

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2015

Volumen 32 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Panorama Actual del Arbitraje 2015

Miguel Alberto Quino Fonseca
Milo Ruiz González
Oswaldo Hundskopf Exebio
Ricardo Gandolfo Cortés
Mario Linares Jara
Fernando Cantuarias Salaverry
Marianella Ledesma Narváez
Natale Amprimo Plá
Enrique A. Palacios Pareja
Alfredo Bullard González
Jorge Toyama Miyagusuku
Franz Kundmüller Caminiti
Gonzalo García-Calderón Moreyra
Giovanni F. Priori Posada

Richard Martin Tirado
Eugenia Ariano Deho
Cecilia O'Neill de la Fuente
José Luis Repetto Deville
Carole Ivonne Neyra Salazar
Juan Luis Avendaño Valdez
Raffo Velásquez Meléndez
Manuel Villa-García Noriega
Luis Oviedo Vereau
Anghelo Olarte Saco
Mario Castillo Freyre
Jhoel Chipana Catalán
Rodolfo G. Miranda Miranda
Fernando Vidal Ramírez

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2015

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com
- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe
- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe
- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Segunda edición electrónica: septiembre 2020

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

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2015-14862

ISBN: 978-612-4293-09-2

ÍNDICE

	Página
Prólogo	11
1. Ejecución de laudos contra terceros <i>Natale Amprimo Plá</i> <i>Rodolfo G. Miranda Miranda</i>	13
2. Arbitraje y contratación pública. Coexistencia del derecho público y privado en el derecho peruano <i>Mario Linares Jara</i>	35
3. Terceros frente a contratos, cláusulas arbitrales y laudos <i>Juan Luis Avendaño Valdez</i> <i>Raffo Velásquez Meléndez</i>	61
4. Apuntes sobre las Reglas IBA sobre prácticas de prueba y su aplicación en el arbitraje en el Perú <i>Giovanni F. Priori Posada</i>	83
5. El procedimiento administrativo sancionador en materia de contratación pública y sus implicancias en el ejercicio de la función arbitral <i>Richard Martin Tirado</i>	111
6. Anulación de laudos arbitrales ¿causales taxativas? <i>Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	173

7. El derecho al trato igualitario en la designación de los árbitros	189
<i>Cecilia O'Neill de la Fuente</i>	
<i>José Luis Repetto Deville</i>	
8. Los principios y garantías constitucionales aplicables al arbitraje	229
<i>Mario Castillo Freyre</i>	
<i>Jhoel Chipana Catalán</i>	
9. Las impugnaciones en el arbitraje entre pasado y presente	257
<i>Eugenia Ariano Deho</i>	
10. Control jurisdiccional y arbitraje	285
<i>Marianella Ledesma</i>	
11. La idoneidad del arbitraje institucional frente a la inseguridad del arbitraje <i>ad-hoc</i>	323
<i>Oswaldo Hundskopf Exebio</i>	
Anexo 1	
Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima	347
Anexo 2	
Reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima	353
Anexo 3	
Reglamento del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontifica Universidad Católica del Perú	357

12. Una mirada crítica del artículo 45.1 de la nueva Ley
de Contrataciones del Estado 371
Ricardo Gandolfo Cortés

13. El panorama del arbitraje, *pacta sunt servanda* y auto-
nomía, el camino recorrido y el que falta por recorrer
para prevenir «arbitricidios» 393
Franz Kundmüller Caminiti

14. Fianza y carta fianza. Dos pronunciamientos de la
Corte Superior en materia arbitral 441
Fernando Cantuarias Salaverry
José Luis Repetto Deville

- Caso n.º 1 *América Móvil* 459
Fernando Cantuarias Salaverry

- Caso n.º 2 *Mapfre* 479
Fernando Cantuarias Salaverry

15. La inejecución del convenio arbitral 487
Fernando Vidal Ramírez

16. La garantía de cumplimiento del laudo impugnado.
Su razón de ser 501
Enrique A. Palacios Pareja

17. El arbitraje potestativo: pronunciamientos del Tribu-
nal Constitucional y marco normativo 515
Jorge Toyama Miyagusuku
Carole Ivonne Neyra Salazar

