrales inválidos y de otro, a convenios arbitrales, susceptible de validación. Entre los primeros, se hallarían los convenios arbitrales que no serían tales por cuanto no estarían dirigidos a iniciar un arbitraje, por lo que serían convenios arbitrales nulos al no posibilitar el acceso al arbitraje. En cambio, los convenios arbitrales susceptibles de invalidación serían convenios arbitrales en blanco o vacíos en la medida en que no facilitan la designación de los árbitros o el modelo del arbitraje o indican, erróneamente, una institución arbitral o aluden, equivocadamente, y al propio tiempo, al arbitraje y el ámbito judicial o son convenios que tiene por objeto materias respecto de las que no es posible el arbitraje.²⁶⁰

Los convenios patológicos podrían presentar errores en la redacción de forma o de fondo, los cuales serán interpretados bajo los siguientes ejemplos (supuestos generados en el ejercicio de la asesoría):

- a) Establecer que la designación de quien presidirá el tribunal arbitral será efectuada por el presidente de la Corte Superior de Justicia de la localidad judicial competente.

²⁶⁰ LORCA NAVARRETE, Antonio. *Op. cit.*, p. 286.

- b) Declarar la competencia institucional de un centro de arbitraje que no cuenta con personería jurídica, local institucional y es inubicable.
- c) Establecer en el convenio, en un párrafo, que la competencia se encuentra bajo determinado centro de arbitraje y al siguiente párrafo fijar la competencia territorial del fuero judicial de la localidad. En el arbitraje de las contrataciones estatales, la presencia de este convenio patológico, bajo la interpretación del arbitraje estatal forzoso, sería superada con sencillez y no habría mayor discusión en establecer que no existe conflicto de competencias de la justicia arbitral; sin embargo, en materia de arbitraje comercial, la competencia de arbitraje institucional o *ad hoc* frente a la competencia judicial entrarían en un conflicto que podría implicar ante «la duda de la jurisdicción» la posibilidad de que un juez se declare competente y la improcedencia de la demanda, por la competencia arbitral.
- d) Designar a un árbitro único que falleció o que no tiene existencia real y jurídica.

Con relación al tema de convenios patológicos es importante resaltar los criterios en las decisiones judiciales en materia de anulación de la justicia comercial:

Al emitirse el laudo cuestionado no se incurrió en la causal de anulación prevista en el inciso a) del numeral 1) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 (el convenio arbitral es anulable), ya que los hechos relatados para sustentar la causal no guardan relación alguna con la misma, porque el carácter de nulo, anulable, inválido o ineficaz del convenio arbitral se da en el momento mismo en que se pacta; las citadas patologías contractuales aluden a la estructura misma de la estipulación o convenio y, como es evidente, son preexistentes a laudo mismo. Por tanto, en aplicación supletoria del inciso 4) del artículo 427 del Código Procesal Civil, el recurso de anulación sustentado en la presente causal

debe ser declarado improcedente por falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio.²⁶¹

La presencia de los convenios patológicos deberá de ser prevenida y proscrita en la fase de ejecución de contrato, etapa en la cual se deberá verificar que no exista duda respecto a los alcances, requisitos o modalidades del acuerdo arbitral. Resulta reprochable a las partes no mantener la diligencia de la redacción perfecta del convenio arbitral, sin perjuicio del error de forma o fondo en la redacción del convenio arbitral; son los árbitros los que deberán interpretar, conforme a la buena fe, al *iter* contractual integral y al criterio de interpretación arbitral, si existe patología. Es sugerible como buena práctica arbitral que los árbitros emitan pronunciamiento respecto de resolver del incidente de excepción de convenio o trasladar este aspecto a la fase de elaboración del laudo, y también resulta acertado convocar a las partes a una audiencia especial a fin de que ejerzan sus derechos de defensa en extenso, en referencia a la presencia o no de la patología arbitral.

2.4.8. Teorías de los actos propios con efectos arbitrales

Esta teoría se relaciona estrechamente con el principio de buena fe, el mismo que exige de los sujetos de derecho, tanto públicos como privados, presenten un comportamiento coherente que responda a conductas anteriormente ejecutadas por los mismos, de tal manera que pueda existir cierto margen de seguridad y confianza en las relaciones jurídicas, como así también en las legítimas expectativas de terceros.

El recordado experto en derecho societario Elías Laroza participa con el siguiente criterio: «La doctrina de los actos propios puede definirse como un principio según el cual el actuar en forma contradictoria con los propios actos es inadmisibles dentro de las reglas

²⁶¹ Expediente n.º 235-2015 (anulación de laudo). Juana Elizabeth Angeldonis vs. Multimercados Zonales S.A. Segunda Sala Civil Subespecializada en Materia Comercial. Corte Superior de Justicia de Lima.

de la buena fe; así son inadmisibles los actos de ejercicio de un derecho claramente incompatibles con la conducta anterior de la misma persona, en otros términos, se considera que va contra de sus propios actos quien ejercer un derecho objetivamente incompatible con su conducta previa».²⁶²

Para O'Neill de la Fuente: «La doctrina de los actos propios se sustenta en el deber de actuar con buena fe y, desde nuestro punto de vista, con buena fe objetiva, de forma que el objeto protegido con esta institución es la confianza que suscita en un sujeto la conducta practicada por otro en determinada situación jurídica».²⁶³

Cabe indicar que los tribunales arbitrales respecto a las controversias derivadas de contrataciones estatales acogían la teoría de los actos propios, siendo especial el caso del laudo arbitral de derecho²⁶⁴ dictado en el caso entre Consorcio Gildemeister vs. Ministerio del Interior, donde se establece la necesidad de revisar las actuaciones por parte del ministerio para establecer la nulidad de un contrato firmado entre la entidad y el contratista, señalando que es necesario que concurren tres elementos:

- a) Una conducta anterior vinculante y eficaz que permita inferir el sentido de la conducta futura.
- b) Una conducta posterior vinculante y eficaz que suponga una pretensión contradictoria con la conducta anterior.
- c) Quien realiza ambas conductas sea el mismo sujeto.

²⁶² ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano*. Trujillo: Normas Legales, 1999, p. 55.

²⁶³ O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. «El cielo de los conceptos jurídicos» versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios». En *Themis*, 2005, n.º 51, p. 53.

²⁶⁴ Ver: Exp. n.º 124-2007/CONSUCODE. Consorcio Gildemeister - Ministerio del Interior.

Asimismo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República ha acogido la teoría de los actos propios en un caso de anulación de laudo arbitral.²⁶⁵

Sexto.- Al respecto, si bien es cierto el árbitro único ha invocado en el laudo, como sustento de su fallo de manera puntual algunas normas de derecho civil como, por ejemplo, el artículo 1380 del Código Civil, no es menos cierto que el argumento más trascendente expresado por dicho árbitro es el referido a que la relación establecida entre el Seguro Social de Salud - ESSALUD y el Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima y Mapfre Perú Vida Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima se basó en el principio de la confianza y buena fe, así como en la doctrina de los actos propios (ver apartados 9, 17, 18, 19 y 20 del laudo). Así, el árbitro único ha señalado (acápito 17 del laudo): «El contrato es una relación obligatoria con prestaciones entre las cuales existe reciprocidad, en cuanto al Contrato Complementario del Servicio de “Seguro por Accidentes Personales para los Trabajadores Activos Nombrados y Contratados por ESSALUD” prevalecen sin duda alguna, la prestación del Consorcio Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros Sociedad Anónima de cumplir con los servicios de seguros y la prestación del Seguro Social de Salud - ESSALUD de pagar la contraprestación acordada, el mismo que derivó de un acuerdo de voluntades basado en el principio de la confianza y buena fe materializado por una solicitud y aceptación formal de ambos contratantes, quedando de esta manera configurado el contrato».

Séptimo.- Por otro lado, cabe manifestar que el Decreto Legislativo n.º 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, aplicable al caso de autos, también ha acogido la doctrina jurídica antes indicada, al determinar en su artículo 4: «Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad». Por consiguiente, no resulta razonable la aseveración de la Sala Superior en cuanto sostiene que el árbitro único no ha ajustado su decisión al orden de prelación de aplicación de las normas, establecido en la cláusula décima sexta, referida al marco legal del contrato y en el Acta de

²⁶⁵ Casación 3175-2015. Corte Suprema de Justicia de la República.

Instalación de Árbitro. Ello por cuanto se advierte que la sentencia ahora impugnada sí habría observado tal orden de prelación, al sustentarse en la doctrina de los actos propios y el principio de la buena fe contractual, que informan tanto el sistema jurídico privado como público de la normativa contractual, esto es, tanto en la normativa del derecho común como en la normativa consagrada en el Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado, tal como ha quedado expuesto.

Es importante enfatizar que, respecto a la teoría de los actos propios, siempre su interpretación y aplicación se enfoca a los arbitrales comerciales; sin embargo, no es factible que se aplique al arbitraje en contratación pública. No se podría solicitar en la demanda y menos amparar en un laudo aspectos como adicionales, deducibles, ampliaciones de plazo, pago de gastos generales o liquidación de una obra, conforme a los actos propios de la entidad. El Estado en su ámbito de contratación y ejecución es formal y solemne, siendo a su vez vinculante todo lo relacionado a las materias no arbitrables según el imperio de la Ley de Contrataciones del Estado.

En conclusión, la teoría de los actos propios en materia de contratación pública está proscrita, las modificaciones contractuales deben expresar y estar encaminadas conforme a los actos administrativos fijados en la Ley y en el Reglamento de Contrataciones del Estado.

2.4.9. Materias arbitrables

El artículo 2, numeral 1 de la Ley de Arbitraje establece 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.

Constituyendo el arbitraje una jurisdicción especial para resolver controversias, acudiendo los contratantes de modo voluntario, no pueden someterse al mismo controversias en las que se involucre un

interés que no pueda ser dispuesto libremente por las partes interesadas. En este sentido, son arbitrables las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que, no siéndolo, sean autorizadas de someterse a arbitraje a través de alguna ley, tratado o acuerdo internacional. Esta definición está obtenida en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071), vigente desde el 1 de septiembre de 2008.²⁶⁶

Conforme a Guzmán-Barrón: «A diferencia de lo que ocurría en la Ley General de Arbitraje de 2006, Ley n.º 26572, la nueva ley ya no menciona una lista taxativa de materias no arbitrables; la no arbitrabilidad de una materia se determina en función a una interpretación a contrario del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje».²⁶⁷

El profesor Vasconcelos Roque, citando a Guerrero,²⁶⁸ nos brinda importantes aportes de la doctrina arbitral en el Brasil. La arbitrabilidad acostumbra ser analizada por la doctrina en dos dimensiones, que son: i) relativa a la persona (*ratione personae*), delimitando quién puede ser sometido al arbitraje (arbitrabilidad subjetiva); y ii) relativa a las materias (*ratione materiae*) que pueden ser llevadas al conocimiento de los árbitros (arbitrabilidad objetiva). Así, si un acuerdo de arbitraje es celebrado fuera de los límites de la arbitrabilidad, el resultado será un negocio jurídico inválido²⁶⁹ (ver Guerrero, Luis Fernando), sea porque en él participó por lo menos un agente que no tenía capacidad para este fin (falta de arbitrabilidad subjetiva), sea porque su objeto no era admitido por la ley (ausencia de arbitrabilidad objetiva).

²⁶⁶ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Op. cit.*, p. 33.

²⁶⁷ *Ibidem*.

²⁶⁸ VASCONCELOS ROQUE, Andre. *Op. cit.*, pp. 166-169.

²⁶⁹ La doctrina discutió en innumerables oportunidades la naturaleza jurídica del acuerdo de arbitraje, que ya fue considerada una forma de transacción, un contrato con producción de efectos procesales y, por último, un negocio jurídico procesal. Sobre el tema, de forma general ver GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 10-15.

En relación con la arbitrabilidad en la dimensión subjetiva, la ley brasileña determina que solamente las personas capaces de contratar podrán celebrar un acuerdo arbitral. Naturalmente, tratándose de un negocio jurídico, la doctrina ha entendido que tal exigencia se refiere a la capacidad de hecho o de ejercicio, o sea, a la posibilidad de que la persona realice, sin el auxilio de terceros, los actos de la vida civil.²⁷⁰ No basta, así, la mera capacidad de derecho o de goce, entendida ésta como la aptitud de hacerse sujeto de derechos y deberes.²⁷¹ Hay quien sustenta incluso que, como el arbitraje presupone la disponibilidad de un derecho,²⁷² la incapacidad de ejercicio no podría ser suplida ni siquiera por el representante o asistente del incapaz.²⁷³

La profesora chilena Vásquez Palma propone: «El problema reside en que no toda controversia es arbitrable. En primer lugar, es necesario que surja de un contrato con cláusula arbitral válida, o que las partes hayan válidamente acordado dirimirla por arbitraje y, en segundo lugar,

²⁷⁰ Ver CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 37. En la realidad, lo que se exige es la capacidad para contratar, evaluada al momento de la celebración del acuerdo de arbitraje. En regla, ella coincide con la capacidad para la práctica de los actos de la vida civil, pero algunos civilmente capaces, excepcionalmente, pueden estar impedidos de firmar contratos, como los socios de la empresa quebrada. En este sentido ver CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009, pp. 49-50.

²⁷¹ Aunque una interpretación literal del artículo 1 de la Ley 9.307/96 pudiese eliminar la posibilidad de que los llamados entes formales (condominios edilicios, masa hereditaria, masa de la quiebra) participen en arbitrajes (ya que no poseen personalidad jurídica, no siendo exactamente considerados «personas»), la doctrina ha considerado, acertadamente, que no hay fundamento para prohibir tal supuesto. Sólo se exige que los responsables de la representación de estos entes despersonalizados estén debidamente autorizados (por el juez, en los casos de masa hereditaria y de la masa de la quiebra, y por la asamblea en el caso del condominio). Ver CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 37-38; FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2002, pp. 15-16.

²⁷² Aunque se entienda que la simple opción por la vía arbitral no presuponga disposición de derecho material, lo que nos parece correcto, el acuerdo de arbitraje implica la disposición de un derecho eminentemente de naturaleza procesal, cual sea, o de someter las controversias delimitadas por el propio acuerdo al Poder Judicial. Ver RICCI, Edoardo Flavio. «Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidez dos contratos: uma interpretação do art. 1 da Lei n.º 9.307/96». En RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 131.

²⁷³ Ver CARMONA, Carlos Alberto. *Op. cit.*, p. 37. «En sentido aparentemente contrario, exponiendo que “las incapacidades pueden ser suplidas”». GUERRERO, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 50.

que el ordenamiento jurídico que resulte de aplicación permita que las controversias de esa naturaleza se resuelvan mediante arbitraje».²⁷⁴

La libre disponibilidad de la materia se encuentra íntimamente ligada al carácter comercial de la misma, lo cual explica en buena parte que el arbitraje sea el medio de solución de controversias preferido por diversos agentes del comercio. Es así que suelen ser objeto de arbitraje internacional las siguientes materias, conforme a un estudio elaborado por Price Waterhouse Coopers:

Materias sujetas en el arbitraje internacional

Operaciones comerciales	38 %
Construcción	14 %
Transporte marítimo	11 %
<i>Joint ventures</i>	9 %
Propiedad intelectual	6 %
Seguros	5 %
Otros	17 %

En mercado nacional o internacional globalizado, y conforme al amplio dinamismo de las transacciones financieras y de las inversiones, las corporaciones y los diferentes Estados han optado por acceder a la justicia arbitral internacional y de inversiones, conforme a principios de alta especialización y la seguridad jurídica que se generan acorde a las

²⁷⁴ VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 444.

reglas arbitrales estandarizadas establecidas en los más reputados centros de arbitraje internacionales.

Asimismo, a diferencia de la ley anterior, que regulaba de forma separada al arbitraje nacional y el arbitraje internacional, la actual Ley de Arbitraje utiliza un sistema monista, por lo que posee una única regulación del arbitraje que se aplica en ambos casos. Por ende, tanto para la determinación de la materia arbitrable en el arbitraje internacional como en el caso de un arbitraje nacional se aplica lo establecido en el artículo 2.1. Si llegase a constituirse un arbitraje internacional sobre un asunto que no puede ser objeto de arbitraje según la ley de un país, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral podrán ser impugnados en ese país. Así lo establece expresamente el artículo 5 inciso 2 de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por el Perú.²⁷⁵

Conforme señala Arias Lozano: «Cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios para delimitar las materias susceptibles a arbitraje; a saber: i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y ii) el criterio patrimonial».²⁷⁶

En consecuencia, respecto a este extremo Castillo y otros: «A nuestro entender, hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida, sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no».²⁷⁷

²⁷⁵ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Op. cit.*, p. 34.

²⁷⁶ ARIAS LOZANO, David (coordinador). *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

²⁷⁷ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 45.

Por su parte, Campos Medina²⁷⁸ sostiene: «Que, si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que le corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen».

Continúa Campos Medina afirmando: «Que hay quienes sostienen que esta teoría tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben, además, no tener impedimento legal para someterla a arbitraje».²⁷⁹

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales Viscasillas²⁸⁰ señala: «Que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas».

Por nuestra parte, coincidimos con Campos Medina,²⁸¹ quien señala que: «La patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que, si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable».

Por lo demás, según Castillo y otros: «La distinción que la doctrina establece respecto a patrimonialidad o no patrimonialidad ha sido ya

²⁷⁸ CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 3, p. 319.

²⁷⁹ *Ibidem*.

²⁸⁰ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*, p. 139.

²⁸¹ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 320.

superada. Ello, debido a que un derecho siempre reviste caracteres de ambos tipos, en mayor o menor grado».²⁸²

Consideramos que el contenido patrimonial u oneroso representa una condición esencial, bajo la teoría de la libre disposición, para establecer si nos encontramos con derechos y obligaciones derivados de un contrato que puedan ser considerados materias arbitrables. Esta condición de arbitrables o no puede ser establecida por autonomía privada entre las partes y por imperio de la ley, conforme al tipo de contratación, privada o pública.

Es primordial establecer constantemente la posibilidad de que las partes²⁸³ pacten en el convenio arbitral la determinación de qué materias controvertidas podrían ser arbitrables, lo cual limita la competencia de los árbitros y que a su vez las reglas de patrimonialidad y de la libre disposición de los derechos se mantengan tuteladas bajo reglas de interpretación a efectos de evaluar las materias arbitrables.

2.4.10. Vigencia del convenio

Ocurre en ciertos casos que los motivos que ocasionan la discrepancia sujeta a solución mediante arbitraje se remiten a hechos ocurridos antes de la fecha de vigencia del contrato que contiene la cláusula arbitral, o luego de su terminación, lo cual nos impone una interpretación indispensable de la fecha en que se firmó el contrato.

Una forma de entender la importancia de la vigencia del convenio se deriva del plazo que otorguen las partes contratantes a fin de conformar el tribunal arbitral o del plazo para la emisión del laudo, fórmula muy peligrosa, por cuanto podrían existir hechos excepcionales

²⁸² CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 48.

²⁸³ En el convenio arbitral, dos empresas de un mismo grupo empresarial fijaron que no serán arbitrables las pretensiones de daños morales.

que alarguen el arbitraje y ante un posible laudo extemporáneo —bajo una causal de anulación— se podría discutir respecto a la vigencia del convenio y su relación con la duración del arbitraje.

Un ejemplo paradigmático que expone Jiménez: «Son los reclamos por perjuicios sufridos con motivo de la terminación abusiva de un contrato, y que son sufridos por la parte demandante con posterioridad a la rescisión del contrato, pero se producen como consecuencia de dicha rescisión abusiva, es decir, cuando el contrato ha cesado de existir».²⁸⁴

Las cláusulas de arbitraje, por lo común, omiten toda referencia al plazo de su vigencia. Ello es natural, ya que las partes, al aceptar de común acuerdo el convenio de arbitraje, ignoran cuándo será el momento de iniciar el procedimiento de solución del conflicto, aun cuando se trate de un acuerdo específico para la solución de un conflicto nacido antes del pacto arbitral.²⁸⁵

El plazo de vigencia de la cláusula arbitral no debe confundirse con el plazo, que con frecuencia consignan las partes en sus acuerdos, para que el tribunal arbitral emita su laudo final. Por otro lado, las partes pueden perfectamente limitar el plazo para iniciar el arbitraje luego de producido el hecho sobre el que basa su derecho, por ejemplo, hasta seis años contados desde que se produjo el evento o controversia. También las partes son libres de limitar el plazo para iniciar la ejecución del laudo en sede judicial, es decir, pueden limitar la vida útil de laudo.²⁸⁶

En los procesos regidos por la Ley de Contrataciones del Estado, los plazos de vigencia para acudir a la vía arbitral están sujetos a

²⁸⁴ JIMÉNEZ, Raúl. «El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Tratado de derecho arbitral*, t. 2. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibañez - Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pp. 58-59.

²⁸⁵ *Ibidem*.

²⁸⁶ *Ibidem*.

caducidad, como son la resolución de contrato, ampliación de plazo, el pago de valorizaciones, oposición a la aplicación de penalidades, entre otros.

La caducidad, según Osterling y Castillo: «Es la figura jurídica mediante la cual el transcurso del tiempo pone fin o genera la pérdida de un derecho (e incluso la acción)».²⁸⁷

Fornacari nos dice: «Ahora bien, esta pérdida necesariamente requiere de una inacción (un no ejercicio de determinado derecho) por parte del titular».²⁸⁸

Con lucidez, Messineo, determina: «La razón de ser de esta institución se encuentra en una exigencia de orden social, es decir, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercido; de manera que su no es ejercicio, debe considerarse como renunciado por el titular».²⁸⁹

Si bien es cierto la doctrina es muy pacífica en ese sentido, resulta necesario precisar que la caducidad no extingue como tal el llamado derecho de acción,²⁹⁰ el cual puede ser siempre ejercitado en aplicación del principio de acceso a la justicia,²⁹¹ lo que sí extingue es la pretensión, impidiendo que lo que pueda peticionarse mediante el derecho de acción

²⁸⁷ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, p. 84.

²⁸⁸ FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*, t. 3. Buenos Aires: Depalma, 1987, p. 1.

²⁸⁹ MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*, t. 2, trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, pp. 65-66.

²⁹⁰ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 4. Buenos Aires: Ediar, 1956, p. 306.

²⁹¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958, p. 62.

tenga un pronunciamiento sobre el fondo por haber fenecido el mismo.²⁹²

En lo que respecta al proceso, la caducidad opera (como presunción legal) cuando el accionante «abandona» sus pretensiones en el tiempo, es decir, se abstiene de ejercerlas dentro del plazo determinado por ley.²⁹³

Como efecto práctico de la caducidad en la contratación pública, la norma vigente permite que el interesado en iniciar las acciones arbitrales tenga el plazo de interponer dentro de los 30 días calendarios de generada la materia arbitrable, con lo cual presentar una petición de arbitraje (y sus diversas pretensiones) resultaría una pérdida de tiempo y recursos económicos, por cuanto la excepción de caducidad operó *ipso iure*, y ante la formulación del recurso de excepción por caducidad se mantiene la obligatoriedad de ser resuelta por el tribunal arbitral en la etapa de fijación de los puntos controvertidos o en audiencia especial, siendo negligente incentivar a una parte a iniciar las acciones arbitrales, cuando el plazo se encuentra en caducidad desde la defensa ejercida en favor del privado o el Estado.

2.4.11. Convenio arbitral: ad probationem y ad solemnitatem

Es importante considerar la clasificación tradicional de los actos jurídicos en actos *ad probationem*, que cumplirán sus efectos jurídicos sin necesidad de formalidades y los actos jurídicos *ad solemnitatem*, que requieren de una formalidad o solemnidad establecida por el Código Civil y en la mayoría bajo sanción de nulidad, para lo cual se debe interpretar los artículos 141-A y 144 del Código Civil peruano.

²⁹² MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*, t. 1. Bogotá: Temis y De Belaunde & Monroy, 1996, p. 270.

²⁹³ FORNACIARI, Mario. *Op. cit.*, p. 4.

Respecto a la formalidad en sede nacional, se sostiene, la única formalidad que la ley arbitral exige es que el convenio arbitral conste por 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».

Bajo esta pauta es importante replicar a O'Neill y Nava: «Así, sólo en ese caso no se aporte ninguna prueba de la celebración del convenio, podría decirse que carece de la referida formalidad y que, por tanto, el convenio es manifiestamente nulo. A pesar de ello, en una situación como ésta es fácil predecir que se suscitará una intensa actividad probatoria para acreditar, precisamente, que el convenio arbitral sí se celebró».²⁹⁴

Guzmán Barrón, respecto a la forma del convenio arbitral en sede nacional menciona:²⁹⁵ «De la definición de convenio arbitral efectuada por la Ley de Arbitraje observamos como requisito la forma escrita. No obstante, no se sanciona con nulidad la falta de forma escrita, por lo que estamos ante una formalidad *ad probationem*. Más aún, la ley adopta un concepto flexible de lo que debe entenderse por escrito, pues abarca también lo no escrito, conforme se desprende del propio artículo 13, en sus siguientes variantes: a) sólo por escrito; b) cualquier otra forma o ciertos actos; c) cursa comunicación y respuestas; d) intercambio de escritos».

Guzmán Barrón resalta: «Nótese que el legislador ha optado por establecer una definición sumamente flexible de convenio arbitral: básicamente sólo se exige que se registre constancia de su existencia; en este sentido, se ha establecido incluso que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula arbitral constituye

²⁹⁴ O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y NAVA ZEGARRA, Mariem. «¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral». En *Advocatus*, 2016, n.º 32, p. 108.

²⁹⁵ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Op. cit.*, pp. 46-47.

un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato».²⁹⁶

El objetivo de esta flexibilización de la forma, es respetar y hacer eficaz la manifestación de voluntad clara de las partes de decidir someter a arbitraje sus controversias. En este sentido, la flexibilización de la forma del convenio arbitral es una clara aplicación del principio pro arbitraje, el cual busca preservar los efectos del convenio arbitral ante cualquier defecto. Al abrirse el abanico de posibilidades de forma del convenio arbitral, se evita que se pueda cuestionar sus más diversas manifestaciones.

Como será expuesto en la parte final del libro, se postula la oposición a la flexibilización del convenio arbitral y propone una tutela célere por intermedio de la postulación de la excepción de inexistencia de convenio arbitral, ante el inicio de arbitrajes fraudulentos que imponen la competencia arbitral sin mantener un convenio escrito y lícito.

Los estándares internacionales de las prácticas arbitrales y legislaciones, acorde a las disposiciones de la Uncitral permiten que, bajo la buena fe y una práctica lícita, los convenios arbitrales tácitos puedan ser entendidos como válidos, lo cual implica una interpretación con flexibilidad y, a su vez, siempre se regula la condición de la formalidad del convenio arbitral, que representan las formas eficaces del convenio arbitral consideradas en las diversas legislaciones.

La tendencia del comercio electrónico en internet,²⁹⁷ sin duda, es un mercado que ha modificado la materia contractual hace más de veinte

²⁹⁶ *Ibidem.*

²⁹⁷ Las compras de los consumidores efectuadas por Glovo, Uber, Amazon, Despegar, Mercado Libre y cualquier comercio o servicio en aplicativos u otras plataformas mantiene reglas contractuales de adhesión que el interesado acepta; sin embargo, no se puede desprender que el consumidor y la empresa «vendedora» del servicio o producto, impongan una cláusula

años. El comercio ya mantiene un uso enorme del tráfico digital generado por personas naturales y empresas, fenómeno comercial transfronterizo y sin limitaciones.

El comercio en internet y su protección en sede peruana tiene amparo en el Código de Protección del Consumidor y en la nueva modalidad del arbitraje de consumo, que busca brindar una justicia especializada en derecho del consumidor respecto de controversias derivadas de una vinculación contractual electrónica válida y con expresa preexistencia de reglas contractuales.

A consideración de Simón Hocman: «Los conflictos que surgen del comercio electrónico y que no involucran montos importantes son generalmente resueltos por negociaciones entre las mismas partes. En caso de no poder arribar a un acuerdo se recurre a un tribunal de justicia o a un tribunal arbitral institucionalizado, cuya competencia suele ser estable voluntariamente por las partes al momento de celebrarse el contrato».²⁹⁸

Para las transacciones comerciales internacionales, la utilización de la firma electrónica plantea el problema de la eficacia de la extraterritorialidad de los certificados. Sin embargo, y puesto que la firma electrónica se genera en el contexto de la economía mundial globalizada, no sorprende que los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con la materia a los que se ha hecho alusión contengan afines, es decir, permitan el reconocimiento jurídico de los certificados

arbitral a fin de resolver las posibles controversias salvo incorporación expresa en el contrato de adhesión propuesto al consumidor.

²⁹⁸ SIMON HOCMAN, Heriberto. *Negocios en internet*. Buenos Aires: Astrea, 2005, pp. 32-33. El mismo autor establece el surgimiento del ciberarbitraje y resalta que esta práctica estaría siendo establecida por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (35), bajo la implementación de la *e-resolution*. Debemos establecer que discrepamos de lo expuesto, dado que el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima al 2020 no ha establecido reglas del ciberarbitraje. Sucede que las notificaciones de las resoluciones son efectuadas vía correo electrónico, las audiencias son presenciales y el laudo se notifica en forma física tradicional.

expedidos por autoridades de certificación de un tercer país, siempre que cumplan con la normativa del país que los reconocerá.²⁹⁹

A pesar de su indubitable crecimiento, las transacciones realizadas por medio del *e-commerce* todavía se ven con cierta preocupación, tanto por los usuarios como por algunas empresas, por la evidente vulnerabilidad que representa el mal uso de datos personales dispuestos en la red y por la diversidad de plataformas de *software* y equipos de telefonía que dificulta la estandarización de los medios de seguridad que deben adoptar quienes desarrollan los aplicativos destinados a este fin.³⁰⁰

A fin de verificar la validez de los contratos de personas naturales y jurídicas en el comercio electrónico o de internet, es importante analizar las reglas nacionales e internacionales de la firma electrónica o digital. En el Perú, la legislación regula la firma electrónica en diversas normas especiales, encabezadas por el documento de identidad electrónico, que guardan un eje central en la conexión entre firma tradicional o electrónica respecto de convenios arbitrales.

Incluyo abordar más adelante la tendencia de los convenios arbitrales electrónicos, ya que requieren cierta formalidad que acrediten su preexistencia electrónica y el consentimiento de los contratantes.

Montesinos García señala: «La nueva tecnología presenta una realidad creciente en el ámbito jurídico y que en materia arbitral se debe abordar no sólo a propósito del contrato que le imprime vida, sino de la institución vista desde un punto de vista global.³⁰¹ En principio, no se visualiza razón por la cual se deban aplicar diferentes normas o reglas

²⁹⁹ FORMENTIN ZAYAS, Yanixet. «La garantía jurídica de la firma electrónica. Una solución informática a los problemas derivados de la gestión de información». En PÉREZ GALLARDO, Leonardo (coordinador). *Contratación electrónica y protección de los consumidores*. Madrid: Reus, 2017, p. 179.

³⁰⁰ DE LUCA, Newton. *Contratación informática y telemática*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Depalma - Temis, 2012, p. 9.

³⁰¹ Ana Montesinos García citada por VÁSQUEZ PALMA, María. *Op. cit.*, p. 440.

más restrictivas a los convenios arbitrales realizados por vía electrónica, que a aquellos convenios arbitrales realizados por medios tradicionales, de manera que habrá de seguirse dicha línea para aventurar su posible validez. La diferencia sólo se justificará cuando las especificidades de la modalidad *on line* así lo exijan».

Las ventajas del uso de la tecnología en la redacción y ejecución de convenios arbitrales electrónicos mantienen defensores y detractores. Pese a que existen programas o *softwares* que podrían proteger los convenios arbitrales almacenados, los altos costos económicos no podrían ser asumidos por personas naturales y en sede peruana establecer una protección del convenio arbitral digital a la fecha resulta poco operativo y altamente oneroso.

Según Lorca Navarrete «[...] es preciso indicar que, aunque la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible (lo es *ad validitatem*), la LA, en cambio, acoge, plenamente, el principio de libertad formal del convenio arbitral, que implica que, su formalización por escrito, no se encuentra sometida a una determinada forma *ad solemnitatem* necesaria para la propia existencia del acto».³⁰²

En Argentina, Caivano anota: «Cabe precisar que el consentimiento tácito guarda relación con el asentimiento tácito (conocido en el arbitraje internacional como *assumption by conduct*), en que en éste último el comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando voluntariamente en el proceso sin manifestar —ni antes ni durante el mismo— objeción alguna ni rechazar el arbitraje».³⁰³

No obstante, en España se estaría revistiendo de protección al convenio arbitral tácito. Esta preocupación es manifestada por Cervantes Bravo:

³⁰² LORCA NAVARRETE, Antonio. *Op. cit.*, p. 230.

³⁰³ CAIVANO, Roque. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Arbitration*, 2006, n.º. 1, pp. 131-132.

En un principio puede ser verbal, ya que se admite la validez del convenio creado con posterioridad por la voluntad tácita de las partes al admitirse que el convenio arbitral resulte del «intercambio de escritos de demanda y contestación» (en los términos del art. 29, LA) en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por otra, pues se presume que existe voluntad de sujetarse a arbitraje ya sea expresa o tácitamente que da como resultado un convenio procedimental que se caracteriza por derivarse de unos actos desarrollados en el procedimiento arbitral. En concreto, la voluntad de las partes sobre la existencia de convenio arbitral es más importante que la forma que éste asuma.³⁰⁴

Reiteramos, la regulación del convenio arbitral en la ley peruana (explicada en el siguiente capítulo), a nuestro criterio, está agrupada en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos; y b) convenios arbitrales tácitos.

El artículo 13 de la ley arbitral peruana, en el inciso 1 parte del supuesto de que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligado a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2 expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (por escrito) y bajo una aplicación sistematizada conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y de acuerdo con la ejecución de ciertas conductas.

Acorde con la modernidad y la era virtual, el inciso 4 regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica según la regulación especial de la ley, que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que la presentación o recepción de escritos del litigio arbitral y sin negativa implicará la aceptación de la justicia arbitral

³⁰⁴ CERVANTES BRAVO, Irina. «Comentarios a la Ley de Arbitraje española». En *Vniversitas*, enero-junio de 2008, n.º 115, pp. 29-30.

y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

2.4.12. Extensión del convenio y la parte no signataria

Por la dinámica propia del comercio internacional y nacional contemporáneo, cada vez es más frecuente encontrar que los actores del mercado se valen de estructuras corporativas complejas para el desarrollo de sus respectivos negocios. En efecto, hoy por hoy es innegable la presencia de los grupos empresariales como activos participantes en las transacciones internacionales, y así encontramos que por razones de índole tributaria, logística o financiera en la contratación contemporánea es cada vez más frecuente que los contratos sean negociados con varios miembros de un grupo empresarial, pero que estos sólo sean firmados por alguno o varios miembros de tal grupo y que, además, en la ejecución de tales contratos se vean involucrados otros miembros del grupo que tampoco son signatarios de aquéllos.³⁰⁵

La extensión del convenio arbitral a los terceros no firmantes y la parte no signataria del convenio arbitral representa un aporte de la ley arbitral peruana (a su regulación en la ley arbitral) y un punto de diversos debates en su aplicación procesal y las implicancias respecto al laudo y su ejecución.

El numeral 14 de la Ley de Arbitraje señala: «El convenio arbitral se extiende a aquéllos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos».

³⁰⁵ MONTIEL FUENTES, Carlos. «Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia». En *E-Mercatoria*, 2009, n.º 1, vol. 8.

La posible extensión del convenio arbitral a terceros o no suscriptores del mismo en una economía generada por la presencia del grupo económico o empresarial, sumado a los diversos procesos de tercerización o intermediación de las actividades principales o accesorias en la producción de bienes o servicios, conforme a diversos actos contractuales de otorgamiento de líneas de crédito, contratos de consorcio o asociativos, locación, fusiones, siempre mantendrán supuestos válidos de vinculación económica, societaria, e incluso laboral o tributaria, y quien pretenda reclamar o tutelar derechos contractuales vía arbitraje deberá interpretar la teoría del levantamiento del velo societario y de la extensión del convenio a terceros no signatarios, pero con vinculación empresarial o económica en la negociación y ejecución del contrato.

El razonamiento que subyace tras esta teoría es el siguiente: la cláusula arbitral expresamente aceptada o firmada por una de las compañías del grupo empresarial puede ser extendida para vincular a otros miembros de dicho grupo en virtud del rol o papel que han jugado en la fase de negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato que contiene dicha cláusula.

Respecto del tema de extensión de los efectos a sujetos no signatarios, resulta interesante destacar situaciones problemáticas desde el punto de vista de la forma, que tienen que ver específicamente con escenarios de arbitrajes complejos, como enseña Ramírez Gómez:³⁰⁶

- a) Derechos de terceros u obligaciones cobijadas por cláusulas arbitrales insertas en contratos que prevén beneficios a favor de terceras partes o estipulaciones a favor de terceros.
- b) Derecho de terceros u obligaciones bajo cláusulas arbitrales en razón de una novación subjetiva respecto del contrato que las

³⁰⁶ RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *Op. cit.*, pp. 86-87.

contiene. Es decir, hay una modificación de uno de los sujetos del primer contrato sin que el nuevo sujeto que llega a integrar la parte pasiva o activa de la relación acepte por escrito los términos de la cláusula arbitral.

- c) Derechos de terceros u obligaciones en razón de una acción subrogatoria, ejercitada, por ejemplo, por un acreedor de la parte suscriptora del acuerdo arbitral.
- d) Derechos u obligaciones exigidos respecto de los sucesores de las partes del acuerdo de arbitraje o por corporaciones o empresas emergentes resultantes de una división de la corporación que inicialmente suscribió el pacto arbitral.
- e) Cuando un convocante busca iniciar un arbitraje en contra de una entidad o sujeto de derechos que originalmente no es parte del contrato de arbitraje, o cuando una entidad o sujeto de derechos que no es parte suscriptora del acuerdo busca hacerlo efectivo, por ejemplo, con base en la teoría del grupo de compañías.

Dicho por Ramírez Gómez: «En otra forma, la conducta de los no signatarios miembros del grupo consistente en una activa intromisión y participación en el contrato del cual surge la disputa, puede en ciertas circunstancias ser entendida como una intención implícita de entenderse atados por el pacto arbitral, es decir, hay una manifestación implícita de la intención de negociar que se conjuga con la manifestación del otro contrtante».³⁰⁷

Por ello, Bullard González señala que:

La LGA no buscó la solución en figuras procesales ajenas que no se basan en el carácter contractual del convenio arbitral. Lo que se buscó es, en consistencia con lo que jurisprudencia ya venía desarrollando,

³⁰⁷ *Idem*, p. 199.

resolver el problema contractualmente, mediante una mejor definición de qué se puede entender por consentimiento. En esa línea no es intención del artículo 14 autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte signataria. Ello, recién reconocido por la nueva LGA, estaba ya ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitral internacional.³⁰⁸

A criterio de Suárez Anzorena: «Si bien, en principio, el arbitraje es una figura contractual, sin embargo, la práctica del arbitraje internacional, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe».³⁰⁹

En un artículo sobre la extensión del convenio arbitral a no signatarios, Pablo Mori Bregante escribe:³¹⁰

En una sentencia, emitida el 15 de enero de 2014 por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 03841-2012-PA/TC, dicho colegiado se pronunció en relación con la demanda de amparo presentada por el señor Giovanni Mario Paredes Ruiz (en adelante, el demandante o el señor Paredes) en contra del árbitro Luis Alberto Livelli Matos (en adelante, el árbitro demandado).³¹¹

³⁰⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, p. 108.

³⁰⁹ SUÁREZ ANZORENA, Irineu. «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005, n.º 2, pp. 57-58.

³¹⁰ MORI BREGANTE, Pablo. «Buenas y malas. El Tribunal Constitucional y el desarrollo actual de artículo 14 de la ley peruana de arbitraje (extensión del convenio arbitral a no signatarios)». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, pp. 149-150.

³¹¹ SILVA SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco. «Los efectos de un laudo arbitral contra un no suscribiente del convenio arbitral y no participante del proceso. Comentarios a la sentencia

A través de la referida demanda de amparo, el señor Paredes solicitó al Tribunal Constitucional —vía recurso de agravio constitucional— que reponga las cosas al estado anterior al inicio del arbitraje seguido entre la empresa Industrial Peruana (Sacip) y Flotal Construcciones Logística y Servicios S.A.C. (Flotal), dado que el laudo emitido para resolver las controversias entre dichas empresas, supuestamente, había vulnerado el derecho de propiedad y debido proceso en forma amplia.

Pues sucesión que la persona natural y/ o propietario, no participo en el arbitraje ni fue notificado de las actuaciones del caso, en el laudo arbitral se ordenó que Sacip —empresa de la cual el señor Paredes era socio mayoritario y que además ostentaba la licencia del Camal de Yerbateros— ceda (entro otros derechos) indefinidamente la posesión de un inmueble de propiedad del referido señor Paredes, lo cual trajo consigo la vulneración de su derecho de propiedad.

Al pronunciarse, el Tribunal Constitucional declara —en mayoría— fundada la demanda de amparo y ordena que el laudo arbitral es ineficaz, inejecutable y no produce efectos de cosa juzgada, basando su decisión principalmente en los siguientes argumentos:

i) «El demandante no es parte del convenio arbitral ni del proceso arbitral, pero a pesar de ello, se dispuso algunos atributos a su derecho de propiedad y se le pretende ejecutar los efectos del laudo arbitral, razones por las cuales corresponde estimar la demanda».³¹²

ii) «[...] Si lo emplazados advirtieron que la decisión asumida iba a tener incidencia en los derechos del demandante, era obligación de los demandados emplazar y/o integrar al actor a efectos de que pueda ejercer sus derechos al interior del proceso arbitral, garantizándose así su derecho al debido proceso».³¹³

iii) «En tal sentido debemos tener en cuenta que toda vinculación de las personas al proceso tiene como objetivo principal el respeto y cumplimiento de la decisión final asumida [...] razón por la que es necesario y

emitida por el pleno del Tribunal Constitucional “Giovanni Paredes y el Camal de Yerbateros”». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental*, Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, vol. 60, p. 199.

³¹² Segundo párrafo del numeral 8 de la citada sentencia.

³¹³ Primer párrafo del numeral 8 de la citada sentencia.

obligatorio para el juzgador emplazar y/o comunicar a todas las personas que puedan tener interés en los resultados del proceso, puesto que sólo se puede con la decisión a quien participó válidamente en éste, *a contrario sensu*, si no se ha emplazado a una parte en el proceso sería inválido, y por ende, ilegítima la decisión que obligue su cumplimiento».³¹⁴

iv) «En tal sentido no puede ejecutarse el laudo arbitral respecto de una persona que no ha formado parte del contrato respecto del cual se acuerda acudir a un arbitraje —denominada parte no signataria— razón por la que se debe declarar la inejecución del laudo arbitral [...]».³¹⁵

La extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios mantiene siempre una sensibilidad entre las partes del arbitraje y el tribunal arbitral, por cuanto no basta sólo acreditar una posible relación contractual, «grupo de empresas o intereses», o los efectos de laudo, «causar posibles daños o afectación de derechos», el pedido del ingreso debe superar una «mediana posibilidad o escueta probanza». Es esencial apreciar que el ingreso «del no signatario» presente una probanza contundente de la vinculación contractual o empresarial efectiva relacionada a la negociación, celebración y ejecución del contrato y que se deberá extender a una evaluación de la presencia de las personas o representantes que asumieron la toma de decisiones o directivas en las etapas contractuales antes de la controversia.³¹⁶

La regulación «procesal del artículo 14 de la LA» no prohíbe a las partes o a los árbitros efectuar una interpretación contractual de la vinculación en sus diversas formas (grupo de empresas o contratos coligados), pues el artículo 14 también proporciona una regulación contractual en referencia a las diferentes etapas del contrato (artículo 1362 del Código Civil peruano), el consentimiento y la buena fe contractual. La ventaja del arbitraje peruano radica en ofrecer un mayor

³¹⁴ Numeral 9 de la citada sentencia.

³¹⁵ Numeral 10 de la citada sentencia.

³¹⁶ VIDAL RAMOS, Roger. «Reflexiones del convenio arbitral: parte signataria y no signataria en los arbitrajes en contratación pública y privada». En *Actualidad Jurídica*, 2020, n.º 76, p. 252.

ámbito de interpretación contractual y no exclusivamente en el aspecto procesal arbitral.

Con base en nuestra experiencia, comentaremos tres casos en los cuales resulta fundamental la aceptación o denegatoria por parte del tribunal arbitral ante la petición del ingreso de la parte no signataria o los terceros al proceso arbitral; ello, en el siguiente orden:

- i. **Empresa municipal y municipalidad.** Dentro del marco de la ley de contrataciones estatales, un consorcio interpuso un demanda por cumplimiento de pago ante una empresa municipal (objeto de servicio de limpieza), la misma que en su estructura societaria conservaba la condición de *único y exclusivo socio a la entidad municipal*.³¹⁷ En la contestación de la demanda, la empresa como argumento estableció que su presupuesto era otorgado por la entidad, ante lo cual el contratista solicitó su incorporación como parte no signataria; el tribunal arbitral, en mayoría, aceptó la incorporación de la parte no signataria, sin embargo, en el laudo exclusivamente se imputó la obligación de pago a la empresa municipal y se excluyó a la entidad municipal. Es importante señalar que la entidad municipal, en su condición de parte no signataria, a lo largo de la litis ejerció plenamente su derecho de oposición, excepciones y participación en las diferentes audiencias del proceso.

- ii. **Contrato de consorcio de un proyecto inmobiliario.** Dos personas jurídicas de derecho privado, mediante contrato de consorcio, unificaron esfuerzos con el objeto de implementar un proyecto inmobiliario (construcción de 250 viviendas básicas). El consorciado A entregaría el predio y el consorciado B, el capital y la ingeniería para la ejecución de las obras. El consorciado A demanda en vía arbitral al consorciado B por resolución de

³¹⁷ La empresa municipal mantenía como único socio a la entidad municipal.

contrato e indemnización, en consideración a que el proyecto se encontraba en una fase del 70 % de ventas de las unidades inmobiliarias y no recibía beneficio económico; el consorciado B se defendió indicando que los terrenos no estaban saneados y que se incurrió en altos costos por saneamiento del predio matriz. El consorciado A, como estrategia, requirió al tribunal arbitral que se incorpore como partes no signatarias a los 250 propietarios o posesionarios, ante lo cual el tribunal arbitral rechazó el pedido, en buena cuenta, con el criterio de que estas numerosas personas ajenas al consorcio no formaban parte del convenio arbitral y al no existir en los contratos de compraventa (cláusulas de adhesión o cesión del pacto arbitral), generarían un arbitraje engorroso, oneroso y sin definición de los derechos de propiedad de los terceros.

- iii. **Contrato de concesión y entidad municipal.** Una entidad municipal suscribió un contrato de concesión en virtud del cual cede un conjunto de inmuebles a fin de que puedan ser explotados por la empresa concesionaria por el plazo de diez años, estableciéndose como contraprestación a favor de la municipalidad el pago del 30 % de la utilidad mensual que perciba la concesionaria por cualquier ingreso económico, generado por la explotación de los inmuebles y ambientes materia de concesión. La concesionaria, en ejercicio de su derecho de explotación (uso-disfrute) suscribe tres contratos de arrendamiento a fin de que entidades financieras puedan ubicar cajeros electrónicos, un contrato de comodato con una ONG (promocionar sus fines ambientales) y en usufructo, a título gratuito, entrega un espacio para un restaurante. La municipalidad notificó a la concesionaria con seis cartas de requerimiento de pago, expresando el reiterando incumplimiento de su obligación de pagar el 30 % de la utilidad mensual. En forma posterior, la municipalidad ejecuta la cláusula de resolución de pleno derecho y resuelve el contrato de concesión; conforme al convenio arbitral las partes recurren a la justicia arbitral con la respectiva

solicitud y demanda. Finalmente, la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y la entidad municipal solicita la ejecución del laudo contra los terceros ajenos al convenio arbitral, es decir, contra las entidades financieras, la ONG y el restaurante.

La regulación «procesal del artículo 14 de la LA» no prohíbe a las partes o a los árbitros efectuar una interpretación contractual de la vinculación en sus diversas formas (grupo de empresas o contratos coligados), pues el artículo 14 también proporciona una regulación contractual en referencia a las diferentes etapas del contrato (artículo 1362 del Código Civil peruano), el consentimiento y la buena fe contractual. La ventaja del arbitraje peruano radica en ofrecer un mayor ámbito de interpretación contractual y no exclusivamente en el aspecto procesal arbitral.

El derecho de defensa del no signatario deberá ser ejercido, sin ningún tipo de limitación, con aporte de probanza y bajo una diligencia procesal oportuna de la presentación de diversos recursos procesales (excepción, objeción o reconsideración) conforme a la estrategia diseñada por la defensa arbitral.

Una razón esencial para que el tribunal arbitral incorpore a terceros no signatarios al litigio, será exclusivamente por derecho de defensa dentro del debido proceso, ante lo cual se resalta la decisión de los magistrados del Tribunal Constitucional (reseñado en párrafos anteriores) en el siguiente sustento:

- a) De la información brindada en la sentencia, resulta inequívoco que el demandante no firmó convenio o pacto arbitral con ninguna de las partes, razón por la cual, en principio, no podría vincularse con ninguna de ellas, y menos serle oponible esa decisión arbitral.

- b) Asimismo, no se ha acreditado que el accionar del recurrente se configure en ninguno de los supuestos generales de aceptación tácita del arbitraje, ni en los especiales de aceptación en la figura de la extensión del convenio arbitral, habida cuenta de que no se probó que el demandante haya participado activa y determinadamente de las negociaciones que dan pie al convenio, ni pretende derivar derechos y/o beneficios de éste.
- c) Refuerza la tesis de inejecutabilidad del laudo, el hecho de que se pretenda ejecutar una decisión recaída en un proceso en el cual el demandante no tuvo la posibilidad de participar y cuestionarla, lo que contraviene claramente el derecho de defensa y debido proceso.³¹⁸

En materia comercial, con la interpretación de los principios de la buena fe contractual, levantamiento del velo societario³¹⁹ y teoría de los actos propios resulta aceptable la incorporación de la parte no signataria (ejemplo en el caso de las pesqueras),³²⁰ lo cual no resulta nada sencillo en los arbitrajes en contratación pública.

³¹⁸ SILVA SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco. *Op. cit.*, p. 210.

³¹⁹ «Consideramos que los árbitros sí pueden resolver sobre materias relativas a grupos de sociedades, situaciones de fraude y el develamiento del velo societario. Si para dar una solución justa a la controversia tienen que buscar la verdad material; teniendo en cuenta el marco normativo y axiológico de nuestra Constitución Política, al igual que los jueces ordinarios; tienen plenas facultades para ello. Lo que sí será relevante es que si en la búsqueda de la verdad material se advierte que existen terceros a quienes les pueda alcanzar los efectos del laudo, estos sean notificados a fin de que puedan intervenir. Hay que anotar también que el tema de la extensión del laudo a terceros es muy complejo. Finalmente, resaltamos el hecho de que el Poder Judicial haya reconocido la existencia de doctrina nacional y haya admitido la viabilidad de aplicación del levantamiento del velo societario en casos de abuso de derecho y fraude a la ley, lo que hace presumir que su aplicación sea inminente en la judicatura». GUERRA CERRÓN, María. «Los árbitros sí pueden resolver sobre materias relativas a grupos de sociedades y develamiento del velo societario». En *Actualidad Jurídica*, 2012, t. 224, p. 120.