18. La necesidad de regular la figura del Árbitro de Emergencia en el Perú: el problema de las medidas cautelares fuera de proceso arbitral 575
Milo Ruiz González
19. El árbitro es un animal (racional). Apuntes sobre psicología, neurociencia y arbitraje 587
Alfredo Bullard González
20. Arbitraje, fútbol y autonomía de la voluntad 611
Miguel Alberto Quino Fonseca
21. Más transparencia y menos confidencialidad en el arbitraje 627
Manuel Villa-García Noriega
Luis Oviedo Vereau
Anghelo Olarte Saco

PRÓLOGO

Hace algunos años, en el 2010, publicamos el volumen 13 de la *Biblioteca de Arbitraje*, titulado «Panorama actual del Arbitraje». En él, reconocidos profesores y abogados en ejercicio escribieron sobre diversos temas que revestían plena actualidad.

Han transcurrido cinco años de esa publicación y nuestra Biblioteca consideró necesario convocar nuevamente a diversos especialistas para escribir sobre temas de actualidad en sede arbitral.

Es cierto que todos los volúmenes de la *Biblioteca de Arbitraje* constituyen obras que recogen materias de actualidad, pero siempre resulta necesario hacer un corte y destinar un espacio colectivo para echar un vistazo general desde distintas perspectivas hacia el arbitraje en el Perú.

Debo decir que la idea de publicar esta obra no ha sido exclusiva de nuestro Estudio de abogados, pues nació de un proyecto conjunto con Thēmis Asociación Civil.

En el año 2014, el Comité Directivo de esta prestigiosa asociación tomó contacto con nosotros a efectos de emprender un proyecto conjunto sobre arbitraje y, como no podía ser de otra manera, el mismo fue incorporado dentro de la Colección *Biblioteca de Arbitraje* de nuestro Estudio.

En ese sentido, debemos agradecer y felicitar a los integrantes de Thēmis por tan magnífica iniciativa, la misma que no hace sino constatar el gran interés que el arbitraje ha generado en el Perú de hoy y, en especial, en los estudiantes de Derecho.

Esta versión del 2015 de «Panorama actual del arbitraje», también cuenta con la participación de un grupo muy importante de autores, a quienes la *Biblioteca de Arbitraje* agradece sus valiosas contribuciones.

Así pues, sometemos a consideración de nuestros lectores este nuevo número de nuestra Biblioteca, cuya edición es compartida con Thémis.

Lima, mayo del 2015

MARIO CASTILLO FREYRE*
DIRECTOR DE LA BIBLIOTECA DE ARBITRAJE

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

EJECUCIÓN DE LAUDOS CONTRA TERCEROS

Natale Amprimo Plá¹
Rodolfo G. Miranda Miranda²

Sumario: 1. ¿Quiénes son terceros realmente? Cuestiones generales.— 2. Algunas relaciones inmobiliarias.— 3. Ejecución de laudos contra Estados.— 4. Conclusiones.

El principio de relatividad de los contratos,³ el principio de *ex consensu advenit vinculum* en el Derecho Internacional, el principio de relati-

¹ Abogado por la Universidad de Lima. Profesor de Derecho Constitucional y del Curso de Especialización de Arbitraje en dicha Universidad. Socio fundador de Amprimo & Flury Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. Ha sido Congresista de la República (período 2001-2006), habiéndose desempeñado como Primer Vicepresidente del Congreso, Presidente de las Comisiones de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales y de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción; además de Vicepresidente de la Comisión de Ética Parlamentaria. Natale centra su práctica en Arbitraje, Derecho Societario, Derecho Constitucional, Derecho Procesal y Derecho Corporativo. Su correo electrónico es namprimo@amprimoabogados.com.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con Máster en Arbitraje Internacional por NYU. Asociado de Amprimo & Flury Abogados Sociedad Civil de Responsabilidad Limitada. Coordinador Regional del ICC YAF - Foro de Árbitros Jóvenes de la Cámara de Comercio Internacional. Admisión pendiente en Nueva York. Rodolfo centra su práctica en Arbitraje, Asociaciones Público Privadas, Contratación Pública y Derecho de la Construcción. Su correo es rmiranda@amprimoabogados.com.

³ Artículo 1363.- Efectos relativos de los contratos

Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles.

dad de la cosa juzgada⁴ son la regla general: un acto jurídico o jurisdiccional, como regla general, no debe afectar derechos de terceros. Sin duda, es la regla general y está bien que así sea.

Sin embargo, también pueden existir, concretamente en el arbitraje, excepciones válidas a este principio de relatividad a la eficacia *inter partes* del laudo. Recalcamos que se trata de excepciones, pues la regla general sigue siendo la ya expresada; esto es, la eficacia *inter partes* del laudo.

Precisamente, el objeto de este artículo es poner sobre la mesa algunos casos excepcionales que, a nuestro criterio, sí permitirían válidamente que se pueda ejecutar un laudo arbitral contra un tercero, aun cuando este último no haya participado en el proceso arbitral.

Excede los fines de este artículo profundizar en detalle sobre cada uno de los supuestos posibles de ejecución de laudos contra terceros. Simplemente, haremos referencia a algunos eventuales casos y desarrollaremos unas líneas sobre por qué estimamos que en tales casos debería darse la ejecución de laudos contra terceros.

Consideramos que la ejecución de laudos contra terceros es importante en ciertos supuestos porque, de un lado, de no admitirla, se vulneraría el principio de efectividad de los laudos arbitrales y, de otro,

⁴ Artículo 123.- Cosa Juzgada

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407.

existen ciertas causas justificantes —vistas caso por caso— para realizar una excepción a la regla general de la eficacia *inter partes* del laudo arbitral. En ese sentido, no compartimos la postura asumida por algunos, de prácticamente negar, en forma absoluta, la posibilidad de ejecutar laudos contra terceros o de ampliar sus efectos contra tales.

El presente artículo se divide en los siguientes acápites: (1) ¿Quiénes son terceros realmente?, donde haremos una interpretación histórica y comparativa de los Plenos Jurisdiccionales Comerciales de Lima del 2010 y la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el caso *María Julia*. (2) Aplicación de este tópico en algunas relaciones inmobiliarias. (3) Ejecución de laudos o sentencias contra Estados, donde discutiremos y haremos una reseña de casos internacionales donde se ha ejecutado laudos o sentencias contra entidades públicas distintas a las que tuvo la relación contractual original contra el acreedor-ejecutante. Finalmente, en (4) brindamos nuestras conclusiones.

1. ¿QUIÉNES SON TERCEROS REALMENTE? CUESTIONES GENERALES

En el 2010,⁵ las Salas Comerciales del Distrito Judicial de Lima tuvieron dos Plenos Jurisdiccionales donde trataron el tema de la ejecución de laudos contra terceros y llegaron literalmente a las siguientes conclusiones:

1. Se admite la notificación a los terceros cuando lo soliciten las partes, lo solicite el tercero o de oficio por el juez.
2. Los juzgados declararán procedente la incorporación y contradicción (de los terceros notificados).
3. Debe concederse o denegarse la apelación interpuesta por el tercero contra el auto que deniega su incorporación: los juzgados conceden la apelación interpuesta por un tercero.

⁵ 13 de mayo y 7 de junio de 2010.

4. Se debe denegar la apelación de las partes al auto que ampara el pedido de incorporación del tercero
5. El tercero ya incorporado formula contradicción y oposición: Al resolver el juez declara inejecutable el acta de conciliación o laudo contra el tercero.
6. Que en los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero, se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) del acta de conciliación extrajudicial o del laudo arbitral, sustentando y acreditando que se encontraba en posesión del bien sub materia, incluso con anterioridad a la fecha de celebración del acta de conciliación extrajudicial y/o del proceso arbitral, el cual resolvió la ocupación del mismo —sin que él haya intervenido en dichos procesos—, la oposición (o contradicción) interpuesta judicialmente debe ser amparada, pues de no ser así, se estaría violentando no sólo normas procesales sino normas que constituyen garantías constitucionales como la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso en su vertiente derecho de defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión. (La numeración es nuestra).

Como puede apreciarse, los Plenos Jurisdiccionales son bastante restrictivos en cuanto a la ejecución de laudos contra terceros.