³²⁰ El caso de las pesqueras del 2002 relata el arbitraje que se inició entre TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales, en virtud de un contrato de prestación de servicios en cuya virtud Harinas Especiales se obligó a producir harina de pescado con insumo (pescado) proporcionado por TSG. Harinas Especiales arrendaba una de las plantas de fabricación de la harina, terreno de propiedad de Caleta Dorada; en fecha posterior Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron dados en garantía a

2.4.13. Acuerdos del convenio

2.4.13.1. Arbitraje institucional o *ad hoc*

Siempre resulta importante determinar en las negociaciones del contrato si las partes depositan su confianza a una institución arbitral a fin de que administre el arbitraje o se considere que un tribunal *ad hoc* pueda ser más oportuno a fin de resolver la controversia.

Según Guzmán-Barrón, respecto al arbitraje *ad hoc*, se define bajo las reglas inciertas: «para cada arbitraje son los propios árbitros quienes fijan las reglas para las actuaciones arbitrales en el acta de instalación del arbitraje. No hay predictibilidad, pues no se conocen estas reglas de antemano, sino una vez iniciado el arbitraje; la fijación de reglas suele ser discrecional por parte de los árbitros».³²¹

En el arbitraje institucional, a criterio Guzmán-Barrón: «El reglamento que regula las actuaciones arbitrales precede el inicio del arbitraje; cada institución arbitral cuenta con un reglamento propio, lo que posibilita que las partes conozcan de antemano las reglas del proceso. Estas reglas procedimentales preestablecidas que hacen innecesario, por tanto, que los árbitros tengan que establecerlas en cada caso concreto. Brinda seguridad jurídica y predictibilidad».³²²

Dentro de los fundamentos para que las partes puedan optar por el arbitraje institucional siempre se resaltan las siguientes características:

- Nómina de árbitros debidamente seleccionada por la institución arbitral.

favor de TSG. Luego de una serie de modificaciones contractuales, Chicama resolvió el Contrato porque TSG no le habría pagado una factura. TSG también resolvió el contrato porque Chicama habría incumplido una obligación valorizada en más de 1 millón de dólares.

³²¹ GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Op. cit.*, p. 35.

³²² *Ibidem*.

- El reglamento arbitral se encuentra establecido y acorde a los altos estándares arbitrales.
- Respaldo a los árbitros con el apoyo de secretarios arbitrales especializados.
- Tabla de honorarios regulados acorde al mercado.
- Consejo consultivo a fin de regular y resolver cuestiones relacionadas a la ratificación de designación de árbitros sobre la recusación y temas de reclamos de incremento o devolución de honorarios arbitrales y designación residual de árbitros.
- Mantener una infraestructura moderna y acorde a las necesidades del servicio arbitral.

No se puede dejar de resaltar las virtudes que representaría la confianza depositada en un arbitraje *ad hoc*, que en buena cuenta podría estar respaldada por la característica de la celeridad y alta especialidad de los árbitros y de las secretarías ejercidas por personas naturales o jurídicas.

El arbitraje *ad hoc* no implica necesariamente la aplicación obligatoria de un reglamento arbitral institucional, pero permite en esencia que las partes en uso de su «autonomía privada procesal» puedan diseñar las reglas procesales acorde a sus necesidades y tiempos, incluyendo reglamentos arbitrales (nacional o internacional), siempre manteniendo la esencia de aplicar la Ley de Arbitraje vigente y especial, la cual es recogida como cimiento en los diversos reglamentos y buenas prácticas arbitrales.

El arbitraje *ad hoc* mantendrá siempre un importante prestigio respecto a la designación de los árbitros y de la secretaria arbitral, la cual podría recaer en una persona jurídica especializada en servicios arbitrales

que permitirá brindar el mismo servicio en calidad, eficiencia y costo que permitirá una adecuada competencia con los más importantes centros de arbitraje nacionales e internacionales.

2.4.13.2. Plazo para laudar

El laudo representa la culminación del proceso arbitral en el cual los árbitros, conforme a los medios probatorios y las normas pertinentes, arribaron a un criterio establecido en el laudo, fallo que tiene la calidad de cosa juzgada en concordancia con el artículo 59 de la Ley de Arbitraje.

Pero en algunas oportunidades, y conforme a la autonomía privada, las partes pueden establecer un plazo a los árbitros a fin de emitir el laudo. Este pacto de las partes puede ser ejercido en tres momentos:

- i. Al momento de la suscripción del convenio arbitral.
- ii. En la suscripción del acta de instalación del tribunal o propuesta de modificación a las reglas arbitrales.
- iii. Incluso hasta antes de la fijación de puntos controvertidos o cierre de la etapa probatoria.³²³

La necesidad y garantía de las partes para imponer un plazo de emisión del laudo al tribunal arbitral podría estar relacionada con la necesidad de celeridad, a fin de proteger y mantener la relación empresarial ante una posible inversión o negociación, y mantener la confianza de resolver la controversia, conservando el vínculo comercial

³²³ Consideramos que las partes, de común acuerdo, podrían proponer al tribunal arbitral la modificación del plazo para laudar, e incluso a pedido de cualquiera de las partes; sin embargo, a fin de no afectar el principio de preclusión es necesario que este pedido pueda ser ejercido en el primer momento o antes del cierre de la etapa probatoria y fijación de los puntos controvertidos, con lo cual, en su defecto, se podría aplicar la teoría de la convalidación y de los actos propios.

con la contraparte. Otra posibilidad implicaría proteger el proceso de posibles dilaciones atribuidas exclusivamente a los miembros del tribunal arbitral por exceso de carga arbitral o negligencia en la gestión del litigio.

El plazo para laudar, consignado en el convenio arbitral, es una regla de naturaleza voluntaria dispuesta por las partes en virtud de su autonomía privada. En este escenario, sólo las partes podrían modificarla por voluntad propia. Tampoco cabría la posibilidad de que el tribunal arbitral, por imposición o una posible renuncia a objetar o se diga que hubo una convalidación tácita, puesto que al ser un acuerdo expreso de las partes contenido en el contrato, se necesitaba un acuerdo expreso para modificarlo, sean en los contratos comerciales y los regulados por la ley de contrataciones estatales.

Castillo Freyre y sus coautores establecen: «Para una adecuada interpretación de este tema no hay que olvidar que el acta de instalación no sólo es una etapa o acto procesal del arbitraje, sino, además, un acto de naturaleza contractual, en el cual las partes y los árbitros manifiestan su consentimiento en torno a las reglas que regirán el proceso arbitral al que están dando inicio. Este establecimiento de reglas especiales representa un acto de consenso. Entendemos que no debe presumirse que las partes hubiesen dado ese consentimiento si se les hubiese propuesto regular sus disposiciones en sentido diverso».³²⁴

Resulta importante destacar que dentro del ejercicio de la función arbitral y al momento de aceptar la designación se deberá evaluar la posibilidad de resolver una controversia compleja, en un plazo muy breve, ante lo cual, bajo el principio de dirección del proceso regulado en el numeral 34 de la Ley de Arbitraje, el tribunal arbitral debería persuadir a las partes a fin de modificar el convenio arbitral en el

³²⁴ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*, p. 497.

extremo del plazo para laudar, en un plazo razonable y acorde a la complejidad de la controversia.

A fin de ejemplificar lo mencionado en el párrafo anterior, efectuaremos una reseña de dos casos prácticos en nuestra experiencia arbitral:

- **Contrato de obra privado.** Una empresa minera y una subcontratista mantuvieron una controversia sobre la ampliación de plazo de una construcción de un depósito de relaves mineros, al momento que el tribunal arbitral se instalara y previa verificación de los árbitros, se invocó a las partes que deberían modificar el plazo noventa días de emisión de laudo por un plazo discrecional del tribunal arbitral, la controversia requería de una excesiva actividad probatoria (peritajes e inspección ocular), la propuesta fue aceptada por las partes y en la audiencia de instalación, de común acuerdo entre los árbitros y las partes, se logró modificar el plazo de emisión de laudo a una regla de determinar en plazo conforme al reglamento de la institución arbitral.
- **Contrato de obra pública.** En nuestro ejercicio profesional respecto a la defensa, conforme a la causal de haber emitido el laudo fuera de plazo, las partes fijaron un plazo de 8 meses para la emisión del laudo; lamentablemente el tribunal arbitral en ninguna etapa del proceso requirió a las partes modificar el pacto del plazo de emisión del laudo, con lo cual el contratista en el recurso de anulación expresó un fundamento contundente, bajo la causal de laudar fuera del plazo convencional fijado por las partes.

Los principales puntos que fundamentaron el recurso de anulación fueron los siguientes:

- i. Inexistencia de la alteración del convenio arbitral efectuado por las partes, en el extremo de la modificación del plazo para laudar de 8 (ocho) meses o su ampliación.
- ii. Inexistencia en el acta de instalación, del acuerdo de modificación del convenio arbitral sobre el plazo para laudar de 8 (ocho) meses, acordado por las partes y el tribunal arbitral.
- iii. Inexistencia de la emisión de la resolución arbitral en la cual el tribunal arbitral a su discreción o como propuesta establece la modificación del plazo para laudar de 8 (ocho) meses, fijado en el convenio arbitral y otras resoluciones que, bajo su discreción y dirección del proceso, hayan sido emitidas.

Por lo expuesto, consideramos que, en el ejercicio de la función arbitral, se resalta la aplicación del principio de dirección del proceso regulado en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje; los árbitros, conforme a la aplicación de los usos y costumbres, buenas prácticas arbitrales y común intención de las partes podrían ejercer la facultad de modificar el plazo para laudar establecido en el convenio arbitral o en su defecto rechazar la designación.

2.4.13.3. Ejecución del laudo

El artículo 59 de la ley arbitral establece que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene «efectos de cosa juzgada». La intención del legislador estaba inspirada en que en caso de incumplimiento no se requiriera la intervención de los órganos jurisdiccionales a los efectos de llevarlo a ejecución. De allí que en el párrafo final del artículo 59.3 se da entender que la ejecución es la *extrema ratio*: «Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá

pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67». No obstante, el intento es fallido: las partes no pueden otorgar facultades «para la ejecución», pues ello no está en su esfera de disponibilidad. Así que se quiera o no frente al incumplimiento del fallo del laudo no habrá más remedio que acudir al Poder Judicial.

Afirma Munné Caratina que a diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales «Cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen a través de la ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, éste debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, quienes han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia».³²⁵

Como bien señala Roque Caivano:³²⁶ «La función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral no es la emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto ésta ha sido reservada al Estado. En efecto, el juez que conoce un proceso de ejecución de laudo no tiene facultad ni competencia alguna para revisar el análisis de los hechos efectuados por el árbitro ni lo resuelto por éste».

En rigor, todo lo que implique el uso de fuerza está vedado a los juzgadores privados y ello no sólo con relación a la actividad ejecutiva en estricto, sino también con relación a la propia actividad declarativa: así, los árbitros no cuentan con poder coercitivo para, por ejemplo, hacer concurrir con el auxilio de la fuerza pública a un tercero a los efectos de que preste una declaración testimonial. En tales casos, de

³²⁵ MUNNÉ CARATINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Experiencia, 2004, p. 163.

³²⁶ Roque Caivano citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana. «Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, nueva Ley de Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2010, n.º 10, p. 90.

surgir resistencia del tercero, deberán recurrir a la autoridad judicial a fin de que le preste su «colaboración» para la actuación de la prueba. Y lo propio ocurrirá si debiéndose realizar una inspección, se encuentran con resistencias para su realización. Vale decir que cuando exista un obstáculo (cualquier obstáculo) que implique el uso (o la amenaza del uso) de la fuerza pública siempre deberán recurrir a su depositaria: la organización judicial pública.

Resulta claro que los árbitros no cuentan con poder y autoridad para imponer directamente y con la fuerza sus propias decisiones, si bien la Ley de Arbitraje ha otorgado un poder que no emana de las propias partes: el poder cautelar, pero se lo ha otorgado con todas las limitaciones inherentes a unos juzgadores privados cuya fuente de autoridad es un acuerdo de partes (convenio arbitral) y que, como tal, no tiene poder de coerción: podrán *disponer* cualquier medida cautelar pero, como veremos, no podrán imponerla, pues su «ejecución» correrá a cargo de los jueces y sus auxiliares.

El laudo es ejecutable aun cuando contra el mismo se haya ejercitado acción de anulación. Esta posición destacable de Cerdón Moreno se sustenta: «Pero el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución (siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución), que se alzarán en cualquier caso cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del ejecutante de solicitar en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados».³²⁷

En España se considera que el laudo goza, pues, de eficacia ejecutiva definitiva y por eso aparece incorporado a la relación de títulos ejecutivos del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

³²⁷ CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 202.

El régimen de ejecución se equipará al de las resoluciones judiciales, por lo que contiene una remisión en bloque a la ley procesal.³²⁸

Compartimos la posición de Rita Sabroso Minaya,³²⁹ quien sostiene: «Debemos recordar que los alcances del laudo deben circunscribirse a las partes que celebraron el convenio arbitral y que participaron en el proceso arbitral. Un laudo no surte efectos sobre terceros que no pudieron ejercer su derecho de defensa dentro del proceso arbitral mismo. Cuando los efectos del laudo se pretenden extender a terceros que no participaron en el arbitraje, deberán impugnar el laudo a través de la vía constitucional, en tanto exista una afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales».

Sobre la función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral, Sabroso Minaya indica que: «No es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto ésta ha sido reservada al Estado».³³⁰

Es acertado establecer que algunos juzgadores de Lima y de provincias no logran entender que el rol de la judicatura debe preservar el principio de no ingreso al criterio arbitral y control judicial del laudo. En forma grosera algunos juzgadores, lejos de brindar una celeridad a la ejecución del laudo, lo convierten en una vía de conocimiento y con pésimo criterio bajo observaciones de fondo declaran improcedentes los recursos de ejecución de laudo, convirtiéndose en una mala práctica judicial.

³²⁸ *Ibidem.*

³²⁹ SABROSO MINAYA, Rita. «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, febrero 2012, n.º 161, p. 33.

³³⁰ *Ibidem.*

Los principales principios que deberá de tener en consideración el juzgador en la ejecución judicial del laudo, son los siguientes:

- **Prohibición del ingreso por los jueces a la interpretación del laudo arbitral.** Los juzgadores en los procesos de anulación de laudo y en ejecución de laudo están prohibidos de ingresar al razonamiento jurídico y lógico de los árbitros, bajo responsabilidad, conforme al artículo 62, inciso 2³³¹ de la Ley de Arbitraje. Es importante resaltar que el arbitraje, como justicia privada, mantiene principios exclusivos y pertinentes a la naturaleza jurídica del litigio arbitral.
- **Colaboración con el arbitraje.** Cabe precisar que, al carecer los árbitros de la coerción (apoyo de la fuerza pública), únicamente se recurre a la vía judicial para solicitar su colaboración con el mandato arbitral, lo que implica una colaboración del juez, mas no el ingreso a requerir requisitos desproporcionados u acotar observaciones, como si fueran propios de un proceso judicial.
- **Interpretación con la Ley de Arbitraje.** A fin de tener un mayor alcance de la calificación de la demanda de ejecución de laudo, el juzgador deberá de interpretar conforme a los lineamientos de la Ley de Arbitraje y en última ratio por el Código Procesal Civil, debiendo aplicar favorablemente la norma especial (Ley de Arbitraje).

³³¹ Ley de arbitraje peruana, en su artículo 62 inciso 1, establece sobre el recurso de anulación: «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».

2.4.13.4. Los árbitros y el procedimiento de designación

Es primordial acotar que la confianza en el arbitraje reposará siempre en la elección del árbitro bajo ciertas características (experiencia, especialización, honradez o investigación), lo que conlleva a seguir reafirmando que el arbitraje como pilar fundamental se enmarca en la designación del árbitro y la suscripción de un adecuado convenio arbitral.³³²

De hecho, es clara la importancia de las partes en el procedimiento de elección de los árbitros. El atributo de la confianza, que se suma a los principios de independencia e imparcialidad dirigidos a los jueces de forma general, no equivale a estos últimos. En otras palabras, más allá de deber ser independientes e imparciales durante todo el procedimiento arbitral,³³³ los árbitros que juzgarán el litigio deberán poseer la confianza de las partes.

Roque J. Caivano, citado por Chipana Catalán, sostiene que «la selección de los árbitros es quizás el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más que intervenga una institución, el éxito o el fracaso del arbitraje dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia».

De acuerdo con Villanueva: «La autoridad del árbitro surge de la propia voluntad de las partes. Son ellas quienes se la otorgan cuando lo nombran, la misma que termina cuando emite el laudo o resuelve las observaciones del mismo; y se circunscribe única y exclusivamente para el caso para que el que fue designado».³³⁴

³³² VIDAL RAMOS, Roger. «La recusación en el arbitraje en contrataciones estatales». En *Advocatus*, 2016, n.º 32, pp. 180-181.

³³³ En los términos del § 6 artículo 13 de la ley brasileña de arbitraje.

³³⁴ VILLANUEVA NÚÑEZ, Ludovina. *Limitaciones en las facultades de los árbitros*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, vol. 57, pp. 53-54.

Resulta, por lo tanto, según Castillo y Vásquez: «Que el árbitro es legitimado por las propias partes, quienes apartándose de manera voluntaria de la justicia ordinaria le conceden ese poder, quienes también pueden quitárselo en tanto lo remuevan o recusen y sea declarado fundado el recurso que eventualmente pueda plantearse».³³⁵

El derecho de designar a los árbitros mantiene una de las características más resaltantes del arbitraje por cuanto la designación implica un derecho que debe ser ejercido de manera diligente por la persona natural o jurídica que designará al árbitro, que se encuentra regulado en los artículos 21 y 22 de la ley arbitral peruana.

Existe la posibilidad de que en el convenio arbitral las partes puedan establecer ciertos requisitos de especialidad, capacitación y experiencia dirigida a los árbitros, a fin de que el acto de la designación revista validez y refleje la voluntad de las partes; en los arbitrajes comerciales es menos frecuente este tipo de imposiciones, lo cual no sucede en contrataciones estatales, donde se ha previsto que los árbitros y el presidente del tribunal arbitral deben contar con la especialidad en derecho administrativo, contrataciones estatales y arbitraje, siendo esta condición requisito indispensable para arbitrar.

El procedimiento de designación mantiene la formalidad *ad solemnitatem* por cuanto se requiere una carta de designación (de la persona jurídica o natural en su petición de arbitraje) y, a su vez, por parte los árbitros una carta de aceptación (incluida la revelación, de ser oportuna). Esta formalidad se mantiene en la designación ejercida por los árbitros con respecto al presidente del tribunal arbitral y la posterior aceptación de la presidencia, con la comunicación expresa a las partes procesales y a los coárbitros de la aceptación pertinente, con lo cual se

³³⁵ CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo. *Arbitraje: El juicio privado: la verdadera forma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre / Palestra Editores, 2006, vol. 1, p. 151.

podría entender que el tribunal arbitral en pleno desde su composición estaría ejerciendo su principio de *kompetenz-kompetenz*.

Resulta importante analizar que el procedimiento de designación podría sufrir ciertas modificaciones respecto a la competencia de un arbitraje institucional y ante la falta de ejercicio del derecho de nombramiento del árbitro por la contraparte que conforme al artículo 23, literal d y al artículo 25 de la Ley de Arbitraje, podrá ser designado por la Cámara de Comercio competente (por territorio o región); a su vez, si los árbitros no llegaron a un acuerdo sobre la designación del presidente, también se deberá acudir a la Cámara de Comercio competente para la designación pertinente. Es oportuno mencionar que en materia de contrataciones estatales se aplica la designación residual de árbitros por parte de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

En el arbitraje comercial, la designación de árbitros acorde a la práctica arbitral es efectuada por cada parte o contratante, dejando a responsabilidad de los árbitros designados la designación del presidente del colegiado; sin embargo, se podría incorporar al convenio arbitral el criterio de que el tercer árbitro, de forma directa, pueda ser designado por una institución arbitral; con esta potestad otorgada por las partes, la designación del tercer miembro del tribunal estaría fuera de la potestad de los árbitros designados.

La designación de árbitros mantendrá incidencia respecto a la modalidad del arbitraje *ad hoc* o institucional, en cuanto los alcances de tiempo, y el pago de honorarios, gastos o tasas de los centros de arbitraje.

Con respecto a la modalidad de designación de los árbitros fijada o no en el convenio, Castro Zapata menciona:³³⁶ «La mayoría de convenios arbitrales establecen la manera como se elige a los árbitros. El artículo

³³⁶ CASTRO ZAPATA, Laura. *Op. cit.*, pp. 73-76.

23 de la Ley de Arbitraje señala que, en principio, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros, o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad».

Es importante mantener diligencia en los procedimientos de designación de árbitros por las partes (institucional o *ad hoc*) y por los coárbitros en la posibilidad de arribar al acuerdo de la designación del presidente. En la segunda parte de la obra daremos mayores aportes respecto a sugerencias tipo *compliance* en la designación del árbitro de parte.

2.4.13.5. Procedimiento de recusación

Álvarez y Morante, sobre el recurso de la recusación, expresan: «Es el rechazo de las partes en relación con los árbitros designados, motivado por la desconfianza sobre su idoneidad, imparcialidad o incumplimiento de sus deberes funcionales».³³⁷

Fernando Vidal³³⁸ señala: «Que la recusación es el acto por el cual una de las partes, o ambas, rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral».

A nuestro criterio, la recusación es el instrumento procesal que se le otorga a las partes a fin de que en diversos supuestos que consideren que existen dudas respecto de la imparcialidad o independencia de los árbitros puedan invocar el retiro o alejamiento del árbitro o los árbitros del proceso arbitral.

³³⁷ ÁLVAREZ ILIANES, Juan y MORANTE GUERRERO, Luis. *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico, 2013, p. 854.

³³⁸ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 85.

Incluso, el OSCE ha señalado en reiteradas oportunidades que «el recurso de recusación está previsto como el medio idóneo para aquella parte que se considere afectada en sus derechos a raíz del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros, haga efectivos los mismos, a través de la remoción de estos, sobre la base de la calificación objetiva y justificable de las consecuencias de su proceder».

Jorge Luis Collantes resalta: «De manera general, el procedimiento de recusación depende de lo que han acordado las partes. La casi totalidad de las leyes de arbitraje prevén que, si las partes se han sometido al reglamento de arbitraje de una institución arbitral, como, por ejemplo, la CCI, el procedimiento de recusación, estipulado por este reglamento es aplicable».³³⁹

La recusación regulada en la LCE se encuentra prescrita en el artículo 226 del Reglamento, siendo los requisitos previos (para competencia del OSCE respecto de la recusación) dos: a) que no se haya sometido a un arbitraje institucional; y b) no se haya acordado reglas sobre la recusación, se llevarán a cabo mediante 5 reglas precisadas en el Reglamento.

Para Castillo y Sabroso: «Están legitimados para recusar a los árbitros las partes procesales y excepcionalmente podrían hacerlo también los demás árbitros componentes de un colegiado arbitral siempre que se hubiese dispuesto convencionalmente. Asimismo, están legitimados para ejercer la acción recusatoria todos aquéllos que sin ser partes o árbitros tuvieran un interés legítimo».³⁴⁰

³³⁹ COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge (director). *Diccionario terminológico de arbitraje nacional, internacional y de inversiones*. Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, vol. 18, p. 866.

³⁴⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2009, p. 529.

Las partes pueden ejercitar su derecho de recusación, bien unilateralmente o en forma simultánea. La recusación de parte ejercitada unilateralmente sobre el árbitro nombrado por ellas o en cuya designación haya participado sólo podrá tener lugar por causa sobrevinida ignorada en el origen, esto por motivos de los que haya tenido conocimiento después de su designación.

La acción recusatoria³⁴¹ sobre el árbitro no nombrado por una de las partes o en cuyo nombramiento no haya participado, puede tener lugar tanto por causas anteriores a la designación como posteriores a la aceptación del árbitro.

La oportunidad para recusar y su procedimiento, en el caso del arbitraje institucional, será conforme a los plazos establecidos en los reglamentos de la institución arbitral.

Un tema importante que se debe considerar al momento de formular la recusación es mantener intacto el respeto y el prestigio de los árbitros. La acción recusatoria deberá estar encaminada estrictamente a los aspectos objetivos y no argumentar con calificativos que dañen el honor y reputación de los árbitros.

Finalmente, es determinante generar una duda razonable y una probanza sólida que puedan generar la certeza que el recusado perdió contundentemente la imparcialidad y la independencia en la función arbitral, a fin de no incurrir en una recusación frívola y con un ánimo de entorpecer el desarrollo del arbitraje, con actos de mala fe y nocivos de las buenas prácticas arbitrales, en algunas oportunidades ejercidos por las partes en un errado ejercicio del derecho de defensa.

³⁴¹ Otra modalidad de requerir el apartamiento del árbitro de sus funciones es mediante el pedido de remoción o renuncia. El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima mantiene en su reglamento vigente estas dos figuras arbitrales.

2.4.13.6. Los honorarios arbitrales y costos

Los honorarios arbitrales representan la retribución económica efectuada por las partes en favor de los árbitros, centro de arbitraje y la secretaría arbitral. La onerosidad de la función arbitral es una característica de la justicia privada, no existe mayor discusión para negar alguna posible subordinación de los árbitros ejercida por las partes por el pago de los honorarios, los jueces privados siempre mantendrán su imparcialidad e independencia, el pago de sus honorarios encarna la más justa contraprestación por el servicio arbitral otorgado en favor de las partes.

Resulta oportuno recordar que la retribución económica por el pago del servicio arbitral no implicaría algún tipo de subordinación laboral o de poder sobre los árbitros, el servicio arbitral mantiene las características de un contrato de locación de servicios. Si bien no existe un contrato entre las partes y los árbitros, se determina que la fuente contractual para el pago de los honorarios arbitrales se encuentra establecida en la audiencia de instalación y/o el acta con las reglas arbitrales. En esta audiencia se emitirá y suscribirá formalmente por las partes (litigantes, árbitros y la secretaría) el «acta de instalación», donde se fijará el monto de los honorarios arbitrales y la forma de pago, siendo este instrumento el respaldo contractual para la obligatoriedad del pago del honorario en favor de los árbitros y del centro de arbitraje.

Por regla general, y salvo pacto en contrario, ambas partes contraen obligaciones, a saber: el árbitro, una de hacer, consistente en desempeñar su cargo con idoneidad, conocimientos y eficacia; y las partes, una de dar, cuyo contenido se contrae básicamente al pago de unos honorarios como retribución de los servicios en los términos estipulados.³⁴²

³⁴² CORREA ARANGO, Gabriel. *Op. cit.*, p. 148.

Respecto a los costos arbitrales, Falla Jara menciona:³⁴³ «Los costos involucrados en un proceso arbitral pueden resultar elevados en razón a la entidad de la controversia involucrada. La falta de previsión de este tipo de aspectos podría conducir a resultados indeseables para quien, por ejemplo, gatilló el inicio de un procedimiento arbitral con una expectativa diferente del nivel de los costos involucrados en el proceso: la lavada puede salir más cara que la camisa. Pero, además de ello, la falta de acuerdo sobre el particular y de reglas que permitan llenar dicho vacío podría dejar espacio para el desarrollo de conductas estratégicas por algunas de las partes destinadas a bloquear el desarrollo de cualquier mecanismo para resolver una discrepancia».

Es muy frecuente en sede peruana y extranjera la presencia de inversionistas que ingresen asumiendo los costos del arbitraje, previa presencia de un riguroso *due diligence arbitral* que podrá avizorar el resultado exitoso y rentable del invertir en un arbitraje nacional o internacional.

Coincidimos, con el aporte de Bedoya: «Lastimosamente, se presentan muchas circunstancias en que la parte vulnerada en una relación contractual (potencial demandante) no puede accionar arbitralmente por falta de liquidez; puesto que el recurrir a una instancia arbitral es una inversión que no todos están en condiciones de afrontar. Más aún si no tienen la total certeza de que satisfarán su pretensión y, por ende, recibirán una indemnización económica por los daños incurridos, ni que la parte demandada será condenada a pagar todas las costas y costos del proceso».³⁴⁴

³⁴³ FALLA JARA, Alejandro. «Comentarios sobre la libertad para determinar costos». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, pp. 244-245.

³⁴⁴ BEDOYA DENEGRI, Alonso. «El financiamiento del arbitraje a través de terceros». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Panorama actual del arbitraje 2019-2020*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio, 2020, vol. 82, pp. 73-74.

Ahora bien, el financiamiento de arbitraje a través de terceros concretamente consiste en que un fondo de inversión, una empresa o un tercero financien en parte o en su totalidad los costos que implican el proceso arbitral a cambio de una ganancia en caso se gane el litigio. Los gastos que suelen financiarse son los siguientes: 1. gastos administrativos del proceso arbitral (gastos del centro arbitral); 2. los honorarios de los abogados/representantes legales; 3. garantías por costos (*security for costs*); 4. las diversas pericias, en caso de ser necesarias; 5. los honorarios del árbitro o tribunal arbitral.³⁴⁵

En el artículo 69 de la Ley de Arbitraje peruana (libertad para determinar costos) se establece: «Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título».

La Ley de Arbitraje peruana, en los artículos 69, 70, 71, 72 y 73, regula lo pertinente a los honorarios arbitrales, de los cuales brindaremos mayores alcances.

Con respecto a la fijación o no de los honorarios arbitrales en el convenio, Castro Zapata menciona:³⁴⁶ «Resulta poco usual que los convenios arbitrales incluyan estipulaciones sobre los honorarios de los árbitros, al menos, directamente. Decimos esto pues si el convenio arbitral estableciese que el arbitraje será uno institucional o administrado, éste se regirá por el reglamento arbitral del respectivo centro de arbitraje y, por ende, serán aplicables las tarifas vigentes de dicho centro». En este caso, los árbitros no tendrán libertad alguna para la fijación de sus honorarios y los del secretario arbitral, pues éste será un funcionario del respectivo centro de arbitraje.

³⁴⁵ *Ibidem*.

³⁴⁶ CASTRO ZAPATA, Laura. *Op. cit.*, pp. 79-81.

En el artículo 70 se establece que el tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje, que comprenden: a) «Los honorarios y gastos del tribunal arbitral»; b) «Los honorarios y gastos del secretario»; c) «Los gastos administrativos de la institución arbitral»; d) «Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquiera otra asistencia requerida por el tribunal arbitral»; e) «Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje»; f) «Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales».

En el artículo 71 se establece que los honorarios del tribunal arbitral y del secretario deberán ser establecidos en forma prudente y razonable, considerando el monto de las pretensiones de la controversia (demanda o reconvencción), la dimensión o la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

En este mismo orden, el artículo 72 establece que el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previsto en el artículo 70 y lo podrá hacer en el transcurso de las actuaciones, e incluso podrá disponer anticipos separados para cada una de las partes del litigio, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones.

Es importante, bajo un contexto del análisis del financiamiento de los gastos arbitrales, como estrategia, evaluar si las pretensiones de derecho o cuantificables en términos económicos, mantienen posibilidades o probanza para ser declaradas favorables al momento de laudo, pues el demandar montos dinerarios altos generará el pago de honorarios arbitrales elevados o desproporcionados.

Respecto a las liquidaciones separadas, es muy recomendable su aplicación, pues se relaciona como estrategia para que la contraparte asuma y cancele los honorarios arbitrales que la vinculan a su pretensión

o derecho de defensa; es esencial vigilar el correcto cálculo con las tablas de honorarios y rechazar o cuestionar el recálculo de honorarios arbitrales sin sustento o montos desproporcionados.

Asimismo, podrá excluir las respectivas reclamaciones o pretensiones que no hayan cumplido con la entrega de anticipos del arbitraje, y en caso de que las partes no efectúen los depósitos de los anticipos en los plazos conferidos, el tribunal podrá suspender las actuaciones arbitrales y su posterior archivo por el no pago de honorarios arbitrales.

Además, el tribunal arbitral podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales cuando, tras un plazo razonable de suspensión, la parte obligada no haya cumplido su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación.

Y, finalmente, el artículo 73 establece que «el tribunal arbitral tendrá en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida».

Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es apropiado considerar que en la asignación de los costos del arbitraje, el tribunal arbitral puede trasladar la condena de costos, en mayor porcentaje o en forma absoluta, a una de las partes cuando existen actos de mala fe arbitral, como vulnerar la confidencialidad, falta de respeto entre las partes o contaminar el proceso con prácticas nocivas en general.

Las partes mantienen intacta la posibilidad de pactar en el convenio arbitral ciertas regulaciones sobre los honorarios, como las siguientes:

- Determinar la competencia de un árbitro único por cierto monto dinerario de controversia y, superado este monto, optar por la conformación de un tribunal arbitral.
- De existir incrementos o reliquidaciones de los honorarios arbitrales, las partes podrían pactar someterse a un reglamento arbitral o consejo superior de arbitraje para que resuelvan sobre la pertinencia o no del incremento, siendo esto una ventaja del arbitraje institucional sobre el *ad hoc*.
- No es muy usual, pero las partes bien podrían incorporar en el convenio arbitral y/o en la audiencia de instalación el pago de los honorarios en cuotas o según avances del proceso; sin embargo, en la práctica arbitral (*ad hoc* e institucional) se mantiene la tradición de pagar los honorarios en su totalidad en la etapa postulatoria o antes de la emisión del laudo, siendo siempre permitida la posibilidad de suspensión o archivo por falta del pago de los honorarios, de la subrogación o reliquidación.
- A fin de obtener mayor eficiencia ante un posible futuro laudo exitoso, en el convenio arbitral se podría pactar que los honorarios arbitrales deberán ser cubiertos por la parte vencida, lo cual concuerda con lo establecido en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje peruana.

Una estrategia negativa en contra de las buenas prácticas arbitrales se da en una cuantificación astronómica³⁴⁷ al momento que el demandado, mediante su reconvencción, postule una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, la cual implicará que el anticipo de los honorarios, vía recálculo, se incremente de forma desproporcional al presupuesto del demandante, ante lo cual siempre será absolutamente necesario el pedido de «liquidaciones separadas o individuales», a fin de que

³⁴⁷ Claro ejemplo vendría en una pretensión de daño moral o exclusivamente dineraria sin probanza real o un peritaje idóneo.

cada parte procesal pueda asumir los honorarios arbitrales conforme a sus pretensiones. Las pretensiones indemnizatorias deberán guardar un importante acervo probatorio a fin de que tenga elevadas posibilidades de ser amparadas por el tribunal arbitral.

Otro acto procesal que deberá de ser vigilado y requerido por las partes, son los pedidos de archivo del arbitraje por falta de pago de honorarios derivados de la subrogación o reliquidación de la contraparte; en general, a falta de la cancelación total de los honorarios arbitrales, el archivo del caso representa siempre una importante estrategia a fin de culminar el arbitraje sin pronunciamiento.

Con respecto a las malas prácticas arbitrales (ejercidas por algunos tribunales), éstas se encuentran en las inadecuadas reliquidaciones de los honorarios, que no guardan sustento práctico y legal,³⁴⁸ con las pretensiones y complejidad del caso arbitral y que exclusivamente mantienen un interés económico que perjudica procesalmente a la parte interesada en la culminación del arbitraje. Este tipo de prácticas negativas en mayor incidencia se presentan en algunos arbitrajes *ad hoc*, pues en los arbitrajes institucionales los reglamentos y consejos superiores regulan los incrementos y resuelven los reclamos presentados por las partes.

En los arbitrajes de contrataciones estatales, la Dirección de Arbitraje Administrativa del OSCE mantiene directivas respecto a la forma del cálculo de los honorarios arbitrales y la devolución (renuncia o recusación fundada), lo que mantiene una adecuada predictibilidad y seguridad respecto a los honorarios arbitrales y disminuye al mínimo prácticas negativas de incrementos sin sustento legal.

³⁴⁸ Es razonable reliquidar honorarios arbitrales cuando las pretensiones mantienen autonomía y alta complejidad, petición de incorporación de parte no signataria o terceros, o la actuación de una inspección ocular o pericia en un campamento minero u obra en zona rural de difícil acceso, siempre manteniendo un estándar de razonabilidad.

Es esencial establecer que en los arbitrajes *ad hoc* relativos a contrataciones del Estado, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que los árbitros deben fijar sus honorarios profesionales y de la secretaría arbitral, aplicando la tabla de gastos arbitrales de cualquier institución arbitral acreditada.³⁴⁹

A raíz de los procesos penales contra algunos árbitros, y el pago y recálculo de los honorarios arbitrales, es importante que los litigantes al momento de fijar el convenio arbitral *ad hoc* en forma expresa se sometan a un reglamento arbitral institucional. El cobro excesivo y sin asidero legal de honorarios arbitrales simboliza una mala práctica arbitral, actos que deben ser rechazados por las partes y con el mayor énfasis del litigante perjudicado con la carga de honorarios arbitrales desproporcionados.

2.4.13.7. Leyes aplicables

Los contratantes, conforme a las implicancias de la autonomía privada, pueden pactar libremente qué normativa legal, técnica o científica serviría de aplicación obligatoria, e incluso como fuente de interpretación y ejecución del contrato, que permitirá mantener formas idóneas de establecer pautas interpretativas antes y durante la controversia arbitral.

Es importante considerar la sede de las empresas, el sistema jurídico, ámbito territorial de la ejecución del contrato, idioma y especialidad de normativas nacionales. A manera de ejemplo, si en el marco contractual

³⁴⁹ **Artículo 196.**- «Gastos arbitrales

196.1 En el arbitraje *ad hoc*, los árbitros deben fijar sus honorarios profesionales y de la secretaría arbitral o gastos administrativos aplicando la tabla de gastos arbitrales de cualquier institución arbitral acreditada.

196.2 En caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por el OSCE para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, debe ser resuelta, a pedido de parte, por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable. Cualquier pacto respecto de la no devolución de honorarios se tiene por no puesto, no pudiéndose acordar en contrario».

se pactó la integración al contrato del Tratado de Viena o reglas Unidroit, y como frecuentemente se integra al arbitraje internacional, las de la IBA o Praga, en general, resulta pertinente analizar estos aspectos de forma minuciosa.

Establecer la sede de la empresa y la jurisdicción aplicable resulta esencial a fin de que las normas de sede nacional guarden compatibilidad con los intereses económicos de los contratantes. Es necesario resaltar que, dentro de la globalización de las buenas prácticas corporativas, diversas transnacionales y Estados están exigiendo el cumplimiento de la implementación y supervisión de programas de *due diligence* y *compliance*³⁵⁰ a fin de evitar y sancionar actos de corrupción en contrataciones públicas y privadas.

En conclusión, en el convenio arbitral y dentro del marco contractual se podría establecer:

- Norma especial y general de aplicación de derecho sustantivo y procesal.
- Normas internacionales legales y técnicas a fin de brindar mayor especialidad a la posible controversia arbitral.
- Exclusión de normativas especiales y generales que no colisionen con sistemas jurídicos y pactos contractuales.

En materia de contrataciones estatales, los consorcios de procedencia extranjera que participen en licitaciones dentro del territorio peruano deberán considerar que el arbitraje es obligatorio por

³⁵⁰ En el Perú, en los últimos cinco años se está implementando el *compliance* bajo el marco de la Ley n.º 30424 y su modificación, conforme al Decreto Legislativo n.º 1352, sobre la denominada responsabilidad administrativa de la persona jurídica, que busca prevenir, investigar y sancionar los actos de corrupción efectuados por los privados en los sectores públicos; claro ejemplo se presenta en el caso Odebrecht.

mandado *ipso iure* de la ley especial y con ello la preexistencia del convenio arbitral vinculante.

A fin de lograr entender la magnitud de regular e interpretar las normas legales en el contrato y sus implicancias brindaremos una experiencia arbitral respecto a un patrocinio.

Dos personas jurídicas de derecho privado, la primera en su condición de agencia de cooperación técnica, mediante contrato de obra pactó con una empresa privada peruana la ejecución de la construcción de un hospital, habiéndose fijado prelación de interpretación normativa en el siguiente orden:

- a) i) los documentos del contrato; ii) las bases de la licitación; iii) la oferta técnica y económica del contratista; iv) el expediente técnico.
- b) El contrato de obra se regulará e interpretará de acuerdo con el Código Civil.
- c) Para todo lo no dispuesto en los documentos contractuales se aplica el Código Civil.
- d) Será de aplicación la legislación administrativa: «aplicación de la legislación administrativa del país anfitrión relativa a la construcción de obra pública», siempre que no se oponga a los documentos contractuales y al Código Civil.

Es de resaltar que el tribunal arbitral, de forma errada, laudó aplicando la ley de contrataciones estatales, pues sucedió que por acuerdo de las partes se debió haber cumplido con la aplicación de normas del derecho privado y luego, de forma supletoria, la aplicación del normas de derecho administrativo de contratación pública estatales, máxime considerando que los plazos de caducidad establecidos en la Ley

de Contrataciones del Estado mantienen una naturaleza jurídica de protección al Estado y de su poder exorbitante (plazo muy corto a diferencia del Código Civil), lo cual colisiona con el contrato de obra en el ámbito del derecho privado.

Las cláusulas generales del contrato establecieron, literalmente, «las normas administrativas del país anfitrión», bajo la interpretación integral *las normas administrativas relativas a la construcción de obra pública de aplicación supletoria para la obra privada*, serían las siguientes: LCE y su Reglamento, Ley de Asociación Públicas Privadas (APP) y Ley de Obras por Impuestos. Esta incorrecta interpretación del tribunal arbitral también advierte un error en la redacción del contrato, al no establecer la regulación sobre cuál de las normas administrativas relativas a la ejecución de obra pública del Estado peruano sería la aplicable.

3. CRITERIOS JUDICIALES Y ARBITRALES RESPECTO A LOS CONVENIOS ARBITRALES INEXISTENTES

En este acápite, conforme a la experiencia profesional e investigación doctoral, presentamos diversos supuestos de arbitrajes fraudulentos iniciados sin la preexistencia del convenio arbitral, en los cuales pseudoárbitros y centros de arbitraje se declaran competentes. Por razones de confidencialidad los diferentes casos serán desarrollados en forma general, en el siguiente orden.

3.1. Arbitraje por correo electrónico sin ratificación

Caso de D.D.L.A. versus R.P.B.V. y C.N.S.A.C., sobre recurso de anulación de laudo,³⁵¹ en el cual la Sala Comercial de Lima, en la resolución 41, estableció el siguiente precedente: en el denominado «contrato arbitral que celebran C.N.S.A.C.» no se aprecia que el mismo haya sido suscrito por la ahora demandante, *y de otro lado los correos*

³⁵¹ Expediente n.º 269-2014.

electrónicos enviados por la codemandada a la accionante, invitando a la demandante a someter a arbitraje el conflicto de intereses de naturaleza jurídica, sólo constituyen una oferta que no fue aceptada. De la conducta o renuencia a contestar la oferta realizada no se puede inferir que se está ante un comportamiento de la ahora demandante que representa una manifestación de voluntad tácita de someterse a la jurisdicción arbitral. En ese sentido se está ante un claro caso de inexistencia de convenio arbitral, debiendo declararse la nulidad del laudo arbitral al amparo de la causal prevista en el artículo 63, numeral 1, literal a) del Decreto Legislativo n.º 1071.

3.2. Universidad vs. Alumno

Universidad vs. R.V.M., sobre nulidad de medida cautelar;³⁵² en este caso asumimos la defensa de la universidad. Resultó fraudulento el inicio de este arbitraje por cuanto entre la universidad y el alumno no se firmó un convenio y menos un contrato por el servicio educativo universitario; pese a esto, el exalumno acudió a un centro de arbitraje. La universidad, tal cual lo prescribe la ley arbitral, presentó el recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral; pese a no ser notificada con la designación y aceptación del árbitro único (primer árbitro) se notifica a las partes a la audiencia de acta de instalación y admite a trámite la demanda. Luego de once meses sin que el secretario y el árbitro notificaran con las actuaciones arbitrales, la entidad bancaria trabó embargo (a requerimiento del alumno demandante) por la suma de S/ 150 000,00 (ciento cincuenta mil con 00/100 soles). La entidad bancaria en un primer momento había rechazado el pedido cautelar del árbitro único, pero vía de mandato judicial derivado de un juzgado comercial ejecutó dar cumplimiento al embargo bancario.

En pleno ejercicio de los actos fraudulentos, el árbitro único que ordenó el embargo (intermedio del juzgado comercial) fue distinto al árbitro que instaló y admitió la demanda; nunca se cumplió con notificar

³⁵² Expediente n.º 6762-2014 de la Sala Comercial de Lima.

a la universidad con la designación (corte arbitral), ni la aceptación del segundo árbitro único, vulnerándose los principios arbitrales de obligatoriedad del convenio arbitral (según su preexistencia), *intuitu personae* (función arbitral personalísima), imparcialidad, diligencia y transparencia de la función arbitral y del centro de arbitraje.

La universidad logró obtener éxito ante la Sala Comercial de Lima, la que estableció el siguiente criterio: «Los jueces al brindar colaboración judicial con el arbitraje, para la ejecución de las medidas cautelares dictadas en sede arbitral, deben ejercer sus atribuciones y responsabilidades con ponderación y razonabilidad, a fin de —por un lado— respetar la legalidad que blindada al arbitraje frente a la intervención judicial, y —por el otro— impedir que dicho blindaje legal se constituya en cobertura para la ilegalidad arbitral. Para tal efecto debe verificar la existencia del convenio arbitral que sustente la competencia del árbitro».

Y en su décimo segundo considerando: «Lo anterior acreditaría, *por un lado*, que la universidad no habría adoptado una conducta que pudiera asimilarse a una aceptación tácita de la existencia del convenio y, por otra parte, que en el arbitraje no se habría emitido pronunciamiento de fondo sobre dicha reiterada negativa de la existencia del convenio arbitral. Todo esto merece ser analizado por el juzgador a efectos de determinar si corresponde conceder la colaboración judicial que le ha sido solicitada para ejecutar una medida cautelar arbitral cuestionada desde su raíz en cuanto a la competencia del árbitro único, por inexistencia de convenio arbitral».

El exalumno, insistiendo en su ilegalidad, interpuso Recurso de Casación n.º 854-2016 (Sala Civil Permanente de la Corte Suprema), el mismo que fue declarado improcedente, por cuanto el recurso de casación es procedente exclusivamente contra lo resuelto por la Sala Civil o Comercial, respecto a un recurso de anulación de laudo.

3.3. *Forzado arbitraje institucional en un colegio de abogados*³⁵³

La Municipalidad Provincial de una localidad de Huánuco suscribió con el Consorcio ZXV, un contrato de obra (construcción de 50 km de una carretera), sujeto a la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado.

El contrato de obra mantenía la cláusula de solución de controversias en su modalidad del arbitraje *ad hoc*, con lo cual se dejó establecida la negativa de la competencia del arbitraje institucional.³⁵⁴ Con clara vulneración a lo pactado por las partes sobre «arbitraje *ad hoc*», el contratista ingresó la petición o solicitud arbitral ante el centro de arbitraje de un colegio de abogados.

No habiéndose establecido en el convenio arbitral la competencia del indicado centro de arbitraje, esta petición de arbitraje debió haber sido *rechazada de oficio*; ello, en observancia de numeral 4 del artículo 25 del Decreto Legislativo n.º 1071 (ya vigente en ese momento), en donde se señalara que las cámaras de comercio podrán rechazar la solicitud de nombramiento de árbitro ante la inexistencia de convenio arbitral institucional que le faculte a administrar el arbitraje y menos a designar árbitros, es decir, no podría declararse competente para administrar el arbitraje, con lo cual se expresó en su momento un rechazo al inicio de un arbitraje institucional forzoso y que mantenía la obligatoriedad del arbitraje *ad hoc*, por lo que el tribunal arbitral debía instalarse en la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE. Cabe resaltar que la

³⁵³ A fin de proteger la confidencialidad de las actuaciones arbitrales no se especificarán los nombres de las personas naturales o jurídicas que forman o formaron parte del arbitraje, salvo las que se encuentren publicadas en los portales electrónicos del Poder Judicial.

³⁵⁴ Conforme a lo establecido en aquel momento en la ley vigente, el artículo 7 del Decreto Legislativo n.º 1071 guarda perfecta concordancia con el segundo párrafo del artículo 216 del Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (modificado por el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF) cuando, igualmente, se precisa: «Si en el convenio arbitral incluido en el contrato no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc*. El arbitraje *ad hoc* será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE».

entidad municipal presentó su oposición en la primera oportunidad ante el centro de arbitraje, entidad que en un solo día *efectuara instalación y admisión de la medida cautelar de no innovar* («no ejecutar carta fianza bancaria del contratista»), ante lo cual la entidad como estrategia logró generar la composición de un segundo tribunal arbitral instalado en el OSCE y, finalmente, ante un tribunal arbitral regular y *ad hoc*, en aplicación del convenio arbitral, la entidad obtuvo éxitos en la gestión de su litigio arbitral por intermedio del recurso de excepción de caducidad.

3.4. Gobierno regional vs. Centro de arbitraje nacional e internacional

Caso 1: Gobierno regional³⁵⁵ contra un centro de arbitraje nacional e internacional, el Consorcio y el Árbitro único, vía anulación de laudo. La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco declaró fundada la demanda bajo los siguientes argumentos:

- De la citada cláusula, en concordancia con las normas citadas, se colige que las partes acordaron la solución de sus conflictos derivados de la ejecución o interpretación del contrato mediante arbitraje de derecho, sin consignarse expresamente si sería institucional o *ad hoc*; en ese sentido, al no haber consignado expresamente este último aspecto, por disposición normativa, debía entenderse que se trataba de un arbitraje *ad hoc*.
- Sin embargo, haciendo caso omiso a tales prerrogativas, y desnaturalizando el propio convenio arbitral, el Consorcio solicitó, mediante escrito de fecha 10 de febrero de 2015 obrante de fojas 3 a 5, el inicio del proceso arbitral ante el centro de conciliación y arbitraje nacional e internacional, institución que admitió a trámite dicha solicitud, instalándose el tribunal arbitral conforme al acta de fojas 8 a 15, lo cual fue cuestionado

³⁵⁵ Expediente n.º 00197-2015-0-1201-SP-CI-01 - Corte Superior de Justicia de Huánuco.

oportunamente por el gobierno regional y desestimado por el propio árbitro, quien continuó el proceso hasta la emisión del laudo.

- Siendo así, el laudo de derecho contenido en la Resolución n.º 14-2015, se encuentra incurso en la causal de anulación prevista en el literal c) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, invocada por el procurador público, toda vez que la composición del tribunal arbitral no se ajustó a lo acordado por las partes, quienes dejaron la elección del tipo de arbitraje al mandato de la ley, la misma que dispone que el arbitraje debía ser *ad hoc* y no institucional, como sucedió, vicio que fue advertido por la referida parte procesal, manifestando su oposición durante toda la tramitación del procedimiento de arbitraje, razón por la cual debe declararse fundada la anulación de laudo por la causal invocada.

Caso 2: Caso gobierno regional³⁵⁶ contra el centro de arbitraje nacional e internacional, el Consorcio y el Árbitro único. Fallo respecto a otro recurso de anulación de laudo, donde la Corte Superior de Justicia de Huánuco, bajo predictibilidad, estableció los siguientes argumentos:

- Advirtiéndose de la citada cláusula, en concordancia con las normas citadas en el punto 6.1. de la resolución, que las partes convinieron un arbitraje de derecho, mas no señala si es arbitraje *ad hoc* o institucional, de ahí que nos encontramos frente a uno de los supuestos contemplados en la parte *in fine* del numeral 3 del artículo 7 del decreto legislativo que norma el arbitraje, esto es, que no se ha designado una institución arbitral, por tanto, el arbitraje que debía seguirse era un *ad hoc*, aspecto que debieron tener en cuenta los emplazados, máxime si el nombramiento de

³⁵⁶ Expediente n.º 00057-2016-0-1201-SP-CI-01 - Corte Superior de Justicia de Huánuco.