En el 2011, en el caso *María Julia* (expediente n.º 00142-2011-PA/TC) el Tribunal Constitucional dejó sentado, a título de precedente vinculante, los supuestos de procedencia e improcedencia del amparo contra laudos arbitrales. *María Julia* es un amparo contra un laudo arbitral derivado de un conflicto minero en el que el perdedor cuestionó el laudo argumentando debido proceso por razones (supuestas) de motivación. El Tribunal declaró infundada la demanda, pues consideró que cuestiones de interpretación no deben permitir el reexamen del laudo en amparo (considerandos 27 y 28). Igual de importante que este buen criterio adoptado, son los precedentes vinculantes sobre la procedencia e improcedencia del amparo arbitral. Para el presente artículo, el más relevante de todos es el señalado en el numeral 21.c) de la sentencia:

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5, inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero⁶ que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071. (El subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse de *María Julia*, no cualquier tercero puede interponer una demanda de amparo contra el laudo arbitral, sino que se requiere la existencia de las siguientes condiciones conjuntas:

- Ser un tercero. *María Julia* no define el concepto general de terceros, pero se desprende de su contenido que el tercero es quien no ha participado en el arbitraje.
- Que el tercero no forme parte del convenio arbitral.
- Que tenga una afectación directa y manifiesta a sus derechos constitucionales.
- Que tal afectación sea producto del laudo.
- Que el tercero no esté en el supuesto de hecho del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

Como puede apreciarse de *María Julia*, no todo tercero puede interponer una demanda de amparo contra un laudo; pues Tribunal Constitucional conceptúa que no todo tercero al que se aplica el laudo ha sufrido una efectación directa y manifiesta a sus derechos constitucionales.

⁶ En la sentencia del Tribunal Constitucional comentada, se incurre en el error de denominar «tercero» al no signatario.

Los Plenos Jurisdiccionales son más restrictivos con la ejecución de laudos contra terceros —véase especialmente los numerales 5 y 6 de las conclusiones—. En tanto, *María Julia* es restrictiva con el amparo contra los laudos, pues ya vimos que ser tercero no es suficiente. Hay una serie de condiciones más que acreditar; pues no basta invocar su condición de terceros.

La principal condición, a efectos de este artículo, es la de la existencia de una «afectación directa y manifiesta de derechos constitucionales a consecuencia del laudo». En las líneas que siguen, explicamos que esta expresión resta legitimidad a muchos terceros y, además, implica que éstos sí deben soportar los efectos del laudo, a diferencia de lo que anteriormente señalaron los Plenos Jurisdiccionales ya mencionados.

Como ya lo expresó un sector de la doctrina nacional,⁷ existen distintos tipos de terceros. Algunos de ellos podrían ser clasificados así:

- a) Terceros completamente ajenos sin derecho e interés alguno en el laudo, los que se denominan «terceros jurídicamente indiferentes».⁸

⁷ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis y Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ. «El nuevo precedente constitucional sobre arbitraje. En especial, sobre la revisión judicial solicitada por “terceros”». En *Anuario Latinoamericano de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2012, n.º 2, p. 189.

⁸ AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis y Raffo VELÁSQUEZ MELÉNDEZ, citando a Marino ni y Cruz Arenhart dan el siguiente ejemplo sobre cómo una sentencia de desalojo repercute en distintas personas: «la sentencia que decreta el desalojo y pago de rentas pendientes opera efectos, indudablemente, primero, sobre el titular o titulares del bien (que se benefician con la restitución), sobre el arrendatario (que deberá dejar el inmueble y pagar), también respecto a su familia (que lo acompañará), sus amigos (que habrán de reconocer que aquella persona no reside más en aquel local), sus acreedores (que, para cobrar deudas exigibles, deberán gestionarla en su nueva dirección y verán disminuidas sus opciones de cobro), el subarrendatario de una de las habitaciones, etc.». *Ob. cit.*, p. 198.

- b) Terceros con interés afectado de manera refleja, pero que su derecho propio no fue discutido en el arbitraje, los que se denominan «terceros de una relación de prejudicialidad-dependencia».
- c) Terceros cuyo derecho propio fue discutido o conculcado en el arbitraje.

Como puede apreciarse, en base a las condiciones adicionales a las de tercero, que brinda *María Julia*, no cualquier tercero puede recurrir al amparo. Y ello es así, porque —a diferencia del Pleno Jurisdiccional donde no se hace distinguos— existen muchos terceros a quienes sí se puede ejecutar el laudo arbitral, en tanto no han sufrido una «afectación directa y manifiesta de derechos constitucionales a consecuencia del laudo».

De modo general, estos terceros son aquéllos que no tienen un derecho propio a arbitrar, ni que el arbitraje afecta de forma directa y manifiesta sus derechos sustantivos autónomos. A raíz de *María Julia*, a nuestro entender, se modifica el Pleno Jurisdiccional del 2010, por lo que, con el precedente vinculante emitido por el Tribunal Constitucional, sí existen terceros contra quienes sí se puede ejecutar el laudo arbitral. No olvidemos que, conforme con el último párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley n.º 28237, «Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional».

Ahora bien, ¿a qué terceros nos estamos refiriendo? Básicamente, a los terceros que, *grosso modo*, cumplan las siguientes características:

- No haber sido partes del proceso arbitral (por eso, se les llama terceros).
- No haber existido fraude alguno contra ellos.

- No son titulares de un derecho propio y autónomo del derecho discutido en el arbitraje. Al contrario, podría ser que estos terceros tengan derechos derivados de otra relación jurídica conexa con alguna de las relaciones jurídicas materia de arbitraje. Es decir, tienen un interés en el resultado del arbitraje, pero no un derecho a arbitrar.
- Tienen una relación jurídica con la parte perdedora del arbitraje, y en esa medida el resultado adverso les afecta, pero su relación jurídica misma no es la que es objeto de arbitraje.

Como es obvio, las relaciones jurídicas se vinculan, generándose nuevas relaciones que, según el caso, unas serán autónomas y otras serán dependientes entre sí. Sin embargo, ello no quiere decir que el deudor de un acreedor tenga que arbitrar con el acreedor de su acreedor. Cuando se va a ejecutar un laudo debe diferenciarse claramente qué derecho se está afectando del tercero. Si se está afectando un derecho que en realidad depende de la relación jurídica materia del arbitraje, estamos hablando de un derecho derivado o accesorio. Allí sí debe ser posible la ejecución, conforme al criterio de «terceros» de *María Julia*. Ello, porque, no hay una afectación directa y manifiesta a un derecho constitucional propio.

En cambio, si se va a afectar otro derecho del tercero que no depende de la relación jurídica materia de arbitraje o, peor aún, un derecho propio y autónomo (no simplemente derivado de la relación jurídica materia de arbitraje) que merecía que él compareciese, entonces, no se debería ejecutar el laudo contra este tercero.

En ese orden de ideas, Avendaño Valdez y Velásquez Meléndez⁹ sostienen:

Queda claro que una sentencia o, para este caso, un laudo, puede tener efectos reflejos sobre relaciones jurídicas de terceros.

⁹ *Ob. cit.*, p. 203.

Con ello no se sostiene que se haya juzgado la relación jurídica de terceros sin su intervención, sino que se ha juzgado, efectivamente, las relaciones existentes entre las partes del litigio, pero tal relación actúa como un presupuesto o como un condicionante de la relación jurídica que corresponde a un tercero y, en tal sentido, tendrá la virtualidad de alterar su realidad.

Dicho en palabras coloquiales, al «caerse» el derecho principal en el laudo, se «caen» los derechos accesorios o los que derivan del mismo. Y estos titulares de derechos accesorios o derivados no tienen derechos constitucionales autónomos sino derivados, de manera que deberán soportar los efectos del laudo.

Conforme a lo anterior, consideramos que a raíz de *María Julia* y en contraposición a lo señalado en los Plenos Jurisdiccionales, aquella clase de terceros sí podrían ser pasibles de soportar los efectos del laudo arbitral.

En las líneas que siguen, colocamos ejemplos típicos de ejecución de laudos contra terceros en derecho privado (acápite 2), y luego de derecho público (acápite 3).

2. ALGUNAS RELACIONES INMOBILIARIAS

Al momento de la redacción de este artículo, se ha denunciado a una mafia especializada en transacciones inmobiliarias fraudulentas que habría usado el arbitraje como mecanismo para apropiarse de inmuebles a través de malas artes. Evidentemente, cuando hablamos de la ejecución de laudos contra terceros en algunas relaciones inmobiliarias, no estamos defendiendo fraudes a través del arbitraje. En todos los casos, nuestros comentarios parten de la buena fe, el respeto al debido proceso y a la propiedad.