árbitros es un acuerdo de los contratantes, y sólo excepcionalmente de una institución arbitral o tercero, cuando dichos contratantes también de mutuo acuerdo han conferido dicho encargo así, lo que no se evidencia de autos, donde la parte recurrente ha venido manifestando su desacuerdo sobre el tipo de arbitraje que se le ha hecho seguir.

- Sin embargo, haciendo caso omiso a tales prerrogativas y desnaturalizando el propio convenio arbitral, el consorcio, solicitó mediante escrito de fecha 30 de septiembre de 2015, el inicio del proceso arbitral ante el centro de arbitraje nacional e internacional, institución que admitió a trámite dicha solicitud, instalándose el tribunal arbitral conforme al acta de fojas 265 al 271, que continuó el proceso hasta la emisión del laudo.

- Siendo así, el laudo de derecho contenido en la resolución de fecha 1 de abril de 2016 del Expediente Arbitral n.º 025-2015, del centro de arbitraje nacional e internacional, se encuentra incurso en causal de anulación prevista en el literal c) del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, invocada por el procurador público del gobierno regional, toda vez que la composición del tribunal arbitral no se ajustó a lo acordado por las partes, las que al no haber designado una institución arbitral, se obligaron a seguir por mandato de la ley un arbitraje *ad hoc* y no institucional, vicio que fue advertido por la referida parte procesal, manifestando su oposición durante toda la tramitación del procedimiento de arbitraje, razón por la cual debe declararse fundada la anulación de laudo por la causal invocada; desestimándose el argumento del consorcio emplazado. En consecuencia, corresponde declarar fundada la causal analizada e invocada por el recurrente en este extremo, y a las partes, de conformidad con el literal c) del numeral 1 del artículo 65 del Decreto Legislativo n.º 1071, proceder a un nuevo nombramiento de árbitros conforme a los alcances del convenio arbitral.

3.5. Arbitraje ad hoc vs. arbitraje institucional: Gobierno regional vs. Consorcio TT³⁵⁷

En este caso de anulación de laudo, el gobierno regional, en tutela de sus derechos, presentó recurso de anulación contra el laudo emitido por el centro de arbitraje nacional e internacional, por la causal prevista en los literales c) y g) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje n.º 1071, recurso dirigido contra el consorcio TT. Los criterios que estableció la Sala Civil de Huánuco para declarar fundada la anulación se encuentran en los siguientes fundamentos:

5.3 Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 216.- Convenio Arbitral, segundo párrafo, de Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre el convenio arbitral «[...] Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje *ad hoc*. El arbitraje ad hoc será regulado por las Directivas sobre la materia que para el efecto emita el OSCE [...]».³⁵⁸

5.4 De la citada cláusula en concordancia con las normas citadas, se colige que las partes acordaron la solución de sus conflictos derivados de la ejecución o interpretación del contrato, mediante arbitraje de derecho, sin consignarse expresamente si sería institucional o *ad hoc*, en ese sentido, al no haber consignado expresamente este último aspecto, por disposición normativa, debía entenderse que se trataba de un arbitraje *ad hoc*.

5.5 Sin embargo, de autos se advierte que la demanda, haciendo caso omiso, desnaturalizando el propio convenio arbitral acordado por las partes, establecido en la Cláusula Trigésima Cuarta del Contrato, el Consorcio TT mediante solicitud de arbitraje recurre al Centro de Arbitraje Nacional e Internacional, como si se tratara de un arbitraje institucional, siendo que ese arbitraje institucional no está establecido en la citada cláusula, con ello se ha transgredido el artículo 2018 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por cuanto en el

³⁵⁷ Expediente n.º 00036-2016-0-1201-SP-CI-01.

³⁵⁸ Artículo 7, inciso 1) del Decreto Legislativo n.º 1071.

convenio de arbitraje se determina que la solución de controversias del Contrato de Obra n.º 252-2011-GR PASCO/PRES, será sometida a un arbitraje Administrativo, no estableciéndose en ningún extremo que éstas sean sometidas a un arbitraje institucional ni si éste corresponde ser dilucidado por un Tribunal Arbitral o Árbitro único, por consiguiente es evidente que en este caso el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional con sede en Huánuco no tenía competencia alguna para la designación residual de árbitros.

Si bien conforme señala la demanda, el artículo 59 numeral 2 de la Ley de Arbitraje n.º 1071, dispone que el laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada, sin embargo, la misma no puede ser interpretada aisladamente del artículo 62 de la norma citada, donde se establece expresamente que el recurso de anulación es la única vía de impugnación del laudo, lo cual en efecto es materia del presente proceso, donde no se ha analizado la decisión del árbitro expuesta en el laudo que ha puesto fin a la controversia, sino tan sólo se está verificando el respeto de aspectos formales que dicho árbitro debió tener en cuenta antes de laudar, evaluación que se tiene permitido a este órgano jurisdiccional por disposición del artículo 63 Decreto Legislativo n.º 1071.

Asimismo es incorrecto señalar que se está analizando estrictamente si el árbitro tenía competencia para conocer el fondo de la controversia, toda vez que en el caso de autos sólo se está verificando si la composición de tribunal arbitral obedece al acuerdo de partes —y que en el presente caso no ha sido observado—, aspecto que ha sido cuestionado por la recurrente, y desestimado por el árbitro al seguir con el proceso arbitral, aspecto que si pueden ser analizadas mediante el recurso de anulación conforme al artículo 41 numeral 4 LA n.º 1071 [...]

Séptimo.- En consecuencia, habiéndose determinado fundada la causal analizada en este extremo, corresponde a las partes de conformidad con el inciso c) del numeral 1 del artículo 65 del Decreto Legislativo n.º 1071, proceder a un nuevo nombramiento de árbitros conforme a los alcances del convenio arbitral.

Concordamos plenamente con el criterio establecido por la Sala Civil en haber determinado que se vulneró el principio de autonomía privada de las partes (gobierno regional), al ser forzosamente derivado a

un arbitraje institucional, cuando el convenio arbitral expresa un arbitraje *ad hoc*.

3.6. Consorcio MM vs. Gobierno regional

En este proceso de anulación de laudo, el gobierno regional, interpuso su recurso de anulación contra en el Expediente Arbitral n.º 03-2014, bajo las causales de anulación previstas en los literales a), c) y g) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. En este recurso de anulación la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huánuco mantiene en su considerando 14 el siguiente criterio: «El arbitraje se sustenta en el ejercicio de la autonomía de voluntad, siendo la regla general que las propias designen a sus árbitros, libertad de elección que constituye una característica propia del arbitraje, el cual puede ser *ad hoc* o institucional según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral; siendo que en caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*, aplicando la misma regla [...] cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente».

3.7. Compraventa de acciones sin preexistencia del convenio arbitral³⁵⁹

Caso de D.F.D.D. y V.M.M.D., solicitando el inicio de un arbitraje contra el señor J.G.G. y la señora D.M.R.P., a fin de solucionar las controversias surgidas entre las partes en relación con el contrato de compraventa de acciones de fecha 17 de septiembre de 2018.

El 26 de marzo de 2019, el señor J.G.G. se apersonó al arbitraje y dedujo excepción de inexistencia de convenio arbitral y de incompetencia del Centro de Arbitraje de Lima, señalando los siguientes

³⁵⁹ Resolución n.º 096-2019/XXX-TTT-Y.

argumentos, de los cuales exponemos los más resaltantes para la presente investigación:

- i. La parte solicitante no ha presentado ningún contrato suscrito en el cual conste algún convenio arbitral, ni acuerdo independiente en el que se aprecie la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.
- ii. En ninguno de los correos presentados por los solicitantes para acreditar el convenio arbitral ha manifestado su voluntad de solucionar controversia alguna mediante arbitraje.
- iii. De continuarse con el proceso arbitral se estaría ingresando a un escenario latente de anulación de laudo por inexistencia de convenio arbitral. Es fundamental establecer que se podría estar ante un uso temerario e ilegítimo del principio *kompetenz-kompetenz* por cuanto, a pesar de no existir convenio arbitral, se estaría aplicando forzosamente su competencia con el ánimo de iniciar un arbitraje fraudulento.

De la misma, forma se apersonó la señora D.M.R.P. y dedujo excepción de inexistencia de convenio arbitral y de incompetencia del centro de arbitraje de la cámara de comercio, señalando también los argumentos anteriormente expuestos.

El 11 de abril de 2019, las señoras D.F.D.D. y V.M.M.D., absolviéron la oposición formulada, manifestando los siguientes argumentos, de los cuales expondremos los puntos más relevantes:

- i. La existencia de un contrato de compraventa de acciones firmado por ambas partes, cuyos ejemplares se encuentran en poder de la parte demandada y pese a los constantes requerimientos se han negado injustificadamente a entregar el juego que les corresponde. Dicho contrato tiene un convenio arbitral.

- ii. Los abogados de ambas partes mantuvieron comunicación vía correo electrónico, donde se muestran las tratativas preliminares a la compraventa de acciones, teniendo un documento donde figuran condiciones y términos preliminares para la celebración de un contrato definitivo que ambas partes aceptaban y se obligaban mutuamente a cumplir con lo estipulado.
- iii. De esta forma, el abogado de los demandados recibió los correos emitidos por el abogado de la otra *parte no observando ni cuestionando en ningún momento el convenio arbitral*.
- iv. Habiéndose negociado el texto final del contrato, ambas partes aceptaron encontrarse en una notaría para firmar el contrato. Con base en esto, luego de firmado el contrato surge una controversia entre las partes.
- v. La comunicación vía WhatsApp mantenida con el señor J.G.G. el 18 de febrero de 2019, evidenciaría que el convenio arbitral sí fue suscrito, pues de lo contrario el señor J.G.G. hubiera observado que no se firmó ningún convenio arbitral.
- vi. La institución arbitral en el artículo x(2) de su reglamento establece que «si el demandado presenta excepciones u objeciones que guardan relación con la existencia del convenio arbitral conforme al Reglamento, por criterio de Consejo Superior de Arbitraje, podrá decir que el arbitraje debe continuar administrado por el Centro sólo si aprecia, *prima facie*, la posible existencia de un convenio arbitral entre las partes que haga referencia al Reglamento o a la administración del Centro».
- vii. Bajo una interpretación más amplia dentro de otras formas de convenios arbitrales, el artículo 13(3) de la Ley de Arbitraje señala 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*».

Es esencial determinar lo establecido por el consejo superior de arbitraje, al establecer el siguiente criterio: «Este consejo tiene en consideración que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13(1) de la Ley de Arbitraje, el arbitraje es de naturaleza consensual. En principio, nadie puede ser obligado a acudir a un proceso arbitral, si no ha manifestado expresamente su consentimiento a esa jurisdicción. El artículo 13(3) de la Ley de Arbitraje es explícito al aludir a “acuerdo” y “concertación”, lo que reclama la voluntad común».

El consejo de arbitraje, en forma adicional abordó los siguientes fundamentos:

- i. De la información presentada, este Colegiado aprecia que, si bien las partes habrían negociado la posible celebración de un contrato de compraventa de acciones con sometimiento a la jurisdicción arbitral, no se ha acreditado, fehacientemente, que dicho contrato haya sido suscrito; por consiguiente, este Colegiado no encuentra prima facie un convenio arbitral que vincule a las partes.
- ii. Finalmente, de los elementos de juicio aportados por las partes no se advierten hechos que acrediten de manera convincente la ejecución de actos *facta concludentia* de los que sea posible extraer una efectiva y definitiva voluntad común para un acuerdo arbitral. En el caso bajo análisis, en aplicación del artículo 13(3) de Ley de Arbitraje, no es posible inferir de manera indubitable una voluntad tácita derivada de unas circunstancias de comportamiento (cfr. Art. 141 Código Civil).

El recurso de oposición al arbitraje fue resuelto por el consejo rector del centro de arbitraje, declarando fundada la oposición, criterio saludable por la institucionalidad del arbitraje, y el rechazo del errado criterio de otros centros de arbitraje y tribunales *ad hoc*, de aceptar el

kompetenz kompetenz, convenios arbitrales tácitos o no preexistentes con una formalidad expresa, a fin de forzar el inicio de un litigio arbitral sin fuente contractual del convenio arbitral.

CAPÍTULO 2

PROPUESTA DE REFORMA DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA

1. ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN

1.1. Entre la flexibilidad y la formalidad

Los estándares internacionales de las prácticas arbitrales y legislaciones acordes a las disposiciones de la Uncitral, la Convención de Nueva York y el Tratado de Viena, permiten que, bajo la buena fe y una práctica lícita, los convenios arbitrales tácitos puedan ser entendidos como válidos, lo cual implica una interpretación con flexibilidad y, a su vez, siempre se regula la condición de la formalidad del convenio arbitral, que representan las formas eficaces del convenio arbitral consideradas en las diversas legislaciones.

Las reglas arbitrales establecidas por la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil han establecido la posibilidad de convenios arbitrales no escritos.

Concordamos con Córdova Schaefer, cuando señala que: «En general, las legislaciones de los países requieren que el convenio arbitral se encuentre por escrito, debido a que las partes excluyen por escrito, la administración de la justicia estatal de la resolución de sus conflictos.

Por ello, el Estado tiene que estar seguro de que ambas partes prestaron su consentimiento, a fin de no permitir abusos entre ellas». ³⁶⁰

La tendencia del comercio electrónico en internet, desde las compras efectuadas por los consumidores en los portales Glovo, Uber, Amazon, Despegar.com, Mercado Libre y cualquier comercio o servicios en aplicativos u otras plataformas, es mantener reglas contractuales de adhesión, que el interesado acepta; sin embargo, no se puede desprender que el consumidor y la empresa «vendedora» del servicio o producto podrían imponer una cláusula arbitral a fin de resolver las posibles controversias, salvo incorporación expresa en el contrato de adhesión propuesto al consumidor.

Los mercados *on line* e *e-commerce* han modificado en forma descomunal la sociedad ya hace más de veinte años y presentan un incremento frecuente en su uso por parte de personas naturales y empresas, fenómeno comercial transfronterizo y sin limitaciones.

El comercio en internet y su protección en sede peruana mantiene amparo en el Código de Protección del Consumidor y en la nueva modalidad del arbitraje de consumo, que tiene por finalidad brindar una justicia especializada en derecho del consumidor respecto de controversias derivadas de una vinculación contractual electrónica válida y con expresa preexistencia de reglas contractuales.

No obstante, nuestra tesis mantiene la postura de diversos supuestos de inexistencia de convenio arbitral o la incorrecta interpretación de convenio arbitrales tácitos respecto de derechos patrimoniales y/o contractuales de personas jurídicas y naturales no vinculadas al derecho del consumidor.

³⁶⁰ CORDOVA SCHAEFER, Jesús. *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*. Tesis. Lima: PUCP, 2013, p. 71.

Córdova Schaefer reseña: «Es recién con la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional que incorporó en su sesión del 2006, la opción I del artículo 7, en la cual permite que el acuerdo arbitral pueda ser celebrado también por medios electrónicos o cualquier otro medio magnético o informático».³⁶¹

Por su parte, sobre la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico, Córdova Schaefer sostiene:

En dicho escenario planteo un criterio de interpretación llamado equivalente funcional para entender que los requisitos de escritura y firma se encuentran dentro de los alcances del comercio electrónico. Este criterio ha sido útil y seguido por muchos árbitros y jueces, a pesar de haber ciertos casos en los que se han opuesto abiertamente. Tal es el caso de la Corte de Apelaciones de Halogaland en Noruega en una decisión emitida el 16 de agosto de 1999 en la que no tomó en cuenta los correos electrónicos que contenía el convenio arbitral, al estimar que dichos medios no cumplen con los requisitos básicos de protección y validez establecidos en la Convención de Nueva York, desestimó la ejecución de un laudo dictado en Londres.³⁶²

Según el tratadista español Lorca Navarrete: «[...] de otro lado es preciso indicar que, aunque la formalización por escrito del convenio arbitral es un requisito ineludible (lo es *ad validitatem*), la LA, en cambio, acoge, plenamente, el principio de libertad formal del convenio arbitral, que implica que su formalización por escrito no se encuentra sometida a una determinada forma *ad solemnitatem* necesaria para la propia existencia del acto».³⁶³

Caivano, declara: «Cabe precisar que el consentimiento tácito guarda relación con el asentimiento tácito (conocido en el arbitraje internacional como *assumption by conduct*), en que éste último el “comportamiento traduce la clara intención de arbitrar la disputa, participando

³⁶¹ *Ibidem*.

³⁶² *Ibidem*.

³⁶³ LORCA NAVARRETE, Antonio. *Op. cit.*, p. 230.

voluntariamente en el proceso sin manifestar —ni antes ni durante el mismo— objeción alguna ni rechazar el arbitraje”». ³⁶⁴

En España, Cervantes Bravo determina:

Se estaría revistiendo de protección al convenio arbitral tácito. En un principio puede ser verbal, ya que se admite la validez del convenio creado con posterioridad por la voluntad tácita de las partes al admitirse que el convenio arbitral resulte del intercambio de escritos de demanda y contestación (en los términos del artículo 29, LA) en los que su existencia sea afirmada por una parte y no negada por otra, pues se presume que existe voluntad de sujetarse a arbitraje ya sea expresa o tácitamente que da como resultado un convenio procedimental que se caracteriza por derivarse de unos actos desarrollados en el procedimiento arbitral. En concreto, la voluntad de las partes sobre la existencia de convenio arbitral es más importante que la forma que éste asuma. ³⁶⁵

Para Vidal Ramírez:

La LGA, sin embargo, no adopta la rigidez que es inherente a la forma *ad solemnitatem* y se limita a prescribir que su celebración debe ser por escrito, esto es, bajo forma documental, sin precisar si debe tratarse de instrumento público o documento privado. Esta flexibilidad formal se evidencia en las mismas disposiciones del acotado artículo 10, al disponer que puede entenderse 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 deja constancia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. ³⁶⁶

³⁶⁴ CAIVANO, Roque. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene», pp. 131-132.

³⁶⁵ CERVANTES BRAVO, Irina. *Op. cit.*, p. 177.

³⁶⁶ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 55.

La profesora O'Neill de la Fuente y su coautora Nava Zegarra, en sede peruana, indican:

Respecto a la formalidad en sede nacional, se sostiene, la única formalidad que la LPA exige es que el convenio arbitral conste por 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. Así, sólo en ese caso no se aporte ninguna prueba de la celebración del convenio, podría decirse que carece de la referida formalidad y que, por tanto, el convenio es manifiestamente nulo. A pesar de ello, en una situación como ésta es fácil predecir que se suscitara una intensa actividad probatoria para acreditar, precisamente, que el convenio arbitral sí se celebró.³⁶⁷

Respecto a la falta de manifestación de voluntad del agente, comprobar si existe manifestación de voluntad es un proceso que escapa de la revisión de un documento en sí mismo, pues el consentimiento de las partes puede darse de diversas maneras, aún más si atendemos a lo dispuesto en los artículos 13 y 14 de la LPA. De allí que resulte difícil de imaginar un supuesto en el que nulidad sea manifiesta por esta causal.³⁶⁸

En sede colombiana, Ramírez sostiene el argumento en el sentido de que:

La producción de los efectos del pacto y, por ello, la obligación de hacer consistente en someter las disputas al arbitraje sólo tiene como sujetos a quienes efectivamente dispusieron de sus intereses para adherir al contenido negocial previsto en el contrato de arbitraje, de conformidad con el principio de autonomía privada, y su expresión en el efecto relativo de los contratos. En efecto, si el pilar fundamental del arbitraje es el consentimiento, mal haría un tribunal arbitral en asumir competencia para dictar un laudo que pueda llegar a producir efectos respecto de un sujeto de derechos que por no haber consentido el arbitraje no hace parte del alcance *ratione personarum* del pacto arbitral.³⁶⁹

³⁶⁷ O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y NAVA ZEGARRA, Mariem. *Op. cit.*, p. 108.

³⁶⁸ *Idem*, p. 107.

³⁶⁹ RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 75.

Reiteramos, la regulación del convenio arbitral en la ley peruana, a nuestro criterio, está agrupada en dos grupos: a) convenios arbitrales expresos; y b) convenios arbitrales tácitos.

El numeral 13 de la ley arbitral peruana en el inciso 1) parte del supuesto de que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentran ligadas a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2) expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (*por escrito*) y, *bajo una aplicación sistematizada*. conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.

Acorde con la modernidad y la era virtual, el inciso 4 regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica según la regulación especial de la ley que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que los escritos del litigio arbitral y sin negativa implicarán la aceptación a la justicia arbitral y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

Los convenios arbitrales tácitos se encuentran regulados en el inciso 3³⁷⁰ del artículo 13 de la ley arbitral peruana, inspirado en el modelo Uncitral, bajo la libertad de regulación y flexibilidad, supuesto que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, la misma que podría ser interpretada como que no se cumplan formalidades y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de formalidades impuestas por las partes, lo cual perfectamente podría incurrir en una distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem*, como lo fueron las

³⁷⁰ «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».

prácticas al estilo de la Mafia Orellana, en los cuales *pseudoárbitros* iniciaban procesos arbitrales sin la preexistencia de convenio arbitral.

Este tipo de regulación *ad probationem* y su incorrecta aplicación (árbitros y centros de arbitraje) están generando efectos negativos en la institucionalidad del arbitraje, según los casos de anulación de laudos expuestos en el desarrollo del problema; están generando incentivos económicos (maliciosos) para los agentes contratantes, árbitros, secretarios y centros de arbitraje que, con su fraudulenta práctica arbitral, conllevan a que la sociedad sufra los siguientes problemas:

- Imposición de la justicia arbitral *ad hoc* e institucional.
- Imposición de árbitros no designados.
- Imposición del pago de honorarios arbitrales e institucionales.
- Vulneraciones a la autonomía privada y al derecho al debido proceso.

Conforme a lo expuesto, la regulación del convenio arbitral y su incorrecta interpretación genera el quebrantamiento del principio de seguridad jurídica, por cuanto las personas naturales o jurídicas que consideran que no suscribieron un acuerdo arbitral, podrían ser invitados a un arbitraje y demandados sin la preexistencia del convenio arbitral, supuestos reales que quebrantan la seguridad jurídica contractual y arbitral.

Es lamentable constatar que algunos centros de arbitraje de la ciudad de Lima (que no son los más reputados) y de provincias, acepten el ingreso de peticiones de arbitrajes y no observen la falta de competencia arbitral institucional y, sin que obre medio probatorio documental expreso del contenido y los alcances del convenio arbitral,

admitan a trámite las peticiones de arbitraje, siendo éste un supuesto de ejercicio forzado de la competencia institucional.

Los diversos casos judiciales y arbitrales desarrollados en el punto 3 del capítulo 1 («Criterios judiciales y arbitrales respecto a los convenios arbitrales inexistentes») representan arbitrajes fraudulentos que vulneran el principio de buena fe contractual, que se generan, en primer lugar, por la parte que compone el inicio del arbitraje (con pleno conocimiento de la falta de preexistencia del convenio arbitral), en forma temeraria y forzada, la misma que solicita el inicio del arbitraje y, en un segundo momento, por el árbitro (árbitros), que sin que exista un acuerdo de voluntades de las partes, se declaran competentes. De esta forma, se quiebra el principio de la buena fe contractual y se ejercen acciones revestidas de una mala fe contractual y arbitral a lo largo del litigio, con vulneración de la lealtad, fidelidad, veracidad y probidad que debería de existir entre contratantes y litigantes.

Los efectos negativos en perjuicio de la institucionalidad del arbitraje, generados por una regulación *ad probationem* del convenio arbitral y su incorrecta interpretación, se representan en la imposición de una justicia arbitral mediante el ejercicio del falso *kompetenz-kompetenz*, el desprestigio de la justicia arbitral y la generación de altos costos de transacción impuestos a la parte perjudicada, a fin de ejercer su defensa en vía arbitral y judicial.

A pesar de que el emplazado, persona natural o jurídica ejercerá su derecho de objeción, excepción y contradicción ante el convenio arbitral inexistente y contestando la demanda, por aplicación del falso *kompetenz-kompetenz*, deberá de invertir recursos económicos a fin de pagar honorarios arbitrales (árbitros, secretaría y centro de arbitraje), honorarios de abogados y, aunado a esto, acudir al Poder Judicial para interponer el recurso de anulación de laudo. En algunas oportunidades, en vía arbitral

se traban medidas cautelares (embargo de cuentas bancarias o propiedades) que generan, junto con los puntos antes expuestos, perjuicios económicos con relación a los contratantes y la sociedad en general.

Las salas comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima y las salas civiles de otros distritos judiciales, con adecuada predictibilidad y de forma uniforme, establecen como criterio la anulación de laudos ante la falta de preexistencia de convenio arbitral, lo cual finalmente expresa la importancia del ingreso del Poder Judicial, a fin de ratificar la validez o no del laudo arbitral ante la causal de inexistencia de convenio arbitral.

1.2. Declinatoria de competencia ante inexistencia del convenio arbitral

Bajo el amparo y ejercicio del principio *kompetenz-kompetenz*, los árbitros están ampliamente facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral, lo cual mantiene estricta vinculación con el principio de separabilidad del convenio arbitral; *quien puede lo más puede lo menos*. En pleno ejercicio de la competencia, los árbitros podrían declinar esa competencia, con motivación y apego al derecho sustantivo y arbitral.

La autonomía del pacto arbitral genera como consecuencia jurídica que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su propia competencia; es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *kompetenz-kompetenz*, incluida la validez o nulidad del convenio arbitral o cualquier otra excepción que impida entrar en el fondo de la controversia, si se estima.

Respecto al procedimiento de la declinatoria, Gisbert Pomata dice: «La existencia de convenio arbitral se deberá alegar siempre con carácter previo a la contestación a la demanda, de modo que cualquier otra actividad procesal distinta se entenderá como renuncia al convenio».

Los árbitros pueden y deben abstenerse de conocer cuando entiendan que carecen de competencia. Los árbitros gozan de la posibilidad de apreciar de oficio su falta de competencia objetiva —aunque el vicio no hubiese sido invocado por las partes—, y carecen de la misma cuando la materia sometida a arbitraje es indisponible por la nulidad, inexistencia, inarbitrabilidad y caducidad del convenio.

Ante dicha declinatoria de competencia, es necesario que en la resolución arbitral de la declinatoria haya una *cognitio* plena sobre la validez y eficacia del convenio arbitral. Esta *cognitio* plena es aquella a la que hace referencia el artículo II.3 de la Convención de Nueva York: «El tribunal de uno de los estados contratantes al que se somete a 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».³⁷¹

Otra posibilidad de declinatoria de competencia se genera en el arbitraje institucional, cuando determinado centro de arbitraje, al momento de calificar la petición de arbitraje, observa que no mantiene competencia, los derechos discutidos no serían materias arbitrables o, al carecer de probanza la preexistencia del convenio arbitral, la declinatoria institucional sería válida sin mayor cuestionamiento.

La declinatoria de la competencia por inexistencia de convenio arbitral representará un acto procesal a requerimiento de parte, e incluso de oficio y bajo la aplicación del *iura novit curia*. El árbitro o el tribunal, prontamente de haber analizado, incluso sin prueba en contrario, que entre el demandante y el demandado no existe un convenio arbitral que

³⁷¹ Del mismo modo, el artículo 8.1 de la Ley Modelo Uncitral establece una *cognitio* plena respecto de la validez del convenio arbitral al disponer que: «El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, o a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

sustente la obligatoriedad de la justicia arbitral, deberá emitir con resolución motivada el acto procesal de archivo definitivo del arbitraje con efecto de laudo.

1.3. Los costos de transacción

El análisis económico del derecho, como método de interpretación y aplicación eficiente de las leyes, siempre es indispensable para un coherente análisis del arbitraje.

El Premio Nobel de Economía de 2009, Oliver Eaton Williamson, retomó un trabajo incipiente de Coase para detallar la naturaleza de esos costos de llevar a cabo las diferentes etapas de producción de bienes y servicios.³⁷² De esta forma, Wiliamson explicó cómo los costos de transacción afectan las decisiones sobre cómo organizar la producción entre firmas, mercados, etc. Asimismo, el autor en mención hace énfasis en la racionalidad limitada del comportamiento humano, caracterizándose nuestra intuición por calcular costos y beneficios.

Según Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Jr.: «Los costos de liquidación se relacionan con la negociación y formalización de instrumentos contractuales, como la contratación de abogados o incluso la obtención de información sobre los productos que se comprarán. Estos costos son tan altos cuanto más difícil es obtener información sobre los valores de asignación y la resolución de conflictos es privada. Por otro lado, los costos son bajos, lo que facilita las negociaciones cuando los valores de asignación y las soluciones cooperativas son públicas».³⁷³

³⁷² PEREIRA RIBEIRO, Marcia y KLEIN, Vinicius (coordinadores). *Análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

³⁷³ PEREIRA RIBEIRO, Marcia y GALESKI JUNIOR, Irineu. *A análise econômica como método de interpretação do direito empresarial*. Río de Janeiro: Elsevier, 2009, 106.

De acuerdo con Martín Krause:³⁷⁴

El cálculo económico es el cual utilizamos para determinar si nos conviene realizar alguna acción en el mercado o no. Bajo este análisis podemos inferir sobre influencia en la decisión de impulsar un proceso arbitral o no, teniendo en cuenta las implicancias y contingencias del contrato a fin de efectuar un análisis costos beneficio, analizando sobre todo: que la pretensión sea mayor a los costos del proceso arbitral, que las futuras pretensiones se encuentren vinculadas al marco contractual, mantener un informe técnico o pericia preliminar acerca de los posibles éxitos en la futura demanda arbitral, contar con recursos económicos para solventar la defensa de expertos abogados, peritos y el pago de los diversos gastos arbitrales. Todo esto a fin de evitar que la lavada nos salga más cara que la propia camisa.

Prosiguiendo la pauta de Krause: «Los contratos son, además, un costo a tener en cuenta en los intercambios. Estos costos deben su nombre al profesor Ronald Coase, quien los llamara costos de transacción. Incluyen lo necesario para encontrar a la otra parte un intercambio, negociar con ella y luego de haber llegado a un acuerdo, verificar su cumplimiento. Todas estas actividades pueden ser tan costosas que ciertos intercambios sean descartados ya que no logran cubrir los mismos. De allí que una correcta información y el acceso a una justicia eficiente reducen estos costos y multiplican las posibilidades de intercambio».³⁷⁵

En sede nacional, Alfredo Bullard determina que: «[...] celebrar un contrato cuesta. Si yo quiero comprar una casa debo identificar la casa que quiero comprar y quién es su propietario. Ello implica invertir una serie de recursos (tiempo y dinero) en buscar casas, compararlas, informarme de sus precios y elegir la que finalmente me gusta».³⁷⁶

³⁷⁴ KRAUSE, Martín. *Análisis económico del derecho: aplicación a fallos judiciales*. Buenos Aires: La Ley, 2006, p. 17.

³⁷⁵ *Idem*, p. 11.

³⁷⁶ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Análisis económico del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019, p. 86.

Finalmente, el profesor Bullard precisa que los costos de transacción serían de tres tipos: a) costos de búsqueda; b) costos de entrada; y c) costos de ejecución o monitoreo.

En la misma línea de reducción de costos, para Posner: «[...] la función fundamental del derecho de contratos (reconocida como tal desde el tiempo de Hobbes) es disuadir a los individuos de comportarse en forma oportunista con sus contrapartes, a fin de alentar la coordinación óptima de la actividad y (lo que es lo mismo) evitar costosas medidas de autoprotección».³⁷⁷

El profesor Posner expone algunas ideas que a nuestro parecer resultan importantes para los árbitros al ejercer la función arbitral y al momento de deliberar sobre los alcances del laudo.

Así, cuando al tribunal arbitral, o árbitro, se le pide que interprete el contrato o las conductas desplegadas por las partes en fase de ejecución contractual, estos deberán evaluar de qué forma las partes la habrían solucionado en caso hubieran tenido la oportunidad anticipada de hacerlo. Entonces, cuando el contrato no nos brinde pistas respecto a dicha solución posible —en tal caso de previsión anticipada por las partes—, el tribunal (o árbitro) deba recurrir al pensamiento económico para decidir cuál es el procedimiento más eficiente para resolver la contingencia.

Es cierto que cada parte se interesa sólo en su propio beneficio y no en el beneficio conjunto, pero entre mayor sea el beneficio conjunto, probablemente será mayor el beneficio de cada parte. Por tanto, las partes tienen interés mutuo en la minimización del costo cumplimiento y el tribunal puede usar este interés para completar un contrato de acuerdo con los lineamientos que las partes habrían aprobado al celebrar

³⁷⁷ Thomas Hobbes, *Leviathan* 70-71 (1914 [1651]), citado por POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 92.

el contrato,³⁷⁸ tal como menciona Posner en *El análisis económico del derecho*.

En un litigio arbitral, los costos de transacción son excesivamente altos por los honorarios del centro de arbitraje, de los árbitros, de los peritos o expertos, presentación de la prueba y, finalmente, de los honorarios de los abogados o estudios, con lo cual la toma de decisiones deberá de ser la más eficiente y previamente observar un escenario exitoso para el demandante.

Un costo de transacción que merece atención y participación directa del cliente y abogado se encuentra en la designación del árbitro de parte. Para este fin es necesario recabar información desde la experiencia, especialidad, incidencias en recusaciones fundadas y criterios en laudos (contratación pública); en resumen, la selección del candidato a árbitro designado de parte deberá ser ejercida con diligencia y bajo un *compliance* arbitral se depositará la confianza en un árbitro que podría resolver controversias de millones de dólares o respecto a obras públicas (carreteras, hospitales, líneas de metro o puentes), fundamentales en el ordenamiento territorial de un país. No hay oportunidad de cometer un error al seleccionar un incorrecto árbitro o que, en adelante, pueda ser recusado por incurrir en causales justas, contingencia que encarece y dilata el arbitraje.

Los costos de negociación, celebración y ejecución del convenio arbitral podrían estar presentes en los siguientes aspectos:

- **Arbitraje *ad hoc* o institucional.** La predictibilidad respecto al monto de los honorarios arbitrales es esencial para el presupuesto de los costos arbitrales. El arbitraje institucional tiene la

³⁷⁸ *Idem*, p. 93.

ventaja de contar con un reglamento, complementado por las decisiones de sus consejos superiores frente a reclamos en cuanto al incremento desmesurado o la devolución de los honorarios.

- **Conformación de tribunal o tribunal unipersonal.** La designación de un árbitro único para resolver la controversia se refleja en un ahorro altamente considerable para las partes; en algunas ocasiones se permite el arbitraje unipersonal por determinado monto, y por montos mayores o pretensiones complejas se pacta como segunda posibilidad la conformación del tribunal arbitral, lo cual se refleja en los honorarios pagados por las partes y que se incrementará en una aplicación eventual de la subrogación de honorarios arbitrales.
- **Determinación de la sede arbitral, del idioma y normas aplicables.** La elección de la sede arbitral y del idioma determinará la eficiencia en los costos arbitrales, desde la contratación de abogados, peritos, traductores y temas logísticos (hospedaje, transporte y viáticos del equipo de asesores y árbitros); no siendo menos importantes las normas legales aplicables a la futura controversia.
- **Determinación del plazo laudar.** Con la advertencia de aceptar la posibilidad de fijar el plazo para laudar, siempre deberá resultar de un análisis minucioso de la complejidad y extensión de las futuras controversias; en consecuencia, es muy eficiente (ante una eventual controversia sencilla) determinar un plazo a los árbitros a fin de que emitan el laudo, lo que representaría un litigio breve y con planificación de las etapas procesales de manera sistematizada.

Una forma de generar eficiencia de tiempos y reducir los costos de transacción se presenta en el arbitraje acelerado, puesto en práctica por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, según está

regulado en el numeral 3 del apéndice II del Reglamento de Arbitraje 2017 (en adelante, reglas de arbitraje acelerado) y el artículo 23(2) del mencionado reglamento.

Otra forma de elevar los, ya de por sí, altos costos de transacción impuestos al contratista en sede peruana, se configura en la exigencia del otorgamiento de una carta fianza bancaria como requisito para interponer la tutela cautelar a partir de la modificación efectuada a la Ley de Arbitraje, conforme a los alcances del Decreto Urgencia n.º 020-2020, lo que representa un claro ejemplo del incremento innecesario de los costos de transacción hacia los contratistas, puesto que en caso el Estado se vea afectado por una medida cautelar, será requisito la existencia de una carta fianza bancaria y/o patrimonial a cargo de quien solicita la tutela cautelar.

1.4. Externalidades del convenio arbitral

La economía como ciencia que se dedica a estudiar las elecciones del hombre racional, en un mundo con recursos escasos en comparación con las necesidades humanas que son ilimitadas, tiene como tarea, según Posner: «Explorar las consecuencias del supuesto de que el hombre es un maximizador racional de sus fines en la vida, sus satisfacciones (lo que llamaremos su “interés propio”».³⁷⁹

Siguiendo la línea de Posner: «El concepto del hombre como un maximizador racional de su interés propio conlleva que las personas responden a ciertos incentivos (que, si cambian las circunstancias de un individuo de tal modo que pueda incrementar sus satisfacciones modificando su comportamiento, el individuo en cuestión lo hará)».³⁸⁰

Según Krause: «Aunque originado en Marshal, se atribuye a Alfred C. Pigou el desarrollo del concepto externalidad, como un efecto hacia

³⁷⁹ *Idem*, p. 11.

³⁸⁰ *Ibidem*.

terceros de las acciones de los individuos en el mercado. Estos efectos pueden ser positivos (beneficios) o negativos (costos), los que recaen en terceras personas sin que éstas hayan sido parte de la acción que los origina». ³⁸¹

A nuestro criterio, las externalidades son las repercusiones producto de las decisiones que tomen los actores del mercado (incluido el Estado), que tienen influencia de forma positiva o negativa en terceros ajenos a las transacciones realizadas por los primeros y que impactarán de forma significativa en los derechos contractuales y reales de una sociedad. «Cuando estos efectos pasan de ser pequeños a grandes implican una serie de problemas en contra de la producción de las empresas produciendo lo que conocemos en el nombre de externalidades. Podemos decir, entonces, que son los efectos secundarios que tienen las actividades económicas y que actúan sobre los costes directos de una actividad, aunque no reflejan los beneficios o costos totales generados por dicha actividad. Las externalidades provocan que el Estado tenga que intervenir en el campo de la economía». ³⁸²

En el contexto actual, ante la presencia del coronavirus, a nivel mundial y en el Perú se presentan externalidades positivas y negativas. Entre las positivas, conforme al estado de emergencia, algunos negocios (alimentación, salud o transporte y su cadena de suministros) podrían beneficiarse lícitamente de esta condición de aislamiento social y económico, por el incremento normal de la demanda y venta de productos alimenticios; sin embargo, algunos malos actores del mercado podrían también beneficiarse, subiendo los precios o tarifas y esta nociva práctica de especulación podría ser generada desde una empresa productora de alimentos, los canales de distribución y suministro hasta, incluso, por el propietario de la bodega del barrio.

³⁸¹ KRAUSE, Martín. *Op. cit.*, p. 11.

³⁸² BRICEÑO, Gabriela. «Externalidades». En *EUSTON 96*. Recuperado de <https://www.euston96.com/externalidades/>

Las externalidades negativas en los tiempos del coronavirus son mayores y destructivas, desde industrias y unidades productivas inmovilizadas (agroexportación, turismo, restaurantes, agricultura, construcción, pesca, minería y otros) y del empresario pequeño o profesional independiente (zapatero, costurero, restaurante, dentista o abogado) que no genera ingresos económicos diarios a fin de solventar los gastos de manutención o supervivencia en los grupos familiares de extrema pobreza.

Es importante establecer que las externalidades negativas respecto al convenio arbitral tácito o forzado pueden ser generadas por instituciones arbitrales privadas que en buena cuenta no adecúan sus prácticas a la Ley de Arbitraje y menos practican altos estándares arbitrales dentro del marco de la ley.

A manera de ejemplo ensayo la siguiente figura: dos jóvenes abogados sin experiencia ni colegiatura deciden emprender un negocio, constituyendo el centro de arbitraje denominado Soluciones a la Medida, a fin de resolver controversias dentro del marco de contrataciones estatales y diversos temas comerciales. El centro de arbitraje no cuenta con reglamento arbitral y mantiene una nómina de diez árbitros sin experiencia ni prestigio, y como local institucional se cuenta con un departamento en un edificio, en el que no existe atención al público y como domicilio procesal se fija una casilla del colegio de abogados.

Un contratista, con una apremiante necesidad de iniciar un proceso arbitral recurre a dicho centro de arbitraje, siendo consciente de que no tiene competencia institucional. El contratista presenta su petición de arbitraje con las siguientes pretensiones: resolución del contrato (5 millones de soles) y el pago de una indemnización (10 millones de soles).

Ante esta apetecible petición, el centro de arbitraje en mención mantiene dos posibilidades: a) la correcta, rechazar la petición de arbitraje, por no tener competencia institucional y no contar con árbitros especializados en contrataciones estatales y sugerir al accionante que acuda al

OSCE o a un centro de arbitraje acreditado; b) la opción perversa y rentable, que sería la dar el trámite, notificando a la contraparte y pese a la oposición de la administración de arbitraje, permitir la conformación de un tribunal arbitral y revestir al proceso de una aparente legalidad.

Una vez constituido el tribunal arbitral, el contratista ingresa una medida cautelar de innovar, a fin de que no se ejecute sus cartas fianzas por el valor de 3 millones de soles y con ello perjudicar los intereses de la entidad municipal. De esta forma, a la entidad municipal se le impone una justicia arbitral ilegal, por inexistencia de convenio arbitral institucional, a la vez que se brinda un mensaje negativo a la sociedad respecto al arbitraje.

Se convierte en una externalidad negativa.

Una externalidad de los convenios arbitrales tácitos estaría determinada por los arbitrajes fraudulentos que, bajo la imposición de interpretación de existencia tácita del acuerdo arbitral y/o aplicación extensiva del pacto (contratantes que literalmente no suscribieron ese acuerdo), así se generan incentivos, que podemos apreciar desde una doble óptica: incentivos perversos en perjuicio de los perjudicados (contratantes, el Estado y sociedad); e incentivos económicos para algunos malos operadores (contratantes, abogados, árbitros, e incluso peritos), para imponer la justicia arbitral sin la preexistencia del convenio, conducta ilegal que genera externalidades negativas y, a su vez, genera pérdida de confianza en el arbitraje y sus implicancias con conductas no éticas y hasta corruptas.

Las externalidades negativas de los convenios arbitrales tácitos implicarán el temor de los contratantes de fijar como cláusula de solución de controversias —en su ámbito contractual—, considerando el alto grado de probabilidad de soportar los perjuicios económicos generados por ciertas malas prácticas arbitrales, como la imposición del falso *kompetenz-kompetenz* sin la preexistencia del pacto arbitral.

A raíz de lo señalado, nuestra propuesta consiste en una mayor formalidad (*ad solemnitatem*) al momento de suscribir convenios arbitrales. Una mayor regulación como la que proponemos encuentra su justificación dando cuenta de los costos innecesarios que las víctimas de arbitrajes fraudulentos deben enfrentar, así como los daños a la institucionalidad del arbitraje (por los casos que ya conocemos a nivel nacional). Por lo tanto, la teoría de las externalidades negativas es de suma importancia y presenta conclusiones esenciales para ser consideradas en la elaboración de las normas legales.

Una externalidad negativa en referencia a la función arbitral surge de la última modificación a la Ley de Arbitraje mediante el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, respecto a la posibilidad de recusar por laudo anulado.

El derecho de recusación de las partes es ejercido con amplitud y no está sometido a ningún tipo de limitaciones. La modificación de la Ley de Arbitraje permite a las partes recurrir a la institución de la recusación de los árbitros que emitieron el laudo anulado; la anulación bajo el criterio de motivación, de por sí es muy discutible, la nueva causal de recusación «por laudo anulado» generaría innumerables recusaciones frívolas en perjuicio de los árbitros y ante la no aceptación de la sustitución o la defensa (por causales falsas) ejercida por el árbitro ante la recusación. El efecto inmediato que se generará será la extensión prolongada del plazo de la emisión del «segundo laudo», con la posibilidad de que el tribunal arbitral mantenga o corrija el estándar de su motivación en el laudo.

Esta nueva causal de recusación «por laudo anulado», inmediatamente incorpora *incentivos negativos* para que árbitros expertos y probos prefieran mantener prudencia y prevenir no exponer su prestigio arbitral y rechazar designaciones de parte o presidir tribunales en controversias vinculadas a la contratación pública.

Finalmente, dejamos dos disyuntivas que merecen un análisis minucioso:

- a) Lo elegí árbitro, ahora que anulé su laudo, toca recusarle.
- b) Incremento de votos singulares y disminución de laudos unánimes.

Las externalidades negativas se expresan en perjuicio de las personas naturales y jurídicas pasibles de la imposición de convenios arbitrales tácitos y flexibles, quienes deberán de asumir altos costos por la contratación de un servicio legal en defensa arbitral, solventar honorarios arbitrales y del centro de arbitraje, externalidad generada por la regulación de la ley arbitral peruana y las malas prácticas arbitrales. Estos efectos indirectos de la regulación del convenio arbitral peruano pueden causar una externalidad negativa en cualquier persona natural o jurídica.

En materia arbitral ubicamos las siguientes externalidades negativas del convenio arbitral flexible y encaminado a un litigio fraudulento:

- **Imposición de la justicia arbitral.** El inicio de arbitrajes fraudulentos con presencia plena de la inexistencia del pacto y la aplicación forzosa del *kompetemz-kompetemz* del convenio arbitral tácito o flexible, implica una externalidad negativa a cualquier contratante como persona natural o jurídica de derecho privado o público. La externalidad de la justicia arbitral implicará una imposición sin fuente contractual arbitral, que generará inseguridad jurídica en la práctica arbitral.
- **Imposición de árbitros.** En los arbitrajes fraudulentos al estilo de la Mafia Orellana, los árbitros fueron designados por el demandante o el centro de arbitraje, vulnerándose el derecho de designación del árbitro que ejercen las partes; esta externalidad negativa se extiende a centros de arbitraje informales y árbitros

únicos «*ad hoc*», que conforman un mercado arbitral sin escrúpulos y operan bajo el criterio de flexibilización y convenios tácitos, a fin de imponer el ejercicio de funciones arbitrales.

- **Necesidad de solventar el pago de honorarios arbitrales y de abogados.** Si bien la negativa de la justicia arbitral bajo la objeción y excepciones (inexistencia de convenio arbitral y de competencia) representa una diligencia obligatoria de la parte perjudicada, no implica dejar de ejercer un derecho de defensa a lo largo del arbitraje fraudulento.³⁸³ Esta defensa será muy onerosa por la contratación de abogados y tal onerosidad se mantendrá al ingresar el recurso de anulación de laudo en sede judicial. El perjudicado deberá de invertir tiempo y dinero, a fin de recuperar los derechos patrimoniales vulnerados por alguna medida cautelar o laudo. Los honorarios del servicio legal especializado en materia arbitral son muy onerosos y a fin de proteger diversos derechos patrimoniales, las partes perjudicadas deberán asumir estos pagos por una necesidad apremiante.

Desde la óptica del análisis económico del derecho, la flexibilidad del convenio arbitral está generando incentivos económicos para que ilegítimos árbitros y algunos centros de arbitraje (sin prestigio ni reconocimiento) fueren el inicio de diversos procesos arbitrales, en claro perjuicio de los intereses y derechos de diferentes personas naturales y jurídicas. El hecho de ser notificado con la citación de una audiencia de instalación de arbitraje o con la resolución que establece una medida cautelar (embargo en forma de inscripción o de cuentas bancarias), va a implicar que el sujeto dañado invierta altos recursos económicos,³⁸⁴ en contratar abogados expertos para realizar una defensa

³⁸³ Bajo la estrategia de negar en todo momento la convalidación del pacto arbitral y mantener una pauta sólida para afinar la defensa ante el proceso de anulación de laudo, a fin de que el Poder Judicial ratifique la nulidad del laudo, por carecer de preexistencia el acuerdo arbitral.

³⁸⁴ El honorario de un abogado experto en arbitraje comercial nacional o en contrataciones estatales se encuentra entre 100 a 500 dólares la hora, lo cual incrementa de forma enorme el

de oposición, desde el inicio del arbitraje fraudulento y, pese a contar con una defensa idónea, se podría alcanzar un laudo desfavorable, con vicios procesales y clara vulneración a los principios del arbitraje, y como resultado se obtendrá un laudo que ratifique un arbitraje fraudulento.

El contratante o litigante perjudicado deberá de efectuar otra importante inversión y jugarse su última carta procesal mediante la interposición del recurso de anulación de laudo planteado ante las salas comerciales o civiles, a fin de persuadir en sede judicial, y con sacrificio (tiempo y dinero) alcanzar un fallo favorable, declarando la anulación por inexistencia de convenio arbitral.

¿Cuánto tiempo se prolongó la litis arbitral? Desde la petición de arbitraje hasta que el fallo (cosa juzgada) determine la anulación del laudo, estimamos un largo camino de 2 a 3 años, sin tener en cuenta que según corresponda se podría interponer un recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de la República.

La especializada práctica arbitral ha generado que los honorarios de abogados siempre resulten ser muy onerosos, el pago de aranceles judiciales y, a su vez, la puesta en inercia del derecho de propiedad (compraventa frustrada) o la iliquidez (dinero embargado en cuentas bancarias) es el efecto real del elevado costo de transacción de mantener vigente un convenio arbitral flexible o tácito, el mismo que implica el costo de tiempo u oportunidad para los litigantes y los magistrados de las salas superiores, que deben invertir recursos y horas-hombre para resolver procesos de anulación de laudo por la inexistencia de pacto arbitral.

De igual forma, en materia empresarial, cuanto más gastemos en controversias surgidas por una legislación arbitral demasiado flexible, menos podremos gastar en aumentar nuestra producción o la

presupuesto para una persona natural que tenga la firmeza de defender su propiedad o dinero frente a los arbitrajes fraudulentos.

productibilidad del Poder Judicial en resolver los procesos de anulación de laudo, ante la presencia de arbitrajes fraudulentos por la falta de preexistencia del convenio arbitral.

Cabe precisar que cuando cierta persona natural o jurídica se ve inmersa en dicha controversia, ésta se ve forzada a defenderse e invertir en dicha defensa; caso contrario, la parte contraria lo llevaría a un arbitraje que la primera nunca consintió. Es, por lo tanto, una decisión racional la de optar por defenderse y dejar de invertir en otras actividades.

Finalmente, podemos determinar que una externalidad positiva de la modificación del convenio arbitral —flexible y tácito— conforme a nuestra propuesta, implicaría que las salas comerciales y salas civiles se descongestionen de una enorme carga procesal respecto a procesos de anulación de laudo, derivados de la inexistencia del convenio arbitral y de la falsa competencia de algunos centros de arbitraje. De esta forma, se puede optimizar los recursos del Poder Judicial y resolver en vía arbitral en forma sumaria las excepciones de inexistencia de convenio arbitral por los árbitros o los consejos superiores de arbitraje de las cámaras de comercio a lo largo del territorio peruano.

2. PRESENTACIÓN DE PROPUESTA DE REFORMA DE LA LEY DE ARBITRAJE

Bajo el criterio de la buena fe y flexibilidad de los efectos del convenio arbitral, cualquier árbitro, abogado o contratante diligente deberá siempre optar por aceptar la formalidad por escrito o sus diversos supuestos de aceptaciones; sin embargo, donde se presenta la incertidumbre y se abre la puerta del infierno, se hará real la pesadilla con la presencia nociva del convenio arbitral tácito o *aceptar por formalidad* «*ciertas conductas del*

contenido en su forma»,³⁸⁵ o similares que indefectiblemente requieren la confirmación y respuesta de la voluntad arbitral.

Pero, conforme a los diversos casos narrados en los precedentes judiciales, de forma fraudulenta se iniciaron procesos arbitrales bajo una inadecuada e ilegal aplicación del convenio arbitral tácito y flexible, supuestos que demuestran una evidente vulneración de los derechos patrimoniales y procesales de personas naturales y jurídicas, proponemos, con el ánimo de fortalecer el arbitraje y proteger a la sociedad, que es necesario complementar la protección del convenio arbitral en la regulación y lo pertinente del trámite célere del recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral.

Si bien preferimos la forma tradicional (por escrito) del convenio arbitral, la cual, en buena cuenta de una interpretación del artículo 13 de la ley arbitral peruana, no se deja de lado la formalidad, es necesario prohibir eficacia jurídica a los convenios arbitrales tácitos, los cuales deberían ser protegidos con la excepción del convenio arbitral del artículo 16, la misma que regula estos supuestos: «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»; «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».

³⁸⁵ «Es esencial apreciar los alcances del artículo 13 de la ley arbitral peruana, en su inciso 3, regula: 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*».

Es importante que la ley arbitral peruana permita un mecanismo célere para que se resuelvan las excepciones de inexistencia de convenio arbitral (antes de la emisión del laudo u otorgamiento de una medida cautelar); en buena cuenta, resulta muy beneficiosa la regla de rechazo de la demanda sin prueba de existencia de convenio arbitral, regulado en el cuarto párrafo del numeral 20 de la Ley Arbitral de Colombia (Ley 1563 del 2012):

Sin perjuicio de lo que luego haya de decidir el tribunal sobre su propia competencia en la primera audiencia de trámite, la admisión, la inadmisión y el rechazo de la demanda se surtirán conforme a lo previsto en el Código de Procedimiento Civil. El tribunal rechazará de plano la demanda cuando no se acompañe prueba de la existencia de pacto arbitral, salvo que el demandante invoque su existencia para los efectos probatorios previstos en el parágrafo del artículo 3. En caso de rechazo, el demandante tendrá un término de veinte (20) días hábiles para instaurar la demanda ante el juez competente para conservar los efectos derivados de la presentación de la demanda ante el centro de arbitraje.

Es primordial la urgente modificatoria del artículo 13 de la ley arbitral, en el extremo de que no se permitan los convenios tácitos y convenios electrónicos tácitos (salvo firma electrónica certificada) en las contrataciones privadas y que se exija la condición *ad solemnitatem* para que los efectos y obligaciones del convenio arbitral resulten exigibles a los contratantes y se genere para los árbitros un válido y lícito *kompetenz-kompetenz*.

En la tendencia de la formalidad, concordamos plenamente con la regulación del nuevo Código Civil y Comercial de Argentina, en su numeral 1650, el cual expresa que el contrato de arbitraje debe constar por escrito:

Artículo 1650.- «El acuerdo de arbitraje debe ser escrito y puede constar en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente o en un estatuto o reglamento. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria

constituye contrato de arbitraje *siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato*.

Sostenemos que la modificatoria del artículo 13, inciso 3 de la ley arbitral, en el extremo de que no se permitan los convenios tácitos o electrónicos, en las contrataciones privadas y que se exija la condición *ad solemnitatem* para que los efectos obligacionales del convenio arbitral resulten exigibles al contratante y las entidades estatales en la actual coyuntura de la práctica arbitral son indispensables. Por ello, se requiere incorporar el principio de literalidad *ad solemnitatem*, lo que no implica transgredir la autonomía privada; por el contrario, involucra garantizar la seguridad jurídica en la contratación privada.

2.1. Propuesta legislativa

La primera propuesta legislativa se encuentra establecida respecto a complementar la regulación del convenio arbitral y agregar en el inciso 3 del artículo 13, la literalidad del convenio y no permitir la aplicación del convenio arbitral tácito.

2.1.1. Primera modificación del artículo 13 de la Ley de Arbitraje

Exposición de motivos

- a) Considerando que el principio denominado *kompetenz-kompetenz* mantiene asidero exclusivamente con la preexistencia del convenio arbitral, es necesario que la competencia de los árbitros se encuentre protegida en un convenio arbitral expreso en sus diversas modalidades y no permitir la interpretación de los efectos del convenio arbitral tácito, como la actual ley lo permite: «la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio».
- b) Conforme a lo desarrollado en la presente obra, se iniciaron diversos procesos arbitrales (*ad hoc* e institucionales) bajo una

inadecuada e ilegal aplicación del convenio arbitral tácito y flexible, supuestos que demuestran una evidente vulneración de los derechos patrimoniales y procesales de personas naturales, e incluso jurídicas, de derecho privado y público.

- c) Si bien preferimos la forma tradicional (por escrito) del convenio arbitral, la cual, en buen balance de una interpretación del artículo 13 de la ley arbitral peruana, no deja de lado la formalidad, es necesario prohibir la eficacia jurídica de los convenios arbitrales tácitos. Así, la ley podría decir: «*no se podrá aplicar la preexistencia tácita del convenio arbitral*».
- d) La modificatoria complementaria del artículo 13 de la ley arbitral, en el extremo de que no se permitan los convenios tácitos y convenios electrónicos tácitos (salvo firma electrónica certificada) y que se exija la forma escrita *ad solemnitatem*, fortalecerá la contratación de los particulares respecto a generar mayor seguridad jurídica y en favor de los árbitros en mantener un *kompetenz-kompetenz* fortalecido, lo que permitirá mejorar los estándares arbitrales en el Perú.

Convenio arbitral

Artículo 13.- Contenido y forma del convenio arbitral

[...]

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 literal. No se podrá aplicar la preexistencia tácita del convenio arbitral.

2.1.2. Segunda modificación del artículo 16 inciso 6 de la Ley de Arbitraje

La segunda propuesta legislativa se encuentra determinada respecto al recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral, con la exigencia de ser resuelto de forma inmediata por los árbitros, ante la ratificación y/o validez del convenio arbitral otorgada por los árbitros (mantendrán vigente *kompetenz-kompetenz*), permitir a la parte interesada (no esperar la emisión de laudo) interponer el recurso de anulación de laudo a fin de que la instancia judicial ratifique o no la preexistencia del convenio arbitral.

Exposición de motivos

- a) La Ley de Arbitraje, en su artículo 41, de forma amplia regula el principio de *kompetenz-kompetenz*; en el inciso 4, la ley deja a criterio de los árbitros si resuelven las excepciones antes de la emisión del laudo o conjuntamente con el laudo. No obstante, consideramos que la excepción de inexistencia de convenio arbitral (del tribunal o centro de arbitraje) debería ser resuelta antes de la emisión del laudo, acertada práctica arbitral que se encuentra regulada en el artículo 229 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que establece que las excepciones deberán ser resueltas antes del cierre de la etapa postulatoria o de la fijación de los puntos controvertidos.

- b) Es necesario incorporar a la Ley de Arbitraje que los cuestionamientos a la inexistencia de convenio arbitral o análogos (*ad hoc* o institucionales), mediante el recurso de excepción, puedan ser resueltos en audiencia especial y como requisito previo a la interposición de la demanda y posteriores actos procesales. Dejando siempre la posibilidad de una verificación preliminar y acuciosa por parte de los árbitros y los centros de arbitraje, a fin de identificar falta de preexistencia de convenio arbitral o no; y no se

pueda aplicar un falso *kompetenz-kompetenz*, por inexistencia del convenio arbitral y evitar el inicio de diversos procesos arbitrales fraudulentos.

- c) La propuesta de modificación se encuentra acompañada de un cerrojo, que implica que el tribunal arbitral o el árbitro no pueda dictar ninguna decisión que incida sobre los derechos patrimoniales de alguna de las partes (sea cautelar o de cualquier otro tipo), mientras no se pronuncie expresamente sobre la existencia de un convenio arbitral que lo autorice para ello. De este modo, no se afecta el principio *kompetenz-kompetenz*, y se asegura que los árbitros no afecten a los sujetos de derecho hasta que no hayan evaluado y dictado una decisión por escrito y motivada sobre un convenio arbitral que los autorice para arbitrar (*kompetenz-kompetenz*).
- d) La modificatoria planteada brindará una regla legal de prevención ante el inicio de arbitrajes fraudulentos que en la actualidad se inician por árbitros y centros de arbitraje que, pese a oposiciones, objeciones y cuestionamientos desde el inicio del arbitraje, bajo una incorrecta y abusiva aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*, deciden iniciar un arbitraje en contrataciones privadas e incluso públicas.
- e) De considerar el tribunal arbitral la ratificación o validez del convenio arbitral tácito, con lo cual mantiene su *kompetenz-kompetenz*, es indispensable no esperar la emisión de laudo y, bajo los principios de celeridad y costo-beneficio, generar un proceso de anulación sumarisimo a fin de permitir a la parte interesada interponer su recurso de anulación de laudo, con lo cual las salas comerciales y/o civiles determinarán la preexistencia o no del convenio arbitral objetado en excepción y con reclamo previo.

Excepción de convenio arbitral

Artículo 16, inciso 6

Ante la interposición del primer recurso de objeción o presentación de la excepción de inexistencia de convenio arbitral, el tribunal arbitral o árbitro único deberá convocar, en el plazo de 10 días útiles, a una audiencia especial a fin de resolver la objeción o excepción contra el convenio arbitral, y de establecer el tribunal arbitral o árbitro único la ratificación o validez del convenio arbitral. La parte interesada deberá, en el plazo de 10 días útiles, interponer el recurso de anulación, conforme a la regla establecida en el artículo 63 literal a) y del artículo 64 de la Ley de Arbitraje.

Durante la etapa de la objeción o presentación de la excepción se suspenden las facultades de los árbitros en lo que respecta al otorgamiento de medidas cautelares y únicamente será de aplicación lo establecido inciso 4) del artículo 47 de la Ley de Arbitraje.

3. CONSECUENCIAS

3.1. Consecuencias de la implementación de la propuesta

Constituiría un mecanismo preventivo ante una incorrecta interpretación del artículo 11 «renuncia al derecho de objetar» y aceptar el convenio arbitral tácito, conforme lo establece el artículo 13, inciso 3 «o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio» de la Ley de Arbitraje; ante estos candados, se podrá evitar que se genere un falso e ilícito *kompetenz-kompetenz* por árbitros inescrupulosos, ante la ausencia absoluta del convenio arbitral. De esta forma se podrá preservar la institucionalidad del arbitraje.

Asimismo, los centros de arbitraje de las cámaras de comercio y otros de prestigio (con buenas prácticas arbitrales) mantendrían una regla de rechazo a las peticiones y, con ello, se proscibiría la aplicación

del principio de flexibilidad frente a los convenios arbitrales tácitos o inexistentes; en consecuencia, los tribunales arbitrales y centros de arbitraje deberán rechazar preliminarmente las peticiones de arbitraje que no se encuentren respaldadas por la preexistencia de un convenio arbitral, literal y expreso.

Finalmente, la declinatoria de la competencia por inexistencia de convenio arbitral representará un acto procesal a requerimiento de parte, e incluso con impulso de oficio y bajo la aplicación del *iura novit curia*. El árbitro o el tribunal, prontamente de haber analizado la declinatoria, con o sin prueba en contrario que entre el demandante y el demandado no existe un convenio arbitral que sustente la obligatoriedad de la justicia arbitral, pronunciamiento que deberá de ser emitido con resolución motivada, dictará el acto procesal de archivo definitivo del arbitraje con efecto de laudo.

3.2. Beneficios que aporta la propuesta

Se pueden evitar los altos costos producidos por un inicio forzoso de un arbitraje fraudulento mediante la modificatoria propuesta a la Ley de Arbitraje (formalidad del pacto arbitral expresa y no tácita), previniendo asumir altos gastos innecesarios y contribuyendo a la institucionalidad del arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos, fiable y célere; resulta sumamente beneficioso tanto para las partes como para los centros de arbitraje y árbitros en la solución del problema planteado.

Finalmente, permitirá elevar los estándares arbitrales *ad hoc* e institucionales, con la supresión de los convenios arbitrales tácitos y la inmediata audiencia especial «excepción de inexistencia de convenio arbitral», con lo se logrará ejercer buenas prácticas arbitrales y se mantendrá vigente el principio de autonomía privada y buena fe contractual como esencia del arbitraje comercial peruano.

4. CONCLUSIONES

La renuncia del derecho a objetar en el supuesto de la inexistencia plena del convenio arbitral, está generando una incorrecta interpretación efectuada por árbitros y centros de arbitraje, del artículo 11 de la Ley de Arbitraje, y que implica el ejercicio y aplicación de un falso e ilícito *kompetenz-kompetenz* ante la ausencia absoluta del convenio arbitral.

La incorrecta aplicación de la regulación *ad probationem* y otras formas (medios electrónicos) del convenio arbitral, según el modelo Uncitral, está generando incentivos perversos para que negativos agentes del sistema económico, arbitral y judicial, puedan componer el inicio de procesos arbitrales fraudulentos bajo los denominados convenios arbitrales patológicos.

Como diagnóstico de las vulneraciones de las principales instituciones del derecho arbitral por la mala praxis de algunos litigantes, abogados, árbitros y centros de arbitraje, señalamos el atropello de los siguientes principios: fuerza obligatoria, buena fe contractual, facultad de la designación de árbitro de parte y el derecho de elección del centro de arbitraje.

La Ley de Arbitraje, mediante la flexibilización, y bajo una peligrosa interpretación de un convenio arbitral tácito, podría otorgar un carácter de *ad probatiomen* al inicio de un arbitraje fraudulento, donde no habría existido manifestación o ratificación de voluntad. Conforme a nuestra posición, rechazamos lo señalado en la ley peruana, en el extremo de permitir la flexibilización y posibilidades de arbitrar sin mantener estándares de formalidad, que permita el nacimiento de la justicia arbitral, en consecuencia, en algunas oportunidades se presenta la imposición del convenio arbitral y un errado ejercicio del principio *kompetenz-kompetenz*.

Los diferentes centros de arbitraje de las cámaras de comercio y otros de prestigio —con buenas prácticas arbitrales— deberán incorporar a sus reglamentos arbitrales una regla de rechazo a las peticiones y, con ello, proscribir la aplicación del principio de flexibilidad frente a los convenios arbitrales tácitos o inexistentes; en consecuencia, los tribunales arbitrales y centros de arbitraje deberán rechazar preliminarmente las peticiones de arbitraje que no se encuentren respaldadas por la preexistencia de un convenio arbitral, literal y expreso.

La declinatoria de la competencia por inexistencia de convenio arbitral representará un acto procesal a requerimiento de parte, e incluso de oficio y bajo la aplicación del *iura novit curia*. El árbitro o el tribunal, prontamente de haber analizado, con o sin prueba en contrario, que entre el demandante y el demandado no existe un convenio arbitral que sustente la obligatoriedad de la justicia arbitral, deberá emitir, con resolución motivada, el acto procesal de archivo definitivo del arbitraje con efecto de laudo.

5. RECOMENDACIONES

En concordancia con lo sustentado en el capítulo II, es necesario complementar la regulación del convenio arbitral del inciso 3, artículo 13 de la Ley de Arbitraje y agregar la literalidad del convenio y no permitir la aplicación del convenio arbitral tácito.

En la línea de lo expuesto, en el capítulo II, es necesario complementar la regulación del convenio arbitral del inciso 6, artículo 16 de la Ley de Arbitraje respecto al recurso de excepción de inexistencia de convenio arbitral, con la exigencia de ser resuelto de forma inmediata por los árbitros ante la ratificación y/o validez del convenio arbitral otorgada por los árbitros (mantendrán vigente el *kompetenz-kompetenz*), permitir a la parte interesada (no esperar la emisión de laudo) interponer el recurso de anulación de laudo, a fin de que la instancia judicial ratifique o no la preexistencia del convenio arbitral.

Resulta necesario, a fin de mantener altos estándares en las buenas prácticas arbitrales, exigir a los centros de arbitraje que modifiquen sus reglamentos a fin de establecer en audiencia única y tramite célere la emisión de un fallo respecto a la excepción de inexistencia de convenio arbitral.

La sistematización y publicación de los fallos de salas comerciales y civiles de las diferentes cortes superiores de justicia que tengan incidencia en las anulaciones de laudo por inexistencia de convenio arbitral y afines.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 2001.

ALCHIAN, Armen y Susan WOODWARD. «The Firm is Dead; Long Live the Firm: A Review of Oliver E. Williamson's The Economic Institutions of Capitalism». En *Journal of Economic Literature*, n.º 26.

ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2.

ALPA, Guido. *Derecho del consumidor*. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. 4. Buenos Aires: Ediar, 1956.

ALVA NAVARRO, Esteban. *La anulación del laudo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2011, vol. 14.

ÁLVAREZ ILIANES, Juan y Luis MORANTE GUERRERO. *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico, 2013.

ÁLVAREZ, Alejandro. *El arbitraje ad hoc en las contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico, 2010.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. Río de Janeiro: Renovar, 2008.

ANCEL, Jean-Pierre. *L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire, Travaux du Comité français de DIP 1991-1992*. París: Pedone, 1994.

ARAMBURÚ YZAGA, Manuel. «Art. 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo». En SOTO COAGUILA, Carlos y

Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*, t. 1. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011.

ARÉVALO REYES, Héctor. *Arbitraje. Arbitramento en derecho, en equidad, técnica, legal, institucional e independiente o ad-hoc*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2012.

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

ARIAS, María. «El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez forma». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Arbitraje: el convenio arbitral*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019, vol. 62.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max con la colaboración de Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, Ángela ARIAS SCHREIBER MONTERO y Elvira MARTÍNEZ COCO. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*, Lima: Librería Studium, 1986, t. 1.

ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, t. 1.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana. «Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, nueva Ley de Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2010, n.º 10.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4.

AYTON, Peter y Geneviève HELLERINGER. «Bias, Vested Interests and Self Deception in Judgment and Decision-Making: Challenges to Arbitrator Impartiality». En COLE, Tony (editor). *The Roles of Psychology in*

International Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International, 2017.

AZAR MANZUR, Cecilia; GÓMEZ RUANO, Sofia y Elsa ORTEGA LÓPEZ. *Ley mexicana de arbitraje en materia comercial. Análisis y comentarios*. México D. F.: Themis, 2009.

BALLESTEROS GARRIDO, José. *Las condiciones generales de los contratos y el principio de autonomía privada*. Barcelona: JM Bosch Editor, 1999.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano. «El convenio arbitral en el Decreto Legislativo 1071». En *Ius et Praxis*, 2013, n.º 44.

BARONA VILAR, Silva. *Medidas cautelares en el arbitraje*. Madrid: Marcial Pons, 2006.

BARONA VILAR, Silva. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. Madrid: Thomson Civitas, 2004.

BEDOYA DENEGRI, Alonso. «El financiamiento del arbitraje a través de terceros». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Panorama actual del arbitraje 2019-2020*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio, 2020, vol. 82.

BENÍTEZ CAORSI, Juan. *La revisión del contrato*. Bogotá: Temis, 2010.

BENNETT, Steven. *Arbitration: Essential concepts*. Nueva York: ALM Publishing, 2002.

BERNAL-FANDIÑO, Mariana y Sergio ROJAS-QUIÑONES. «La vinculatoriedad de un laudo arbitral frente a terceros en la doctrina del *collateral estoppel*». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, enero-junio de 2010, n.º 16, pp. 455-488.

BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.

- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Granada: Comares, 2000.
- BLOGPUCP. *Conflictos al día. Algunas cifras del Centro de Arbitraje PUCP demuestran nuestro crecimiento*. Lima: 2013. Recuperado de <<http://blog.pucp.edu.pe/blog/conflictosaldia/2013/07/01/algunas-cifras-del-centro-de-arbitraje-pucp-demuestran-nuestro-crecimiento/>>.
- BORDA, Alejandro. *Derecho civil y comercial. Contratos*. Buenos Aires: La Ley, 2018.
- BORDA, Alejandro. *La teoría de los actos propios*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- BRAVO, Raúl. *La lex mercatoria en el derecho internacional privado peruano*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019, vol. 66.
- BRICEÑO, Gabriela. «Externalidades». En *EUSTON 96*. Recuperado de <<https://www.euston96.com/externalidades/>>.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Análisis económico del derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Art. 10.- Representación de la persona jurídica». En SOTO COAGUILA, Carlos y Alfredo BULLARD GONZÁLEZ (coordinadores). *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. 1.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Art. 14.- Extensión del convenio arbitral». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. 1.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *¿Es un arbitraje un juicio?, Materiales de lectura*. Programa de Arbitraje ESAN - OSCE.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Y quiénes están invitados a la fiesta?». En *Latin Arbitration Law*, 2010. Recuperado de <<http://www.latinarbitrationlaw.com/y-quienes-estan-invitados-a-la-fiesta/>>.

CAIVANO, Roque. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Arbitration*, 2006, n.º 1.

CAIVANO, Roque. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, n.º 13.

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

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y José Luis REPETTO. «La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino». En *Forseti: Revista de Derecho*, 2014.

CAPOBIANCO, Ernesto. *Lecciones sobre el contrato*, traducido por César Moreno Moré. Lima: Zela, 2017.

CARAZO LIÉBANA, María. *El arbitraje societario*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. «El principio de autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral». En AA. VV. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario / Legis, 2005.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo - Um comentário à Lei 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2009.

CASTILLA BAREA, Margarita. *La imposibilidad de cumplir los contratos*. Madrid: Dykinson, 2001.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Actas del Séptimo Congreso Internacional de Arbitraje 2013*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 29.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje comercial internacional en Europa*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2013, vol. 22.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, vol. 11.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y Constitución*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, vol. 21.

CASTILLO FREYRE, Mario. *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, vol. 17.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Diccionario terminológico de arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, vol. 18.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 23.

CASTILLO FREYRE, Mario. «El arbitraje y los procesos de la jurisdicción ordinaria». En *Arbitraje. Entre el derecho civil y el arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

CASTILLO FREYRE, Mario. *La anulación del laudo*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 14.

CASTILLO FREYRE, Mario. *La anulación del laudo arbitral*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 15.

CASTILLO FREYRE, Mario. *La anulación del laudo*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2014, vol. 16.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Lecciones de contratos*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2008.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Panorama actual del arbitraje*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, vol. 13.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, vol. 12.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *El arbitraje en la contratación pública*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2009.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. «Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral». En *Advocatus*, 2014, n.º 30.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje: El juicio privado: la verdadera forma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre / Palestra Editores, 2006 vol. 1.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «El dominio contractual en el arbitraje». En *Ius et Veritas*, n. 32 (2006).

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *La política internacional sobre legislación arbitral: la Ley Modelo Uncitral/CNUMUDI*. Lima: Foro Jurídico, 2010.

CASTRO ZAPATA, Laura. *Concepto, contenido y formalidades del convenio arbitral*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2018.

CASTRO ZAPATA, Laura. «El convenio arbitral vs. el acta de instalación (o en qué ocasiones puede modificarse lo pactado en el convenio arbitral)». En *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra, 2008, vol. 6, segunda parte.

CENTRO DE ARBITRAJE AMCHAM-PERÚ. *Reglas de Arbitraje*. Lima: 2009.

CERVANTES BRAVO, Irina. «Comentarios a la Ley de Arbitraje española». En *Vniversitas*, enero-junio 2008, n.º 115.

CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional*. Bogotá: Universidad Javeriana, 1988.

CHOCRON GIRLADEZ, Ana. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: JM Bosch Editores, 2000.

CLAY, Thomas; VAN COMPERNOLLE, Jacques; TARZIA, Giuseppe y Lotario DITTRICH. *L'impartialité du juge et de l'arbitre: Étude de droit comparé*. Bruselas: Bruylant, 2006.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge (director). *Diccionario terminológico de arbitraje nacional, internacional y de inversiones*. Lima: Palestra / Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, vol. 18.

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge. *El convenio arbitral*. Lima: Biblioteca de arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2019.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. *¿Arbitrar o no arbitrar? He ahí el dilema: la vinculación del convenio arbitral a los no signatarios*. Tesis. Lima: PUCP, 2013.

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. «Yo no firme nada: los no signatarios del convenio arbitral. La estructura del artículo 14 de la Ley Arbitral Peruana». En *Themis*, 2017, n.º 71.

CORNEJO, Jesús. «Los arbitrajes simulados a la luz del caso Orellana: ¿corrupción entre privados? Una breve reflexión». En *Boletín Anticorrupción y Justicia Penal*. Recuperado de <<https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2012/07/comentario-caso-orellana.pdf>>.

CORREA ARANGO, Gabriel. *Comentarios al estatuto de arbitraje y amigable composición*. Bogotá: Themis, 2013.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Roque Depalma, 1958.

CRETELLA NETO, José. *Curso de Arbitragem*. Campinas: Millennium, 2009.

CUCARELLA GALIANDA, Luis. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. «Asimetría, separabilidad, sinalagma». En *Spain Arbitration Review*, 2009, n.º 5. Recuperado de <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/073mdb.pdf>>.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral. Su eficacia obligatoria*. Madrid: Civitas/ Thomson Reuters, 2010.

DE LA PUENTE, Manuel. *El contrato en general*. Segunda edición. Lima: Palestra, 2007, t. 1.

DE LUCA, Newton. *Contratación informática y telemática*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Depalma - Temis, 2012.

DE TRAZEGNIES, Fernando. «El Código Civil de 1984: ¿vejez prematura o prematura declaración de vejez?». En *Estudios de derecho contractual*. Lima: Ius Et Veritas, 2014.

DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. *Arbitraje. Principios, convenio arbitral y nulidad del laudo arbitral*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante, 2011.

DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Arbitraje. Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Segunda edición. Madrid: Tecnos, 1986, vol. 1.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Sexta edición. Madrid: Thomson Reuters, 2007.

DÍEZ-PICAZO, Luis y Luis PONCE DE LEÓN. «Forma y contenido del convenio arbitral». En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Aranzadi, 2004.

DINIZ, María Elena. *Curso de derecho civil brasileño. Teoría general de las obligaciones*. Trigesimocuarta edición. Traducción propia. São Paulo: Saravia, 2019.

DO VALE DE ALMEIDA, Luiz Fernando (coordinador). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

EL COMERCIO. *Arbitraje: una modalidad que requiere mayor y mejor control*, 13 de junio de 2017. Recuperado de <<https://comprasestatales.org/arbitraje-una-modalidad-que-requiere-mayor-y-mejor-control/>>.

ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Contratos (fundamentos económicos, morales y legales)*. Lima: Palestra Editores, 2020.

ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho societario peruano*. Trujillo: Normas Legales, 1999.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. «Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente». En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara, 2003.

ESTÉVEZ SANZ, Marlen y Roberto MUÑOZ ROJO. *Validez y eficacia del convenio arbitral*. Recuperado de <http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf>.

FALLA JARA, Alejandro. «Comentarios sobre la libertad para determinar costos». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

FARNSWORTH, Allan. «Responsabilidad precontractual y acuerdos preliminares: fair dealing y fracaso en las negociaciones». En *Themis*, 2004, n.º 49.

FERNÁNDEZ ARCE, César. «El arbitraje en materia de sucesiones hereditarias». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra, 2009.

FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. «Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano». En *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. Lima: Ara, 2003.

FERNÁNDEZ ROZAS, José. «El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino». En PICAND ALBÓNICO, Eduardo (coordinador). *Estudios de arbitraje. Libro Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Chile, 2006.

FERNÁNDEZ ROZAS, José. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Iustel, 2008, vols. I, II y III.

FERREIRA LEMES, Selma. «Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito Brasileiro e Comparado». En *Revista dos Tribunais*, diciembre 1992, vol. 686.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. Sexta edición. São Paulo: Malheiros, 2003.

FLORES RUEDA, Cecilia. «Renuncia al derecho a objetar: el caso Infored». En *Abogado Corporativo*, noviembre-diciembre 2008. Recuperado de https://floresrueda.com/wp-content/uploads/2018/06/floresrueda_renuncia_al_derecho_de_objetar.pdf.

FORMENTIN ZAYAS, Yanixet. «La garantía jurídica de la firma electrónica. Una solución informática a los problemas derivados de la gestión de información». En PÉREZ GALLARDO, Leonardo (coordinador). *Contratación electrónica y protección de los consumidores*. Madrid: Reus, 2017.

FORNACIARI, Mario. *Modos anormales de terminación del proceso*. Buenos Aires: Depalma, 1987, t. 3.

FREITAS CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*. Río de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GAGLIANO, Pablo y Rodolfo PAMPLONA. *Novo curso de Direito Civil*. Traducción propia. São Paulo: Saravia, 2020.

GAILLARD, Emmanuel y Yas BANIFATEMI. «Negative Effect Of Competence-Competence: The Rule Of Priority In Favour Of The Arbitrators». En GAILLARD, Emmanuel y Domenico DI PIETRO (editores). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: The New York Convention in Practice*. Londres: Cameron May, 2008.

GALLUCIO, Giuseppe y Pablo MORI. *Arbitraje comercial: la extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades*. Lima: Ediciones Legales, 2012.

GAMBIA SERRANO, Rafael. *El proceso arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992.

GARCÍA ASENCIOS, Frank. *Amparo versus arbitraje*. Arequipa: Adrus, 2012.

GARCÍA ASENCIOS, Frank. *Derecho arbitral*. Lima, Adrus, 2013.

GARCÍA LONG, Sergio. «Contratos en cuarentena: coronavirus y cambio de circunstancias». En *Ius 360*, 17 de marzo del 2020. Disponible en <<https://ius360.com/actualidad/contratos-en-cuarentena-coronavirus-y-cambio-de-circunstancias-sergio-garcia-long/>>.

GARCÍA PÉREZ, Carmen. *El arbitraje testamentario*. Valencia: Tirant Monografías, 1999.

GARCÍA RUBIO, M.^a Pilar. «El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988». En *RCEA*, 1988-89, vol. v.

GARIBOTTO, Juan Carlos. *Teoría general del acto jurídico*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991.

GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de la aplicación del arbitraje*. Navarra: Aranzadi, 1998.

GHESTIN, Jacques. «La fuerza obligatoria del contrato». En *Ius Et Veritas*, julio 2015, n.º 50.

GISBERT POMATA, Marta. *El contrato arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2015.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Río de Janeiro: Forense, 2002.

GONZÁLES RUIZ, Manuel. «Seguridad jurídica y arbitraje». En *La Prensa*, 30 de marzo del 2017. Recuperado de

<https://www.prensa.com/opinion/Seguridad-juridica-arbitraje_0_4722277877.html>.

GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. «Sobre el convenio de arbitraje en el derecho internacional privado español». En *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, vol. 2.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. México D. F.: Porrúa, 2004.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Tercera edición. México D. F.: Porrúa, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «El principio *compétence-compétence* revisitado». En *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2006, n.º 36.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. «La nueva forma del acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo». En *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Ediciones Magna, 2008, t. 1.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje: homenaje a don Raúl Medina Mora*. Recuperado de <<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NATURALEZA%20JURIDICA%20DEL%20ARBITRAJE%20HOMENAJE%20A%20RAUL%20MEDINA.pdf>>.

GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, José. *El control judicial del arbitraje*. Madrid: La Ley - Grupo Wolters Kluwer, 2008.

GUERRA CERRÓN, María. «Los árbitros sí pueden resolver sobre materias relativas a grupos de sociedades y develamiento del velo societario». En *Actualidad Jurídica*, 2012, t. 224.

GUERRERO, Luis Fernando. *Convenção de arbitragem e processo arbitral*. São Paulo: Atlas, 2009.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, dir. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017.

HINESTROSA, Fernando. *Tratado de las obligaciones*. Tercera edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

IE BUSINESS SCHOOL. *Diccionario de Economía. Compilación del profesor Rafael Pampillón del IE Business School*. Madrid: Editado por el Departamento de Publicaciones del IE, 2007.

ÍSCAR DE HOYOS, Javier. *Arbitraje, garantía de seguridad jurídica para las inversiones*. Madrid: Íscar Arbitraje, 2017. Recuperado de <<http://www.iscarabogados.com/arbitraje-garantia-de-seguridad-juridica-para-las-inversiones/>>.

ISFER, Edson y ROTH ISFER, Mayara. «Principio de la autonomía de la voluntad en el derecho arbitral: breves reflexiones». En VIDAL RAMOS, Roger (coordinador). *El arbitraje en Brasil*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, vol. 42.

JIMÉNEZ, Raúl. «El convenio arbitral: los requisitos para su existencia y validez. Fuentes normativas y panorama jurisprudencial español». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Tratado de derecho arbitral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana - Grupo Editorial Ibañez - Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. 2.

JONES, Gareth. «Organization-Client Transactions and Organizational Governance Structures». En *Academy of Management Journal*, 1987, n.º 30.

JUDICE, José Miguel. «Confidencialidade e publicidade. Reflexão a propósito da reforma da lei de Arbitragem (Lei n. 13.129, de 25 de maio de 2015)». En CAHALI, Francisco; RODOVALHO, Thiago y Alexandre

FREIRE (coordinadores). *Arbitragem - Estudos sobre a Lei n.13129, de 26-5-2015*. São Paulo: Saravia, 2016.

KRAUSE, Martín. *Análisis económico del derecho: aplicación a fallos judiciales*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento». En *Themis*, 1999, n.º 39.

LATORRE BOZA, Derik. «El arbitraje en la contratación pública». En *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Lima: Palestra, 2008.

LEÓN HILARIO, Leysser. *Derecho privado. Parte general. Negocios, actos y hechos jurídicos*. Lima: Fondo Editorial PUPC, 2019.

LEÓN HILARIO, Leysser. «La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad contractual». En *Themis*, 2004, n.º 49.

LLAIN ARENILLA, Shirley. «El rol del principio de *competence-competence* en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional». En *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, enero-junio 2014, n.º 24.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1987, vol. 5.

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca Para Leer el Código Civil. Tercera edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1993, vol. 5.

LORCA NAVARRETE, Antonio. «Algunas propuestas acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje». En *Advocatus*, 2002, n.º 7.

LORCA NAVARRETE, Antonio. *La garantía del convenio arbitral y su jurisprudencia*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2010.

LORCA NAVARRETE, Antonio y Carlos MATHEUS LÓPEZ. *Tratado de derecho de arbitraje*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2003.

MACKINNON, Ari; ZAPIOLA, Ignacio y Santiago BRAVO. «Redacción de cláusulas arbitrales internacionales». En *Themis*, 2017, n.º 70.

MAIZAL, Héctor. *La doctrina de los actos propios y la Administración Pública*. Buenos Aires: Depalma, 1988.

MALLANDRICH MIRET, Núria. *Medidas cautelares y arbitraje*. Barcelona: Atelier, 2010.

MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005.

MARTÍNEZ ATIENZA, Gorgonio. *Ley de arbitraje: estudio sistematizado de sus preceptos incorporando las reformas de la Ley 13-2009 de 3 de noviembre, y de la Ley 11-2011 de 20 de mayo. Jurisprudencia y doctrina, concordancias preceptivas y normativas actualizadas*. Barcelona: Ediciones Experiencia, 2013.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «El árbitro en el derecho peruano». En *Rev. Colom. Derecho Int.*, julio-diciembre 2005, n.º 6.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «El convenio arbitral». En *Revista de Derecho Procesal*, 2005, n.º 8.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Introducción al convenio arbitral». En *Actualidad Jurídica*, 2005, t. 142.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos. «Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano». En *Vniversitas*, 2004, n.º 108, vol. 53. Recuperado de <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/06/007_Reflexiones-sobre-el-convenio-

arbitral-en-el-derecho-peruano-Carlos-Alberto-Matheus-L%C3%B3pez.pdf>.

MAYER, Pierre. «Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire». En *Rev. Arb.*, 1998.

MAYER, Pierre. «The Limits of Severability of the Arbitration Clause». En VAN DEN BERG, Albert (editor). *ICCA Congress Series N° 9: Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. New York, 1999.

MENDOZA RIOFRÍO, Marcela. «Arbitraje: una modalidad que requiere mayor y mejor control». En *El Comercio*. Recuperado de <<https://elcomercio.pe/economia/negocios/necesitan-mayores-controles-arbitraje-noticia-465472>>.

MERCHÁN ÁLVAREZ, Antonio. *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1981.

MERINO MERCHÁN, José. *Estatuto y responsabilidad del árbitro, Ley 60/2003 de arbitraje*. Navarra: Thomson-Arazandi, 2004.

MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Tercera edición. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, t. 1.

MESSINEO, Francesco. *Doctrina general del contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América, 1986, t. 1.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y comercial*. Traducción por Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, t. 2.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María. *Algunos aspectos del control de contenido de las condiciones generales en la Ley española de 1998*. Separata del curso Derecho de Consumo y Derecho de Contratos. Santander: Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 2003.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Temis y De Belaunde & Monroy, 1996, t. 1.

MONTIEL FUENTES, Carlos. «Acercamiento al concepto de grupos empresariales: concurrencia de elementos para su existencia». En *E-Mercatoria*, 2009, n.º 1, vol. 8.

MORENO RODRÍGUEZ, José. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Lima: Thomson Reuters - La Ley, 2013.

MORENO RODRÍGUEZ, José. *La interpretación y el Código Civil*. En AA. VV. *Contratos*. Tercera edición. Asunción: Intercontinental Editora, 2015.

MORI BREGANTE, Pablo. «Buenas y malas. El Tribunal Constitucional y el desarrollo actual de artículo 14 de la ley peruana de arbitraje (extensión del convenio arbitral a no signatarios)». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016.

MUNNÉ CARATINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Experiencia, 2004.

NAVAS RONDÓN, Carlos. *El arbitraje en las contrataciones estatales*. Lima: Ediciones Legales, 2015.

NEME VILLAREAL, Martha. *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso*. Bogotá: Universidad de Externado de Colombia, 2018.

O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia. «“El cielo de los conceptos jurídicos” versus la solución de problemas prácticos. A propósito de la doctrina de los actos propios». En *Themis*, 2005, n.º 5.

O'NEILL DE LA FUENTE, Cecilia y Mariem NAVA ZEGARRA. «¿Nacer para vivir muriendo? La nulidad manifiesta del convenio arbitral». En *Advocatus*, 2016, n.º 32.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo. *La ejecución de laudos arbitrales*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1996.

OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. «¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI». En *Athina*, 2007, n.º 3, año 2.

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *La arbitrabilidad y convenio arbitral*. Cizur Menor: Arazandi, 2005.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia y Irineu GALESKI JUNIOR. *A análise econômica como método de interpretação do direito empresarial*. Río de Janeiro: Elsevier, 2009.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia y Vinicius KLEIN (coordinadores). *Análise econômica do direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Río de Janeiro: Renovar, 2002.

PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1988.

PLANIOL, Marcel; RIPERT, George y Paul ESMEIN. *Tratado práctico de derecho civil francés*. Traducción española del Mario Díaz Cruz del Colegio de Abogados de La Habana, Cuba. La Habana: Cultural, 1945, t. VI. Primera y segunda partes.

POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POUDRET, Jean-Francois y Sebastien BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Segunda edición. London: Sweet & Maxwell, 2007.

PRICE WATERHOUSECOOPERS. *International Arbitration: corporate attitudes and practices, 2008*. Recuperado de <http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assests/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *La naturaleza procesal del arbitraje*, vol. 46. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017.

RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Bogotá: Universidad de Externado, 2016.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel y Constantine PARTASIDE. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Cuarta edición. Navarra: Thomson- Aranzadi, 2006.

REVOREDO, Delia. *Código Civil: Exposición de motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985.

REZZONICO, Juan Carlos. *Principios fundamentales de los contratos*. Buenos Aires: Astrea, 1999.

RICCI, Edoardo Flavio. «Admissibilidade de arbitragem nas lides sobre invalidade dos contratos: uma interpretação do art. 1 da Lei n.º 9.307/96». En RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de Arbitragem Brasileira. Oito anos de reflexão. Questões polêmicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RIGUEIRA RENNÓ LIMA, Leandro. «O caso Lage e a falácia da inconstitucionalidade do juízo arbitral: uma história da arbitragem no Brasil através da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal». En DO VALE DE ALMEIDA GUILHERME, Luiz Fernando (coordinador). *Aspectos práticos da arbitragem*. São Paulo: QuartierLatin, 2006.

RIPOLL, Ignacio. *La ejecución del laudo y su anulación*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2013.

RIVAS CASO, Gino. «El convenio arbitral bajo la luz del control judicial». En *Ethos Asociación Jurídica*, 2019, n.º 4.

RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

RODRÍGUEZ BRAVO, Sebastián y José GONZÁLEZ MARIÑO. *Análisis económico del arbitraje comercial internacional. Su aplicación en el derecho mercantil colombiano*, trabajo de grado. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2004.

ROMERO SEGUEL, Alejandro y José IGNACIO DÍAZ. *El arbitraje interno y comercial internacional: parte general*. Santiago de Chile: Ediciones UC, 2016.

RUBIO CORREA, Marcial. *Nulidad y anulabilidad. La invalidez del acto jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013.

RUBIO GUERRERO, Roger. «Los desafíos del arbitraje en el Perú» (entrevista). En *Ius et Praxis*, 2013, n.º 44.

SABROSO MINAYA, Rita. «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, febrero 2012, n.º 161.

SALGADO, Elvira. «Teoría de costos de transacción: una breve reseña». En *Cuadernos de Administración*, julio-diciembre, 2003, n.º 26, vol. 16.

SAN MARTÍN, Lilian. «27F, 180 y COVID-19: derecho de desastres y caso fortuito». En *El Mercurio Legal*, 18 de marzo del 2020. Disponible en

<<https://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2020/03/18/27f-180-y-covid19-derecho-de-desastres-y-caso-fortuito.aspx>>.

SILVA ROMERO, Eduardo. «Breves observaciones sobre el principio *competence-competence*». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo. «Una obligación de hacer: someter el litigio al arbitraje». En AA. VV. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario / Legis, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo (director) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (coordinador). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

SILVA ROMERO, Eduardo y Fabricio MANTILLA ESPINOSA. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

SILVA SANTISTEBAN VALDIVIA, Marco. «Los efectos de un laudo arbitral contra un no suscribiente del convenio arbitral y no participante del proceso. Comentarios a la sentencia emitida por el pleno del Tribunal Constitucional "Giovanni Paredes y el Camal de Yerbateros"». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Tercer Congreso Nacional de Contrataciones Estatales y Arbitraje Universidad Continental*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, vol. 60.

SIMON HOCMAN, Heriberto. *Negocios en internet*. Buenos Aires: Astrea, 2005.

SOTO COAGUILA, Carlos. «Art. 13.- Contenido y forma del convenio arbitral». En *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, t. 1.

SOTO COAGUILA, Carlos. *Tratado de derecho arbitral*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana / Grupo Editorial Ibañez, 2011, vols. 1 y 2.

STRENGER, Irineu. *Autonomia da Vontade em Direito Internacional Privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1968.

SUÁREZ ANZORENA, Irineu. «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica

internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje*, enero-junio 2005, n.º 2.

TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Acto jurídico, negocio jurídico y contrato*. Lima: Grijley, 2016.

TARTUCE, Flavio. *Direito Civil das obrigacoes e responsabilidade civil*. Decimocuarta edición. Traducción. propia. Río de Janeiro: Forense, 2019.

THIBIERGE-GUELFUCCI, Catherine. «Libres propos sur la transformation du droit des contrats». En *RTD/civ*, 1997, n.º 2.

TORRES VÁSQUEZ, Aníbal. *Acto jurídico*. Lima: San Marcos, 1998.

VALLE FIGUEIREDO, Lucia. *Curso de Direito Administrativo*. Sexta edición. São Paulo: Malheiros, 2003.

VASCONCELOS ROQUE, Andre. «El arbitraje con entes estatales en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Brasil». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Arbitraje en Brasil*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, vol. 42.

VÁSQUEZ PALMA, María. *Tratado de arbitraje en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.

VERDERA SERVER, Rafael. *El convenio arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2009.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «El convenio arbitral». En *Derecho PUCP*, 2003, n.º 56.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.

VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances de la ejecución del laudo en sede arbitral y judicial». En *Actualidad Civil*, septiembre 2017, n.º 39.

VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales del convenio arbitral». En CASTILLO FREYRE, Mario (editor). *Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2012.

VIDAL RAMOS, Roger. *Cinco consejos para seleccionar a tu árbitro y no arrepentirte en el camino*. 5 de febrero de 2019. Recuperado de <<https://lpderecho.pe/cinco-consejos-seleccionar-arbitro-no-arrepentirte-roger-vidal-ramos/>>.

VIDAL RAMOS, Roger. «El arbitraje ambiental en el Perú». En *Actualidad Jurídica*, 2012, vol. 218.

VIDAL RAMOS, Roger. «El arbitraje ambiental y sus implicancias». En *Advocatus*, 2014, n.º 28.

VIDAL RAMOS, Roger. «El arbitraje en la Ley de Expropiaciones». En *Gaceta Civil & Procesal Civil*, julio 2013, t. 1.

VIDAL RAMOS, Roger. «El derecho de recusación de árbitros en la ley de contrataciones estatales». En *Advocatus*, 2016, n.º 32.

VIDAL RAMOS, Roger. «El mercader de Venecia y las obligaciones con cláusula penal». En *Libro de Ponencias del VIII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Instituto Peruano de Derecho Civil. Lima: Universidad Privada de Tacna, 2013.

VIDAL RAMOS, Roger. «La defensa del arbitraje frente a la anulación de laudo que cuestiona la designación del árbitro y las actuaciones arbitrales». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, 2013, n.º 174.

VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, 2018, n.º 54.

VIDAL RAMOS, Roger. «La noción del pago (artículo 1220) en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil». En *Actualidad Civil*, octubre 2019, n.º 64.

VIDAL RAMOS, Roger. «La recusación en el arbitraje en contrataciones estatales». En *Advocatus*, 2016, n.º 32.

VIDAL RAMOS, Roger. «Reflexiones del convenio arbitral: parte signataria y no signataria en los arbitrajes en contratación pública y privada». En *Actualidad Jurídica*, 2020, n.º 76.

VIDAL RAMOS, Roger. y Jhon JARA CANO. «¿Es posible cuestionar el laudo arbitral mediante un proceso de nulidad de cosa juzgada fraudulenta regulada en el artículo 178 del CPC?». En *Revista Jurídica del Perú*, junio 2012, n.º 136.

VILLANUEVA NÚÑEZ, Ludovina. *Limitaciones en las facultades de los árbitros*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018, vol. 57.

VIRGÓS SORIANO, Miguel. «El convenio arbitral en el arbitraje internacional». En *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2006, vol. 14.

VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Granada: Comares, 2007.

WILLIAMSON, Oliver. «The economics of Organizations. The Transaction Cost Approach». En *American Journal of Sociology*, 1981, n.º 3, vol. 87.

WONG ABAD, Julio Martín. «Presupuestos adicionales de obra, enriquecimiento sin causa y cláusula arbitral en los contratos administrativos. A propósito de una discusión entre (algunos) jueces y (algunos) árbitros». En *Jus Jurisprudencia*, 2008, n.º 9.

ZEGARRA-BALLÓN QUINTANILLA, Irene. *La forma del acuerdo arbitral en la Ley de Arbitraje peruana de 2008 y los instrumentos internacionales vinculantes*

para el Perú. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre / Thomson Reuters, 2015, vol. 34.

SEGUNDA PARTE

TEMAS RELEVANTES EN LA PRÁCTICA DEL ARBITRAJE COMERCIAL

EL COMPLIANCE Y LAS BUENAS PRÁCTICAS EN LA DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO DE PARTE

1. LOS ÁRBITROS A LA LUZ DEL CASO ODEBRECHT

El escándalo Lava Jato-Odebrecht representa el caso de corrupción más mediático y extenso en Brasil, Perú y Latinoamérica.

Haciendo uso de fuentes periodísticas,¹ abarcaremos la problemática de forma breve. Odebrecht fue la principal contratista del Estado peruano. Desde el 2001 logró adjudicarse 24 proyectos (15 obras y 9 concesiones) por más de 35 mil millones de soles contratados en los tres últimos gobiernos.

Pero una vez firmados los contratos e ignoradas las protestas, el monto siguió creciendo. A los costos se añadieron los sobrecostos exigidos por Odebrecht y concedidos con frecuente docilidad por el Estado. En los últimos quince años, como documentó IDL-Reporteros en una investigación especial, los sobrecostos alcanzaron una suma mayor a 4600 millones de soles por la ejecución de estas quince obras más la etapa de construcción de la carretera Interoceánica Norte y Sur (tramos II y III).

Pero además de los costos y sobrecostos, el dinero que pagó el Estado a Odebrecht siguió creciendo. IDL-Reporteros revela cómo vía arbitraje —un sistema diseñado para resolver controversias con rapidez— la transnacional brasileña logró obtener decenas de millones de dólares. Mediante arbitrajes, Odebrecht ganó al menos 273 570 624 dólares entre los años 2003 y 2016.

¹ MORENO, Leslie y Ernesto CABRAL. «Arbitrajes a lo Odebrecht». En *IDL-Reporteros*. Recuperado de <<https://bit.ly/2xgJwIT>>.

Bajo este sistema, en los últimos trece años, Odebrecht —sola o en consorcio— demandó arbitrariamente 41 veces al Estado peruano, mientras que el Estado lo hizo sólo una vez. De los 42 laudos emitidos, Odebrecht ganó 35 veces, mientras que el Estado peruano sólo ganó en siete arbitrajes.

Como es de conocimiento público, diversos árbitros se encuentran en proceso de investigación (algunos con mayor o menor presencia del principio de presunción de inocencia que otros); existen acusaciones contra un árbitro, ratificadas por el máximo representante de Odebrecht en el Perú, de haber recibido sobornos a cambio de emitir laudos favorables en los litigios arbitrales contra el Estado peruano.

El sistema arbitral ha sufrido un duro golpe a su notable desarrollo en sede nacional y su alto prestigio ganado al nivel internacional; sin embargo, consideramos que buena parte de las acciones en búsqueda de recuperación del prestigio del arbitraje peruano deberán estar encaminadas en la incorporación de directivas internas de las entidades públicas y privadas a efectos de fijar estándares para la designación de los árbitros de parte y, mediante la sugerencia de cinco consejos prácticos que proponemos, establecer un modo de *compliance* que favorezca las buenas prácticas en la designación de los árbitros de parte tanto en las controversias comerciales como en las contrataciones estatales.

2. COMPLIANCE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y NACIONAL

El *compliance* es el cumplimiento normativo interno y externo de una empresa de las distintas normas legales, a través de la observación y aplicación de directivas internas en los distintos ámbitos en los que se desenvuelve la organización. Estas gestiones van a permitir erradicar y/o prevenir conductas que pueden llegar a ser calificadas como delictivas. Por ello no se debe confundir el *compliance* con auditorías o *due diligence*,

ya que si bien ambos están orientados a un mismo objetivo, cada uno obtiene resultados totalmente distintos.²

Uno de los principios del *compliance*, de acuerdo con Sylvia Enselñat,³ es el «observar el espíritu de las leyes y no su letra». Esta frase describe lo que está pasando en la mayoría de empresas con la entrada en vigencia de la norma sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Si solamente observamos la letra de la Ley n.º 30424, haremos un programa de prevención para cumplir con la norma y utilizarlo, de ser el caso, como un medio de defensa para «evitar» la responsabilidad dentro de un proceso penal; no obstante, si observamos el espíritu de la norma, veremos que por medio del *compliance* se busca que las empresas sean organizaciones en las que exista una cultura corporativa basada en la honestidad e integridad, en la que los miembros de los órganos de administración y de la alta dirección actúen y se desempeñen de acuerdo con esos estándares.