Hecha esta aclaración, manifestamos que el objetivo de este numeral es poner sobre la mesa ejemplos más aterrizados de los fundamentos

teóricos expuestos en el acápite (1). Concretamente, señalamos algunos ejemplos inmobiliarios donde estimamos la ejecución de laudos contra terceros, analizados caso por caso, como una legítima posibilidad:

- a) Un comprador y un vendedor pactan arbitraje en el marco de un contrato de compraventa con reserva de propiedad. El comprador no pagó todas las armadas. El vendedor demanda la recuperación del inmueble, obtiene un laudo arbitral a su favor. ¿Puede ejecutar el laudo contra quien posee el inmueble, por cesión del comprador incumplidor?
- b) El arrendamiento de una fábrica. El arrendador y el arrendatario pactan que no se puede hacer mejoras si es que no se sigue un procedimiento específico previsto en el contrato de arrendamiento. El arrendatario desea retener el bien por las mejoras efectuadas. El arrendador contradice esto, niega pagar mejoras por no haberse seguido el procedimiento contractual. Vence el arrendador; corresponde que el arrendatario desocupe la fábrica. Él lo hace, sin embargo, aparece un subarrendatario que no quiere desocupar parte de la fábrica, pues según él, su subarrendamiento sigue vigente. ¿Puede el propietario ejecutar el laudo contra el subarrendatario?

En el caso a), el poseedor del inmueble por cesión del comprador, deriva sus derechos indirectamente del contrato de compraventa incumplido que contenía el convenio arbitral. De igual forma, en el caso b), el subarrendatario deriva sus derechos del arrendatario gracias al contrato de arrendamiento que contiene el convenio arbitral.

Partimos por reconocer que autorizados expertos en arbitraje opinan distinto;¹⁰ sin embargo, conforme a *María Julia*, estimamos que

¹⁰ GARCÍA CALDERÓN, Gonzalo. «Posición del Poder Judicial sobre la extensión del convenio arbitral y la ejecución de laudos arbitrales contra terceros». En *Revista Jurisdicción Arbitral*, n.º 4, p. 24:

sí se debe permitir la ejecución del laudo en los ejemplos a) y b) que anteceden.

Como se expuso en el acápite 1, lo relevante, en realidad, es que la relación jurídico-procesal arbitral, sea con quien se tiene directamente la relación jurídico-material (legitimidad para obrar). Comprador con vendedor, arrendador con arrendatario en nuestros ejemplos. Decir lo contrario implicaría que, en nuestros ejemplos, el vendedor tenga que demandar arbitralmente al comprador, y judicialmente a quien el comprador cedió la posesión (ejemplo «A»). En tanto, en el ejemplo «B», que el arrendador deba litigar en sede arbitral con el arrendatario y, una vez obtenido el laudo favorable, litigar en sede judicial con el subarrendatario. Recordemos que la intervención de partes ajenas en el arbitraje sólo está prevista para los no signatarios, no para los terceros. De esta manera, el subarrendatario podría objetar su incorporación al arbitraje, basándose en que no ha consentido en el arbitraje, ni con el arrendatario ni con el propietario.

«Para el suscrito es claro, que si el tercero al ser notificado se opone a la ejecución, no es posible ejecutar el laudo arbitral contra el tercero ajeno al convenio arbitral, debiendo admitirlo e incorporarlo al Proceso de Ejecución. [...]

El proceso arbitral llevado a cabo entre “A” y “B” y finalizado con un laudo que ordena el desalojo de cualquier persona que habite el inmueble, pretendiendo desocupar a “C”, es manifiestamente inconstitucional al violar el derecho de defensa, teniendo en consideración que el arbitraje es un proceso que nace de la manifestación de voluntad, de lo contrario se estaría violentando el artículo 139, inciso 2 de nuestra Constitución, que señala que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la Ley, ni sometida a procedimiento distinto de los establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. [...]

Cualquier obligación que pretenda imponerse a un tercero ajeno al arbitraje violenta la tutela procesal efectiva, implica la imposición de un régimen excepcional no aceptado ni querido, implica diferentes garantías no previstas en acuerdo alguno, por ello el sometimiento forzoso a la decisión de un árbitro en perjuicio de tercero, no es válido. La no participación del tercero en el proceso arbitral no se subsana con la participación de éste en el proceso de ejecución, ya que su defensa se ve restringida y limitada».