En materia de políticas anticorrupción, actualmente son varias las empresas que incorporaron la norma ISO 37001. Ésta prevé procesos de gestión antisoborno procurando no sólo que las empresas y su personal cumpla con la disposición jurídica que tipifica estas conductas, sino que se realice en forma eficaz y del mejor modo.⁴

Desde la adopción del Plan, los gobiernos del G20 y sus contrapartes del sector privado se han reunido en varias ocasiones para analizar las formas en que se puede construir este vínculo. En el Manual se explicita cómo la empresa evalúa los riesgos, cómo crea una política anticorrupción, su puesta en funcionamiento y evaluación.⁵

² CHÁVEZ CHÁVEZ, Claudia. «*Compliance* laboral: una herramienta para prever contingencias». En *Web del Estudio Muñiz*, 26 de diciembre del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/2E11PHN>>.

³ ENSEÑAT, Sylvia. *Manual de compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 24.

⁴ GARAT, María Paula. «El *compliance* de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales». En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, mayo-agosto del 2018, n.º 271, t. LXVIII, p. 570.

⁵ *Idem*, p. 571.

Asimismo, se toma en consideración el entrenamiento a ser dado al personal, y los procesos que debieran seguirse ante un caso concreto que incumpliera con el estándar. La doctrina española asegura que si bien el costo del *compliance* es elevado para las empresas, es más alto aún el costo de un *no compliance*. Por lo demás, estas conductas empresariales contribuyen a formar una confianza que es por demás favorable al mercado, aceptando ciertos mínimos por todos los involucrados.⁶

En el ámbito nacional, un *compliance* laboral permite a la empresa verificar que su Código de Ética, los contratos de trabajo y el reglamento interno de trabajo guarden concordancia con el modelo de prevención de delitos implementados por ella. Asimismo, ayuda a la prevención de riesgos laborales en materia de seguridad y salud en el trabajo, a la no aplicación de trabajo forzoso al interior de la empresa, permite la implementación de políticas sobre hostigamiento sexual y violencia familiar, garantiza la libertad sindical de los trabajadores (tanto en la afiliación o no a la organización sindical), no da pie a discriminación alguna en el trabajo, garantizando la igualdad de oportunidades y trato entre sus trabajadores, entre otros.⁷

En materia ambiental, el *compliance*, llamado también plan de prevención o programa de cumplimiento normativo, consiste en la implementación de políticas de gestión ambiental, procedimientos internos, reporte ambiental, entrenamiento y red de especialistas verdes, etc., cuya implementación en el programa del ente corporativo constituye una causal excusable o eximente de responsabilidad penal de personas jurídicas, constituyéndose en un incentivo cuyo propósito es el no afectar el ejercicio de las actividades económicas. Así, el *compliance* ambiental se convierte en un instrumento jurídico eficaz para evitar delitos ambientales en el territorio peruano.

⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 14-15.

⁷ CHÁVEZ CHÁVEZ, Claudia. *Op. cit.*

En materia penal, desde enero del 2018, el tradicional axioma latino *societas delinquere non potest... sed puniri non potest*, que planteaba que las personas jurídicas no podían ser sancionadas por la comisión de un delito, pasó a formar parte del recuerdo.⁸

Hace ya varias décadas que la corrupción se viene percibiendo como una especie de estrategia comercial o mal necesario, habiéndose convertido los pagos a funcionarios públicos o políticos «por servicios prestados» en una situación común o aceptada, existiendo incluso entre las filas del análisis económico del derecho cuestionamientos en torno a que si la corrupción es eficiente o no en el mercado. En ese entendido, frente a los escándalos financieros relacionados con empresas multinacionales y ante el crecimiento exponencial de la corrupción en las relaciones comerciales, desde el mundo del derecho y de las políticas públicas se viene observando un cambio de estrategia, adoptando modelos de la política criminal gestada en los Estados Unidos.⁹

En la actualidad se exige a las empresas: i) adoptar medidas internas de prevención de la corrupción; ii) coadyuvar al Estado en el esclarecimiento de los casos de corrupción; y iii) la prohibición de sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas. En cuanto a la corrupción internacional, hoy en día se busca sancionar a las empresas y a sus agentes, generándose paralelamente un menor interés por la sanción del funcionario público. En consecuencia, la corrupción está pasando a ser un asunto de funcionarios públicos o políticos ímprobos a un asunto que incumbe, sobre todo, a los privados.¹⁰

⁸ VEGA, Élida. «Empresas ingresan a la era “compliance”». En *El Comercio*, 2 de abril del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2q0MH6j>>

⁹ CARO CORIA, Dino Carlos. «Compliance y corrupción». En *Ius Puniendi*, junio del 2017, n.º 2, p. 28.

¹⁰ NIETO, Martín. «La corrupción en el comercio internacional (o como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)». En *Revista Penal*, 2002, n.º 12, pp. 191-192.

Con la entrada en vigencia de la Ley n.º 30424, modificada por el Decreto Legislativo n.º 1052, se ha marcado un antes y un después en el derecho empresarial peruano, y las personas jurídicas podrán ser sancionadas por la comisión de delitos como soborno o cohecho (transnacional, activo genérico y activo específico), lavado de activos y financiamiento del terrorismo.¹¹

Lejos de implementar una norma que sólo busque castigar, el *compliance* busca prevenir que se cometan actos de corrupción al interior de las empresas. Sin embargo, no se trata de implementar el sistema *compliance* con el solo afán de eximir de responsabilidad penal a la empresa, sino de promover una cultura corporativa basada en la honestidad e integridad, en la que los miembros de los órganos de administración y de la alta dirección actúen y se desempeñen de acuerdo con esos estándares.

De esta forma, para cumplir eficazmente con los altos estándares, nos vemos en la necesidad de elaborar un programa de cumplimiento de acuerdo con la realidad de cada empresa. En palabras de Ángel Juanes:¹²

En efecto, un programa de cumplimiento ajeno al ser real de la empresa, lejos de ofrecer consistencia para poder invocarse como una causa de exención o atenuación de la pena, puede convertirse en un motivo de agravación de la misma, pues la acusación estará en condiciones de alegar que fue elaborada con el solo propósito de «maquillar» (*make up*) y ocultar propósitos delictivos tolerados por la organización o de camuflar defectos de organización perfectamente conocidos pero que su corrección comportaba una reducción de sus márgenes de beneficio.

Respecto a los costos de implementar el *compliance*, para Augusto Loli, socio de Rebaza, Alcázar & De Las Casas, contar con éste «le otorga un mayor valor a las empresas ante una compra-venta, fusión o

¹¹ *Loc. cit.*

¹² JUANES PECES, Ángel (director). *Memento experto*. Compliance penal. Madrid: Francis Lefebvre, 2017, pp. 37-38.

ingreso de algún inversionista», de esta forma cuestiona la onerosidad que conllevaría implementar el *compliance*.¹³

Para Juan José Dorich, los costos están asociados al tiempo que tomará la implementación y a su complejidad. «Para una microempresa, la inversión no debería pasar de US\$ 5000 y para las medianas y grandes podría oscilar entre US\$ 20 000 y US\$ 50 000».¹⁴

En suma, un sistema de *compliance* adecuadamente implementado es la mejor garantía para que la empresa no se vea involucrada en situaciones de riesgo penal. Cada miembro de la empresa deberá interiorizar que el cumplimiento del derecho vigente no debe obedecer de casualidad al compromiso individual o a los intereses parciales de un departamento, sino a una arquitectura de *compliance* vinculada globalmente con las actividades empresariales tanto internas como externas.¹⁵

Luego de graficar de forma general lo extenso y tedioso que resulta mantener en una empresa la ejecución de un programa de *compliance*, resulta inevitable indicar que la designación del árbitro de parte o el «juez privado» representará la elección de una persona natural, ajena a la compañía, que podrá obtener como retribución económica de honorarios muy altos y que su futura decisión va representar la obtención o pérdida de millones de dólares, siendo pertinente mantener en la compañía estándares mínimos para seleccionar árbitros, prevenir actos de corrupción tal vez generados desde la empresa o el funcionario (gerente, accionista, apoderado, abogado) a cargo de la designación del árbitro, e incluso en ejecución del proceso arbitral. Un litigio arbitral no sólo representa un elevado nivel de litigio, sino implica la contingencia de millones y millones «en juego arbitral», siendo primordial mantener un *compliance* en la selección del árbitro de parte.

¹³ VEGA, Élida. *Op. cit.*

¹⁴ *Loc. cit.*

¹⁵ CARO CORIA, Dino Carlos. *Op. cit.*, p. 46.

3. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN ARBITRAL

La función de árbitro es ejercida por una persona natural (ley arbitral),¹⁶ con plena capacidad de goce y ejercicio, que mantiene alta pericia sobre aspectos legales y técnicos a fin de resolver una controversia. Este juez privado puede ser abogado o de otra profesión, siendo su servicio retribuido económicamente y sin ningún tipo de subordinación, y que mantiene intacta la obligatoriedad de ejercer los principios de imparcialidad e independencia desde la aceptación del arbitraje hasta la emisión del laudo y actos procesales poslaudo.

Es transcendental señalar que la confianza representa un elemento fundamental de la designación del árbitro por las partes y del presidente del tribunal por los árbitros, por cuanto esta confianza implica la buena fe en entender que la persona designada desempeñará la función arbitral con amplia solvencia profesional y ética. Nadie designará a una persona desconocida o completamente extraña del litigio arbitral; la confianza no puede ser entendida como beneficio o facilitación de cualquier aspecto del arbitraje.

La confianza constituye un valor primordial para la existencia de este mecanismo alternativo de solución de conflictos, al ser la elección de un árbitro una de sus manifestaciones más importantes. Así, las partes que intervienen en un arbitraje tienen la legítima expectativa (es decir, confían) de que el árbitro o los árbitros elegidos no solamente conduzcan el arbitraje con independencia e imparcialidad, sino que en todo momento recaiga sobre ellos la apariencia de ser imparciales e independientes.¹⁷

¹⁶ Decreto Legislativo que norma el Arbitraje:

Artículo 20.- «Capacidad. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitro y no haya recibido condena penal firme por delito doloso. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

¹⁷ Criterios incorporados en fallos respecto recursos de recusación resueltos por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

4. DESIGNACIÓN, ACEPTACIÓN Y RECUSACIÓN DEL ÁRBITRO

La designación arbitral personifica el derecho que ejercerán las partes contratantes o litigantes a fin de elegir un árbitro para que efectúe funciones jurisdiccionales conforme al convenio arbitral, al contrato y la legislación aplicable.

La designación mantiene la característica de formalidad por escrito de comunicar al árbitro que se le otorgo la confianza, a fin de que éste acepte o no el encargo de arbitrar cierta controversia. Cabe precisar que los árbitros nombrados por las partes mantienen a su vez el deber de efectuar la designación del presidente del tribunal arbitral (como se ejerce habitualmente en la práctica arbitral), salvo que el convenio arbitral haya establecido que una institución arbitral se encargue de la elección del presidente o en su defecto no exista acuerdo de los coárbitros, con lo cual una institución arbitral designará, a solicitud de parte, la presidencia del colegiado.

En otro contexto, la aceptación constituye el acto solemne que es ejercido por el árbitro de parte electo y, en su momento, el tercer árbitro designado por los coárbitros en calidad de presidente del tribunal arbitral. Siempre todas las designaciones implican el cumplimiento de una formalidad *ad solemnitatem*, la misma que conlleva a comunicar a las partes, primero, la aceptación y, segundo, el mantener la formalidad de comunicar en adelante cualquier hecho que requiera ejercer su deber u obligación de revelar a las partes cualquier circunstancia que tenga por finalidad proteger los principios de imparcialidad e independencia de la función arbitral.

La Ley de Arbitraje peruana, en su artículo 22.4, indica lo siguiente: «Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento».

Asimismo, es importante efectuar otra interpretación del artículo 23 de la Ley de Arbitraje respecto a la libertad del procedimiento de nombramiento de los árbitros y de la potestad que se le brinda a la cámara de comercio de la localidad más cercana para designar de manera residual los árbitros cuando alguna de las partes no ejerza su derecho de designación de árbitro o los árbitros no arriben a un acuerdo para la designación del presidente del tribunal arbitral.

La aceptación constituye un momento trascendental para el árbitro. Será la ocasión que conforme a la información del caso (petición arbitral, contrato y anexos) y de las personas (funcionarios, representantes y abogados) de forma objetiva y personal arribará a un examen riguroso bajo el estándar del conflicto de intereses y del surgimiento de hechos eventuales que merecen ser revelados a las partes (vinculación: arbitral, profesional, académica, personal o social). Superado este análisis, y de considerarse, el árbitro que no mantiene conflictos e incompatibilidades deberá de emitir la comunicación de la aceptación del encargo arbitral, ya en condición de árbitro de parte o de presidente del tribunal.

Algunos reglamentos de instituciones arbitrales fijan un procedimiento de ratificación, después de la aceptación de la designación de un árbitro que no integre la nómina de árbitros de dicha institución arbitral. Tal cual sucede con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en realidad, esta práctica de «ratificación del árbitro designado» se ha extendido a los diversos centros de arbitraje al nivel nacional. Al contrario, para un sector de la doctrina arbitral, la ratificación implica no respetar la libertad de las partes de designar a su buen criterio su árbitro de parte sin mayor formalidad ratificatoria.

Finalmente, es fundamental respetar las reglas de designación establecidas por las partes en su convenio arbitral, sea en las modalidades de arbitraje *ad hoc* o institucional. Los árbitros tienen la obligación de comunicar de manera formal su aceptación, con lo cual se estarían

generando efectos obligacionales procesales para que el árbitro desde su aceptación venga ejerciendo el principio *kompetenz-kompetenz*.

La recusación implica el apartamiento del árbitro por quebrantar la confianza por el incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia. Como efecto práctico directo se generaría la pérdida de la condición de árbitro y, por ende, la ruptura del vínculo procesal y contractual de la función arbitral.

La recusación fundada representa la máxima sanción atribuible a un árbitro que, con evidente mala fe arbitral, ejerció función arbitral en contra de las partes del litigio, habiéndose acreditado en el procedimiento de recusación que aquél vulneró los deberes de imparcialidad e independencia. Un árbitro con recusación fundada implicaría siempre un sinónimo de desconfianza, deslealtad, deshonestidad y pésima práctica arbitral.

5. CINCO CONSEJOS PARA UNA ADECUADA SELECCIÓN DEL ÁRBITRO¹⁸

5.1. *Investiga a tu candidato*

Con la libertad de elección y el gran mercado competitivo arbitral resulta primordial investigar los aspectos éticos, académicos y profesionales de los árbitros, para lo cual las redes sociales (Facebook, LinkedIn, Twitter, YouTube e Instagram) ofrecen una primera fuente de información sobre aspectos profesionales y personales que podrán ayudar a identificar como persona y profesional a nuestro candidato a árbitro.

Sería absolutamente desagradable que nuestro candidato se encuentre reportado en una central de riesgos por deudas con entidades

¹⁸ Véase, al respecto, VIDAL RAMOS, Roger. «Cinco consejos para seleccionar a tu árbitro y no arrepentirte en el camino». En *Legis.pe*, 5 de febrero del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2YoMJDJ>>.

financieras, inscrito en el registro de deudores alimentarios o involucrado en algún escándalo público, como manejar en estado de ebriedad o formar parte de una gresca callejera.

En el aspecto académico, es sencillo verificar que los grados universitarios se encuentren inscritos en la Sunedu; y en cuanto a las especialidades establecidas en las hojas de vida, siempre deberán de ser verídicas y vigentes, extendiéndose al cumplimiento de las reglas antiplagio de los artículos, libros, tesinas y tesis. Es también importante destacar la investigación jurídica efectuada por muchos árbitros de manera constante que a su vez se complementa con disertaciones en congresos, seminarios, brindando entrevistas o ejerciendo cátedra universitaria, lo cual otorga una completa vocación académica del candidato.

La ausencia de antecedentes penales, policiales y judiciales permitirán ratificar la confianza en el árbitro designado, pero esta interpretación no podría recaer en vulnerar el derecho de presunción de inocencia y el derecho de la doble instancia, ante procesos civiles, penales y procedimientos sancionatorios (colegios de abogados e Indecopi), donde los árbitros se encuentren demandados o acusados, ante lo cual se debería tomar una decisión con la lectura del fallo definitivo con la calidad de cosa juzgada, a fin de designar o no al árbitro, siendo esta opción discrecional y al criterio de las partes.

5.2. Evalúa la experiencia

La experiencia arbitral tiene un enfoque muy amplio que no siempre podría estar relacionado con la edad o canas del árbitro. En buena cuenta, la experiencia puede ser medida con otros criterios, por ejemplo, el número de laudos emitidos o votos discordantes, asesorías en defensa arbitral, emisión de informes o patrocinio en procesos judiciales dentro del ámbito público y privado (anulación, ejecución de laudo o procesos de amparo). Es importante considerar la experiencia del árbitro en la

defensa o consultoría, que siempre podrá cooperar con un mejor criterio dentro del tribunal arbitral, pues el árbitro puede complementar su experiencia con actividades conexas de perito, abogado defensor o consejero, con lo cual se obtiene la certeza de una adecuada formación procesal arbitral del candidato.

A fin de brindar detalles sobre la amplia experiencia arbitral se deberá siempre de respetar las reglas de la confidencialidad de los arbitrajes y de los contratos de servicios legales o peritaje, para no revelar aspectos sensibles y reservados.

5.3. Criterios establecidos en los laudos

En materia de contrataciones estatales, los laudos se encuentran publicados en la página web del OSCE y en diversos centros de arbitraje se replica esta práctica. Bajo el principio de publicidad de los laudos, los contratistas, las entidades y los abogados pueden conocer los alcances de los criterios arribados por los árbitros en controversias que versan sobre adicionales, gastos generales, ampliaciones de plazo, pago de valorizaciones o respecto a las excepciones de caducidad, incompetencia o inexistencia de convenio arbitral. En buen balance, *si quieres conocer a tu árbitro* deberás de analizar sus laudos.

Un aspecto importante representa la especialidad de los árbitros; así, tenemos que con el notable desarrollo del arbitraje en el Perú existen especialidades arbitrales, por ejemplo, contrataciones estatales, contratación privada y/o comercial, derecho de seguros, derecho de consumidor, expropiaciones, concesiones y los arbitrajes internacionales, que permiten que las partes elijan a sus árbitros según sus especialidades.

En los arbitrajes comerciales, por las reglas de la confidencialidad no se podría publicitar el contenido de los laudos; sin embargo, mediante los fallos sobre anulación de laudo se puede conocer algunos de los

critérios arribados por los árbitros, por cuanto estos fallos judiciales son de acceso público en los sistemas de consulta de expedientes.

Con el análisis de los laudos se puede también evaluar otros aspectos como la celeridad en la tramitación del proceso o malas prácticas de recalcular los honorarios arbitrales (sin asidero legal, ni justificación) o ausencia reiterada a las audiencias o reprogramaciones.

A ningún árbitro o tribunal arbitral le favorecerá que sus laudos sean declarados nulos por las salas comerciales o civiles de las cortes de justicia. Numerosos laudos anulados contribuyen a generar un prestigio del árbitro, poniéndose en evidencia su baja pericia.

Finalmente, no se puede dejar de considerar el estilo de la redacción, las citas, entendimiento y prolijidad del laudo, lo cual también se podrá distinguir con los votos en discordia; a su vez, resultará muy preocupante que un árbitro, a lo largo de toda su trayectoria, nunca haya emitido un voto en discordia y que mantenga como conducta reiterada aceptar la posición de la mayoría o no efectuar modificaciones o aportes al proyecto de laudo o resolviendo los recursos poslaudo.

5.4. Solicitud de ampliación del deber de revelación

La Ley de Arbitraje y los reglamentos de diversos centros de arbitraje, en la práctica comercial y de contrataciones estatales, no regulan el mecanismo de ampliación del deber de revelación, pero bajo el criterio de libertad de forma, buena fe y buenas prácticas arbitrales, los litigantes pueden solicitar a sus árbitros que amplíen su deber de revelación, lo cual siempre permitirá seguir generando mayor confianza entre los litigantes y el tribunal arbitral.

En algunas ocasiones, la solicitud de ampliación del deber de revelación tiene por finalidad generar un medio probatorio, en el supuesto de que los árbitros omitan revelar una nueva circunstancia que

haya devenido en la pérdida de la imparcialidad e independencia, ejerciendo de esta forma los litigantes un constante rol de vigilancia del árbitro, puesto que no debería ser una estrategia dilatoria el presentar recusaciones sin sustento. Todo litigante presume, desde la aceptación del encargo hasta la emisión del laudo, que los miembros del tribunal arbitral ejercerán con diligencia y buena fe su deber de revelación y su ampliación.

5.5. Verifica las recusaciones fundadas

El recurso de recusación constituye el instrumento procesal que tiene por finalidad el apartamiento del árbitro por estar inmerso en las causales del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia, siendo que, de declararse fundada la recusación, el árbitro pierde groseramente la confianza y con ello gana su desprestigio y el apartamiento de la *litis*.

En materia de contrataciones estatales, el OSCE mantiene una base de datos y un consolidado de los diversos procedimientos de recusaciones, lo cual permite conocer cierta información estadística con relación a los árbitros más recusados, las entidades o contratistas recusantes y los criterios bajo los cuales las recusaciones son declaradas fundadas.

Ante la consulta de si el candidato a árbitro es usualmente recusado y las recusaciones son fundadas, la respuesta cae de golpe: no designen a árbitros recusados, quienes con el quebrantamiento de los principios de imparcialidad e independencia desprestigian las buenas prácticas arbitrales.

6. EL COMPLIANCE EN LAS BUENAS PRÁCTICAS ARBITRALES

Existen investigaciones penales (según fuente pública periodística) que inciden en malas prácticas arbitrales, por las cuales algunos procuradores

públicos habrían compartido con algunos árbitros designados los honorarios actos que, de ser corroborados, implican una conducta deshonesta y desleal contra los intereses del Estado, corrompiendo de esta forma la esencia de la función arbitral, la imparcialidad y la independencia.

Las designaciones arbitrales efectuadas por entidades públicas o privadas bajo el selecto «club de árbitros», donde la designación gira en torno a un grupo de cinco a diez árbitros de forma reiterada y religiosa, pone en evidencia una pésima práctica arbitral, lo cual, en esencia, consiste en forzar al mismo árbitro (designado en diez ocasiones) a perder la objetividad de juzgador, la imparcialidad y la independencia de la función arbitral.

Un árbitro dependiente económicamente de la designación arbitral exclusiva y reiterada de la entidad privada o pública generaría «dudas económicas razonables» y de alguna forma esta subordinación recaería en ser un árbitro exclusivo y a tiempo completo de quien lo eligiera, y con ello fácilmente se podría configurar una causal de recusación. En consecuencia, la designación no depende del árbitro, pero sí su aceptación; el rechazo de mayores designaciones arbitrales representará una buena práctica del juez privado.

Esta misma práctica se podría expresar cuando determinada entidad pública o privada, en exclusividad, designa a determinado centro de arbitraje, y no genera un proceso de selección o licitación bajo criterios de competencia, costo-beneficio, experiencia o declaraciones de no estar inmerso en investigaciones de posibles actos de corrupción.

Considerando la trascendencia de la potestad que mantienen las partes de ejercer su derecho de designación de árbitro de parte es necesario implementar medidas preventivas contra la corrupción y malas prácticas arbitrales, con el fin de que, antes de su designación, pueda cada entidad pública o privada (en ésta última no se requerirá para su implementación excesivos procedimientos como en la administración

pública) mantener una directiva *tipo compliance arbitral* cuando deba designarse a un árbitro. Entre las medidas, proponemos las siguientes:

- Declaración jurada de no mantener procesos penales o investigaciones en trámite, respecto a posibles arbitrajes fraudulentos o afines.
- No haber ejercido funciones arbitrales para la misma entidad (pública o privada) designadora en más de cinco oportunidades (límite de designación) y que dicha entidad no represente su principal fuente de ingresos económicos en el rubro arbitral.
- El árbitro designado por las partes, dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado, no deberá ejercer función o labor pública para cualquier entidad estatal, salvo locación de servicios u órdenes de servicio sin subordinación.
- Dejar sin efecto el plazo de cinco años anteriores a su nombramiento (establecido en los arbitrajes en contrataciones estatales), a fin de que los árbitros ejerzan su deber de revelación con absoluta amplitud y sin limitación de un plazo. Es esencial requerir a los árbitros cumplir con revelar la mayor cantidad de circunstancias a fin de que las partes del litigio evalúen o no la posible recusación.
- Y conforme a lo señalado en el presente trabajo, se sugiere aplicar los cinco consejos para una adecuada selección del árbitro.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARO CORIA, Dino Carlos. «Compliance y corrupción». En *Ius Puniendi*, junio del 2017, n.º 2.

CHÁVEZ CHÁVEZ, Claudia. «Compliance laboral: una herramienta para prever contingencias». En *Web del Estudio Muñiz*, 26 de diciembre del 2017. Recuperado de <<https://bit.ly/2E11PHN>>.

ENSEÑAT, Sylvia. *Manual de compliance officer. Guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*. Pamplona: Aranzadi, 2016.

GARAT, María Paula. «El compliance de las empresas: un instrumento para el cumplimiento normativo y una garantía para los derechos fundamentales». En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, mayo-agosto del 2018, n.º 271, t. LXVIII.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Compliance penal y política legislativa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

JUANES PECES, Ángel (director). *Memento experto. Compliance penal*. Madrid: Francis Lefebvre, 2017.

MORENO, Leslie y Ernesto CABRAL. «Arbitrajes a lo Odebrecht». En *IDL-Reporteros*. Recuperado de <<https://bit.ly/2xgJwIT>>.

NIETO, Martín. «La corrupción en el comercio internacional (o como la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)». En *Revista Penal*, 2002, n.º 12.

VEGA, Élida. «Empresas ingresan a la era “compliance”». En *El Comercio*, 2 de abril del 2018. Recuperado de <<https://bit.ly/2q0MH6j>>.

VIDAL RAMOS, Roger. «Cinco consejos para seleccionar a tu árbitro y no arrepentirte en el camino». En *Legis.pe*, 5 de febrero del 2019. Recuperado de <<https://bit.ly/2YoMJDJ>>.

EL PRINCIPIO *KOMPETENZ-KOMPETENZ* Y SU INDEBIDA APLICACIÓN ANTE LA INEXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL *KOMPETENZ-KOMPETENZ*

El principio *kompetenz-kompetenz* tiene su cimiento en el periodo de 1955 con un fallo emitido por el Tribunal Superior de la República Federal de Alemania,¹ y que en forma posterior se incorpora en el artículo 21 numeral 1 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

De acuerdo con Castillo, Sabroso, Chipana y Castro,² dos escuelas han sido las encargadas de desarrollar en extenso este principio: la alemana y la francesa. Para la escuela alemana —cuya postura es la más radical—, el *kompetenz-kompetenz* implica que el árbitro o, en su caso, el tribunal arbitral, es el único capaz de decidir sobre su competencia.

Por su parte, la escuela francesa matiza el alcance de este principio al señalar que se refiere al hecho de que el árbitro debe ser el primer juez de su competencia, quedando esta decisión sujeta a la determinación final que haga el juez ordinario competente.³ Lo que no precisa esta escuela es el momento en el que el juez debe realizar dicha determinación; no obstante, Gerold Herrmann explica que la primera

¹ En 1955, un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania contempló el principio *kompetenz-kompetenz*. En él se determinó que debía atribuírsele a los árbitros la facultad de determinar el alcance del acuerdo arbitral como la competencia y autoridad hacia el mismo.

² CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

³ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. «El principio *compétence-compétence* revisitado». En *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2006, n° 36.

decisión acerca de la validez o invalidez del convenio arbitral debe corresponderle al árbitro, y al último al juez.⁴

Debemos decir que los árbitros, de acuerdo con el principio *kompetenz-kompetenz*, tienen la facultad de resolver sobre los cuestionamientos a su propia competencia, tal como lo expresa Bullard:⁵

[...] choca con el sentido común de los propios abogados no familiarizados con el arbitraje. Les cuesta entender, por ejemplo, como una alegación de nulidad del convenio arbitral pueda ser resuelta precisamente por aquéllos cuya competencia se deriva de tal convenio. Ven un problema de «el huevo y la gallina» en el que si gallina es nula, el huevo tiene que ser nulo y nada puede derivarse de él.

El principio *kompetenz-kompetenz* constituye una de las reglas de mayor utilidad práctica de una ley de arbitraje en la medida que apunta a proteger la jurisdicción arbitral en el momento inicial del proceso, y a impedir la judicialización prematura del arbitraje, muchas veces propiciada por el arrepentimiento de alguna de las partes que luego de pactar el sometimiento de ciertas cuestiones a juicio de los árbitros, intenta evitarlo y llevar el caso a los tribunales judiciales.⁶

El principio de *kompetenz-kompetenz* representa la esencia y resguardo del arbitraje, de mantener una protección exclusiva de la jurisdicción arbitral ante cualquier intervención del Estado o posibles desvíos a los fueros judiciales de las controversias por las partes. La Ley Arbitral peruana, de forma amplia y técnica, define los alcances de la

⁴ CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CHIPANA CATALÁN, Jhoel; y Laura CASTRO ZAPATA. *Op. cit.*, p. 544.

⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, p. 445.

⁶ CAIVANO, Roque y Natalia CEBALLOS. «El principio *kompetenz-kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina». En *Themis*, 2020, n.º 77, p. 31.

competencia de los árbitros bajo los artículos 40⁷ y 41⁸ de la Ley de Arbitraje.

Por lo general, se acepta que los tribunales arbitrales están facultados para decidir respecto de su propia jurisdicción. Esta facultad es inherente al nombramiento de un tribunal arbitral; de hecho, es una facultad esencial para que el tribunal arbitral lleve a cabo su tarea de manera adecuada. Todo tribunal arbitral debe ser capaz de analizar el acuerdo de arbitraje, las condiciones de su nombramiento y de toda prueba relevante a fin de determinar si un reclamo en particular o una serie de reclamos están comprendidos dentro de su competencia.⁹

Según Rivera:¹⁰

Podemos decir que el principio competencia/competencia significa que los árbitros pueden juzgar sobre la eficacia de la cláusula arbitral y de su aplicabilidad al caso, estando ello sujeto a revisión judicial por vía de un recurso posterior (efecto positivo), y que los tribunales judiciales, si fueran instados por una de las partes, deben limitarse a un examen *prima facie* y remitir la cuestión a la decisión de los árbitros salvo nulidad o inaplicabilidad manifiestas de la convención arbitral (efecto negativo).

Caivano considera que el principio *kompetenz-kompetenz*, en pocas palabras, permite a los árbitros decidir los cuestionamientos que se

⁷ Artículo 40.- «Competencia del tribunal arbitral. El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas».

⁸ Artículo 41.- «Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.
1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso 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. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales».

⁹ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 371.

¹⁰ RIVERA, Julio. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

formulen a su propia competencia, aunque ellos se funden en la inexistencia o nulidad de la misma cláusula arbitral (y, por supuesto, con más razón cuando se fundan en la inexistencia o nulidad del contrato que la contiene).¹¹

En un notable artículo sobre *kompetenz-kompetenz*, Gaillard y Banifatemi¹² argumentan las razones por las cuales este principio es necesario para el arbitraje.

En primer lugar, sostienen que en caso de permitirles a las partes la posibilidad de acudir paralelamente a la vía judicial sin ningún tipo de reparo se estaría desvirtuando la naturaleza del arbitraje debido a las demoras que esto ocasionaría, sumado al hecho de que la parte que plantea alguna cuestión en sede judicial puede realizarlo con el único ánimo de entorpecer el arbitraje. En segundo lugar, sostienen que este principio es necesario para que el artículo II.3 de la Convención de Nueva York de 1958 sea aplicable. Finalmente, consideran estos autores que el principio evitaría sentencias contradictorias, ya que sería un solo tribunal —en este caso el arbitral— el encargado de decidir sobre la competencia.¹³

Según Gisbert:¹⁴

El principio de «competencia de la competencia» (expresión alemana *kompetenz-kompetenz*), que progresivamente está siendo admitido en los derechos nacionales, así como Convenciones internacionales y reglamentos de instituciones arbitrales, se presenta vinculado a otro principio básico del derecho arbitral, cual es el de la autonomía del convenio o cláusula arbitral. El efecto esencial de este último principio

¹¹ CAIVANO, Roque. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, n.º 13, p. 28.

¹² GAILLARD, Emmanuel y Yas BANIFATEMI. «Negative effect of Competence-Competence: The rule of priority in favor of the arbitrators». En *The New York Convention in Practice*. Londres: Gaillard & D. Di Pietro, 2008, cap. 8.

¹³ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 102.

¹⁴ GISBERT POMATA, Marta. *El contrato arbitral*. Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 166.

es que el convenio arbitral escapa a la nulidad o a la resolución del contrato principal. Por tanto, la primera misión de los árbitros es fijar los límites y contornos de su misión.

Si bien es cierto que en la mayoría de los sistemas procesales son los propios jueces quienes deciden sobre su propia competencia, la situación de los árbitros no es exactamente igual, porque su autoridad para juzgar no proviene de la ley, sino de un acuerdo de voluntades.¹⁵

Conforme con las diversas posturas de la doctrina nacional e internacional respecto a la esencia institucional y procesal del principio *kompetenz-kompetenz* es indispensable expresar que el *kompetenz-kompetenz* indefectiblemente va a nacer del ejercicio de la autonomía privada por parte de los contratantes al establecer en un contrato el pacto arbitral, que en buena cuenta es lo que establece la competencia de los árbitros. Ante la inexistencia del convenio arbitral no podría aplicarse el *kompetenz-kompetenz* de manera forzada o en forma abusiva.

Para que el acuerdo de arbitraje sea válidamente constituido debe mediar el consentimiento de las partes, las que deben gozar de la capacidad de derecho y de hecho correspondiente, debe referirse a un objeto viable y tiene que hallarse revestido de la forma legalmente prescrita, en caso de que existiere una. A los requisitos del acuerdo de arbitraje se aplican las mismas disposiciones que rigen para los contratos en general.¹⁶

Un consentimiento contractual válido y con consecuencias contractuales, interpretado bajo la presencia de la buena fe en toda la magnitud de las fases de negociación, ejecución y culminación del contrato, lo que fortalece y protege el ejercicio arbitral del *kompetenz-kompetenz*.

¹⁵ CAIVANO, Roque y Natalia CEBALLOS. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁶ MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Curso de contratos*. Asunción: Intercontinental Editora, 2017, p. 549.

Conforme a la aplicación y vigencia del *kompetenz-kompetenz* como un principio constitutivo del arbitraje, estamos frente a una justicia especializada:

Para lograr un derecho común en materia contractual se precisa de una jurisdicción especializada que lo aplique. El arbitraje se convierte en el mecanismo de solución de conflictos más idóneo para el logro de dicho objetivo, toda vez que logra que se desvincule al juez nacional de un caso internacional, y el conflicto sea resuelto por una jurisdicción imparcial y especializada en este ámbito.¹⁷

Resulta no menos importante señalar que el *kompetenz-kompetenz* ejercido por los árbitros deberá nacer indefectiblemente de un convenio arbitral lícito, válido y eficaz; en consecuencia, la competencia forzada con base en un convenio arbitral inexistente y su objeción, desde el inicio del arbitraje, permitirá como buena práctica arbitral (ante la ausencia de probanza de preexistencia de pacto arbitral) al tribunal, declarar de oficio su incompetencia arbitral.

2. ALCANCES Y LIMITACIONES

El principio de *kompetenz-kompetenz* va de la mano del denominado principio de separabilidad o de autonomía del convenio arbitral, según el cual la cláusula arbitral es independiente del contrato principal que la contiene y, por ende, los árbitros poseen plena facultad para resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal. De esta forma, si el contrato principal está afectado de nulidad, la cláusula arbitral no corre igual suerte. La diferencia entre estos dos principios reside, entonces, en que, según el principio de separabilidad, los árbitros tienen la facultad de resolver controversias relativas a la existencia y validez del contrato principal, mientras que de acuerdo con el principio

¹⁷ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Contratación y arbitraje internacional*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017, p. 79.

de *kompetenz-kompetenz*, los árbitros tienen la facultad de resolver controversias relativas a la existencia y validez del pacto arbitral.¹⁸

El principio de la separabilidad está pensado para que los vicios que afecten el contrato no se trasladen a la cláusula arbitral, se complementa con el principio *kompetenz-kompetenz*, cuyo propósito es evitar la sustracción prematura de la jurisdicción de los árbitros.¹⁹

Desde el punto de vista del efecto positivo del principio, los árbitros están empoderados para regular su propia jurisdicción, y ese poder del tribunal arbitral de examinar su propia competencia evita que las partes —al interponer recursos ante cortes nacionales con el alegato de la falta de jurisdicción del tribunal o la nulidad del contrato principal o del acuerdo arbitral— demoren la constitución del tribunal o el avance del procedimiento arbitral. Al respecto, por ejemplo, las reglas de arbitraje de la CCI previenen el uso de tácticas dilatorias al deferir el examen de la cláusula arbitral a la corte de la CCI. Así, si una de las partes se rehúsa a participar en los procedimientos, impugna la jurisdicción de los árbitros (con o sin fundamento que lo justifique) o emplea cualquier otro tipo de tácticas dilatorias, una vez la corte de la CCI decide darle vía libre al arbitramento, el propio tribunal arbitral decidirá su propia competencia sin la injerencia de las cortes nacionales.²⁰

La importancia del efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* radica, entonces, en evitar la interrupción del proceso arbitral por la sola afirmación de una de las partes sobre la inexistencia o nulidad del pacto arbitral, y la intervención de la justicia estatal antes que los árbitros alcancen una decisión sobre su propia competencia y resuelvan sobre los méritos de la controversia.

¹⁸ LLAIN ARENILLA, Shirley. «El rol del principio de *competence-competence* en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional». En *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, enero-junio de 2014, n.º 24, p. 149.

¹⁹ CAIVANO, Roque. *Op. cit.*, p. 28.

²⁰ LLAIN ARENILLA, Shirley. *Op. cit.*, p. 152.

Por otro lado, es común encontrar partes que sólo participan en el proceso arbitral para alegar la falta de competencia del tribunal arbitral, con el fin de retardar los procedimientos. En la actualidad, esta actitud se combate con el otorgamiento a los árbitros de la facultad de continuar con el proceso arbitral sin la participación de la parte renuente. Así sucedió en el caso *Texas Overseas Petroleum Co. y Californian Asiatic Oil Company vs. República Árabe de Libia*: al recibir la notificación de la solicitud de arbitraje, el Gobierno de Libia la rechazó y no nombró al árbitro que le correspondía de acuerdo con lo pactado en el contrato. Por tal motivo, los demandantes, con fundamento en una de las provisiones del contrato de concesión, solicitaron el nombramiento de árbitro único al presidente de la Corte Internacional de Justicia, entidad que procedió al nombramiento.²¹

De igual forma, también es posible encontrar que las partes esperan hasta que el laudo arbitral sea emitido para interponer el recurso de anulación en su contra, con el fundamento de la falta de competencia del tribunal arbitral. En muchas ocasiones, esta actitud se trata de una simple táctica o estrategia para obstruir el reconocimiento y ejecución de laudo. Por tal motivo, algunas legislaciones, como la inglesa, prevén que si una parte no ha objetado la falta de competencia del tribunal arbitral, no podrá hacerlo más tarde. Así, la sección 73 del *English Arbitration Act* de 1996 señala que una parte en un procedimiento arbitral puede perder su derecho a objetar la falta de competencia del tribunal arbitral ante el tribunal o una corte si no lo ha invocado en el tiempo señalado para ello.²²

El derecho de objeción de la parte que se considere perjudicada por la incompetencia del tribunal arbitral deberá de ser expuesta diligentemente desde el inicio de la petición de arbitraje y luego de la notificación de las reglas arbitrales, es esencial poner en conocimiento de los árbitros la objeción a la competencia.

²¹ *Idem*, p. 159.

²² *Idem*, p. 160.

Los alcances del principio *kompetenz-kompetenz* son amplios y se extienden a todas las controversias futuras y posibles que se puedan derivar del marco contractual respaldado de un válido y eficaz convenio arbitral.

La aplicación del *kompetenz-kompetenz* deberá ser ejercida bajo el principio de buena fe por parte de los árbitros y centros de arbitraje, y con una interpretación pro arbitraje sin incurrir en su desnaturalización y vulnerar el principio de autonomía privada en imponer a las partes (una de ellas) la justicia arbitral.

La prueba del convenio arbitral deberá estar representada por un documento físico o virtual (seguridad certificada absoluta) que acredite la preexistencia del convenio arbitral y así rechazar cualquier interpretación tácita o de la teoría de los actos propios falsos. La prueba deberá ser requerida al demandante y al demandado.

No es sencillo probar el desconocimiento o la ignorancia, o la creencia en determinada apariencia, o que aun actuando con diligencia no podía llegar a conocer determinada situación.²³

No obstante, los avances tecnológicos han impuesto nuevas «formas» de contratación y de instrumentación de los contratos, haciéndose corrientes las transacciones electrónicas, que constituyen un modo diferente de concertar relaciones y de plasmar el consentimiento, que exigen una adecuación por parte de la ley. Consideramos que el resultado confirmatorio obtenido de medios o soportes electrónicos fehacientes o de fiabilidad comprobable científicamente, debe ser considerado como idóneo (dependiendo del caso, como prueba escrita del contrato o principio de prueba por escrito).²⁴

²³ ORDOQUI, Gustavo. *Buena fe contractual*. Asunción: Intercontinental Editora, 2019, p. 254.

²⁴ IRUM CROSEY, Sebastián. «Prueba de los contratos». En AA. VV. *Contratos*. Tercera edición. Asunción: Intercontinental Editora, 2015, p. 647.

Si bien la primera característica reposa en la protección de la jurisdicción arbitral por el mismo árbitro o tribunal, frente a tentaciones de las partes de derivar a sede judicial o administrativa una controversia arbitral, el ejercicio del *kompetenz-kompetenz* se extiende a la posibilidad de que el árbitro pueda establecer su competencia respecto a nuevas pretensiones (acumulación y/o reconvencciones) durante la fase instructiva del arbitraje, ante lo cual deberá de evaluar si las materias son arbitrables o rechazarlas, lo que podría marcar un límite o rechazo por el mismo tribunal sobre materias o pretensiones sobre las que se considere incompetente.

El objeto del convenio arbitral es precisamente brindar competencia a los árbitros para que resuelvan las controversias surgidas o por surgir entre las partes y el efecto lógico de ello es que los tribunales estatales carezcan de competencia para pronunciarse sobre tales materias; de esta forma, sólo tendrán jurisdicción cuando la cláusula arbitral sea inválida o nula, pero quien debe de pronunciarse sobre ello es el mismo árbitro.²⁵

El principio en comento presenta una clara raigambre contractual en cuanto son las partes las que le confieren una competencia total al árbitro para resolver un determinado asunto, de lo cual se deriva que estos deben conocer incluso de su propia competencia para dar inicio al juicio arbitral y sólo si comprueban que éste es nulo o inválido quedarán inhibidos de poder hacerlo. No se trata de una mera facultad del árbitro ni de una concesión de las partes a su competencia, se entiende que ésta es una obligación por parte del árbitro una vez que ha aceptado el cargo, aun a falta de mención expresa, pues tiene el deber de revisar los cimientos del juicio que va a conducir; de lo contrario podrá constituirse en responsable ante las partes.²⁶

²⁵ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Tratado de arbitraje en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, p. 262.

²⁶ *Idem*, p. 264.

Supongamos ahora que el principio de autonomía es inexistente. En caso de que algunas de las pretensiones de una de las partes en controversia sea que el contrato o el acuerdo arbitral es nulo, según el principio de *competence* tendría que arbitrarse dicha controversia para obtener un laudo que decida sobre la validez del contrato. Pero ello podría implicar un absurdo: si el contrato es nulo, el acuerdo arbitral es nulo (que es parte del contrato) y como accesorio seguiría la suerte del principal: el acuerdo arbitral también sería nulo y el laudo que al amparo del mismo no podría tener efectos jurídicos; un resultado tanto lógico como jurídico (según la teoría de las nulidades). De nuevo, propiciaría un resultado tanto irónico como contrario a la voluntad de las partes, pero merecería un adjetivo adicional: ridículo, pues se generaría la obligación de arbitrar para obtener un laudo que resuelva sin efectos jurídicos, pues *ex nihilo nil fit*.²⁷

En plena concordancia con el profesor González de Cossío respecto a la presencia de la inexistencia del convenio arbitral y que se genere un falso *kompetenz-kompetenz* es que establecimos una regla legal de prevención ante la promoción de arbitrajes fraudulentos que, pese a las tempranas oposiciones, objeciones y cuestionamientos, son iniciados actualmente por árbitros y centros de arbitraje bajo una incorrecta y abusiva aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*, tanto en el arbitraje en contrataciones estatales como en los privados.²⁸

Conforme a lo propuesto sustentado en el capítulo 2 de la parte 1 del libro, reiteramos que resulta necesario incorporar a la Ley de Arbitraje que los cuestionamientos a la inexistencia de convenio arbitral o análogos (*ad hoc* o institucionales) se puedan efectuar mediante excepción y puedan ser resueltos en audiencia especial, como requisito previo a la interposición de la demanda y posteriores actos procesales, dejando siempre la posibilidad de una verificación preliminar y acuciosa

²⁷ GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 90.

²⁸ VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, diciembre 2018, n.º 54, p. 354.

por parte de los árbitros y los centros de arbitraje, a fin de verificar la falta, o no, de preexistencia de convenio arbitral y prevenir así la aplicación de un falso *kompetenz-kompetenz*, y, de esta forma, evitar el inicio de diversos procesos arbitrales fraudulentos. La regla procesal propuesta sería la siguiente:

Artículo 16

6. Ante el primer recurso de objeción y/o presentación de la excepción de inexistencia de convenio arbitral, el tribunal arbitral o árbitro único deberá convocar en el plazo de 10 días útiles a una audiencia especial a fin de resolver la objeción y/o excepción contra el convenio arbitral, y de establecer el tribunal arbitral o árbitro único la ratificación y/o validez del convenio arbitral, la parte interesada deberá, en el plazo de 10 días útiles, interponer el recurso de anulación de laudo, conforme al artículo 63 inciso a) y del artículo 64 de la Ley de Arbitraje. Durante la etapa de la objeción y/o presentación de la excepción se suspenden las facultades de los árbitros de otorgamiento de medidas cautelares y únicamente será de aplicación lo establecido inciso 4) del artículo 47 de la Ley de Arbitraje.

La indebida aplicación del *kompetenz-kompetenz* podría ser ejercida por un tribunal arbitral al admitir su competencia ante la inexistencia del convenio arbitral o interpretar la existencia tácita del acuerdo arbitral, que a su vez expresa una pésima práctica arbitral de establecer un falso *kompetenz-kompetenz*.

Consideramos, conforme a los aspectos teóricos y del ejercicio de la función arbitral, que el principio *kompetenz-kompetenz* tendría sus cimientos jurídicos y doctrinarios en los siguientes ámbitos:

- a) *Derivado del convenio arbitral*: resulta primordial la persistencia de exigir un convenio arbitral que no adolezca de vicios o que se encuentre dentro del ámbito de los denominados convenios patológicos, a fin de que los árbitros mantengan la protección de su competencia y a su vez ésta genere una defensa absoluta de la

justicia arbitral frente a las personas jurídicas o naturales que desconozcan el ámbito del principio del *kompetenz-kompetenz*.

- b) *Derivado de la presencia de una cláusula escalonada*: es común que las cláusulas arbitrales se encuentren conectadas con la recurrente «cláusula escalonada» que representara una vía prearbitral, vía previa o trato previo, según la redacción y los procedimientos fijados por las partes. El espíritu «escalonado y de negociación», de no ser cumplido por una de las partes y convalidado por el tribunal arbitral, podría representar una contingencia de excepción de incompetencia del tribunal arbitral y repercutir en la fase judicial de anulación de laudo.
- c) *Derivado de la instalación del tribunal arbitral*: sin perjuicio de que los árbitros tengan la garantía de que su competencia nazca de un convenio arbitral pleno al momento que las partes participan de la audiencia de instalación del tribunal arbitral, ratifican de manera expresa su voluntad de litigio arbitral y con ello reafirman su ratificación a la competencia de los árbitros.
- d) *Derivado de la fijación de puntos controvertidos*: los árbitros, a fin de permanecer de manera constante en el ejercicio de su *kompetenz-kompetenz*, deberán analizar si las pretensiones y/o reconveniciones resultan materias arbitrables o se encuentran dentro lo permitido por las normativas pertinentes. En el supuesto de que no resulten ser competentes para resolver ciertas materias controvertidas, el tribunal arbitral podría declinar del ejercicio del *kompetenz-kompetenz*.²⁹ La doctrina arbitral peruana con mayor regula-

²⁹ En materia de contrataciones estatales, y conforme a los avances de la normativa especial, las pretensiones por el enriquecimiento sin causa e indemnizaciones planteadas en contra de las entidades estatales no constituyen materia arbitrable. Este mismo sentido se aplica a los adicionales de obra y gastos generales en los arbitrajes sobre ejecución de contrato de obra, que en la doctrina arbitral peruana se han desarrollado con el término de «inarbitrables».

ridad se aplica a la incompetencia del tribunal arbitral en las controversias respecto a la ejecución de obras públicas conforme a lo regulado por la ley de contrataciones.

- e) *El ejercicio del kompetenz-kompetenz de oficio al momento de emitir el laudo*: recordemos que las actas de instalación o reglas arbitrales otorgan a los árbitros facultades discrecionales a fin de que puedan pronunciarse sobre los diversos aspectos controvertidos —aun no hayan sido señalados por las partes—, conforme al principio de dirección del proceso arbitral regulado en los artículos 40 y 41 de la Ley de Arbitraje, siendo esencial que exista conexión entre los puntos controvertidos y las pretensiones de la demanda o reconvencción. En los arbitrajes de contrataciones estatales esta facultad se extiende a las excepciones de caducidad declaradas de oficio, criterio muy discutido en la comunidad arbitral.

3. INCOMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

La interposición de excepciones como estrategia de defensa en los arbitrajes arbitrales podría ser amplia: respecto a la incompetencia del tribunal arbitral por no estar frente a materias arbitrables, presencia de la cláusula escalonada, aspectos relacionados a la cosa juzgada respecto a la validez, eficacia o inexistencia del convenio arbitral, y sobre caducidad, con mayor énfasis en los arbitrajes de contrataciones estatales.

El plazo máximo para plantear excepciones frente a una demanda es la contestación de la demanda, sea que se trate de excepciones sobre la existencia o validez del convenio o excepciones relacionadas a la materia controvertida. Aquí es preciso tener en cuenta una cuestión práctica, en no pocas ocasiones la parte que objeta la existencia o validez del convenio asume una posición contraria al arbitraje y decide no participar luego de dar a conocer o no dar a conocer sus razones. En

estos casos consideramos que el tribunal arbitral, no obstante, la renuencia de la parte, debe evaluar sus razones, en la medida que las conozca mediante los antecedentes o las pruebas del caso.³⁰

La Ley de Arbitraje, en su artículo 41, de forma amplia regula el principio de *kompetenz-kompetenz* en el inciso 4 y deja a criterio de los árbitros resolver las excepciones antes de la emisión del laudo o conjuntamente con el laudo. No obstante, consideramos que la excepción de inexistencia de convenio arbitral (del tribunal o centro de arbitraje) deberían ser resueltas antes de la emisión de laudo.

Una cuestión adicional que merece ser comentada es la posibilidad de que sean los árbitros *ex officio* los que consideren temas que atañen a su competencia en cualquier momento.³¹

La posibilidad de que los árbitros de oficio resuelvan la excepción respecto de su competencia siempre se mantiene intacta, pero la mayoría tribunales prefiere resolverla junto con el laudo, práctica que rechazamos, más aún cuando se trata de excepciones respecto del convenio arbitral, cláusula escalonada, materias no arbitrables o incompetencia institucional del centro de arbitraje, la misma que debería ser resuelta con celeridad y *a priori* a proseguir con otras actuaciones arbitrables.

El tribunal arbitral tiene entera discreción para decidir las excepciones de manera preliminar o junto con las cuestiones de fondo en un laudo definitivo, salvo que exista un pacto de las partes que lo obligue a resolver en uno u otro momento. El criterio imperante para decidir este aspecto es el grado de vinculación del objeto de la excepción con los temas de fondo. Si la excepción no compromete directamente temas de fondo, puede resolverse luego de agotada la discusión sobre

³⁰ RUBIO, Roger. «El principio *competence-competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje». En *Lima Arbitration*, 2010/2011, n.º 4, p. 108.

³¹ *Idem*, p. 109.

este aspecto; en caso contrario, es más conveniente que la decisión sea tomada al momento de emitir un laudo definitivo.³²

No compartimos este criterio de resolver la excepción en forma conjunta con el laudo, *máxime* si obra en el proceso una excepción de inexistencia del convenio arbitral que fuera expresada desde la petición de arbitraje y con ejercicio del derecho a objetar, de oficio el tribunal arbitral debería resolver la excepción, pues al existir cuestionamiento a la competencia derivada de la inexistencia de convenio arbitral, es esencial determinar o no si el convenio es válido y genera los efectos arbitrales.

Es importante acotar que el Reglamento de Ley de Contrataciones Estatales³³ ha previsto que los árbitros deberán de resolver la excepción de caducidad en forma previa a la emisión del laudo (*cierre de la etapa postulatoria o antes de la fijación de los puntos controvertidos*), buena práctica arbitral ejercida en la Ley de Contrataciones Estatales que debería ser replicada en los arbitrales comerciales.

No obstante, también es transcendental establecer que el tribunal arbitral, mediante el ejercicio de buenas prácticas arbitrales, pueda declarar su incompetencia y apartarse o renunciar a su competencia, este supuesto podría estar previsto ante la excepción de inexistencia de convenio arbitral y con mayor énfasis en las materias no arbitrables (fijadas por la ley o pacto de las partes contratantes).

Un ejemplo concreto de declaración de incompetencia lo encontramos en el siguiente laudo arbitral en materia de contrataciones estatales:

³² *Idem*, p. 110.

³³ Excepciones y objeciones Artículo 229 Reglamento vigente a la fecha de la redacción del presente libro.

Es claro que el numeral 41.2 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado establece una excepción en la contratación de obras para que una entidad ordene y pague la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el quince por ciento (15 %) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Dicha excepción requiere un procedimiento que está regulado en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Tanto la excepción y el procedimiento señalados están previamente establecidos para cautelar los recursos públicos.

En el presente proceso, es aplicable el supuesto del monto que no supera el 15 % del monto del contrato original y por ello la pretensión principal de la demanda arbitral contiene el pedido de dejar sin efecto o inaplicar lo dispuesto en el primer resolutivo de la Resolución Directoral n.º 765-2013-MTC/20 (y con ello, indirectamente, alterar lo dispuesto en la Resolución Ministerial n.º 452-2013 MTC 02 de fecha 26 de julio de 2013, pues conforme a la normativa aplicable, el plazo de ampliación y los mayores gastos generales de ésta, forman parte del presupuesto adicional aprobado). De ello se infiere que el consorcio solicita que se corrija la decisión de la entidad de aprobar el adicional y ello no es posible porque la ley expresamente excluye tal decisión del arbitraje.

En ese contexto, este tribunal arbitral estima que la pretensión principal *es improcedente porque no es materia arbitrable*, pero deja a salvo el derecho del Contratista para pedir en la vía Jurisdiccional correspondiente la revisión de la Resolución Directoral n.º 765-2013-MTC/20, toda vez que este tribunal arbitral está sujeto a la restricción prevista en el numeral 41.5 del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado. Específicamente en sede arbitral no puede cuestionarse los alcances o términos en los que ha si aprobado un adicional de obra cuando el monto no supera el 15 % del monto del contrato original.

Por lo expuesto, este tribunal arbitral estima que la primera pretensión principal es IMPROCEDENTE por los fundamentos expuestos (Expediente n.º 377-56-13).

En la actualidad, la doctrina arbitral peruana, en su mayoría, ha aceptado la inarbitrabilidad³⁴ respecto a las prohibiciones establecidas en la Ley de Contrataciones a fin de tutelar los recursos públicos ante posibles pretensiones que con diferentes estrategias podrían tener por finalidad que el Estado gaste mayores montos económicos a los permitidos por la ley especial (contrataciones estatales).

4. CRITERIOS DE LAS SALAS COMERCIALES

4.1. *Incompetencia establecida por árbitro único*

La Primera Sala Comercial de Lima, en el Expediente n.º 179-2013 NDC Perú Office S. A. C. vs. OSCE, Reniec y Carlos Paitán Contreras, el árbitro único en el laudo se declaró incompetente para incorporar y extender la controversia a otras partes procesales. La anulación se declaró infundada, por los siguientes argumentos:

OCTAVO: En efecto, se aprecia del laudo en cuestión, que en éste el árbitro declara que no es competente para atender la controversia planteada por NDC Perú Office S. A. C., relacionada con la resolución parcial del Contrato n.º 079-2009, RENIEC/SERVICIOS, de fecha 5 de octubre de 2009 y sus *addendas*, celebrado entre el consorcio NDC Perú Office S. A. C. -Digi Sign Limited y Reniec, al considerar dicho árbitro que: «[...] estamos ante una imposibilidad *ratione personae* que afecta de manera sustancial la competencia del tribunal, en la medida que i) no se encuentra pactado el arbitraje entre el demandante en su calidad de consorciado para accionar por derecho propio y Reniec; y ii) no se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral, ni de la Ley de Contrataciones del Estado, ni de las bases del proceso analizadas por el tribunal, consideración alguna acerca de la manifestación de voluntad de Reniec en dejar abierta la posibilidad que los miembros del Consorcio puedan controvertir a nivel arbitral actuaciones de la entidad, por afectaciones en el patrimonio propio» (considerando 55 del laudo).

³⁴ El tribunal arbitral no tendrá competencia para laudar sobre temas no arbitrables, los laudos sobre estos evidenciarían un falso *kompetenz-kompetenz*.

DÉCIMO PRIMERO: Se advierte con claridad meridiana que el Laudo objeto del recurso de anulación contiene una decisión inhibitoria debidamente sustentada en las razones de hecho y de derecho debida y cabalmente expuestas por el árbitro único, en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, de apreciar su competencia «en cualquier momento», no siendo posible que esta instancia judicial ingrese a analizar la corrección o no del criterio expuesto en la motivación del laudo, por expresa prohibición del artículo 62 inciso 2) de la citada ley, pues como este colegiado jurisdiccional superior ha dejado constancia en reiterada jurisprudencia, no le corresponde calificar jurídicamente las razones, interpretaciones, ni conclusiones arribadas por los árbitros que dan sustento a la decisión consignada en el laudo arbitral.

DÉCIMO SEGUNDO: En tal sentido, al no haberse evidenciado la existencia de defecto formal que afecte el laudo materia de revisión, ni que en los fundamentos del laudo se haya configurado afectación al derecho de defensa del demandante, resulta evidente que el mismo reviste validez, y, por tanto, ostenta eficacia propia de la cosa juzgada, conforme lo establece el artículo 59 numerales 1 y 2 del Decreto Legislativo n.º 1071, por lo que la demanda debe desestimarse en todos sus extremos al evidenciar la falta de probanza de los fundamentos expuestos en ella (Expediente n.º 179-2013).

4.2. *Bricks y Concrect Contratistas vs. Ministerio de Energía y Minas*

La Primera Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, sobre el Expediente n.º 462-2017-0-1817-SO-CO-01, Bricks y Concrect Contratistas contra Dirección General de Electrificación Rural del Ministerio de Energía y Minas:

La competencia arbitral le corresponde decidir al propio tribunal arbitral en razón de lo previsto en el artículo 41 del Decreto Legislativo n.º 1071 (*kompetenz-kompetenz*). Asimismo, si bien es cierto, forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva el obtener una decisión definitiva sobre el derecho material que se invoca en la demanda, también lo es que ello no es un principio absoluto, pues existen circunstancias previstas por el

derecho que impiden que se efectúe ese pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

DÉCIMO: Se desprende de lo anterior, que el tribunal arbitral, con base en los hechos expuestos por las partes así como a tenor de las interpretaciones jurídicas contenidas el laudo (respecto del artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado), ha explicado por qué no se considera competente para conocer de la sexta pretensión arbitral de Bricks y Concret Contratistas Generales S. A. C.; por lo que, ha cumplido con el principio de motivación a que refiere el inciso 5) del artículo 139 de nuestra Constitución. Siendo que el cuestionamiento de la parte impugnante al criterio adoptado por el tribunal arbitral y a la conclusión a la que arriba, no forma parte de la finalidad del recurso de anulación de laudo, tal como lo establece la segunda parte del inciso 2) del artículo 62 del Decreto Legislativo n.º 1071 (Decreto Legislativo que Regula el Arbitraje) que prevé: «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».

10.2: Y, si bien es cierto, forma parte de la tutela jurisdiccional efectiva el obtener una decisión definitiva sobre el derecho material que se invoca en la sexta pretensión de la demanda arbitral, también lo es que, ello no es un principio absoluto, pues existen circunstancias previstas por el derecho que impiden que se efectúe ese pronunciamiento sobre el fondo de la controversia; ejemplo de ello, es la incompetencia del tribunal arbitral para conocer determinadas materias, como aquéllas que se señala en el artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable. Por ende, un pronunciamiento jurisdiccional que no se pronuncia por el fondo de lo controvertido prima facie no revela una decisión no conforme a derecho.

10.3: Por último, estando a que el tribunal arbitral declaró improcedente la sexta pretensión de la demanda arbitral postulada por Bricks y Concret Contratistas Generales S. A. C., pues, no sería materia arbitrable, conforme a lo previsto en el acotado artículo 41 de la Ley de Contrataciones del Estado; y atendiendo a que los árbitros son los únicos que pueden decidir sobre su competencia (teniendo en cuenta las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico a la jurisdicción

arbitral); atribución que les es conferida por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, contra la cual no cabe argumento contrario; es claro que la parte impugnante Bricks y Concret Contratistas Generales S. A. C., queda habilitada, para postular, si así lo estimara, su pretensión en la vía judicial respectiva.

4.3. Consorcio Puerto Rico vs. Gobierno Regional de San Martín

Sobre el proyecto especial Huallaga Central y Bajo Mayo. En este fallo de segunda instancia se reitera el ejercicio del árbitro único de determinar su competencia respecto a las controversias dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado, los criterios fueron los siguientes:

10.2: Cabe agregar además que, la propia Ley de Arbitraje en el artículo 40 líneas arriba reseñado, faculta al árbitro o tribunal a pronunciarse sobre situaciones conexas no demandadas expresamente, como en este caso lo sería la validez del procedimiento seguido para arribar a la resolución de contrato. Efectivamente, en el laudo se señaló que no era posible activar el procedimiento de resolución de contrato utilizado por el Consorcio (el que en buena cuenta sirve de sustento para la pretensión de consentimiento de resolución de contrato alegada por el demandante) toda vez que a criterio del árbitro la prestación (informe final) que supuestamente la entidad demandada se negaría a pagar y que motivo la terminación del contrato, no se encuentra aprobada por el silencio positivo, razón por la cual esta resolución contractual no se ajustaría a derecho, en las próximas líneas glosaremos los fundamentos vertidos por el Arbitro Único para mayor ilustración:

«1. Sobre la pretensión para que se declare la resolución del Contrato por no haber iniciado la Entidad el procedimiento conciliatorio y/o arbitral es pertinente señalar que *no es posible activar el procedimiento a que se contraen los artículos 167 y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aduciendo que la prestación ha quedado consentida en aplicación del silencio administrativo positivo y que la Entidad se niega a cumplir la obligación de pago que ese consentimiento comporta, toda vez que de conformidad con lo establecido en la cláusula cuarta del Contrato, los plazos no consideran el tiempo que se requiere para*

la revisión, ni para el registro por parte en el SNIP, ni para el levantamiento de observaciones y para su consecuente evaluación por parte de la OPI del Gobierno Regional de San Martín» (resaltado nuestro).

10.3: Así las cosas, se llega a concluir la falta de asidero de los argumentos vertidos por el nulidicente, al haberse corroborado en los fundamentos *ut supra* la inexistencia de incongruencia por exceso, por cuanto el Tribunal ha procedido conforme las atribuciones otorgadas por las partes y también reconocidas por la Ley de Arbitraje.

5. CONCLUSIONES

- El principio *kompetenz-kompetenz*, indefectiblemente, mantiene su cimiento en el ejercicio de la autonomía privada por parte de los contratantes al fijarse en un contrato el pacto arbitral que determina la generación de la competencia de los árbitros; y, en su defecto, ante la inexistencia del convenio arbitral, no podría aplicarse el principio *kompetenz-kompetenz*.
- El principio *kompetenz-kompetenz* reposa en la protección de la jurisdicción arbitral por el mismo árbitro o tribunal, frente a tentaciones de las partes de derivar a sede judicial, administrativa o institución arbitral ajena, ejerciendo los árbitros la tutela de su propia competencia.
- El ejercicio del *kompetenz-kompetenz* se extiende respecto a las nuevas pretensiones (acumulación y/o reconveniones) durante la fase instructiva del arbitraje, siendo indefectible evaluar si las materias son arbitrables o rechazarlas, criterio que podría sellar la aceptación o rechazo por el mismo tribunal sobre materias o pretensiones que consideren su incompetencia incluso de oficio.
- Algunos árbitros y centros de arbitraje estarían generando la imposición temeraria de un ilegítimo del *kompetenz-kompetenz*. En supuestos de inexistencia del convenio arbitral, un árbitro único

o tribunal aplicarían forzosamente su competencia con el ánimo de iniciar un arbitraje fraudulento o cuando por mandato de la ley (prohibición de ciertas materias arbitrables) se carece de competencia arbitral.

- La aplicación del *kompetenz-kompetenz* deberá ser ejercida bajo el principio de buena fe por parte de los árbitros y centros de arbitraje, y con una interpretación pro arbitraje, sin incurrir en su desnaturalización y vulnerar el principio de autonomía privada en imponer a las partes (una de ellas) la justicia arbitral.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El carácter contractual del recurso de anulación». En *Litigio arbitral. El arbitraje desde otra perspectiva*. Lima: Palestra, 2016, pp. 436-461.

CAIVANO, Roque. «El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene». En *Derecho y Ciencias Sociales*, octubre 2015, n.º 13, pp. 13-39.

CAIVANO, Roque y Natalia CEBALLOS. «El principio *kompetenz-kompetenz*, revisitado a la luz de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional argentina». En *Themis*, 2020, n.º 77.

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CASTRO ZAPATA, Laura y Jhoel CHIPANA CATALÁN. *La Ley de Arbitraje: análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

GAILLARD, Emmanuel y Yas BANIFATEMI. «Negative effect of Competence-Competence: The rule de priority in favor of the arbitrators». En *The New York Convention in Practice*. Londres: Gaillard & D. Di Pietro, 2008.

GISBERT POMATA, Marta. *El contrato arbitral*. Navarra: Thomsom Reuters, 2015.

GONZÁLES DE COSSÍO, Francisco. «El principio *compétence-compétence* revisitado». En *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2006, n.º 36.

IRUM CROSKEY, Sebastián. «Prueba de los contratos». En AA. VV. *Contratos*. Tercera edición. Asunción: Intercontinental Editora, 2015.

LLAIN ARENILLA, Shirley. «El rol del principio de *competence-competence* en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional». En *Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int.*, enero-junio de 2014, n.º 24, pp. 143-168.

MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio. *Curso de contratos*. Asunción: Intercontinental Editora, 2017.

ORDOQUI, Gustavo. *Buena fe contractual*. Asunción: Intercontinental Editora, 2019.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

RIVERA, Julio. *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007.

RUBIO, Roger. «El principio *competence-competence* en la nueva Ley Peruana de Arbitraje». En *Lima Arbitration*, 2010/2011, n.º 4.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Tratado de arbitraje en Chile*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Contratación y arbitraje internacional*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017.

VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, diciembre 2018, n.º 54, pp. 335-356.

EL CONVENIO ARBITRAL, PARTES SIGNATARIA Y NO SIGNATARIA EN LOS ARBITRAJES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PRIVADA

1. INTRODUCCIÓN

Resulta fundamental en la gestión de un proceso arbitral, ya en la condición de abogado o árbitro, analizar los alcances de la figura de la parte no signataria a fin de extender o no el convenio arbitral a los sujetos contratantes o partes vinculadas de la negociación, celebración y ejecución de un contrato, encaminado siempre a determinar quiénes mantienen la condición de «partes procesales» antes del inicio del arbitraje o en su etapa postulatoria.

La extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias o firmantes (pacto arbitral) con mayor frecuencia se mantiene en los arbitrajes comerciales; no obstante, bajo la experiencia profesional brindaremos algunas breves reflexiones de carácter personal a fin de determinar las implicancias de la parte no signataria en los arbitrajes en contratación pública y privada.

A fin de mantener una correcta interpretación es ineludible que la comunidad arbitral pueda analizar de manera integral los artículos 13 y 14 de la ley arbitral peruana, laudos (comerciales y contratación estatal) y fallos establecidos por las salas comerciales y civiles de las diferentes cortes de justicia al nivel nacional, respecto a la validez del convenio arbitral y su extensión a partes no signatarias a fin de lograr una interpretación integral y vinculada según la complejidad de la controversia.

2. CONVENIO ARBITRAL, PARTES SIGNATARIA Y NO SIGNATARIA

El convenio arbitral se encuentra regulado en el Perú por los alcances de los artículos 13 y 14 de Decreto Legislativo n.º 1071, que a nuestro criterio están agrupados en dos clasificaciones: a) convenios arbitrales expresos; y b) convenios arbitrales tácitos,¹ conforme a lo fija la Ley de Arbitraje y el modelo Uncitral.

El convenio arbitral genera indefectiblemente que los contratantes acepten obligaciones de índole contractual (pago de honorarios a los árbitros, reglas de confidencialidad), las que implican el acatamiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer que se generan entre los árbitros, el secretario, las partes y terceros (órganos de apoyo y ajenos a la controversia), los cuales son de índole económico y procesal.

Si el pilar fundamental del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, que se manifiesta principalmente en el convenio arbitral, entonces es lógico sostener que el primer y fundamental elemento es precisamente la prestación del consentimiento. Constituye un requisito *sine qua non*, como en todo contrato, que las partes se individualicen de manera completa con el objeto de que el contrato despliegue todos sus efectos entre ellas, del mismo como lo hará la sentencia dictada por el árbitro.²

En este contexto Castillo, Rosas y Santisteban,³ acotan:

En el esquema planteado por la Ley de Arbitraje, toda persona que haya suscrito ese convenio arbitral que puede calificarse como escrito en los

¹ VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, 2018, n.º 54, p. 338.

² VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Contratación y arbitraje internacional*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017, p.143.

³ CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS, Verónica y Massiel SANTISTEBAN SILVA. «Los derechos procesales del tercero del artículo 14 de la Ley de Arbitrajes». En *Libro de Ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2020. Recuperado de <<https://ipdle-gal.pe/pop.php?option=articulo&Hash=7b36956a5686f463651a4e4d89ff52de>>.

términos regulados en el artículo 13, es calificada como parte signataria del mismo y, por ende, se encuentra vinculada a él. Ello, en la medida en que, conforme a lo regulado en la citada norma, no cabe duda de que ha declarado su voluntad de someterse a dicho acuerdo.

El artículo 13 de la ley arbitral peruana, inciso 1, parte del supuesto de que el convenio arbitral agrupa las diferentes controversias y que se encuentra ligado a una relación jurídica contractual de otra naturaleza; el inciso 2) expresa la necesidad de la forma *ad solemnitatem* (por escrito), y bajo una aplicación sistematizada, conforme al inciso 3, el convenio arbitral se extiende a otras formas y conforme a la ejecución de ciertas conductas.⁴

Acorde con la modernidad y la era virtual-tecnológica, el inciso 4 regula los convenios arbitrales electrónicos en sus más diversas modalidades (mensajes de datos), lo cual no pierde el carácter de formal, dejando tal vez la firma digital o electrónica, según la regulación especial de la ley, que certifique y garantice la autenticidad y legalidad de la voluntad arbitral.

El inciso 5 establece que los escritos del litigio arbitral y sin negativa implicarán la aceptación a la justicia arbitral y el inciso 6 establece que se podrá extender el convenio arbitral a otro contrato, siempre que exista un pacto arbitral.

Los convenios arbitrales tácitos se encuentran regulados en el inciso 3⁵ del artículo 13 de la ley arbitral peruana, inspirado en el modelo Uncitral, bajo la libertad de regulación y flexibilidad, supuesto que en buena cuenta efectúa una regulación *ad probationem*, la misma que podría ser interpretada como que no se cumplan formalidades y que los acuerdos arbitrales puedan ser tácitos o carezcan de formalidades

⁴ VIDAL RAMOS, Roger. *Op. cit.*, pp. 350-351.

⁵ «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».

impuestas por las partes, lo cual perfectamente podría incurrir en una clara distorsión fraudulenta de los convenios arbitrales *ad probationem*. Como las prácticas al estilo de la Mafia Orellana, en las cuales pseudoárbitros iniciaban procesos arbitrales sin la preexistencia del convenio arbitral, bajo una interpretación tácita de la existencia del convenio arbitral.

Existen situaciones, sin embargo, en que, habiendo un convenio arbitral que ya vincula a —al menos— dos partes en aplicación de lo establecido en el referido artículo 13, hay una tercera parte que no habiendo suscrito ese convenio, sí habría dado su consentimiento para someterse a él. Esas situaciones son las previstas en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, cuyo texto es el siguiente:⁶

Artículo 14.- «Extensión del convenio arbitral

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

El propósito de la norma transcrita ha sido favorecer la inclusión de más personas o más partes en el proceso arbitral. Con esa finalidad, el artículo 14 no hace otra cosa que establecer que ese convenio arbitral, que ha sido acordado en aplicación del artículo 13, no sólo vincula a aquellos sujetos que, en efecto, lo han suscrito y que pueden ser identificados con facilidad (partes signatarias), sino que vincula a un sujeto distinto a ellos (parte no signataria) que, aunque de un modo distinto al de aquéllos, también ha declarado su voluntad de someterse a dicho convenio.⁷

⁶ CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS, Verónica y Massiel SANTISTEBAN SILVA. *Op. cit.*

⁷ *Ibidem.*

El profesor Alfredo Bullard, bajo el título «¿Y quiénes están invitados a la fiesta?»,⁸ un trabajo muy reconocido en la doctrina nacional y extranjera, brinda pautas bajo los siguientes aspectos didácticos:

- i. Si uno visualizara un arbitraje como una fiesta, sólo deben asistir a ella las personas que han sido invitadas y sólo en cuanto éstas deseen asistir. No es legítimo colarse a la fiesta sin invitación y tampoco es legítimo ser forzado a ir a una fiesta a la que uno no aceptó ir.
- ii. Pero lo cierto es que la tarjeta de invitación a esa fiesta es conocida como «convenio arbitral». Y el convenio arbitral es, simple y llanamente, un contrato. El carácter contractual del arbitraje es entonces la llave para quien entra y el candado que le cierra la puerta a quien se queda afuera de la fiesta.
- iii. Nótese que con ello la LGA está estableciendo algunos principios de formación de consentimiento diferentes a los recogidos en las reglas contractuales ordinarias. Puede derivar el consentimiento sin que haya en estricto una oferta y una aceptación en términos convencionalmente aceptados para los contratos. Está autorizando, con el uso del principio de buena fe, que, por medios de conductas u omisiones, pueda inferirse un consentimiento, incluso en supuestos en que dicha conducta no tenga carácter recepticio, es decir, no se haya formulado para ser dirigida a las otras partes del convenio arbitral. En esa línea el artículo 14 debe ser entendido como una regulación que describe formas distintas a las del Código Civil o las normas de contratos ordinarias de formar un consentimiento.⁹

⁸ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*. Anuario Latinoamericano de Arbitraje, 2012, n.º 2, pp. 21-22.

⁹ *Idem*, p. 28.

Discrepamos, con el profesor Bullard y con la regulación vigente, respecto al criterio peligroso del consentimiento tácito establecido por el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, pues se genera una externalidad negativa de los convenios arbitrales tácitos, que estaría determinada por los arbitrajes fraudulentos, bajo la imposición de una interpretación de existencia tácita del acuerdo arbitral y/o aplicación extensiva del pacto del artículo 14 (contratantes que literalmente no suscribieron ese acuerdo), así se generan incentivos, que podemos apreciar desde una doble óptica: incentivos perversos en perjuicio de los perjudicados (contratantes, el Estado y sociedad); e incentivos económicos para algunos malos operadores (contratantes, abogados, árbitros, e incluso peritos), para imponer la justicia arbitral sin la preexistencia del convenio, conducta ilegal que genera externalidades negativas y, a su vez, genera pérdida de confianza en el arbitraje y sus implicancias con conductas no éticas y hasta corruptas.¹⁰

Las externalidades negativas de los convenios arbitrales tácitos implicarán el temor de los contratantes de fijar como cláusula de solución de controversias –en su ámbito contractual–, considerando el alto grado de probabilidad de soportar los perjuicios económicos generados por ciertas malas prácticas arbitrales, como la imposición del falso *kompetenz-kompetenz* sin la preexistencia del pacto arbitral.

Los costos de transacción de los convenios tácitos se trasladan a las partes vulnerables, en su mayoría personas naturales al asumir pago de honorarios arbitrales, de abogados, expertos y gastos judiciales ante el escenario de anulación de laudo.

El ejercicio del derecho de defensa será altamente oneroso para el perjudicado por convenios arbitrales inexistentes. En este aspecto

¹⁰ VIDAL RAMOS, Roger. *La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú*. Tesis para optar el grado de doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: 2020, p. 221. Recuperado de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/15836/Vidal_rr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, p. 221.

coincidimos con Núñez del Prado:¹¹ «Si alguien tiene una controversia comercial, debe asumir los costos del arbitraje en integridad. No existe ninguna razón por la que nadie deba estar legitimado para externalizar los costos en la sociedad con fuertes efectos regresivos», pero se pueden asumir los costos de un arbitraje comercial derivados de un pacto arbitral real y lícito, la imposición del convenio por una parte temeraria y los árbitros genera costos y externalidades a la sociedad y a los sujetos contratantes.

A raíz de lo expuesto, reiteramos nuestra propuesta que consiste en una mayor formalidad (*ad solemnitatem*) al momento de suscribir convenios arbitrales. Una mayor regulación como la que proponemos encuentra su justificación dando cuenta de los costos innecesarios que las víctimas de arbitrajes fraudulentos deben enfrentar, así como los daños a la institucionalidad del arbitraje (por los casos que ya conocemos a nivel nacional).

Para demostrar que es parte, es preciso demostrar que ha declarado, expresa o tácitamente, su voluntad de someterse a él, aunque lo haya hecho en un modo o una oportunidad distinta a la declaración hecha por las partes signatarias. En caso de que no se lograra demostrar que ese sujeto no signatario ha dado su consentimiento, nos encontraríamos frente a un tercero a quien debería emplazarse en los tribunales ordinarios.¹²

Pues resulta que bajo el elemento de consentimiento voluntario lícito según la extensión del artículo 13 de la ley arbitral peruana, únicamente se puede vincular a todas las partes signatarias o firmantes del pacto arbitral; sin embargo, el artículo 14 permite la integración excepcional del no signatario del convenio arbitral, tema que resulta esencial ante una interpretación. ¿Existe o no consentimiento?, o ¿bajo qué sustento se extiende el convenio arbitral al no signatario? Preguntas

¹¹ NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio. *La tragedia del consentimiento*. Lima: Palestra Editores, 2019, p. 212.

¹² CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS, Verónica y Massiel SANTISTEBAN SILVA. *Op. cit.*

y respuestas no sencillas y que deberán de ser interpretadas en la condición de abogados, partes y árbitros, a fin de ejercer una alternativa.

Al respecto es pertinente la reflexión de la profesora Vásquez:¹³

Esta situación entronca normalmente con la prestación de consentimiento, toda vez que puede ocurrir que la voluntad de las partes no se presente en términos claros o explícitos, sino de una manera tácita y/o se desprenda de otros actos que deberá valorar e interpretar el árbitro, según sea el caso. Ello implica aceptar que tal consentimiento podrá desprenderse como válido incluso cuando el convenio no es aceptado individualmente, sino como parte de un conjunto más amplio de cláusulas o condiciones, por lo que en dichos casos tales personas podrán entenderse igualmente vinculadas al convenio arbitral en calidad de partes.

Sostener algo distinto y pretender usar el artículo 14 de la Ley de Arbitraje como una fórmula elástica que pueda ser estirada para forzar la jurisdicción arbitral en sujetos que ni han suscrito el convenio arbitral en los términos expresados en el artículo 13, ni han dado su consentimiento (expreso o tácito) para someterse a él, sería absolutamente injusto, toda vez que resultaría contraproducente para los principios de la administración de justicia en general y del arbitraje en particular.¹⁴

Concordamos con el profesor Castillo y sus coautores, y agregamos que resulta no menos importante señalar que el *kompetenz-kompetenz* ejercido por los árbitros deberá nacer indefectiblemente de un convenio arbitral lícito, válido y eficaz, en consecuencia, la competencia forzada con base en un convenio arbitral inexistente y su objeción, desde el inicio del arbitraje, permitirá como buena práctica arbitral (ante la ausencia de probanza de preexistencia de pacto arbitral) al tribunal de oficio declarar su incompetencia arbitral.

¹³ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Op. cit.*, p. 177.

¹⁴ *Ibidem*.

El principio *kompetenz-kompetenz* indefectiblemente mantiene su cimiento en el ejercicio de la autonomía privada por parte de los contratantes al fijarse en un contrato el pacto arbitral, que inobjetablemente genera la competencia de los árbitros y, en su defecto, ante la inexistencia del convenio arbitral no podría aplicarse el *kompetenz-kompetenz* en favor de los árbitros.

3. ¿EL NO SIGNATARIO EN LOS ARBITRAJES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA?

El caso arbitral *ad hoc* (I 352-2017),¹⁵ nos permite analizar la vinculación de la parte no signataria en los arbitrajes en contratación pública, litigio iniciado entre un contratista con una empresa municipal y contra la entidad edil. Sucedió que en etapa postulatoria, el contratista solicitó al tribunal arbitral la incorporación en condición de no signatario de la municipalidad bajo el argumento del dominio económico absoluto de la empresa de limpieza y la vinculación societaria por la condición de la municipalidad provincial de mantener el estatus de único accionista de la empresa municipal.

La municipalidad planteó una excepción de falta de legitimidad para obrar bajo el argumento de que entre la empresa de limpieza y la entidad municipal existía autonomía, acreditada en el ROF, Ley Orgánica de Municipalidades y La Ley General de Sociedades y estatuto.

El tribunal arbitral en el laudo declaró fundada la excepción de falta de legitimidad pasiva para obrar de la entidad municipal bajo los siguientes argumentos:

¹⁵ Proceso Arbitral *ad hoc* I 352-2015, tribunal arbitral integrado por Alfredo Enrique Zapata, José Luis Mandujano Rubin y José Luis Aguirre Benedetti, proceso iniciado por el Consorcio Bramoll Servicios Generales S. A. C. e Inversiones Neva S. A. C., contra la Empresa de Servicio de Limpieza Municipal Pública del Callao S. A. y la Municipalidad Provincial del Callao, laudo de fecha 27 de octubre del 2017.

- i. Al respecto, se debe realizar ciertas precisiones con respecto a este considerando precedente, indicando que la aplicación de la extensión del convenio arbitral previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071 se realizó en el presente proceso en calidad de inclusión de tercero, a fin de evitar causarle un estado de indefensión y vulneración de su derecho a un debido proceso arbitral.
- ii. Que si bien es cierto que la municipalidad provincial es parte del directorio del demandante y que la demandante fue creada por la propia entidad municipal en el marco de sus atribuciones contenidas en la Ley Orgánica de Municipalidades, como una empresa municipal de derecho privado, sin embargo, el contrato fue suscrito por Consorcio e Inversiones y la empresa municipal y no consta en el contenido del mismo que la municipalidad haya participado activamente en la celebración del mismo, por lo tanto no corresponde a esta parte asumir las responsabilidades de los actos jurídicos realizados por la demandante, al adolecer de legitimidad para obrar; en consecuencia, se declara FUNDADA la EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PASIVA interpuesta por la MUNICIPALIDAD.

No compartimos el criterio al que arribó el tribunal arbitral, debido a que no motivó el laudo respecto al beneficio que habría recibido la entidad edil de la prestación de limpieza, en favor de su empresa subordinada¹⁶ por el contratista y únicamente analizó la participación activa en la celebración del contrato.

El tribunal arbitral dimitió de emitir pronunciamiento respecto de la probanza de la condición de único accionista, asignador de la partida presupuestal y mantener la condición de único beneficiario de la prestación (limpieza). En consecuencia, la extensión del convenio arbitral sí conservó una perfecta relación con el supuesto regulado del artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana de extender el convenio

¹⁶ Y que conformó parte del organigrama de la municipalidad según el ROF.

arbitral a las partes que negociaron y se beneficiaron de la prestación (supuesto también presente en la teoría del levantamiento del velo).¹⁷

En este sentido, el problema planteado deviene en que el levantamiento de velo es un remedio cuya aplicación es necesariamente de fondo por el elemento de fraude. El mismo remedio es considerando por la doctrina arbitral como un elemento jurisdiccional para extender el convenio a no signatarios. Sin embargo, en el ámbito arbitral se presenta como complicación que no se puede determinar que el demandado no signatario se le deba extender el convenio arbitral sin antes (o, a su vez) asignarle responsabilidad. Para que se pueda configurar la extensión del convenio por la teoría del levantamiento del velo se requiere probar, por lo menos, un fraude o propósito indebido.¹⁸

Respecto a la incidencia de las entidades estatales y su vinculación con partes no signatarias, es pertinente prestar atención a lo establecido por Martín Tirado:¹⁹

Las organizaciones que forman parte de la estructura del Estado y que pueden intervenir en un arbitraje, deben ser calificadas como «entidades públicas». Si bien ello podría parecer una tautología, tiene una utilidad esencial que responde a la necesidad de identificar quiénes son y quiénes no son entidades públicas del Estado peruano. En los supuestos en los que se trata de incorporar a una entidad del Estado como tercero, no sólo se debe volver a analizar las materias arbitrables que resultan aplicables, sino que también, debe evaluarse si la materia sometida a la

¹⁷ De haber presentado la pretensión de levantamiento del velo societario, dejando constancia de que es una figura propia del derecho societario; sin embargo, bajo la condición de la presencia de una empresa municipal de derecho privado y del dominio de la entidad edil, ejercer el derecho de defensa en esta propuesta sería oportuno.

¹⁸ QUINTANILLA GUTIÉRREZ, Alejandra. «¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: el levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo». En *Themis*, 2020, n.º 77.

¹⁹ MARTÍN TIRADO, Richard. «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 2012, n.º 2, pp. 295-296.

vía arbitral, cuenta con la habilitación legal pertinente si por la propia naturaleza de las funciones de esta entidad, corresponde su incorporación como tercero al arbitraje.

En los arbitrajes comerciales, resulta una labor más sencilla lograr identificar el fraude o conductos ilícitos; sin embargo, por estar ante la presencia de un arbitraje derivado de una contratación pública, es muy complicado ingresar a una presunción válida que permita asignar responsabilidad, siendo pertinente aplicar la teoría del levantamiento del velo para extender el convenio a la parte no signataria en forma prudente y objetiva, como regla excepcional y bajo probanza contundente.

De retorno al caso arbitral, si la entidad principal (empresa municipal), a través de su empresa vinculada (limpieza), licitó el concurso de proveedores a fin de colaborar con la ejecución del servicio de limpieza de la empresa municipal en favor de la municipalidad, existe una relación de cadena de pagos perfecta, en la misma que la municipalidad pagaría a la empresa municipal y ésta última, a su contratista (ganadora de la licitación pública). Bajo este esquema sí resultaría pertinente analizar la aplicación de la teoría del levantamiento de velo societario.

Se destaca del laudo el adecuado criterio del tribunal arbitral en permitir al contratista acceder a la petición de la incorporación de la municipalidad como parte no signataria y en equidad procesal permitir en forma amplia el ejercicio del derecho de defensa de la municipalidad distrital, presentando reconsideraciones, participando de las audiencias e interponiendo recursos poslaudo e incluso la anulación de laudo.

4. ASPECTOS PROCESALES

Las oportunidades en las cuales puede presentarse la solicitud de la incorporación de un no signatario son diversas. Éstas pueden darse con la petición de arbitraje, la demanda, la contestación o con una solicitud de incorporación en la etapa postulatoria.²⁰

Pero debemos advertir que la petición de las partes y la aceptación, por los árbitros, del ingreso de la parte no signataria deberán estar sujetas a las reglas procesales del acta de instalación y del reglamento arbitral institucional a fin de mantener un orden y no permitir el ingreso de una parte no signataria bajo «un caballo de Troya», con la finalidad de dinamitar el arbitraje, ingresando a un pantanoso litigio que se extienda por varios años. Es esencial ejercer, con diligencia y en la oportunidad, la petición del ingreso del no signatario en la etapa postulatoria una vez concluida la etapa probatoria, e incluso en plazo de cómputo de emisión de laudo resulta impertinente permitir el ingreso al arbitraje de nuevas partes procesales.

La parte procesal que considere que el ingreso o la incorporación de un no signatario es perjudicial o no mantiene asidero legal conserva las facultades de ejercer su derecho de defensa mediante el derecho de objeción y la reconsideración contra la resolución que admite el ingreso del no signatario, el no signatario deberá establecer en forma concreta y probatoria su exclusión del arbitraje.

Otra estrategia de la parte que se considere perjudicada se encamina bajo el recurso de excepción de falta de legitimidad para obrar en la condición de demandado, la misma que deberá de ser ejercida ante la primera notificación de la petición de arbitraje, demanda o resolución de incorporación por parte del tribunal arbitral para, con ello, no permitir la aplicación de la renuncia a objetar o la teoría de los actos

²⁰ QUINTANILLA GUTIÉRREZ, Alejandra. *Op. cit.*

propios procesales, al no objetar la incorporación como parte no signataria.

Finalmente, bajo el enfoque de que el nacimiento de la competencia del tribunal arbitral radica de la preexistencia del convenio arbitral, la parte perjudicada de la extensión del convenio «no signatario» mantiene la posibilidad de interponer una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, la misma que deberá de ser planteada con amplia probanza y que debería ser resuelta con buena práctica arbitral antes de la emisión del laudo y bajo un análisis de cada caso en particular.

5. CONCLUSIONES

- La extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios mantiene siempre una sensibilidad entre las partes del arbitraje y el tribunal arbitral por cuanto no basta sólo acreditar una posible relación contractual, «grupo de empresas o intereses», o los efectos de laudo, «causar posibles daños o afectación de derechos», el pedido del ingreso debe superar una «mediana posibilidad o escueta probanza»; es esencial apreciar que el ingreso «del no signatario» presente una probanza contundente de la vinculación contractual o empresarial efectiva, relacionada a la negociación, celebración y ejecución del contrato y que se deberá extender a una evaluación de la presencia de las personas o representantes que asumieron la toma de decisiones o directivas en las etapas contractuales antes de la controversia, lo cual resulta muy complicado en los arbitrajes en contratación pública cuando se trata de incorporar a empresas estatales o entidades vinculadas, salvo pactos arbitrales expresos (como sucede en los contratos del programa estatal de alimentación Qali Warma).²¹

²¹ VIDAL RAMOS, Roger. *La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú*, p. 164.

- El derecho de defensa del no signatario (invitado o forzado) a participar del arbitraje deberá de ser ejercido, sin ningún tipo de limitación, con aporte de probanza y bajo una diligencia procesal oportuna de la presentación de diversos recursos procesales (excepción, objeción o reconsideración), conforme a la estrategia diseñada por la defensa arbitral.
- El principio *kompetenz-kompetenz* indefectiblemente mantiene su cimiento en el ejercicio de la autonomía privada por parte de los contratantes, al fijarse en un contrato el pacto arbitral, que genera la competencia de los árbitros, y, en su defecto, ante la inexistencia del convenio arbitral, no podría aplicarse el *kompetenz-kompetenz*, siendo este criterio de interpretación arbitral indispensable ante la presencia de la petición la extensión del convenio arbitral a la parte no signataria y sus consecuencias de la admisión o rechazo.
- Ante la presencia de la petición del ingreso de terceros en condición de parte no signataria resulta ineludible, en forma integral, realizar una interpretación de los artículos 13 y 14 de la Ley Arbitral peruana en condición de abogados y árbitros, lo que de por sí implica una labor compleja, conforme al tipo de controversia de la contratación privada o pública.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 2012, n.º 2.

CASTILLO FREYRE, Mario; ROSAS, Verónica y Massiel SANTISTEBAN SILVA. «Los derechos procesales del tercero del artículo 14 de la Ley de Arbitraje». En *Libro de Ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2020. Recuperado de <<https://ipdlegal.pe/pop.php?option=articulo&Hash=7b36956a5686f463651a4e4d89ff52de>>.

MARTIN TIRADO, Richard. «La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias y la intervención de terceros en el arbitraje administrativo». En SOTO COAGUILA, Carlos (director). *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. Anuario Latinoamericano de Arbitraje*, 2012, n.º 2.

NÚÑEZ DEL PRADO, Fabio. *La tragedia del consentimiento*. Lima: Palestra Editores, 2019

QUINTANILLA GUTIÉRREZ, Alejandra. «¿Existe un levantamiento del velo jurisdiccional?: el levantamiento del velo societario como extensión del convenio arbitral y como remedio de fondo». En *Themis*, 2020, n.º 77.

VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Contratación y arbitraje internacional*. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2017.

VIDAL RAMOS, Roger. «La formalidad del convenio arbitral frente a los incentivos fraudulentos de su flexibilización». En *Actualidad Civil*, 2018, n.º 54.

VIDAL RAMOS, Roger. *La regulación del convenio arbitral y su implicancia en la institucionalidad del arbitraje comercial en el Perú*. Tesis para optar el grado de doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima: 2020, p. 221. Recuperado de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12672/15836/Vidal_rr.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

LA TEORÍA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

1. NOCIONES GENERALES

Con la vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993, el régimen económico del mercado peruano ha mantenido un crecimiento descomunal en diferentes rubros empresariales tradicionales (minería, hidrocarburos, pesca, alimentos, bebidas, banca y construcción) y no tradicionales (cosméticos, restaurantes, papelería, hotelería y turismo). Hasta la fecha, y antes de la crisis generada por la COVID-19, la bonanza económica han permitido que algunos grupos empresariales familiares ingresen al *ranking* de la revista *Forbes*¹ y, en general, el Perú se ha constituido como un mercado frecuente para adquisición de empresas y negocios (mediante las fusiones y adquisiciones), siendo muy usual la constitución de compañías, sedes, filiales, subsidiarias, agencias, consorcios u oficinas comerciales de empresas extranjeras en territorio nacional e incluso con optimismo se observa que algunos grupos empresariales de capitales peruanos ha logrado extenderse en diversos países de la región y en otros continentes.

Toda la dinámica empresarial, respaldada por altos montos de facturación (contratación de bienes y servicios) ha logrado generar que las empresas puedan presentarse en sociedad en forma orgánica o comercial bajo las denominaciones: «grupo de empresas», «grupo empresarial» o «la corporación», generando esta distinguida imagen corporativa como sinónimo de confianza, prestigio, respaldo, solidez, fiabilidad, honestidad, trayectoria y peruanidad que permite ejercer

¹ REDACCIÓN GESTIÓN. «Estos son los peruanos en la lista de los más ricos de Forbes». En *Gestión*, 6 de marzo del 2019. Recuperado de <<https://gestion.pe/fotogalerias/son-peruanos-lista-ricos-forbes-260454-noticia/>>.

relaciones comerciales y negocios bajo el paraguas de la buena fe contractual.

Sin embargo, la buena fe y su relación con la confianza (en la negociación, celebración y ejecución de los negocios o contratos), generada bajo la expectativa y apariencia de que se estaría contratando con el respaldo del «grupo empresarial» o la «empresa principal», no siempre culmina con el cumplimiento de las prestaciones dinerarias comprometidas por los beneficiarios de alguna prestación y sucede algo inimaginable: la contraparte contractual actúa con rechazo, dilatando o huyendo del pago de la deuda. Esta conducta de mala fe involucra el inicio de una larga cadena de reuniones y gestiones a fin de que la empresa principal o alguna vinculada, de buena fe, honre su compromiso (contratación) de cumplir con el pago de las facturas u órdenes de compra, ejerciendo el deudor o sus vinculadas («grupo de empresas») argumentos que se podrían resumir bajo las siguientes interrogantes: ¿usted tiene conocimiento de que cada empresa mantiene una estructura societaria independiente?; ¿ustedes contrataron con un colaborador comercial que no forma parte del grupo?; ¿tienen conocimiento de que a la empresa que deberán requerir el pago mantiene otra sede y domicilio en el extranjero?; ¿sabía usted que el señor Pérez no formó parte del grupo empresarial familiar?; ¿los funcionarios tenían facultades para contratar?; ¿por qué no cobra a la empresa XSK a la que le brindó el servicio?

Otra forma de ejercer un abuso, y con presencia de mala fe, usualmente se genera en la estructura del accionariado bajo «amplia mayoría» en una sociedad o empresa, que podrían surgir por el mal manejo y posición dominante de una mayoría del accionariado o del socio mayoritario que abusa de su poder y dispone del patrimonio (compraventa, donación, permuta, cesión, dación en pago, transacción extrajudicial, mutuo, superficie y otros) de la empresa con ánimo de

quiebra,² engaño o defraudación a sus acreedores, a fin de no pagar deudas derivadas de contratos o servicios correspondientes a proveedores, consorciados, locadores, obligaciones de derechos laborales, e incluso logrando perjudicar a la autoridad administrativa (tributaria, laboral o ambiental) respecto de la imposición del pago de multas.

En las próximas líneas analizaremos la figura del levantamiento del velo societario, comenzando con una reseña histórica, explicando su incidencia en el sistema jurídico peruano bajo los principios de la buena fe contractual y la prohibición (fraude y abuso), a fin de permitir de manera excepcional al juzgador o árbitro, vía levantamiento del velo societario, extender la responsabilidad dineraria al deudor que rehúye de su obligación dineraria y finalmente aterrizaremos con un relato de casos prácticos ante un escenario de litigio corporativo judicial o arbitral.

El Código Civil peruano y la Ley General de Sociedades mantienen el criterio unificado de la separación de patrimonio y de la responsabilidad entre las personas naturales y las personas jurídicas que con amplia libertad se constituyen con fines lucrativos o no.

Como regla general, la sociedad es una persona distinta y separada de los accionistas, inclusive cuando se trata de un único accionista. En este sentido, sobre la base de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas, los accionistas responden por las deudas de su empresa hasta el valor de su inversión, no siendo responsables por dichas deudas con su patrimonio personal.³

² LÓPEZ MESA, Marcelo y José Daniel CESANO. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades*. Buenos Aires: Depalma, 2000, p. 163. (citados por Cristina Chang Yong). Señalan que corresponde disponer la extensión de la quiebra si se ha probado que un mismo grupo económico realizó manipulaciones legales cuya consecuencia principal ha sido la desviación de bienes de una sociedad a favor de otra, con perjuicio para terceros.

³ CHANG YONG, Cristina. «El levantamiento del velo societario en el derecho tributario». En *Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2014, p. 69 y ss. De acuerdo al artículo 78 del Código Civil, «la persona jurídica tiene existencia

La persona jurídica es distinta a sus socios, y titular de derechos y obligaciones respecto de un patrimonio autónomo, no se puede confundir con el de los miembros. La persona jurídica puede contratar, estar en juicio y su existencia se conoce por la publicidad del registro, con lo cual se otorga mayor garantía a los intereses de terceros que establecen relaciones comerciales con dichas organizaciones.⁴

Este mecanismo de responsabilidad limitada, del que gozan las personas jurídicas, constituye un incentivo para que los accionistas inviertan, facilitando el desarrollo de las actividades de las empresas en el mercado. Sin duda, hoy en día resultaría difícil, por no decir imposible, por las consecuencias que ello implica, imaginar una sociedad sin responsabilidad limitada.⁵

Ahora bien, esta responsabilidad limitada, que ha permitido el pleno desarrollo de las empresas en el mercado, es justamente lo que ha dado lugar a una serie de situaciones en las cuales se ha cuestionado si la valla entre el patrimonio de las empresas y de los accionistas deberá siempre ser respetada.⁶

En efecto, la multiplicación de situaciones de fraude y el sentido de justicia hicieron que se apreciase la necesidad de encontrar una herramienta que permitiera operar sobre el tema del abuso o del fraude cometido mediante la utilización de la personalidad jurídica de las empresas, produciéndose, como consecuencia, una importante reacción a nivel doctrinal y jurisprudencial.⁷

distinta de sus miembros y ninguno de éstos ni todos ellos tienen derecho al patrimonio de ella ni están obligados a satisfacer sus deudas».

⁴ SZTAJN, Rachel. «Desconsideração da personalidade jurídica». En *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, abril 2011, vol. 5, pp. 1357-1365: «A pessoa jurídica é distinta de seus sócios, é titular de direitos e obrigações, tem patrimônio próprio, que não se confunde com o dos membros, pode contratar, estar em juízo, e é de todos conhecida sua existência pela publicidade que decorre do registro, com o que se dá maior garantia a interesses de terceiros que com tais organizações estabeleçam relações negociais».

⁵ CHANG YONG, Cristina. *Op. cit.*

⁶ *Ibidem.*

⁷ LÓPEZ MESA, Marcelo y José Daniel CESANO, p. 102 (citados por Cristina Chang Yong).

Fue en Inglaterra, en el año 1897, cuando por primera vez se planteó la posibilidad de aplicar la doctrina del levantamiento del velo societario. En el famoso caso *Salomón vs. Salomón & Co. Ltd.*, Resulta que Salomón era un comerciante de cuero que conformó una sociedad anónima con su esposa e hijos. En fecha posterior, Salomón transfirió su negocio a la sociedad (acciones y clientes); posteriormente, otorgó un préstamo a la empresa, obteniendo una garantía. La sociedad se volvió insolvente; en ese momento Salomón ejerció sus derechos de obligaciones contra la empresa, con lo que los demás acreedores dejaron de pagar.⁸

Finalmente, el juez interpretó que la sociedad estaba confundida con Salomón y que su crédito no debe ser privilegiado. La sentencia de primera instancia fue reformada por la máxima instancia en la Cámara de Lores, bajo el argumento de que las formalidades legales para la constitución de la sociedad se habían cumplido y que Salomón y la empresa eran personas absolutamente distintas. Si bien el juez de primera instancia y el tribunal de apelación aplicaron la doctrina del levantamiento del velo societario, paradójicamente, la Cámara de los Lores revocó por unanimidad los fallos, sosteniendo que Salomón no era responsable ni ante la sociedad ni ante los acreedores, ratificando de esta manera el hermetismo de la persona jurídica.⁹

Serían las cortes de los Estados Unidos de América las que, sobre la base de la equidad,¹⁰ desarrollaron y aplicaron la denominada doctrina

⁸ SZTAJN, Rachel. *Op. cit.*

⁹ CHANG YONG, Cristina. *Op. cit.*

¹⁰ La equidad consiste en complementar el régimen de derecho introduciendo en él matices de elasticidad que lo hagan sensible a la cambiante realidad a la que debe ser aplicado. En palabras de Boldóroda: «[L]a equidad ayuda al intérprete a superar las dudas, decidiéndose por la solución más adecuada a las circunstancias del caso [...] se convierte en un criterio general de carácter moral en la aplicación del derecho» (BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento de velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Segunda edición. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 239, citado por Cristina Chang Yong).

del *disregard of the legal entity* o *piercing the corporate veil*.¹¹ Luego, mediante la famosa obra de Serick *Rechtform und Realitat Juristischer Personen*, se divulgó dicha doctrina en Europa, para más tarde llegar a Latinoamérica, siendo recogida jurisprudencialmente y luego, en algunos países, positivizada.