Si se negase de forma universal, la eficacia del laudo contra terceros, bastaría poner más personas, crear varios contratos para entorpecer la ejecución del laudo y obligar al ganador del arbitraje a transitar unos años más por el Poder Judicial; desnaturalizando el acuerdo del que se han derivado, incluso sin su intervención, otros actos jurídicos.

El ordenamiento jurídico no exige eso. Repetimos, lo relevante es que se arbitre con quien se tenga la relación jurídico-contractual.

¿Acaso el poseedor en el ejemplo a) y el subarrendatario en el ejemplo b) no derivan sus derechos de la compraventa y del arrendamiento, respectivamente, que contienen el convenio arbitral? Consideramos que sí, por tanto, a la luz de la definición y caracterización del tercero legitimado para interponer el amparo al que se refiere el considerando 21.c) de *María Julia*, el ganador del arbitraje en nuestros ejemplos, sí debería poder ejecutar el laudo contra el arrendatario y subarrendatario.

Ello, porque en nuestros ejemplos, el poseedor en a) y el subarrendatario en b) no sufren una «afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales producto del laudo», debido a que respecto de los bienes materia del ejemplo, no tienen un derecho constitucional de propiedad, sino un derecho legal o contractual de posesión, derivado de otra relación jurídica.

Como resulta lógico, nuestro Código Procesal Civil admite en su artículo 690, que terceros puedan verse afectados con la ejecución:

Artículo 690.- Legitimación y derecho de tercero

Están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho a su favor; contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso, el constituyente de la garantía del bien afectado en calidad de *litis consorte* necesario.

Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución. La intervención

del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito en el artículo 435.

Incluso el artículo 123 del Código Procesal Civil admite que la cosa juzgada tiene efectos contra algunos terceros:

Artículo 123.- Cosa Juzgada.-

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos; o
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.

La resolución que adquiere la autoridad de cosa juzgada es inmutable, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 178 y 407. (El subrayado es nuestro).

La naturaleza consensual del arbitraje no justifica que ese tercero tenga el derecho ineludible a formar parte del arbitraje, o que se pueda oponer a la ejecución del laudo contra él. Repetimos, lo relevante es que se haya arbitrado con quien se tiene la relación jurídico-sustancial.

Con quien no se tiene una relación jurídico-contractual directa, habrá que notificarle del proceso de ejecución, permitirle que esgrima las defensas permisibles en tal proceso y si no existe indicios de fraude ejecutar el laudo contra él.

Avendaño Valdez y Velásquez Meléndez hacen referencia a una sentencia del Tribunal Constitucional Español donde se reconoce la validez de la ejecución de una sentencia (no tendría por qué ser distinto en un laudo) contra un subarrendatario del arrendatario demandado por el

propietario. En tal sentencia, el Tribunal avaló la constitucionalidad de dicha ejecución.¹¹

Además, la misma norma procesal contempla que un tercero puede ser afectado por una resolución judicial; lo que implica que no haya sido parte del proceso judicial, pues de ser así, ya no sería tercero no interviniente. No vemos razón alguna para que en el arbitraje se trate de forma distinta, ni su naturaleza consensual afectaría —a nuestro criterio— esta conclusión.

De esta forma, conforme a las características de tercero que señala *María Julia*, en el contexto de crecimiento del arbitraje, en general, y de operaciones inmobiliarias, en particular, consideramos que el laudo sí

¹¹ «No es contrario al principio de contradicción [...] el que una decisión judicial pueda tener efectos que repercutan en sujetos que no han participado en el proceso y que no han sido llamados a él y que, por tanto, no figuren como condenados en la Sentencia. Tal ocurre respecto a quienes sean titulares de una situación jurídica dependiente o condicionada por un derecho ajeno sobre la que incide el contenido de esta Sentencia, la cual afecta a ese derecho ajeno que en el proceso de origen se cuestiona y sobre el que decide la Sentencia. Formalmente el tercero, titular de esa situación, no estará afectado por el mandato contenido en la Sentencia que no se dirige a él, pero su derecho, al depender del derecho de otro, resultará afectado de forma indirecta o refleja por la modificación que este último derecho derive de la Sentencia, al igual que también podía quedar alterado por actos de disposición ajenos sobre ese derecho. Tal ocurre en los casos de contratos dependientes o derivados de una situación jurídica contractual de una parte, como son los distintos tipos de subcontratos y, muy en particular, los subarriendos. Por el nexo del subarriendo con el contrato de arrendamiento principal, el subarrendatario ha de “sufrir” los avatares del contrato de arrendamiento principal, cuyas vicisitudes tienen su reflejo necesario en los derechos del subcontratista, por la dependencia permanente de las situaciones sustanciales.

El principio constitucional de contradicción no se opone a que una Sentencia pronunciada frente al arrendatario, pueda ser oponible y tener efectos indirectos o reflejos también frente al subarrendatario y pueda ser oponible y tener efectos indirectos o reflejos también frente al subarrendatario, pese a no haber sido éste parte del proceso principal» (STC n.º 58/1988). *Ob. cit.*, p. 206.

se debe ejecutar contra el poseedor del inmueble en los casos como los planteados.

3. EJECUCIÓN DE LAUDOS CONTRA ESTADOS

Líneas arriba nos referimos a la ejecución de laudos contra terceros en relaciones primordialmente de derecho privado, en el presente acápite, nuestro objetivo es analizar cómo se ha venido aplicando este tópico en ejecución de laudos o sentencias contra Estados.

La regla general en la ejecución de laudos y sentencias judiciales contra el Estado peruano, es que cada entidad es responsable de sus propias deudas. Por ejemplo, si existe un laudo favorable contra el Ministerio de la Producción, ni el presupuesto ni los activos del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, responderán por tal obligación, en principio.

Esto se desprende de los artículos 47 del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo¹² y 70 del TUO de la Ley del Sistema Nacional de Presupuesto.¹³

¹² Artículo 47.- Ejecución de obligaciones de dar suma de dinero

Las sentencias en calidad de cosa juzgada que ordenen el pago de suma de dinero, serán atendidas por el Pliego Presupuestario en donde se generó la deuda, bajo responsabilidad del Titular del Pliego, y su cumplimiento se hará de acuerdo con los procedimientos que a continuación se señalan:
[...] (El subrayado es nuestro).

¹³ Artículo 70.- Pago de sentencias judiciales

70.1 Para el pago de sumas de dinero por efecto de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada, se afecta hasta el cinco por ciento (5%) o hasta un mínimo de tres por ciento (3%), según sea necesario, de los montos aprobados en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA), con excepción de los fondos públicos correspondientes a las fuentes de financiamiento Donaciones y Transferencias y Operaciones Oficiales de Crédito Interno y Externo, la reserva de contingencia y los gastos vinculados al pago de remuneraciones, pensiones y servicio de tesorería

No obstante lo anterior, cuando se suele ejecutar laudos contra una entidad en el exterior, se suele ejecutar, no a la entidad o agencia en particular, sino al Estado en general. Es importante citar el caso *Figueiredo vs. Perú*, donde esta empresa brasilera, ganadora en un arbitraje contra un programa del Sector Vivienda, Construcción y Saneamiento, demandó la ejecución del laudo contra la República del Perú. La Corte de Apelaciones de Nueva York rechazó el pedido, pero no porque éste no pudiese plantearse contra Perú, sino porque estimó que Nueva York era un foro no conveniente para la ejecución del laudo, en vista de la dificultad que presenten las cortes norteamericanas al aplicar la ley administrativa peruana sobre privilegios estatales en la ejecución de laudos y sentencias. Esta decisión ha sido ampliamente criticada.

En *TMR Energy Limited vs. Ucrania*, una corte canadiense ordenó el embargo de un avión militar que estaba transportando equipamiento militar italiano a Canadá, porque a pesar de tratarse de un avión militar, el avión estaba realizando actividad comercial. En *Birch Shipping vs. Embajada de Tanzania*, una corte estadounidense embargó los fondos de la embajada porque no todos ellos se estaban usando para fines diplomáticos, sino que parte de ellos estaba siendo usado para fines comerciales. Cabe resaltar que en ninguno de estos casos se señala que el contrato original fue suscrito con la entidad embargada.

y de deuda. Esta norma comprende, entre otros, la atención de sentencias judiciales en calidad de cosa juzgada por adeudos de beneficios sociales.

70.2 El