De retorno al caso Salomón, diremos que allí se desarrolló la teoría de la perforación de los criterios de: a) agencia; b) unidad económica exclusiva; y c) del velo bajo presencia de fraude.¹²

Respecto a la teoría de la «agencia», se entiende cuando se incluye a cualquier relación por la cual una persona actúa como representante de otra.¹³ Existe relación de agencia

[...] cuando [entre uno de] los signatarios y los no signatarios existe una relación de representación (inclusive mandato sin representación), de la cual se puede inferir que la participación de los signatarios vincula activamente a los no signatarios dentro del negocio, convirtiéndoles en los verdaderos titulares de los intereses que conforman el centro de la relación económica-jurídica subyacente al negocio jurídico.¹⁴

¹¹ En la jurisprudencia de dicho país, la doctrina del levantamiento del velo societario ha sido aplicada en innumerables ocasiones, siendo que hoy en día, inclusive, se ha desarrollado lo que se denomina el *reverse veil-piercing theory* (teoría del levantamiento del velo revertido). En efecto, en un caso en el cual el Internal Revenue Service (IRS) había demandado que las deudas tributarias de Thomas Bridges sean pagadas por las empresas respecto de las cuales éste era accionista, por considerar que dichas empresas eran el «alter ego» (instrumento o agente) de Bridges, el Décimo Circuito de la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de América estableció que en este caso se presenta el fenómeno que se denomina *reverse veil-piercing theory*, por cuanto el IRS busca levantar el velo de una de las empresas de Bridges y usar los activos de dicha empresa para satisfacer las obligaciones individuales del accionista. No obstante, la Corte desestimó la solicitud del IRS, señalando que si bien en la práctica de la tributación federal se ha aplicado esta teoría en diversos supuestos, no puede aplicarse cuando terceros se vean perjudicados <<http://www.kscounts.org/ca10/cases/1998/08/96-3166.htm>> (citado por Cristina Chang Yong).

¹² SCHALL, Alexander. «The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK (2016)». En SSRN. Recuperado de <<https://ssrn.com/abstract=3538410>>.

¹³ HUNTER, Martín; PINEDA, Jessica; y Javier GARCÍA. «La incorporación de partes no signatarias y el carácter consensual del arbitraje: ¿cuál es la posición adoptada por las instituciones arbitrales?». En *Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, pp. 215-229.

¹⁴ GARCÍA, Hugo. «Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica». En *Iuris Dictio*, 2013, n.º 15, vol. 13. Recuperado de <<https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.721>>, pp. 159-189.

Es muy usual la representación comercial que realizan entre empresas nacionales y extranjeras a fin de iniciar negociaciones, concluir las y ejecutarlas respecto a negocios e inversiones, bajo la confianza de que la persona natural o la compañía, mediante la representación «agencia», personifica la voluntad y los intereses de su vinculado o beneficiario.

En una sociedad golpeada por la crisis económica generada por la COVID-19, y conforme a la dinámica empresarial, es muy latente el riesgo del incumplimiento de las prestaciones establecidas en un contrato, sobre todo en aquellas prestaciones dinerarias, generadas por un contrato de mutuo o el otorgamiento de una línea de crédito (bienes y servicios). Ante la falta de pago de las deudas dinerarias, el acreedor deberá iniciar el cobro mediante demandas judiciales o arbitrales con pretensiones sencillas (obligación de dar suma de dinero o ejecución de una garantía) o pretensiones complejas (reconocimiento de la relación contractual, resarcimiento por daño emergente o lucro cesante y el enriquecimiento sin causa), pretensiones encaminadas al cumplimiento o el pago de una obligación dineraria.

Pero las acciones judiciales o arbitrales ante la falta de pago de la obligación dineraria generada por el deudor en reiteradas oportunidades se encuentran vinculadas a un ejercicio grosero de prácticas ligadas con el engaño, fraude, abuso, perjuicio, falsedad y aprovechamiento, figuras rechazadas por dos principios del derecho civil peruano como son la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y la vigencia de la buena fe contractual. Sin embargo, en el ejercicio del derecho societario o corporativo la figura del levantamiento del velo societario ya mantiene una importante permanencia en el sistema jurídico peruano.

En sede peruana, la doctrina del levantamiento del velo societario no mantiene una regulación expresa en la legislación, como sucede en

Brasil¹⁵ (abuso de derecho, infracción de la ley, violación de estatutos), pero en la judicatura laboral sí se aplica ante el planteamiento de la pretensión del levantamiento del velo, a fin de reconocer y proteger los derechos laborales ante la presencia de una conducta fraudulenta con finalidad de perjudicar a los trabajadores y sus derechos económicos, se permite extender el velo y, con ello, la responsabilidad solidaria a las otras empresas del grupo empresarial, con el sustento legal de permitir el reconocimiento de los derechos y el pago de los adeudos laborales.

En el Perú, la controversia más destacada en litigios corporativos se encuentra en el caso arbitral hoy denominado como Las pesqueras, que hasta la fecha representa el litigio más notorio, pues se presentaron las figuras del levantamiento de velo societario y la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios, litigio derivado al fuero judicial con el expediente de anulación 451-2009,¹⁶ entre las empresas TSG, Caleta Dorada y Harinas Especiales, vinculadas por un contrato de prestación de servicios, en el cual Harinas Especiales arrendaba una de las plantas de fabricación de la harina, terreno de propiedad de Caleta Dorada; en fecha posterior, Harinas Especiales cedió su posición contractual a Chicama y los terrenos donde se encontraban las plantas fueron otorgados en garantía a favor de TSG. Luego de una serie de modificaciones contractuales, Chicama resolvió el contrato porque TSG

¹⁵ DE ALMEIDA JÚNIOR. Jesualdo Eduardo. «O incidente de desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas no novo CPC». En *Doctrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, 2018, vol. 2, pp. 739-751. *Revista dos Tribunais*, 2016, vol. 974, pp. 289-302. Ver: A Lei 12.529/2011. El incidente de la desconsideración (perforación del velo) de la persona jurídica en el Código Procesal Civil, dispone que se hará responsable por la infracción de orden económico cuando existe la presencia del abuso de derecho y exceso de poder, con la infracción de la ley, acto ilícito y violación de los estatutos del pacto social. La Ley 12-846/2013 (Ley de Anticorrupción) en su artículo 14, establece que «a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta [...]» (la persona jurídica podrá ser desconsiderada siempre que utilice con abuso de derecho para facilitar, encubrir u ocultar la práctica de actos ilícitos previstos) (traducción propia).

¹⁶ Primera Sala Comercial de Lima, el tribunal arbitral estuvo conformado por los señores árbitros Alfredo Bullard González (presidente), Rafael Montoya Álvarez y Alberto Montezuma Chirinos en la controversia surgida entre TSG Perú S. A. C., de una parte, y Pesquera Chicama S. A. C., Langostinera Caleta Dorada S. A. C., Pesquera Libertad S. A. C., Procesadora del Campo S. A. C. y Pesquera Industrial Katamarán.

no le habría pagado la obligación dineraria. TSG también resolvió el contrato porque Chicama habría incumplido una obligación valorizada en más de un millón de dólares.¹⁷

En este arbitraje, TSG demandó a Chicama y sus vinculadas: Caleta Dorada, Libertad, Procesadora del Campo y Katamarán, con pretensiones respecto a la resolución contractual y el pago de una indemnización. Para sustentar la demanda arbitral contra empresas que no habían suscrito el convenio arbitral, TSG alegó que entre todas ellas existía una vinculación económica y habían participado en una serie de acciones fraudulentas de transferencia de activos, con la finalidad de burlar la deuda existente a favor TSG. A partir de la prueba aportada en el arbitraje, y en aplicación de la teoría del corrimiento del velo societario, el tribunal arbitral arribó a la conclusión de que las demandadas efectivamente se encontraban vinculadas y respondían a una misma voluntad común, puesto que se trataba de empresas que aparecen y desaparecen constantemente, con el objeto de circular los bienes de unas a otras, lo que claramente conlleva el perjuicio de las terceras empresas con las que han contratado, las cuales se encuentran con empresas «de fachada» carentes de patrimonio, ya que el mismo ha sido transferido a una nueva empresa, formalmente independiente, pero que en realidad responde a una misma voluntad.

Resulta destacable que el tribunal arbitral haya resaltado lo siguiente: habiéndose concluido que sí existen indicios suficientes para acreditar la vinculación entre las empresas emplazadas, Chicama, Caleta Dorada, Procesadora del Campo, Katamarán y Libertad, este colegiado concluye también en que, de conformidad con lo establecido en el marco conceptual desarrollado previamente, sí resulta de aplicación al presente proceso arbitral la teoría del «develamiento del velo societario». Y, por la misma razón, todas las empresas demandadas conformaron una

¹⁷ Mayor amplitud ver: CANTUARIAS SALAVERRY. Fernando. «El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG». En *Lima Arbitration*, 2014, n.º 6, p. 173 y ss.

misma parte del convenio arbitral. Por último, el tribunal arbitral encontró que existía responsabilidad solidaria entre todas las demandadas por ser una misma voluntad común y declaró resuelto el contrato, ordenando el pago una indemnización a favor de Chicama por más de un millón de dólares.

Recordemos que, conforme al derecho de obligaciones, la solidaridad deviene en una regla excepcional y se genera por mandato de ley o acuerdo de las partes; sin embargo, se deja sin efecto la excepción bajo la tutela del levantamiento del velo societario, amparado bajo una probanza amplia y acreditada, como lo fuera en el arbitraje del caso las pesqueras que llegó hasta la Corte Suprema de la República en vía de anulación de laudo.¹⁸

Según esta doctrina, en aquellos supuestos en los que el intérprete del derecho llegue a la apreciación de que la persona jurídica se ha constituido con el ánimo de defraudar a la ley o a los intereses de terceros, o cuando —no como objeto, sino como resultado— la utilización de la cobertura formal en que la persona jurídica consiste conduce a los mismos efectos defraudatorios, se despoja a la apersona jurídica de su vestidura formal para comprobar qué es lo que bajo esa vestidura se halla o, lo que es lo mismo, desarrollar los razonamientos jurídicos como si dicha persona jurídica no existiese.¹⁹

¹⁸ Casación n.º 4624-2010 emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 19 de diciembre de 2011. «Noveno.- Conforme a los argumentos expuestos se evidencia el error de la Sala Superior, al haber colocado a la jurisdicción arbitral en un estado de inferioridad a la jurisdicción ordinaria, inferioridad para no poder pronunciarse sobre determinadas situaciones tales como los grupos de sociedades, situaciones de fraude, y develamiento del velo societario, elemento último sobre el que la doctrina nacional ha elaborado sendos estudios, basta con recordar los de juristas tales como Juan Morales Godo, y Juan Espinoza Espinoza, y la reconducción de tal tópico a figuras tales como el abuso del derecho, y el fraude a la ley; esto último se menciona sólo a manera de ilustración».

¹⁹ Sonia Bienvenida Torre Muñoz, citando ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo. *El levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2003, p. 39.

2. BUENA FE CONTRACTUAL

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1351 de nuestro Código Civil: «El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial». Esta definición es sencilla e implica la onerosidad incondicional de los diferentes contratos típicos regulados en el Código Civil.

A su vez, el artículo 1362 establece las tres fases contractuales (negociación, celebración y ejecución) con aplicación absoluta del principio de buena fe contractual como estándar de comportamiento debido y recíproco, que es analizado en fase contractual y litigiosa. En consecuencia, el artículo 1402 establece: «El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones».

El contrato representa la fuente más importante de vinculación económica recurrida entre los privados y la sociedad (incluso el Estado) con protección de carácter constitucional y del Código Civil, bajo la tutela de los principios de autonomía privada, equilibrio económico-financiero, fuerza obligatoria, consentimiento y buena fe.

Según Troncoso y Álvarez:

Fuera de la función económica el contrato cumple una función social. No sólo sirve para la satisfacción de necesidades individuales. Además, es medio de cooperación o colaboración entre hombres. [...] Desde un punto de vista más técnico, la función social del contrato se relaciona directamente con el principio de buena fe, el cual impone a cada parte, el deber de lealtad y corrección frente a la otra durante todo el trayecto contractual.²⁰

El artículo 1352 del Código Civil peruano establece: «Los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquéllos

²⁰ TRONCOSO, Hernán y Carlos ÁLVAREZ. *Contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters La Ley, 2014, p. 6.

que, además, deben observar la forma señalada por la ley bajo sanción de nulidad».

A partir de lo mencionado, resulta esencial remitirnos a la libertad contractual que constituye base para la expresión del consentimiento.

En nuestra legislación, la libertad contractual encuentra sus límites en el artículo 1354, donde se establece que las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a normal legal de carácter imperativo. El principio de limitación excepcional de la libertad contractual está conectado con la institución de la nulidad virtual regulada en el artículo v²¹ del título preliminar del Código Civil peruano.

El contrato deja de concebirse únicamente como un instrumento creador de derechos y obligaciones (artículo 1438 del Código Civil); hoy se impone una noción más realista que atiende sobre todo al interés de las partes. El contrato debe ser entendido no simplemente como un mecanismo de creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas —aunque también le cabe ese cometido—, sino también como algo más complejo y de más amplio alcance: como un medio con el cual los particulares organizan sus intereses.²²

Consideramos que la autonomía privada representa la libertad más importante concedida por el Estado a la persona natural o jurídica, con este pleno poder absoluto, bajo los límites excepcionales fijados por la ley. Se ejercita con amplitud la libertad de vincularse con diferentes personas, negociar las condiciones o cláusulas y, finalmente, conservar intacto el derecho (con justa razón) de retirarse de alguna negociación o culminar un contrato conforme al marco contractual lícito.

²¹ Artículo v.- «Orden público, buenas costumbres y nulidad del acto jurídico.- Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

²² VIDAL OLIVARES, Álvaro. «La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria desde la idea de la vinculación contractual “garantía”». En *Estudios de derecho de contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018, p. 462.

Asimismo, los postulados sobre la buena fe se encuentran vinculados a la libertad contractual y al contrato en sí en nuestra legislación. Volvemos a acotar que en el artículo 1362 se establece que: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes». Aquí nos remitiremos a una serie de planteamientos respecto a qué debemos entender por buena fe.

Actualmente, de nuestra legislación se desprende que la buena fe debe estar presente en la etapa precontractual, en la celebración del contrato y en su ejecución. En ese sentido, Espinoza Espinoza²³ hace una distinción entre buena fe y diligencia:

Tanto la buena fe como la diligencia son *standards* de comportamiento. Hago la precisión que el ámbito de aplicación de la buena fe, excede el comportamiento de las partes dentro de una relación jurídica. La diligencia (que, en algunos casos, comprende la pericia), en cambio, se limita a ésta.

La reciprocidad contractual implica la colaboración en sentido amplio y bajo la observancia de la buena fe absoluta, que deberá ser ejercida por los contratantes (acreedor y deudor), con el fin de brindar la cooperación y lograr la ejecución idónea del contrato y, con ella, obtener el máximo beneficio económico según el marco contractual establecido.

García Long, citando al comparatista holandés Hesselink respecto al *civil law*, señala que «[...] la buena fe es vista a menudo como la norma más alta del derecho de contratos, o del derecho de obligaciones o incluso de todo el derecho privado».²⁴

²³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 141.

²⁴ GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, 2017, n.º 37, p. 120.

La buena fe contractual representa un cimiento importante del contrato y deberá ser interpretada con amplitud y especialidad según la etapa contractual y el tipo de contrato (tradicional o moderno). Los conceptos de lealtad, fidelidad, veracidad, diligencia, prudencia y confianza siempre están estrechamente establecidos y podrán ser interpretados en un primer momento por las partes contratantes, y ante una eventual controversia, conforme al daño contractual o a la cláusula litigiosa, esta competencia de interpretación será trasladada a los jueces o árbitros.²⁵

El profesor argentino Pascual Alferillo incide:

La recepción en el ámbito jurídico de dichas conductas lleva inexorablemente a otra asociación como es equiparar el comportamiento de buena fe con el marco de la licitud. Y, en sentido inverso, a la mala fe con una conducta reprochable, ilícita y, por tanto, punible.²⁶

Concordamos con la reflexión final:

Todo por cuanto no se podrá consolidar el imperio de la buena fe en la sociedad si no se describen adecuadamente las conductas de mala fe, tanto con una conceptualización general y en los casos puntuales, para definir cuál es la sanción aplicable.

La buena fe contractual implica negociar y ejecutar los contratos, sin ejercicio de conductas fraudulentas y de engaño que generen el incumplimiento grosero del pago de obligaciones dinerarias. En una economía globalizada, la práctica contractual permite que empresas

²⁵ VIDAL RAMOS, Roger. «La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia con el COVID-19». En GARCÍA LONG, Sergio (editor). *Derecho de los desastres: COVID-19*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, tomo I.

²⁶ ALFERILLO, Pascual. «El vínculo entre la buena fe y la teoría general de la mala fe». En VIDAL RAMOS, Roger (coordinador). *Libro de Ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: 2020. Recuperado de <<https://ipdlegal.pe/pop.php?option=articulo&Hash=1d700f6e64db36f984ad0b3259696f44>>.

peruanas y extranjeras, sin formalizar contratos y con la presencia de órdenes de compra, puedan contratar (bienes y servicios) bajo el ámbito de la confianza y reciprocidad, que se extiende a las empresas vinculadas o que conforman parte del «grupo empresarial o económico», generándose en algunas ocasiones relaciones comerciales con menor formalidad y bajo la presencia de una excelente reputación e imagen corporativa de la empresa líder o «hermano mayor». Pero al momento de la ejecución del pago (prestación dineraria), el contratante fiel, ingresará al inicio de un camino muy largo, donde ante el requerimiento de pago, la respuesta será mediante una negativa, rechazo e incluso de un silencio absoluto, marcando el inicio de un largo camino del litigio, a fin de rechazar el ejercicio de abuso y fraude en contra del pago de obligaciones dinerarias lícitas.

Es pertinente analizar la relación de engaño bajo las siguientes interrogantes: ¿usted tiene conocimiento que cada empresa mantiene una estructura societaria independiente? ¿Ustedes contrataron con un colaborador comercial que no forma parte del grupo? ¿Tienen conocimiento de que la empresa a la que deberán requerir el pago mantiene otra sede y domicilio en el extranjero? ¿Conoció usted que el señor Pérez no formó parte del grupo empresarial familiar? ¿Los funcionarios no mantenían facultades para contratar? ¿Por qué no cobra a la empresa XSK, a quien le brindó el servicio; sólo fuimos intermediarios?

El profesor Fernando de Trazegnies²⁷ establece lo siguiente:

Otro de los campos de aplicación de tal doctrina es en las relaciones entre principales y subsidiarias. Si bien no toda subsidiaria puede ser considerada simplemente una agente de la principal, los conceptos clásicos (e insoslayables para el derecho) de equidad, buena fe, *fairness*, etcétera, hacen que el carácter formalmente independiente de la subsidiaria se

²⁷ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius Et Veritas*. Revista de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, n.º 29, p.13.

pierda si a través de ella se pretende hacer algo que va contra el espíritu del pacto societario. La situación puede presentarse no sólo en el interior de una sociedad sino en las relaciones de una sociedad perteneciente a un grupo frente a terceros vinculados contractualmente con alguna de las otras sociedades del grupo. El velo societario puede ser utilizado para que la sociedad responsable frente al tercero en un contrato de obra sea aquella a la que es más difícil emplazar judicialmente o aquella que menor patrimonio tiene para responder por el daño causado en la defectuosa ejecución o en la inejecución del contrato.

En el Perú, la doctrina del descorrimiento del velo societario y de las implicancias jurídicas de que exista un grupo económico detrás de la sociedad ha sido acogida tanto por los tratadistas como por jueces y tribunales arbitrales en sus sentencias y laudos. Dentro de la legislación civil peruana, los conceptos de buena fe y de abuso del derecho, que forman parte del ordenamiento positivo vigente, permiten adelantar por el camino de la desestimación de la personalidad jurídica de una sociedad y pasar más allá de ella, apoyados estrictamente en la ley.²⁸

Es necesario establecer que la buena fe contractual guarda relación absoluta con la teoría del levantamiento del velo societario. La buena fe permite perseguir, sancionar y ejecutar la carga económica ante el contratante infiel que, bajo abuso y engaño, se aprovechó del beneficio de una prestación sin haber pagado la contraprestación. Bajo la función punitiva y limitativa, la buena fe permite al juzgador o árbitro rasgar el velo societario no de oficio, en forma excepcional a pedido de parte (pretensión), a fin de recuperar la licitud y atribuir responsabilidad ante la falta de pago de obligaciones dinerarias.

²⁸ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.* pp. 13-14.

3. PROHIBICIÓN DEL ABUSO DEL DERECHO Y DEL FRAUDE

La figura del abuso del derecho, regulada en el artículo II²⁹ del Título Preliminar del Código Civil peruano, prohíbe y sanciona todo acto o conducta contractual ejercitada con un abuso del derecho y establece las consecuencias del abuso del derecho. En primer lugar, el abuso del derecho no es amparado por la ley. Evidentemente, aquí el legislador se refiere no a las leyes formales, sino al sistema jurídico, en general.³⁰

Según Rubio, el abuso del derecho consistiría en un acto en principio lícito, pero que por una laguna específica del derecho es tratado como no lícito, al atentar contra la armonía de la vida social. Tal calificación no proviene ni de la aplicación de las normas sobre responsabilidad civil, ni de otras normas expresas restrictivas de la libertad, sino que se realiza por el juez aplicando los métodos de integración jurídica.³¹

En otros términos, la norma equivale a decir que en derecho el abuso de los derechos no resulta amparado. Es así, una norma que trasciende el campo civil para regular a todo el sistema jurídico.³²

En referencia del fraude —cuya expresión proviene del latín *fraus*, *fraudis*, y significa engaño, abuso de confianza que produce un daño— «[...] consiste en la enajenación de bienes, a título oneroso o gratuito que realiza el deudor para evitar que su acreedor pueda ejecutarlo».³³

²⁹ Artículo II.- «Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso».

³⁰ VIDAL RAMOS, Roger. *Responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema jurídico peruano*. Lima: Lex & Iuris, 2014, p. 68.

³¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Abuso del derecho*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988, p. 22 y ss.

³² *Idem*, p. 31.

³³ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En REVOREDO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*. Lima: Okura, 1985, tomo IV, p. 313.

La prohibición del fraude como institución, sancionada la deslealtad contractual, en el derecho civil peruano está regulada en el artículo 195³⁴ del Código Civil «fraude a los acreedores o acción pauliana» y bajo el principio de la prohibición del fraude la ley, que consiste en burlar (conducta voluntaria) la aplicación de una norma imperativa desfavorable, obteniendo que otra disposición favorable sea la que se aplique.

La relación del fraude y la acción pauliana en el Código Civil peruano tiene por finalidad entender la presencia de un mal deudor, que ejercita una conducta desleal, pues nuestra codificación señala que se presume la existencia de perjuicio, cuando el acto del deudor origina: 1) la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida; o 2) se dificulta la posibilidad de cobro.³⁵

La profesora Guerra sostiene:

Por razones de técnica jurídica, se separó el fraude a los acreedores del fraude a la ley; en cuanto al primero, debemos destacar que está caracterizado por el perjuicio que se causa a un particular, que es el sujeto activo en la relación jurídica creditoria, mientras que en el caso del fraude a la ley se causa perjuicio a intereses superiores de la comunidad, el dañado no es un particular sino la comunidad personificada por el Estado.³⁶

Cabe diferenciar los actos contra la ley de los negocios en fraude a la ley. Los primeros atentan contra la norma objetiva y suponen un ilícito típico, mientras los negocios en fraude a la ley se caracterizan por el uso

³⁴ El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren ineficaces respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

³⁵ ROJAS ASCÓN, Miguel y Roger VIDAL RAMOS. *Apuntes sobre la acción pauliana en el Código Civil peruano de 1984*. En *Libro de ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil - Lex & Iuris, 2016, p. 90.

³⁶ GUERRA CERRÓN, María Elena. *Levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2008, pp. 421-422.

de rodeos, evitando el choque directo del negocio con la ley. En síntesis, al igual que en el caso del ejercicio abusivo del derecho, en el fraude a la ley el criterio más adecuado para determinar si nos encontramos ante una conducta fraudulenta es el objetivo que se presenta cuando se pretende burlar la finalidad social, económica o política por la que fue promulgada una norma legal. A tal efecto, no importará el conocimiento o no de las partes acerca de los fines de la norma, pues éstos, al igual que la norma misma, se deben presumir conocidos por todos.³⁷

Es el juez quien al resolver debe aplicar las reglas que hayan sido burladas mediante el acto defraudatorio, según cada caso específico. Ahora bien, tiene que quedar en claro que la norma transgredida debe ser de obligatorio cumplimiento, es decir, una ley de carácter imperativo, pues no cabe hablar de fraude a la ley tratándose de una norma declarativa o dispositiva que establezca los alcances de una figura jurídica o que pueda ser variada por la autonomía de la voluntad de las partes. Esta característica que, como se verá más adelante, es de fundamental importancia, tiene su razón central en la protección del orden público y las buenas costumbres.³⁸

En el ejercicio del derecho y las actividades comerciales de las corporaciones, la profesora Guerra Cerrón establece:

En efecto, la sociedad de manera directa e inmediata puede actuar antijurídicamente, por ejemplo, abusando de la autonomía negocial con la que cuenta para regular sus relaciones obligacionales frente a terceros, pero cuando actúan directa e inmediatamente serán de aplicación las reglas de responsabilidad civil contractual o extracontractual, el problema está cuando los accionistas obtienen un resultado por el abuso de la personería jurídica.³⁹

³⁷ MORI SÁENZ, Alejandra y Marco TORRES MALDONADO. «Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional». En *Derecho y Cambio Social*, 2013, n.º 32, año 10, p. 18.

³⁸ GUERRA CERRÓN, María Elena. *Op. cit.*

³⁹ *Ibidem.*

Al respecto, De los Mozos señala cinco sectores en los que la reacción del ordenamiento propicia la penetración de la persona jurídica; estos son: la nacionalidad ficticia de la persona jurídica en materia de evasión fiscal; fraude fiscal por abuso de la forma de la personalidad jurídica; sociedad unipersonal o sometida a la tiranía del socio único; grupos de sociedades y relaciones entre sociedades matrices y filiales; y, limitación de la concurrencia o extensión de la quiebra, siempre que se busque la simulación, el fraude a la ley o el perjuicio de terceros.⁴⁰

Las empresas en liquidación y su incapacidad de reembolsar a sus acreedores representan un ejemplo de cómo los grupos de empresas también pueden abusar de la forma societaria cuando la sociedad matriz posee subsidiariamente el capital y genera el abuso de su posición. El líder del grupo es responsable de alguna forma.⁴¹

Por otro lado, es usual vincular al control societario o del grupo empresarial con un ánimo de fraude; sin embargo, la relación de control en sí misma no justifica el levantamiento del velo corporativo, pues se hace necesario que ese control sea usado para cometer fraude o abuso del derecho al limitar la responsabilidad a partir de la creación de una persona jurídica (*Bridas SAPIC vs. Gobierno de Turkmenistán*),⁴² siendo una pauta establecida en las cortes de Estados Unidos la presencia del fraude y su acreditación para ingresar a levantar el velo corporativo (*Freeman vs. Complex Computing, InterOcean Shipping vs. National Shipping*).

La prohibición del abuso del derecho y del fraude representan dos pilares en el ordenamiento jurídico peruano que permiten la aplicación

⁴⁰ Tulio Rosembuj citando a DE LOS MOZOS, José. «El fraude de ley, la simulación». En *Interpretación económica de las normas tributarias*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 259.

⁴¹ DE GIOIA CARABELLESE, Pierre. «Il principio di separazione patrimoniale fra common law e civil law: da Salomon v Salomon al Companies Act 2006, passando per la società italiana nummo uno». En *Rivista di Diritto Bancario*, 2019, fascículo III, sección 1, pp. 396-397.

⁴² WAINCYMER, Jeffrey. *Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 7: Complex Arbitration*. Alphen aan den Rijn Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

de la teoría del levantamiento del velo societario y extender la responsabilidad (solidaridad) a las empresas vinculadas o a las que deberán de asumir el pago de obligaciones dinerarias rechazadas ante un evidente acto de mala fe contractual.

4. OBLIGACIONES SOLIDARIAS

Las obligaciones solidarias, conforme a la teoría general del derecho de las obligaciones, permiten extender el cumplimiento de la prestación a cualquiera de los codeudores o a quien de ellos mantenga el suficiente patrimonio a fin de cumplir con el pago de la prestación dineraria (en especial, la que nos interesa).

La solidaridad mantiene dos fuentes que logran establecer su nacimiento negocial: la primera, en virtud del acuerdo contractual establecido en ejercicio de la autonomía entre deudor y acreedor; y la segunda, por imposición de la ley. Éstas son las dos únicas fuentes exclusivas que permiten la solidaridad contractual.

El profesor italiano Gallo, conforme a la doctrina generalizada y las codificaciones más destacadas, indica que la obligación puede ser considerada solidariamente sólo si está prevista expresamente en la ley o el título,⁴³ supuesto regulado expresamente en el artículo 1183 del Código Civil: «La solidaridad no se presume. Sólo la ley o el título de la obligación la establecen en forma expresa».

Conforme al Código Civil de Brasil, el profesor Tartuce establece:

De acuerdo con el principio de operatividad, en el sentido de simplicidad o facilitación, el artículo 264 del Código Civil establece que hay solidaridad cuando en la misma obligación concurre más de un acreedor,

⁴³ GALLO, Paolo. *L' obblLigazione*. Trattato di Diritto Civile Tomo IV. Torino: Giappichelli, 2019, p. 22, «obbligazione può essere considerata in solido solo nel caso in cui ciò sia espressamente previsto dalla legge o dal titolo; a questi fini non sarebbe peraltro sufficiente una clausola che si limiti a conferire ad uno dei creditori il potere di rappresentanza degli altri».

o más de un deudor, cada uno con derecho u obligación de la totalidad de la deuda. Así, en la responsabilidad solidaria, cualquiera de los acreedores puede exigir la totalidad de la obligación, la deuda puede ser pagada por cualquiera de los deudores.⁴⁴

A fin de mantener la línea de asignación de solidaridad de uno o varios «deudores del grupo empresarial», es esencial destacar que la solidaridad se generará bajo la extensión de la responsabilidad civil contractual, por falta de pago de prestaciones dinerarias, que podrían ser requeridas conforme a las pretensiones de dar suma de dinero o resarcimiento por lucro cesante o daño emergente.

La solidaridad representa el máximo grado de atribución de responsabilidad del pago de una prestación económica derivada del incumplimiento de un contrato (y daños consecuentes) e incorpora una fuente de resarcimiento, en aplicación de la teoría del riesgo creado, en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, conforme al artículo 1970 del Código Civil peruano.

Es así que Gallo,⁴⁵ sostiene que en materia de responsabilidad civil el hecho lesivo es imputable a más personas y, en consecuencia, están obligadas a pagar los daños (artículo 2011 del Código Civil italiano) y que la jurisprudencia opera la misma solidaridad en el contexto contractual cuando el daño se generó en consecuencia del incumplimiento de una pluralidad de contratos.

⁴⁴ TARCUCE, Flavio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 102.

⁴⁵ GALLO, Paolo. *Op. cit.*, p. 37, «In materia di responsabilità civile se il fatto dannoso è imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno (art. 2055 CC). La giurisprudenza precisa che la medesima solidarietà opera in ambito contrattuale quando il danno sia la conseguenza dell'inadempimento di una pluralità di contratti, nonché nei casi in cui taluno debba rispondere a titolo di responsabilità contrattuale ed altri delittuale».

Por su parte, Tartuce⁴⁶ señala que la solidaridad prevista en el código brasileño es de carácter obligatorio, se relaciona con la responsabilidad civil contractual y no deberá confundirse con la responsabilidad civil aquiliana. Es necesario establecer que la responsabilidad extracontractual en el derecho peruano se puede extender vía solidaridad ante la causalidad de daños ambientales o accidentes de trabajo. Bajo la teoría del riesgo creado la solidaridad incluso se puede extender a los funcionarios y grupo de empresas, con el pago de resarcimiento, incluidas multas administrativas.

Es ineludible, a fin de mantener la oportunidad de recuperar las prestaciones dinerarias, establecer la solidaridad del pago vía levantamiento del velo societario, contra los accionistas, socios o directores, a todo el grupo económico o a la casa matriz, de la responsabilidad de solventar los créditos impagos, de esta forma se logra desgarrar el velo, a fin de no permitir que el engaño, fraude y mala fe contractual perjudiquen en su conjunto a la sociedad y al mercado.

Siguiendo la teoría de la responsabilidad limitada de las personas jurídicas, respecto del patrimonio individual de sus socios, De Gioggia sostiene: «La responsabilidad limitada, referida al estatus legal que asume la empresa, en ocasiones parece actuar más como instrumento que permite la tendencia de riqueza en un núcleo muy limitado de sujetos, a veces simplemente familiares o individual, en lugar de un modelo legal de creación de valor para la comunidad».⁴⁷

Una forma de entender el rasgamiento del velo corporativo se presenta en el supuesto de la segregación de los activos de la empresa y

⁴⁶ TARTUCE, Flavio. *Op. cit.*, p. 102.: «Muito importante apontar que a solidariedade prevista no dispositivo em análise é a solidariedade de natureza obrigacional e relacionada com a responsabilidade civil contratual, que não se confunde com aquela advinda da responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana, tratada pelo art. 942, parágrafo único, da lei privada, pelo qual “são solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932”».

⁴⁷ DE GIOIA CARABELLESE, Pierre. *Op. cit.*, p. 395.

de los accionistas, esta disminución o fuga de capitales, con actos fraudulentos logrará que la responsabilidad se extienda a los directores y funcionarios,⁴⁸ a fin de asumir económicamente los daños generados en perjuicio de los socios o compañías amparadas en una relación contractual o comercial.

La posibilidad de extender la responsabilidad a los accionistas se encuentra en la figura del *disregard of the legal entity*, proporcionado por el *common law*, que se aplica excepcionalmente para considerar a una persona jurídica como ficción y a los socios como verdaderos responsables de los casos de fraude e ilegitimidad cometidos por la compañía.⁴⁹

En el derecho brasileño, el desconocimiento de la personalidad jurídica se encuentra considerado en el Código Civil, pero expresa una regla excepcional y no general, será utilizada en caso de simulación, fraude, confusión patrimonial y abuso de la personalidad jurídica,⁵⁰ a su vez su aplicación corporativa cobra presencia notoria, conforme a lo siguiente:

Sua aplicação é mais do que válida para as pessoas jurídicas onde o patrimônio da empresa se confunde com o patrimônio dos sócios. Certamente não é o caso de grandes empresas, principalmente as companhias abertas, isto é aquelas que têm os valores mobiliários (ações

⁴⁸ «The definition of veil-piercing as involving ignoring or an exception to separate legal personality is expedient for those who consider that the doctrine permits the extension of liability from an insolvent subsidiary to any of the companies in a group (including co-subsidiaries) or, indeed, to directors, corporate officers, and agents. However, this usage elides two distinct issues. First, the existence of the company as an ‘artificial’ legal person requires rules about ownership and the use of assets. The term “corporate veil” properly refers to the segregation of company assets from the assets of shareholders and others». KRAAKMAN, Reinier y otros. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*. Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 6. 13 S. Worthington, Sealy and Worthing

⁴⁹ DÍAZ, Enrique. *Levantamiento del velo corporativo. Panoramas y perspectivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, p. 46. Tomado de memoria de contestación equipo 70, XIII Competencia Internacional de Arbitraje organizada por la Universidad de Buenos Aires - Universidad del Rosario - 2020.

⁵⁰ MARTINZ FERREIRA, Luis Eduardo. «Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso». En *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, julio-septiembre 2008, vol. 41, pp. 127-132.

e debêntures, por exemplo) por ela emitidos negociados em bolsa de valores ou em mercado de balcão organizado. Para essas é exigido um grau de transparência muito superior àquele que é exigido para as empresas fechadas, aquelas cujos valores mobiliários que emitem não são negociados em bolsa ou no balcão.

La solidaridad, que se generará en favor de los socios o empresas perjudicadas por actos en ejecución contractual (engaño, fraude y mala fe) permitirá que se extienda la responsabilidad del pago de obligaciones dinerarias mediante la incorporación al proceso judicial o arbitral de la pretensión vía levantamiento de velo societario, debiendo el juzgador imponer al deudor en solidaridad el que cumpla con pagar la prestación dineraria e intereses, esta solidaridad deberá de ser solicitada y aceptada por el juzgador en forma excepcional y ante la presencia grosera de actos que dañan la buena fe, como son el fraude y el abuso contractual.

5. GRUPO DE EMPRESAS

El grupo de empresas, conforme ellas progresan, se extiende y éstas se hacen más potentes en las diversas formas societarias, aparecen fenómenos que les son propios cada día con mayor fuerza. El grupo actúa internamente como una unidad en la que el mando y control corresponden a la sociedad o al órgano dominante, de modo que las sociedades dominantes, formalmente personas jurídicas independientes, son meros instrumentos que siguen las órdenes de aquél; el grupo se manifiesta externamente y actúa como tal unidad, de modo que el tercero que contrata con una sociedad del grupo ha contratado formalmente con una sociedad autónoma, pero que en tal realidad actúa en interés del grupo; finalmente, en muchas ocasiones el patrimonio de una sociedad queda de tal forma condicionado por el de la sociedad dominante o por el grupo que puede ocurrir que quede vacío de contenido frente a los terceros cuando estos quieran ejercitar contra ella sus garantías patrimoniales.⁵¹

⁵¹ BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1978, vol. 1, p. 567.

Con relación a los grupos de sociedades, Spisso refiere que

[...] esta doctrina ha sido empleada especialmente en materia de sociedades vinculadas cuando la apariencia jurídica oculta subordinación económica o financiera. Esto, en derecho alemán, se conoce con el nombre de «teoría del órgano», según la cual, cuando existe dependencia económica, financiera u orgánica se considera que la entidad dominada es un órgano de la dominante, con la cual se integra en un solo ente orgánico.⁵²

Boldó manifiesta al respecto que

[...] la integración de un grupo por parte de una sociedad puede dar lugar a que se produzca actuaciones que tengan como consecuencia una desviación del patrimonio de la sociedad dominada hacia la sociedad dominante. Esto puede perjudicar gravemente los intereses de los acreedores de la primera, que sólo cuentan con el patrimonio social como garantía a sus créditos.

De esta manera, la autora indica que la posible responsabilidad entre sociedades pertenecientes al mismo grupo queda en manos de la jurisprudencia, como uno de los posibles efectos de la aplicación del levantamiento del velo societario.⁵³

Mori y Galluccio afirman:

En el presente caso nos encontramos ante la presencia de sociedades que conforman un mismo grupo económico, pero que a su vez actúan como una única sociedad, con una sola voluntad de fraude. Es decir, es la propia formación o utilización de sociedades vinculadas, con el fin de evadir las obligaciones contractuales.⁵⁴

⁵² SPISSO, Rodolfo. «Fraude de ley, abuso de las formas y simulación». En *Interpretación económica de las normas tributarias*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 242.

⁵³ BOLDÓ RODA, Carmen. *Op. cit.*, pp. 407-413.

⁵⁴ MORI, Pablo y Giuseppe GALUCCIO. «El juego de las máscaras la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral*. Palestra Editores. Lima: 2016, p. 141.

Uno de los casos más conocidos (que, en alguna medida, puede considerarse el origen de la doctrina francesa del grupo de sociedades) es el caso *Dow Chemical vs. Isover Gobain*, arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional.⁵⁵

En el caso, el tribunal arbitral aceptó la legitimación para participar en el juicio arbitral (como demandantes) de dos sociedades del Grupo Dow no signatarias del acuerdo arbitral, bajo el argumento de que la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral.

Cuando se le pregunta a algún especialista dónde es posible encontrar el consentimiento en la teoría del grupo de sociedades, suele argumentar que se le encuentra precisamente en el hecho de que las no signatarias habrían participado activamente en la celebración, ejecución y terminación de los contratos.⁵⁶

La jurisprudencia ha establecido indicios para determinar la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, siendo las siguientes pautas: (i) ambas entidades tienen una administración común; (ii) una ejerce control sobre otra; (iii) mezcla de activos entre las entidades; y, (iv) participación activa en las transacciones de la otra (*Sonora Diamond Corp. vs. Superior Court*).

La teoría de grupo de contratos permite extender la cláusula arbitral de un contrato a otro que no la contiene. Es aplicable únicamente

⁵⁵ NUÑEZ DEL PRADO, Fabio. *La tragedia del consentimiento*. Lima: Palestra, 2019, pp. 94-95.

⁵⁶ Concordamos en este extremo con la siguiente premisa: «A criterio fue un caso típico de consentimiento implícito. De cualquier otra manera, el tribunal arbitral habría aplicado dicha teoría. Ésa fue la razón por la que se tuvo que agregar un elemento adicional: que las empresas pertenezcan al mismo grupo de sociedades (lo que, en mi opinión, es absolutamente irrelevante). El consentimiento, pues, se encontraba absolutamente difuminado». *Idem*, p. 96.

cuando entre ellos constituyan una unidad económica indisoluble.⁵⁷ A nuestro criterio, la unidad económica indisoluble se expresa en la relación sólida surgida entre las empresas del grupo que mantiene vínculos producidos por las inversiones, consorcios y contratos coligados que permite mantener una estructura sólida y vinculada que, según el contrato y alcance, permitirá extender el convenio arbitral al grupo de empresas.

Conforme al derecho laboral, la jurisprudencia peruana es uniforme en establecer la teoría del levantamiento del velo societario en diferentes materias. Al respecto, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en la Casación n.º 4871-2015-Lima (indemnización por daños y perjuicios) dice:

Existe solidaridad en las obligaciones laborales, no solamente cuando se configuren los supuestos previstos en el artículo 1183 del Código Civil, sino, además, *en los casos en los que exista vinculación económica, grupo de empresas o se evidencie la existencia de fraude con el objeto de burlar los derechos laborales de los trabajadores.*

Por lo que en el ámbito del derecho del trabajo

[...] la responsabilidad solidaria es el efecto jurídico o la consecuencia que se deriva de las obligaciones contraídas por algunos de los miembros de los «grupos de empresas» o de las empresas vinculadas. No existe responsabilidad solidaria por el solo hecho de ser parte del «grupo de empresas» o por estar vinculada económicamente con otra. La responsabilidad solidaria debe tener una razón o justificación, como por ejemplo que se acredite el fraude, entendido como el ánimo de ocultarse bajo otra personalidad jurídica para evitar cumplir con sus obligaciones, o que una de las empresas, la que trabaja directamente con el trabajador, no tenga la suficiente capacidad económica para responder por las obligaciones, sobre todo, de índole laboral que contrajo con el

⁵⁷ VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina y Mauricio PARÍS CRUZ. «La cláusula arbitral a partes no signatarias». En *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2013, n.º 131, p. 33.

trabajador. En este supuesto es evidente que las empresas que conforman el «grupo de empresas» o que se encuentren vinculadas económicamente, deben responder, porque, así como se beneficiaron con la labor del trabajador es justo que respondan ante él.

La Superintendencia de Banca y Seguros, en la Resolución n.º 445-2000, sobre vinculación y grupo económico, señala en su artículo 8 que

[...] se entiende por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras, conformado al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce control sobre la o las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

En esta línea, la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP, en el artículo 8 de las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico (Resolución SBS n.º 5780-2015), establece que:

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión.

Al respecto también se ha pronunciado la Corte Suprema en la Casación n.º 474-2003-Lima, publicada en *El Peruano* el 3 de noviembre del 2004, al señalar que:

[...] finalmente respecto del pago solidario ordenado, se debe precisar que esta solidaridad no es de naturaleza contractual y que si bien la solidaridad conforme lo determina el artículo 1183 del Código Civil debe ser establecida en forma expresa, también es cierto que conforme ha quedado establecido en el considerando precedente la obligación de pago es procesal y está dada por una sentencia atendiendo a la conexidad de las demandadas [...] y no por el carácter solidario de la obligación, se entiende por responsabilidad solidaria al vínculo obligacional que envuelve a un tercero como consecuencia de un reconocimiento expreso,

un mandato legal o por la conexidad particular que existe entre el obligado, generalmente el empleador, y un tercero [...] [sic].

También la Superintendencia de Mercado de Valores a través de su Resolución n.º 090-2005-EF-94.10, de fecha 28 de diciembre de 2005, modificada por Resolución Conasev n.º 005-2006-EF-94.10, define a la vinculación como «[...] aquella relación entre dos personas, naturales o jurídicas, que conlleva a un comportamiento sistemáticamente concertado, salvo prueba en contrario [...]». Indica, asimismo, que «[...] se presume la existencia de vinculación, en los siguientes casos»:

Entre personas jurídicas: a) Cuando forman parte del mismo grupo económico, tal como se define en el artículo 7]; asimismo, el artículo 7, indica que] [...] *grupo económico es el conjunto de personas jurídicas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están sujetas al control de una misma persona natural o de un mismo conjunto de personas naturales, asimismo, que por excepción, se considera que el control lo ejerce una persona jurídica cuando, por la dispersión accionaria y de los derechos de voto de dicha persona jurídica, ninguna persona natural o conjunto de personas naturales ostente más del 30 % de los derechos de voto ni la capacidad para designar a más del 50 % de los miembros del directorio. [Presupuestos estos que de la misma manera han sido asumidos por la Superintendencia de Banca y Seguros en su Resolución SBS N°445-2000 (publicada el 06 de junio de 2000)]*

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas, nacionales o extranjeras conformadas al menos por dos personas jurídicas, cuando alguna de ellas ejerce el control sobre las demás, o cuando el control sobre las personas jurídicas corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión. Los grupos económicos se clasifican en 3: conglomerado financiero, conglomerado mixto y conglomerado no financiero.

En este orden de ideas, en cuanto al control se refiere el artículo 9:

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica. El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando la persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la Junta General de

Accionistas o de Socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio. Asimismo, el control es indirecto cuando una persona tiene la facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del Directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones de directorio u órgano equivalente o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.

6. DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

La doctrina del levantamiento del velo societario tiene como núcleo y punto común la premisa según la cual la relación entre dos o más sujetos de derecho (personas jurídicas, corporaciones, generalmente) está marcada porque una de ellas ostenta un profundo control y dominación sobre el actuar de la otra, control que usa de forma fraudulenta o dolosa, abusando de la separación de personalidades jurídicas para actuar en el tráfico mercantil a través de su controlada, escudándose en el velo corporativo para evadir la responsabilidad ante terceros contratantes.⁵⁸

Es por el uso fraudulento que, en aras de evitar un resultado inequitativo para los acreedores, se hace una excepción al principio de separación de personalidades jurídicas, desestimándose la existencia separada e independiente que por ley tiene la sociedad y su *alter ego*, levantando el velo corporativo y teniendo al sujeto controlante como el centro de imputación de intereses y responsabilidad.⁵⁹

Así también podemos señalar que tiene por objeto que el juzgador verifique si en un determinado caso existen circunstancias que evidencien el uso fraudulento del ente social a fin de eludir sus obligaciones, siendo su atribución descorrer el velo societario con el

⁵⁸ RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge Alberto. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral*. Bogotá: Universidad Externado, 2016, pp. 262-263.

⁵⁹ *Ibidem*.

objeto de que los miembros que la componen respondan por los actos fraudulentos. De lo que se trata es de superar todos aquellos actos negativos generados por todas las conductas abusivas y fraudulentas que efectúan los socios en nombre de la sociedad, cuando incluso se invoque o ampare, para la realización de dichos actos fraudulentos, en la regulación establecida en nuestro ordenamiento jurídico. Con esta doctrina lo que se vendría a obtener es un resultado justo aplicado obtenido por equidad.⁶⁰

La ficción de la personalidad jurídica de la sociedad también es muchas veces empleada

[...] para generar situaciones de abuso de derecho y fraude. Frente a ello, las prácticas judiciales desde sistemas como el anglosajón encontraron una salida: destruir esta ficción en casos concretos. Dicha técnica, denominada el levantamiento del velo societario, ha sido importada a sistemas como el nuestro y se ha venido aplicando en distintas ramas.⁶¹

Asimismo, se ha señalado que la doctrina del levantamiento del velo tiene como finalidad «desescudar» a quienes se encuentran detrás del formalismo jurídico de la sociedad, por haber hecho daño a terceros, debiendo tenerse en cuenta las actuaciones de buena fe.⁶²

Así también se desarrolla en el derecho americano el concepto en palabras de Mauricio Bello: «[...] is an equitable remedy where a court may disregard the separate existence of an insolvent corporation for the purpose of imposing liability upon its shareholders for corporate indebtedness [es un remedio equitativo donde un tribunal puede ignorar la existencia separada de una sociedad insolvente para el propósito de imponer responsabilidad a sus accionistas por los daños y perjuicios causados]» (2008: 618). No queda duda de que la aplicación de esta

⁶⁰ GARCÍA VICENTE, Jaime. *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 43.

⁶¹ HERNÁNDEZ, Christian. «El levantamiento del velo societario en el Perú: situaciones de aplicación». En *Ius 360°*, 17 de enero de 2020.

⁶² *Ibidem*.

doctrina implica destruir la ficción jurídica otorgada por la ley para perseguir a las personas que están detrás de las personas jurídicas.⁶³

El levantamiento del velo societario puede ser analizado en diferentes supuestos, como cuando los activos de la compañía se encuentran representados de manera incorrecta en los estados financieros para el momento en el que suscriben las obligaciones; o cuando el reconocimiento de la personalidad jurídica independiente viola el orden público o tiene el efecto de proteger a alguien de responsabilidad criminal. Asimismo, es posible analizar situaciones como el incumplimiento de formalidades societarias; inadecuada capitalización; confusión de patrimonios; superposición de dueños, directores y personal; el grado de discrecionalidad que muestra la sociedad controlante; el funcionamiento como unidades de negocios o de ganancias conjuntas y el establecimiento de garantías por parte de la controlante respecto a deudas de la subsidiaría.

En la misma línea, cierta doctrina peruana señala como supuestos de aplicación del levantamiento de velo societario, «cuando se detecta un control pleno de la sociedad, por otra entidad, empresa o alguno de sus miembros, socios o titulares, de manera tal que su autonomía jurídica no tuviera realidad significativa».⁶⁴

Si bien toda persona jurídica cuenta con una barrera legal, que es la limitación de responsabilidad civil frente a terceros, ella no puede ser aprovechada para hacer un uso indebido de la persona jurídica o cometer fraude a la ley. En esos supuestos, corresponderá la aplicación del levantamiento de velo societario.

La doctrina peruana y extranjera, bajo la figura del levantamiento del velo societario, permite a la judicatura que no se genere el amparo

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ HUNDKSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Las personas jurídicas con fin económico». En *Ius Et Veritas*, 2001, n.º 22, p. 135.

de fraude ni el desvío de los derechos hacia fines abusivos o antisociales. Se busca siempre proteger la buena fe creencia (de quien contrata creyendo en la apariencia ofrecida por la contraparte) y persigue que se cumpla la buena fe lealtad (la obligación de actuar de buena fe, con transparencia y rectitud, y no propiciar engaños en detrimento de otros).

La mala práctica corporativa se podría presentar al iniciar relaciones contractuales y ejecutarlas bajo una tercera empresa de su dominio, ocultar información «estado de insolvencia» de su «hermano menor» (práctica muy usual por algunas compañías), bajo la figura del «grupo de empresas», se beneficia de una prestación, luego de ser recibida y consumida, existe la negativa de ejecutar el pago de la contraprestación, conducta distante de los estándares del ejercicio de la buena fe y cumplimiento lícito del contrato. La expresa negativa a cumplir con pago dinerario, se podría graficar en el siguiente supuesto:

- Petra es una empresa con espaldas financieras anchas, prestigio y trayectoria en el mercado español.
- Petra es dueña de Corpla y controla a Corpla.
- Petra y Corpla negocian y participan en el acercamiento, tratativas contractuales, celebración y ejecución del contrato con Z Azules.
- Corpla y Z Azules inician la relación comercial y contractual.
- Petra y Corpla participan en la ejecución del contrato.
- Z Azules no recibe ningún pago y Petra le indica que debe cobrar a Corpla.
- Corpla resulta insolvente y en quiebra, información ocultada desde las negociaciones.

Conforme al planteamiento, la empresa Corpla sería el «caballo de Troya» que logra ingresar a mantener vínculo contractual con Z Azules, a fin de obtener la prestación en favor de su matriz Petra (su controladora)⁶⁵ y con absoluta desfachatez ejerce fraude y mala fe contractual no cumpliendo con realizar el pago de la contraprestación en favor de Z Azules.

7. CONCLUSIONES

- A fin de interpretar que una persona natural o jurídica se encuentra ante un supuesto al que resulta aplicable la teoría del levantamiento del velo societario, a manera de diagnóstico, resulta imperativo preguntarse y responderse las siguientes interrogantes: ¿usted tiene conocimiento de que cada empresa mantiene una estructura societaria independiente? ¿Ustedes contrataron con un colaborador comercial que no forma parte del grupo? ¿Tienen conocimiento que la empresa a la que deberán requerir el pago mantiene otra sede y domicilio en el extranjero? ¿Conoció usted que el señor Pérez no formó parte del grupo empresarial familiar? ¿Los funcionarios no mantenían facultades para contratar? ¿Por qué no cobra a la empresa XSK, a quien le brindó el servicio; sólo fuimos intermediarios?
- La buena fe contractual implica negociar y ejecutar los contratos sin la presencia de conductas fraudulentas y de engaño que generen el incumplimiento grosero del pago. En una economía globalizada, la práctica contractual permite que empresas

⁶⁵ Alexandre Couto Silva. desconsideração da personalidade jurídica: limites para sua aplicação Revista dos Tribunais | vol. 780/2000 | p. 47 - 58 | Out / 2000 Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 3 | p. 731 - 746 | Out / 2010 DTR\2000\659 Se a controladora não mantiver separação clara entre os negócios da controladora e controlada, poderá ser considerada responsável pelas obrigações. Entretanto, se a controladora mantém essa separação de suas controladas, ela não será responsável, mesmo que possuam administradores e diretores em comum, ou que tenham escritório em comum, desde que, de maneira racional, mantenham separada uma entidade da outra, enfim, tudo que comprove que são sociedades distintas (Hamilton, 1992: 207).

peruanas y extranjeras, sin formalizar contratos y con la presencia de órdenes de compra, puedan contratar (bienes y servicios) bajo el ámbito de la confianza y reciprocidad, la misma que se extiende a las empresas vinculadas o del «grupo empresarial o económico», generándose en algunas ocasiones relaciones comerciales con menor formalidad y respaldadas por la presencia de una excelente reputación e imagen corporativa de la empresa líder o «hermano mayor». No obstante, al momento de la ejecución del pago (prestación dineraria), el contratante fiel, ingresaría a un camino muy largo, donde ante el requerimiento de pago, la respuesta será la negativa, rechazo, e incluso un silencio absoluto, marcando el inicio de un largo camino de litigio, a fin de rechazar el ejercicio de abuso y fraude para evitar el pago de obligaciones dinerarias lícitas.

- La práctica contractual de buena fe guarda relación absoluta con la teoría del levantamiento del velo societario; la buena fe permite perseguir y sancionar al contratante infiel, trasladándole la carga económica a quien se aprovechó del beneficio de una prestación sin haber pagado la contraprestación, bajo la función punitiva y limitativa de la buena fe, permite al juez o árbitro rasgar el velo societario (nunca de oficio), a pedido de parte (pretensión), a fin de recuperar la licitud y atribuir responsabilidad ante la falta de pago de obligaciones dinerarias.
- Todo acto con fraude incluye la presencia de mala fe, que consiste en la intención de perjudicar a otro, de eludir la normal aplicación de una ley imperativa o acuerdo contractual. El ordenamiento jurídico peruano sanciona la conducta de mala fe, el fraude y el abuso contractual, y permite, bajo el paraguas de la aplicación excepcional de la teoría del levantamiento del velo societario, generar la solidaridad del pago de obligaciones dinerarias.

- Las acciones procesales, judiciales o arbitrales, ante la falta de pago de la obligación dineraria generada por el deudor, en reiteradas oportunidades se encuentran vinculadas a un ejercicio grosero de prácticas ligadas con el engaño, fraude, abuso, perjuicio, falsedad y aprovechamiento, figuras rechazadas por dos principios del derecho civil peruano, como la prohibición del ejercicio abusivo del derecho y la vigencia de la buena fe contractual. Dentro del ejercicio del derecho societario o corporativo, la figura del levantamiento del velo societario mantiene una importante aplicación en el sistema jurídico peruano.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALFERILLO, Pascual. «El vínculo entre la buena fe y la teoría general de la mala fe». En VIDAL RAMOS, Roger (coordinador). *Libro de Ponencias del XV Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: 2020. Recuperado de <<https://ipdlegal.pe/pop.php?option=artículo&Hash=1d700f6e64db36f984ad0b3259696f44>>.

ÁNGEL YAGUEZ, Ricardo. *El levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2003.

BOLDÓ RODA, Carmen. *Levantamiento de velo y persona jurídica en el derecho privado español*. Segunda edición. Pamplona: Aranzadi, 1997.

BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*. Madrid: Tecnos, 1978, vol. I.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El levantamiento del velo societario en el Perú: comentarios al caso TSG». En *Lima Arbitration*, 2014, n.º 6.

CHANG YONG, Cristina. «El levantamiento del velo societario en el derecho tributario». En *Jornadas Nacionales de Derecho Tributario*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 2014.

DE ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. «O incidente de desconsideração da personalidade jurídica das pessoas jurídicas no novo CPC». En *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil*, 2018, vol. 2.

DE GIOIA CARABELLESE, Pierre. «Il principio di separatezza patrimoniale fra common law e civil law: da Salomon v Salomon al Companies Act 2006, passando per la società italiana nummo uno». En *Rivista di Diritto Bancario*, 2019, fascículo III, sección I.

DE LOS MOZOS, José. «El fraude de ley, la simulación». En *Interpretación económica de las normas tributarias*. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, 1999.

DÍAZ, Enrique. *Levantamiento del velo corporativo. Panoramas y perspectivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Introducción al derecho de las obligaciones*. Lima: Instituto Pacífico, 2017.

GALLO, Paolo. *L' obblLigazione*. Trattado di Diritto Civile Tomo IV. Torino: Giappichelli, 2019.

GARCÍA, Hugo. «Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica». En *Iuris Dictio*, 2013, n.º 15, vol. 13, pp. 159-189. Recuperado de <<https://doi.org/10.18272/iu.v13i15.721>>.

GARCÍA LONG, Sergio. «La muerte de la buena fe reflexiones en torno al rol de la buena fe en el derecho comparado. Primera parte». En *Actualidad Civil*, 2017, n.º 37.

GARCÍA VICENTE, Jaime. *Responsabilidad solidaria y levantamiento del velo en la jurisdicción social*. Barcelona: Bosch, 2003.

GUERRA CERRÓN, María Elena. *Levantamiento del velo societario*. Lima: Grijley, 2008.

HERNÁNDEZ, Christian. «El levantamiento del velo societario en el Perú: situaciones de aplicación». En *Ius 360*, 17 de enero de 2020.

HUNDKSKOPF EXEBIO, Oswaldo. «Las personas jurídicas con fin económico». En *Ius Et Veritas*, 2001, n.º 22.

HUNTER, Martin; PINEDA, Jessica; y Javier GARCÍA. «La incorporación de partes no signatarias y el carácter consensual del arbitraje: ¿cuál es la posición adoptada por las instituciones arbitrales?». En *Aplicación del*

convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012.

KRAAKMAN, Reinier y otros. *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach.* Segunda edición. Oxford: Oxford University Press, 2009.

LÓPEZ MESA, Marcelo y José Daniel CESANO. *El abuso de la personalidad jurídica de las sociedades.* Buenos Aires: Depalma, 2000.

MARTINZ FERREIRA, Luis Eduardo. «Desconsideração da personalidade jurídica: uso e abuso». En *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, julio-septiembre 2008, vol. 41.

MORI SÁENZ, Alejandra y Marco TORRES MALDONADO. «Reflexiones acerca de la teoría del levantamiento del velo societario: a propósito de su aplicación en nuestro sistema jurídico nacional». En *Derecho y Cambio Social*, 2013, n.º 32, año 10.

MORI, Pablo y Giuseppe GALUCCIO. «El juego de las máscaras la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias, el caso de los grupos de sociedades». En BULLARD, Alfredo (editor). *Litigio arbitral.* Palestra Editores. Lima: 2016.

NUÑEZ DEL PRADO, Fabio. *La tragedia del consentimiento.* Lima: Palestra, 2019.

RAMÍREZ GÓMEZ, Jorge Alberto. *La vinculación de sujetos no signatarios a los efectos del pacto arbitral.* Bogotá: Universidad Externado, 2016.

REDACCIÓN GESTIÓN. «Estos son los peruanos en la lista de los más ricos de Forbes». En *Gestión*, 6 de marzo del 2019. Recuperado de <<https://gestion.pe/fotogalerias/son-peruanos-lista-ricos-forbes-260454-noticia/>>.

ROJAS ASCÓN, Miguel y Roger VIDAL RAMOS. *Apuntes sobre la acción pauliana en el Código Civil peruano de 1984*. En *Libro de ponencias del X Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil - Lex & Iuris, 2016.

RUBIO CORREA, Marcial. *Abuso del derecho*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1988.

SCHALL, Alexander. «The New Law of Piercing the Corporate Veil in the UK (2016)». En SSRN. Recuperado de <<https://ssrn.com/abstract=3538410>>.

SPISSO, Rodolfo. «Fraude de ley, abuso de las formas y simulación». En *Interpretación económica de las normas tributarias*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004.

SZTAJN, Rachel. «Desconsideração da personalidade jurídica». En *Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor*, abril 2011, vol. 5.

TARCUCE, Flavio. *Direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «El rasgado del velo societario dentro del arbitraje». En *Ius Et Veritas*. Revista de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, n.º 29.

TRONCOSO, Hernán y Carlos ÁLVAREZ. *Contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters La Ley, 2014.

VIDAL OLIVARES, Álvaro. «La noción de incumplimiento. Una mirada unitaria desde la idea de la vinculación contractual “garantía”». En *Estudios de derecho de contratos*. Santiago de Chile: Thomson Reuters, 2018.

VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Segundo del Código Civil». En REVOREDO, Delia. *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*. Lima: Okura, 1985, tomo IV.

VIDAL RAMOS, Roger. «La excepción de incumplimiento como derecho contractual en el Código Civil peruano y su incidencia con el COVID-19». En GARCÍA LONG, Sergio (editor). *Derecho de los desastres: COVID-19*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020, tomo I.

VIDAL RAMOS, Roger. *Responsabilidad civil por daño ambiental en el sistema jurídico peruano*. Lima: Lex & Iuris, 2014.

VILLALOBOS LÓPEZ, Adelina y Mauricio PARÍS CRUZ. «La cláusula arbitral a partes no signatarias». En *Revista de Ciencias Jurídicas*, 2013, n.º 131.

WAINCYMER, Jeffrey. *Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 7: Complex Arbitration*. Alphen aan den Rijn Netherlands: Kluwer Law International, 2012.

ALCANCES DE LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

1. CONVENIO ARBITRAL

En doctrina y tribunales jurisdiccionales, no hay inconveniente en aceptar que el convenio arbitral se perfecciona por el mero consentimiento de las partes, con la simple manifestación del consentimiento para celebrar el convenio arbitral; éste último deviene en válido para el ordenamiento jurídico en general y, por tanto, obligatorio para las partes, siempre que en el acto celebrado concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato.¹

A nuestro entender, el convenio arbitral, como manifestación de voluntad, constituye un pacto que contiene dos características, siendo la primera los efectos procesales, por cuanto la naturaleza del convenio arbitral constituye una obligación de acudir en caso de controversia o incertidumbre a la vía arbitral. De no existir un conflicto o posible litigio, el convenio arbitral sería una «cláusula» que quedaría en absoluto reposo, sólo se activaría única y exclusivamente cuando cualquiera de las partes de una relación jurídica sienta que no existe equidad o justicia entre los derechos y obligaciones. En ese momento es cuando el convenio arbitral cobraría efecto jurídico y se encaminaría a erigir la llamada justicia arbitral.

Es fundamental que las partes contratantes o las personas a título individual, tengan el pleno conocimiento de la real dimensión del convenio arbitral, pero es mucho más importante que el convenio arbitral sea suscrito en una forma correcta, completa, precisa y en aplicación de todos los requisitos establecidos por nuestro Código Civil

¹ MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Tercera edición. Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, t. 1, p. 257.

sobre la teoría del acto jurídico y en una interpretación sistemática de las instituciones de los libros de derecho de las obligaciones y contratos.²

Todo convenio arbitral imperfectamente redactado, ambiguo, impreciso y sin que se encuentre compuesto por sus elementos esenciales siempre será factible que pueda ser declarado nulo, vía recurso de anulación de laudo, lo cual perjudica los derechos contractuales de las personas naturales y jurídicas, siendo, por este motivo, indispensable contar con una asesoría legal idónea en materia arbitral que tenga por finalidad que la suscripción del «convenio arbitral» revista toda la protección y finalidad alcanzada por las partes del contrato. Sólo de esta forma se estaría logrando que el «pacto arbitral» siga siendo una institución que brinde seguridad jurídica y constituya el primer paso de un acceso amplio, sencillo y preciso a la justicia arbitral.

Para la concepción material del convenio arbitral, la obligación compromisoria es plenamente patrimonial. Por el contrario, la tesis formal viene a propugnar la idea de que los contratos procesales, y entre ellos el convenio arbitral, generan obligaciones imperfectas sin responsabilidad. Pero esa imputación se hace, en nuestra opinión, arbitrariamente, desconociendo lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil para todo contrato (el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio), sin otro fundamento que el propio apriorismo dogmático y, en última instancia, como se desprende, existe una concepción en exceso estatista del derecho y la jurisdicción.³

En todo caso, cabe preguntarse si la propia prestación en la que consiste la obligación compromisoria tiene el valor pecuniario. Emmanuel Gaillard lo demuestra en un breve artículo. El valor

² VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales del convenio arbitral». En *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012, p. 153.

³ DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral (su eficacia obligatoria)*. Navarra: Civitas- Thomson Reuters, 2010, p. 148.

económico del convenio arbitral suele ponerse de manifiesto en su frustración o incumplimiento. En efecto: en muchas ocasiones, la cláusula compromisoria no es objeto de una negociación realmente consciente, o sencillamente se evita hacer excesivo hincapié en el método de la resolución de disputas, como para alejar, en el momento del acuerdo, la propia eventualidad del desacuerdo. Sin embargo, la elección de un método inapropiado de resolución de controversias puede comprometer el equilibrio económico del contrato y descabalar por completo los cálculos de las partes negociadoras.⁴

Es importante considerar que, al margen de las obligaciones procesales del convenio arbitral de hacer (entregar bien cierto en ejecución de laudo), dar (pago de honorarios arbitrales) y no hacer (no revelar la confidencialidad), se generan obligaciones patrimoniales, tal cual se desprende del derecho de las obligaciones, que implican a los árbitros y a las partes (o viceversa). A continuación, establecemos los siguientes supuestos:

- a) La ley arbitral peruana, prescribe que en el supuesto de que el tribunal arbitral laudara fuera del plazo, incurriría en una causal de anulación del laudo, incumplimiento arbitral grave, lo que habilita que la parte perjudicada (vencedora), podría interponer una demanda de daños y perjuicios en contra del tribunal arbitral por el incumplimiento (según sea pertinente, por culpa leve, culpa inexcusable o dolo) de lo pactado en el convenio arbitral, en el acta de instalación del tribunal arbitral o del reglamento institucional. Consideramos que el cálculo de daño emergente y lucro cesante tendrían el debido sustento jurídico y económico para imputar responsabilidad a los árbitros.

- b) Un tema de vital importancia, a efectos de que la litis arbitral se mantenga en curso se encuentra representado por el pago de los

⁴ *Ibidem.*

honorarios arbitrales. Estableciéndose la regla de que la parte demandada o demandante incumplan con el pago de los honorarios, se genera la subrogación activa (paga demandante), pasiva (eventualmente demandado) o la parte interesada en el proceso, cubra la totalidad de los honorarios. En tal sentido, resulta una obligación de dar suma de dinero que será establecida como contraprestación en favor de los árbitros, a fin de que el proceso mantenga su secuela y que será establecido en el laudo en los costos y costas.

- c) El cumplimiento del principio de confidencialidad resulta práctica indispensable durante la secuela de todo el proceso arbitral. En el supuesto de mala fe procesal arbitral, una de las partes procesales puede que incumpla esta regla y ventile supuestos como el reconocimiento de obligaciones contractuales, ofrecimiento de medios probatorios o acuerdos de conciliación o transacción, lo que podría generar incentivos para que potenciales demandantes o partes no signatarias puedan interponer nuevas demandas arbitrales o judiciales, generadas por la ventilación de información confidencial. En estos casos, la parte perjudicada podría interponer las acciones de daños y perjuicios contra los árbitros (si fueran los generadores de la infracción a la confidencialidad), la contraparte procesal, pudiéndose hacer extensivo a los peritos, testigos y órganos jurisdiccionales de apoyo al tribunal arbitral (medidas cautelares o ejecución de laudo).

2. LAUDO

Es aquel acto procesal mediante el cual el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; también puede ser considerado como «laudo final» aquél que culmina la tarea de los árbitros, luego de haber dictado uno o más «laudos parciales».

También puede ser definido como aquel fallo que resuelve de manera definitiva todas las controversias sometidas a conocimiento tribunal arbitral y que una vez emitido implica la culminación de las funciones de los árbitros. Siempre existirá un último (o a veces un único) laudo con el que los árbitros darán por concluida sus funciones, cabe precisar que conforman parte integrante del laudo los recursos poslaudo que siempre merecen un análisis por las partes y por las salas comerciales y civiles ante una acción de anulación.

Es pertinente señalar que durante la tramitación del procedimiento arbitral tendrán la facultad (salvo pacto contrario de las partes) de emitir uno o más laudos. El ejemplo típico de laudo final se da cuando el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento; pero también puede ser considerado como laudo final aquél por el cual culmina la tarea o las obligaciones (procesales y/o contractuales) de los árbitros, luego que se hayan dictado uno o más laudos parciales.

2.1. Laudo parcial

Está referido a aquellos laudos que resuelven de manera definitiva parte de la controversia sometida a conocimiento del tribunal arbitral, dejando pendiente de resolver el resto del conflicto. Otra parte de la doctrina denomina a los laudos parciales como «laudos interinos o laudos interlocutorios».

2.2. Laudo por acuerdo de las partes

Si en el transcurso de las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo por transacción o conciliación, éstas podrán formalizar su acuerdo a través de un contrato de transacción y darán por concluido el arbitraje, o pueden optar por solicitarle expresamente al árbitro que formalice su acuerdo a través de un laudo arbitral, con lo que otorgarán a su acuerdo privado la autoridad y efectos propios de una sentencia con

calidad de cosa juzgada. En este último supuesto cabe la posibilidad a los árbitros de negarse a la solicitud de las partes de formalizar su acuerdo privado en un laudo arbitral; esto sucederá cuando el árbitro, inequívocamente, verifique que la transacción viola disposiciones de orden público o se ha realizado sobre derechos no disponibles. La Ley de Arbitraje (en adelante, LA) establece que el laudo arbitral que tiene como origen una transacción y tiene la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia; siendo que el laudo producirá los efectos de una sentencia.

3. EJECUCIÓN DEL LAUDO

El artículo 59 de la Ley Arbitral establece que el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene «efectos de cosa juzgada». En la intención del legislador arbitral estaba que en caso de incumplimiento no se requiriera la intervención de los órganos jurisdiccionales a los efectos de llevarlo a ejecución. De allí que el párrafo final del artículo 59.3 nos da entender que la ejecución es la *extrema ratio*:

Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67.

No obstante, el intento es fallido: las partes no pueden otorgar facultades «para la ejecución», pues ello no está en su esfera de disponibilidad. Así que se quiera o no frente al incumplimiento de fallo del laudo no habrá más remedio que acudir al Poder Judicial.

A diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales, cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen a través de la ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso

arbitral que concluye con el laudo, éste debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, quienes han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia.⁵

Como bien señala Roque Caivano,⁶ la función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral no es la de emitir una sentencia ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral; se trata, simplemente, de cumplir un rol complementario que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto ésta ha sido reservada al Estado. En efecto, el juez que conoce un proceso de ejecución de laudo no tiene facultad ni competencia alguna para revisar el análisis de los hechos que haya realizado el árbitro, ni lo resuelto por éste.

En rigor, todo lo que implique el uso de fuerza está vedado a los juzgadores privados, y ello no sólo con relación a la actividad ejecutiva en estricto, sino también con relación a la propia actividad declarativa: así, los árbitros no cuentan con poder coercitivo para, por ejemplo, hacer concurrir con el auxilio de la fuerza pública a un tercero a los efectos de prestar una declaración testimonial. En tales casos, de surgir resistencia del tercero deberán recurrir a la autoridad judicial a fin de que le preste su «colaboración» para la actuación de la prueba. Y lo propio ocurrirá si debiéndose realizar una inspección, se encuentren con resistencias para su realización. Vale decir que cuando exista un obstáculo (cualquier obstáculo) que implique el uso (o la amenaza del uso) de la fuerza pública, siempre deberán recurrir a su depositaria: la organización judicial pública.

Resulta claro que los árbitros no cuentan con *poder ni autoridad* para imponer *directamente* y con la *fuerza* sus propias decisiones, si bien la Ley de Arbitraje ha otorgado un poder que no emana de las propias partes:

⁵ MUNNÉ CARATINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Experiencia, 2004, p. 163.

⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, Nueva Ley de Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2010, n.º 10, p. 90.

el *poder cautelar*, pero se lo ha otorgado con todas las limitaciones inherentes a unos juzgadores privados cuya fuente de autoridad es un acuerdo de partes (convenio arbitral) y que, como tal, no tienen poder de coerción: podrán *disponer* cualquier medida cautelar pero, como veremos, no podrán *imponerla*, pues su «ejecución» correrá a cargo de los jueces y sus auxiliares.

El laudo es ejecutable aun cuando contra el mismo se haya ejercitado acción de anulación, pero el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución (siempre que ofrezca caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución), que se alzara en cualquier caso cuando conste al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del ejecutante de solicitar en su caso la indemnización de los daños y perjuicios causados.⁷

En España se considera que el laudo goza, pues, de eficacia ejecutiva definitiva y, por eso, aparece incorporado a la relación de títulos ejecutivos del artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española. El régimen de ejecución se equiparará al de las resoluciones judiciales, por lo que se contiene una remisión en bloque a la ley procesal.⁸

Compartimos la posición de Rita Sabroso Minaya, quien sostiene:

Debemos recordar que los alcances del laudo deben circunscribirse a las partes que celebraron el convenio arbitral y que participaron en el proceso arbitral. Un laudo no surte efectos sobre terceros que no pudieron ejercer su derecho de defensa dentro del proceso arbitral mismo. Cuando los efectos del laudo se pretenden extender a terceros que no participaron en el arbitraje, deberán impugnar el laudo a través de la vía constitucional, en tanto exista una afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales.

⁷ CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 202.

⁸ *Ibidem*.

La función del Poder Judicial en la ejecución de un laudo arbitral, no es la de emitir una sentencia, ni la de revisar la actividad realizada en el proceso arbitral, se trata simplemente de cumplir un rol complementario, que consiste en proveer al laudo de la fuerza coercitiva de la que carece, en tanto ésta ha sido reservada al Estado.⁹

3.1. Ejecución judicial: el laudo como «título de ejecución»

En el derogado artículo 713 del Código Procesal Civil (en adelante, también, CPC) establecía como «título de ejecución» al «laudo arbitral firme». En rigor, el «laudo firme» no es el «título», sino que lo es el documento que lo contiene o, más precisamente, los documentos que nos señala el artículo 68 de la Ley de Arbitraje¹⁰ (indicados como «anexos»): «copia del convenio arbitral, del laudo en primera instancia arbitral, del laudo en segunda instancia arbitral o de la sentencia judicial que resuelva la anulación en su caso».

Cuando la ley nos indica que el laudo debe estar «firme» significa que no es posible la ejecución pendiente los recursos pertinentes. *Ergo*, al igual que las sentencias, no es posible una ejecución basándose en un título aún no definitivo (o sea, no es posible la ejecución provisional). Tómese en cuenta que el laudo tendrá todo el valor equivalente a una

⁹ SABROSO MINAYA, Rita. «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, febrero del 2012, n.º 161, p. 33.

¹⁰ Decreto Legislativo que norma el arbitraje:

Artículo 68. «Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

sentencia que se quiera, pero dado que proviene de particulares está contenido en un documento privado.

El artículo 713 del CPC y artículo 68 de la Ley de Arbitraje confluyen: «El laudo se ejecutará como una sentencia», *ergo* el procedimiento a seguir es aquél (tan escasamente) regulado en los artículos 715 a 718 del CPC. Una vez presentada la demanda de ejecución (una demanda que debe reunir todos los requisitos del artículo 424 del CPC, en lo pertinente, pues es una demanda de ejecución), el juez debe dictar el llamado «mandato de ejecución» del artículo 715 del CPC: orden al ejecutado de cumplir con su obligación dentro de cinco días, bajo apercibimiento de iniciarse la ejecución forzada». En rigor, no es que sea tan automático, pues, como en cualquier ejecución, el juez debe controlar que el «título» tenga los elementos sustanciales que le indica el artículo 689 del CPC (que es una disposición general, o sea, aplicable a cualquier ejecución): que el «título contenga una obligación cierta, expresa y exigible» y si se trata de una obligación dineraria, que sea «líquida o liquidable mediante operación aritmética».

Condiciones de ejecución de laudo, de acuerdo al CPC modificado, son:

- La ejecución de sentencia (firme) deja de ser concebida como la última fase del proceso declarativo (hoy, conocimiento, abreviado o sumarísimo), siendo entendida como un proceso del todo autónomo.
- La sentencia firme es considerada «título de ejecución» (artículo 713 inciso 1), pasa a ser el presupuesto para iniciar el (autónomo) proceso de ejecución, siempre que ésta reúna los requisitos sustanciales del artículo 689, o sea, contener una *obligación cierta, expresa y exigible*, y tratándose de dinero, *líquida o liquidable*, pero nótese que tal liquidación debe poder ser realizada mediante «operación aritmética».

- Se prevé que en caso de que el «título de ejecución» condene al pago de cantidad líquida, «el vencedor» debe acompañar liquidación realizada siguiendo los criterios establecidos en el título o «en su defecto los que la ley disponga» (primer párrafo del artículo 717), que no puede ser otro que la liquidación mediante simple «operación aritmética» (artículo 689).
- El pago de lo liquidado por el ejecutante debe ser ordenado en el llamado mandato de ejecución (se infiere del segundo párrafo del artículo 717 CPC).
- El ejecutado puede observar la liquidación «contenida en el mandato» dentro del tercer día, luego de lo cual el juez debe aprobar o desaprobar la liquidación.
- Tras la aprobación de la liquidación, el juez debe disponer el embargo de los bienes del ejecutado, salvo que ya hubiera un embargo cautelar, en cuyo caso se puede dar inicio a la «ejecución forzada» (léase: tasación, remate y pago; artículo 716), conforme a las reglas fijadas en el artículo 725 y siguientes.

3.2. La «oposición a la ejecución». Contradicción entre la ley arbitral y el Código Procesal Civil

El proceso de ejecución es el mecanismo que se utiliza para lograr la satisfacción o materialización de la obligación contenida en el título en un escenario de garantías y de exigencias a través de la fuerza, en el caso que opere en el escenario judicial. La facultad de ejecución permite el empoderamiento que hacen las partes con el árbitro, a quien delegan no sólo el poder para que defina el conflicto, sino que éste pueda, además, ingresar a la ejecución de lo que defina. Esta facultad es la expresión del ejercicio de la autonomía privada de voluntades, la misma que va a tener una limitación cuando requiera recurrir a la fuerza para doblegar la

resistencia del obligado. Bajo ese supuesto, será inoperante y sin éxito la ejecución del laudo en sede arbitral, por tanto, no habrá más alternativa que recurrir al poder de la jurisdicción para el ejercicio de la vis compulsiva.

Expuestos así los hechos, queda claro que la ejecución del laudo puede ser abordada bajo un escenario arbitral o judicial. Ello estará en función de los límites de la autonomía de voluntad que las partes quieran ejercer con relación a la ejecución del laudo o la decisión final que ponga fin al proceso arbitral.

El elemento fundamental para que pueda activarse la ejecución del laudo en el escenario arbitral es la existencia de una declaración expresa de voluntad, que hacen ambas partes, para otorgar facultades a los tribunales arbitrales para continuar con la ejecución, la misma que podría ser incorporada en el convenio arbitral, acta de instalación, reglamento arbitral o pactado por las partes durante el proceso con aceptación del colegiado.

Eso significa que los árbitros no sólo se deben limitar a conocer los hechos y declarar el derecho, sino que, tratándose de prestaciones de condena que encierran obligaciones, también deben procurar la satisfacción de lo declarado, pues las partes les han facultado a continuar con ese fin. La base legal la encontramos en el artículo 67.1 de la Ley de Arbitraje. Estas facultades de ejecución permitirán que los árbitros diseñen algunas estrategias para cumplir a cabalidad con la misión encomendada, como el requerir cartas fianzas para garantizar el cumplimiento de la pretensión dineraria, o pedir ser mandatario de las partes, para realizar en su nombre la futura obligación de hacer, materia de la controversia; todo ello estará permitido por ser perfectamente disponible y porque es la expresión de la voluntad de las partes, como mecanismo para ingresar a la pronta ejecución de lo que se va decidir en el laudo.

La delegación de facultades a los árbitros va a permitir la ejecución del laudo bajo dos fases: la primera, que se iniciará en sede arbitral; y la segunda, que continuaría en sede judicial. La ejecución del laudo en sede arbitral puede requerir de un procedimiento especial, el mismo que se agotará cuando «a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública» (artículo 67.2 del Decreto Legislativo n.º 1071).

Esto significa que los árbitros, a pesar de contar con facultades de ejecución, pueden, a su solo criterio, cesar su intervención, sin necesidad de realizar actos previos y de evidencia objetiva que permitan afirmar que no podían continuar con la ejecución encomendada.

Véase el caso en el que se ha dispuesto como parte de la condena en el laudo, la entrega de determinada maquinaria pesada a la parte vencedora, la misma que se encuentra en poder del demandado en un almacén. Los árbitros podrían inferir que, pese al pedido formulado al vencido, el propio procedimiento arbitral para la entrega de las máquinas y la renuencia reiterada del demandado a cumplir voluntariamente con la entrega, se va a requerir el uso la fuerza para vencer la resistencia del obligado, fuerza que se va expresar en el uso de apremios como el descerraje del inmueble donde se ubiquen los bienes y la extracción de las máquinas. Si los árbitros realizan una proyección de que se requeriría fuerza para materializar el laudo, se puede llegar a colegir que la fuerza es un atributo del que no gozan los árbitros, razón por la cual, como la *executio es* uno de los poderes de la jurisdicción, se tendría que recurrir a ella, inevitablemente.

La ejecución se inicia en sede arbitral y continúa en sede judicial. Como dice el artículo 67.2 del Decreto Legislativo n.º 1071, si los árbitros deciden cesar en sus funciones, se entregará a la parte interesada, a costa de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente, a efectos de la ejecución.

Esta ejecución en sede judicial constituye la segunda fase de la ejecución. La primera ya se inició ante los propios árbitros y, lamentablemente, al no haber sido exitosa (porque se requería fuerza para vencer la resistencia del condenado) es que se opta por continuar la ejecución en sede judicial, pero se trata de una continuación de la jurisdicción arbitral.

Es pertinente apreciar la ley especial, la cual textualmente señala que la jurisdicción interviene para lograr que se cumpla el mandato de ejecución. En igual forma, cuando los árbitros piden apoyo al Poder Judicial para efectivizar sus mandatos cautelares, la intervención se concretiza para el acto especial, el «mandato cautelar», pero los árbitros continúan asumiendo la competencia en el arbitraje. Lo que la jurisdicción hace no es asumir la competencia, sino complementar la eficacia de lo decidido en sede arbitral, recurriendo para ello al uso de la fuerza, que sólo se puede ejercer a través de los órganos jurisdiccionales.

Para ingresar a la ejecución del laudo, en sede arbitral no se requiere que el laudo esté firme, como sí lo exige el artículo 688.2 del CPC, al referirse al título ejecutivo en el proceso único de ejecución. La interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo, como señala el artículo 66.1 del Decreto Legislativo n.º 1071, pero aquí hay que hacer una precisión.

La interposición del recurso por sí solo no es un acto que permita el efecto de la suspensión, como dice la ley, sino que éste puede llevar a que se admita o no la impugnación. Sólo en los casos que se admita el recurso de anulación se justificaría la suspensión de la ejecución, siempre y cuando se acompañe además la garantía a que refiere el artículo 66.3 del Decreto Legislativo n.º 1071. Esto significa que frente al proceso de ejecución iniciado, éste se suspende hasta que el laudo se encuentre firme; pero, en el caso de la ejecución del laudo bajo las reglas del CPC, la exigencia de la firmeza como condición en

el laudo, tal como lo exige el artículo 688.1 del CPC, ni siquiera permitiría promover la ejecución del laudo, pues, una condición para que se promueva, es que el título se encuentre firme.

El CPC exige la firmeza del laudo para ejecución y la ley especial no exige esa condición; con el CPC ni siquiera se podría promover la ejecución, a diferencia la ley especial, con la que sería posible, sin perjuicio de que posteriormente se promueva su suspensión. El asunto de la firmeza aparentemente se complicaría y merecería una interpretación contradictoria con el propio CPC (artículo 688.2). Al respecto debemos indicar que la ley especial arbitral prima en caso de procedimiento de ejecución a cargo de los árbitros. Optar por una u otra estará en atención a los límites de voluntad que las partes hayan establecido; lo que significa que si optan por la primera alternativa, todo el diseño a seguir para la ejecución de sus laudos será el que regula la ley especial, pero si se opta por ella, las reglas para la ejecución de los laudos serán las del CPC.

En el primer caso, una de las condiciones para ejercer la ejecución es que el laudo no se encuentre firme y esa condición se va a mantener a través de todo el procedimiento, salvo que se pida la suspensión como lo establece el artículo 66 del Decreto Legislativo n.º 1071, situación que no sucede en el segundo caso, en que el laudo tiene que estar necesariamente firme para ingresar a la ejecución de éste. Además, si se opta por la primera alternativa, vamos a tener un diseño que comprende dos fases para la ejecución. La primera, que se inicia en el propio escenario arbitral (artículo 67 del Decreto Legislativo n.º 1071) y la segunda, que continúa su ejecución—truncada—en el escenario judicial (artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071).

En todo este recorrido, la idea central que acoge la ley especial y opera cuando hay facultades de ejecución para los árbitros es que el laudo no requiere estar firme para su ejecución, esto es, en estas dos fases de recorrido no se requiere que el laudo esté firme, ni siquiera para

la ejecución judicial a que refiere el artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071. Perfectamente, los efectos del laudo pueden ir materializándose, a pesar de que éste se encuentre impugnado, a través del recurso de anulación. Solamente, será posible suspender esta ejecución cuando se deposite una garantía bancaria, situación que no opera en los casos donde las partes no hayan dado expresas facultades de ejecución a los árbitros, pues aquí las reglas a seguir serán las que regulan el proceso único de ejecución y se requiere necesariamente la existencia de un laudo firme. Ésta es una situación diferenciadora, frente a la ejecución de laudos bajo las reglas del CPC. Aquí necesariamente se requiere que el título ejecutivo se encuentre firme.

En conclusión, de lo expuesto hasta el momento podemos afirmar que en la ejecución del laudo arbitral concurren dos situaciones: la que permite que los propios árbitros ejecuten el laudo, para lo cual las partes deben haber otorgado facultades para la ejecución; y la que deja a los jueces ordinarios ingresar a la ejecución de los laudos, bajo las reglas del proceso único de ejecución, cuando no se han otorgado facultades a los árbitros para la ejecución.

Según el artículo 690-D del CPC, el ejecutado puede formular «contradicción a la ejecución dentro de los cinco días de notificado». Esta «contradicción» sólo puede fundarse en que ya se cumplió lo ordenado o que la obligación se ha extinguido. Sólo se admite como prueba los documentos, los que deben acompañarse al escrito de «contradicción», pues caso contrario ella se declara inadmisibile. Por su parte, el artículo 68 señala que la única oposición (oposición y contradicción son lo mismo) del ejecutado es aquélla que se fundamente en que se cumplió con el mandato ejecutivo, en cuyo caso el juez suspende la ejecución. *Ergo*, los motivos de oposición (o, si se quiere, de «contradicción») resultarían ser tres: a) cumplimiento; b) extinción de la obligación por otra causa; y c) no firmeza del laudo. Según el segundo párrafo del artículo 690-D del CPC, de la llamada contradicción se corre traslado al ejecutante por cinco días, y con la contestación o sin ella, se

resolverá mandando seguir adelante la ejecución o declarando fundada la contradicción. La resolución que declara fundada la contradicción es apelable con efecto suspensivo. Por tanto, la que la declara infundada y dispone que se siga con la ejecución lo sería «sin efecto suspensivo».

3.3. Continuación de la ejecución

Si es que no se promueve «contradicción» o si propuesta es desestimada, la ejecución debe continuar (en el lenguaje del CPC, «seguir adelante la ejecución»). Si se trata de dinero, el acto siguiente está indicado en el artículo 728 del CPC: se dispondrá la tasación de los bienes (se entiende embargados), con lo cual se inicia el procedimiento de remate, vale decir, el procedimiento «ordinario» para el supuesto en que no habiendo cumplido el deudor se deba proceder al mecanismo sustitutivo enderezado a satisfacer los intereses creditorios, hasta llegar al llamado pago *ex* artículo 746 del CPC. Si no se trata de dinero, sino de un dar determinado, un hacer o un no hacer, el problema se complica, pues casi nada ha previsto el CPC al respecto; por ello amerita ver caso por caso.

3.4. Desarrollo del proceso de ejecución de laudo

El laudo consentido tiene el valor equivalente a una sentencia con la calidad de cosa juzgada, y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto Legislativo n.º 1071.¹¹ Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes en forma voluntaria, el interesado

¹¹ Decreto Legislativo que norma el arbitraje

Artículo 59.- «Efectos del laudo.

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67».

podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez o el tribunal arbitral; ello generará dos supuestos diferentes que necesitan regulación.

3.5. Ejecución de laudo ante tribunal arbitral o árbitro único

De conformidad con la Ley de Arbitraje, la ejecución de laudo arbitral se inicia a solicitud de parte dirigida al tribunal arbitral o árbitro único, que dispondrá su cumplimiento, pudiendo para dicho fin solicitar auxilio de la fuerza pública, siempre y cuando medie acuerdo para dicho efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.1 del Decreto Legislativo n.º 1071.^{12 13} En el supuesto de que no se cuente con acuerdo facultativo de ejecución en sede arbitral, con la emisión del laudo y sus sucedáneos cesarán las funciones del tribunal o árbitro único, y se dejará a salvo el derecho de las partes para que inicien la ejecución por vía judicial. Para dicho fin se hará entrega a las partes de las actuaciones arbitrales que requieran para dicho fin.

Asimismo, en caso de arbitrajes institucionales, si el reglamento del centro de arbitraje regulase la forma de ejecución, en este caso, dicha ejecución se somete al reglamento previamente aceptado por las partes, y en caso de resistencia, se procederá a ejecución con auxilio de la fuerza pública.

¹² Decreto Legislativo que norma el arbitraje
Artículo 67.- «Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. [...]».

¹³ Es necesario tener en cuenta lo indicado por Ana María Arrarte, quien precisa: «No es exacto afirmar que la jurisdicción de los árbitros concluya con la emisión del laudo arbitral. Si tenemos en cuenta que esta jurisdicción proviene del mandato de conferido por las partes, a través del consenso plasmado en el convenio arbitral, en nuestra opinión, es perfectamente posible sostener que la jurisdicción de los árbitros concluirá donde se agoten también las facultades a ellos conferidas.

Las partes pueden otorgar a los árbitros facultades que les permitan asumir la dirección de la etapa de ejecución de su propio laudo arbitral, e incluso facultades de ejecución, en este último caso, siempre que éstas no impliquen el ejercicio directo de la fuerza como mecanismo de coacción física». ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Diké. Portal de información y opinión legal*, p. 25. Recuperado de <<http://bit.ly/2bxO449>>.

Los únicos requisitos/documentos que pueden exigirse para reconocer y ejecutar un laudo son: (1) el acuerdo arbitral; y (2) el laudo arbitral, los artículos IV de la Convención de Nueva York y 1462 del Código de Comercio son tajantes al respecto. No es necesario que sean transmitidos mediante algún método formal (como carta rogatoria) ni que se cumpla formalidad alguna adicional.¹⁴

Al respecto, el profesor Alfredo Bullard González precisa que la ejecución arbitral de los laudos:

[E]s mucho más que autorizar el uso de la fuerza pública; en ese sentido, muchos actos de ejecución no requieren el uso de tal fuerza; inscribir un embargo o una decisión en los registros públicos, organizar o llevar a cabo la venta de un bien, liquidar intereses, costos y costas, resolver oposiciones o cuestionamientos a la ejecución o a la forma como ésta se está realizando; son todos actos que pueden ser llevados por los árbitros, sin ningún problema, pues no hay que recurrir a la fuerza pública.¹⁵

4. CASOS HIPOTÉTICOS

Los dos casos planteados mantienen dos litigios vigentes, que por temas de confidencialidad del arbitraje sólo se brindará detalles generales y distintivos. Estos casos se encuentran encaminados a reflexionar sobre la participación de los terceros ajenos al convenio arbitral y la problemática que se genera respecto a la ejecución del laudo, en los cuales se debe considerar como indispensable los siguientes supuestos: a) desconocimiento absoluto del proceso arbitral; y b) conocimiento del inicio de la controversia con alguna carta notarial o con la notificación dando conocimiento del inicio del arbitraje.

¹⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Tercera edición. México D. F.: Porrúa, 2001, p. 738.

¹⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 748.

4.1. Contrato de concesión y entidad municipal

Una entidad municipal suscribe un contrato de concesión, en virtud del cual cede un conjunto de inmuebles a fin de que puedan ser explotados por la empresa concesionaria, por el plazo de diez años, estableciéndose como contraprestación a favor de la municipalidad el pago del 30 % de la utilidad mensual que perciba la concesionaria por cualquier ingreso económico, generado por la explotación de los inmuebles y ambientes materia de concesión.

La concesionaria, en ejercicio de su derecho de explotación (uso-disfrute), suscribe tres contratos de arrendamiento a fin de que entidades financieras puedan ubicar cajeros electrónicos, un contrato de comodato con una ONG (promocionar sus fines ambientales) y en usufructo a título gratuito entrega un espacio para un restaurante.

La municipalidad notificó a la concesionaria, con seis cartas de requerimiento de pago, expresando el reiterado incumplimiento de su obligación de pagar el 30 % de la utilidad mensual. Luego, la municipalidad emplea la cláusula de resolución de pleno derecho y resuelve el contrato de concesión; posteriormente, conforme al convenio arbitral, las partes recurren a la justicia arbitral con la respectiva solicitud y demanda. Finalmente, la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y la entidad municipal solicita la ejecución de laudo contra los terceros ajenos al convenio arbitral.

4.2. Contrato de usufructo propietario vs. Gimnasio

Un propietario otorga en usufructo en favor de una empresa (un gimnasio) los pisos cuatro y cinco de un inmueble, a fin de construir (diseño, acabados y a fines) un gimnasio (de dos pisos) en el plazo de 16 meses y estableciendo como beneficio del propietario que cede los inmuebles, la retribución del 20 % de las utilidades netas mensuales una vez que el gimnasio se encuentre operativo.

De forma adicional, se estableció como causal de resolución de contrato, una condición suspensiva (construcción en 16 meses): de no existir construcción, el contrato se resolvería de manera automática.

El gimnasio estableció una obligación de no hacer, por la cual el propietario estaba impedido de ceder (título oneroso o gratuito) a terceros los inmuebles otorgados en usufructo durante dos meses adicionales de vencido el plazo, para los mismos fines comerciales (gimnasio).

Habiéndose cumplido el plazo de dieciséis meses, el gimnasio incumplió con las construcciones pactadas y no efectuó labor de obra alguna. Al día siguiente de cumplida la condición (suspensiva/resolutiva), el propietario mediante contrato de arrendamiento y usufructo otorgó el piso cuatro a una cadena de restaurantes y el piso cinco a una académica de baile.

El gimnasio presenta su solicitud de arbitraje ante el «Centro de Arbitraje Litigios Arbitrales» en que solicita la resolución del contrato de usufructo por causa imputable al propietario, pago de daños y perjuicios, y mediante medida cautelar se le otorga la administración temporal y el acceso a los ambientes otorgados en concesión de los pisos cuatro y cinco.

Posteriormente, la demanda es declarada fundada en todos sus extremos y el propietario solicita la ejecución de laudo.

Sin perjuicio de lo que comentaremos en adelante, resulta pertinente tener en consideración lo afirmado por Rita Sabroso. En dicho Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial del Lima del año 2010 se acordó que:

[E]n los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) del laudo [...] laudo arbitral, sustentado y acreditando que se encontraba en posesión del bien submateria, incluso con anterioridad a la fecha de celebración [...] del

proceso arbitral, en el cual se resolvió la desocupación del mismo —sin que él haya intervenido en dichos procesos—; la oposición (o contradicción) interpuesta judicialmente deberá ser amparada, pues de no ser así se estaría no sólo violentando normas procesales sino también normas que constituyen garantías constitucionales, como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho al debido proceso en su vertiente derecho de defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión.¹⁶

- El tercero debe sustentar y acreditar la posesión del inmueble que se ordena entregar, incluso antes del inicio del arbitraje; y
- El tercero no debe haber intervenido en el arbitraje.

Si dichos requisitos se cumplen, el juez debe amparar la oposición del tercero a la ejecución del laudo, es decir, no se podría ejecutar el laudo arbitral afectando a dicho tercero.

En el caso materia de análisis, tenemos que se notificó a los terceros con la demanda de ejecución de laudo y que uno de ellos se apersonó al proceso, incorporándosele como «tercero con interés». No obstante, dicho tercero no habría acreditado «tener título que legitime tal posesión sobre el bien».

Pero más allá de que el tercero no acreditó tener el título que legitime la posesión (requisito que no está contemplado en el Pleno Jurisdiccional, ya que en éste se establece únicamente que se acredite la posesión, más allá de que sea con título legítimo), de la casación no se desprende que dicho tercero haya poseído el bien que se ordenaba entregar antes del inicio del proceso arbitral.

En tal sentido, en el caso concreto no se habrían presentado los supuestos de hecho necesarios para que la oposición del tercero hubiese

¹⁶ SABROSO MINAYA, “La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral”, art. cit., p. 32.

sido amparada. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el tercero tenía expedita la vía constitucional para impugnar en laudo arbitral que se pretendía ejecutar.

5. CONCLUSIONES

- Podemos establecer que en la ejecución del laudo arbitral concurren dos situaciones para su ejecución. La que permite que los propios árbitros ejecuten el laudo, para lo cual las partes deben haber otorgado facultades para la ejecución; y la que deja a los jueces ordinarios ingresar a la ejecución de los laudos, bajo las reglas del proceso único de ejecución, cuando no se han otorgado facultades a los árbitros para la ejecución, dejándose establecida la ejecución de dos formas a) conforme a lo regulado en la Ley de Arbitraje; o b) con las reglas del CPC.
- Las partes deberán pactar en el convenio arbitral o en el acta de instalación del tribunal arbitral, la obligatoriedad, a fin de que la ejecución del futuro laudo, pueda ser encomendada al tribunal arbitral y conforme a las reglas de la ley arbitral, acorde con los principios de flexibilidad y extensión y/o amplitud del convenio arbitral, pues siempre existe la posibilidad de que un juzgador (Poder Judicial) distorsione la regulación de la especialidad de la ejecución arbitral del laudo, dejando establecido el camino procesal «ley arbitral». Sostenemos que la ejecución del laudo será más favorable para el interesado o el vencedor.
- Es importante determinar si existen terceros afectados (basta la posibilidad de que sea así) en el proceso arbitral. En un primer momento, la obligación de comunicar la presencia de terceros debe ser informado por cualquiera de las partes al tribunal arbitral. De tomar conocimiento, el tribunal arbitral expresa o tácitamente (escritos, audiencias o indicios) por alguna de las partes durante el desarrollo de la litis arbitral, en torno a la

existencia de terceros; aquél, de oficio, debe requerir información sobre estos y podría incorporarlos de oficio, siempre con mucho tino y cautela, a fin de no desvirtuar el proceso con la figura de partes no signatarias. La finalidad de todo esto se focaliza en que el laudo pueda ser ejecutado contra terceros, quienes tomaron conocimiento del proceso y pudieron ejercer su derecho de defensa en su momento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficacia a propósito de la intervención judicial». En *Diké. Portal de información y opinión legal*, p. 25. Recuperado de <<http://bit.ly/2bxO449>>.

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos en el Decreto Legislativo n.º 1071, Nueva Ley de Arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2010, n.º 10.

BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I.

CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, Marco. *El convenio arbitral (su eficacia obligatoria)*. Navarra: Civitas- Thomson Reuters, 2010.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Arbitraje*. Tercera edición. México D. F.: Porrúa, 2001.

MERINO MERCHÁN, José y José CHILLÓN MEDINA. *Tratado de derecho arbitral*. Tercera edición. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, t. I.

MUNNÉ CARATINA, Frederic. *El arbitraje en la Ley 60/2003*. Barcelona: Experiencia, 2004.

SABROSO MINAYA, Rita. «La oposición por parte de terceros a la ejecución judicial de un laudo arbitral». En *Diálogo con la Jurisprudencia*, febrero del 2012, n.º 161.

VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances de la ejecución del laudo en sede arbitral y judicial». En *Actualidad Civil*, septiembre 2017, n.º 39.

VIDAL RAMOS, Roger. «Alcances generales del convenio arbitral». En *Libro de ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho Civil*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Civil, 2012.

LA IMPOSICIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL Y EL
ERRADO EJERCICIO DEL *KOMPETENZ-KOMPETENZ*
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
MARZO DEL 2021, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ

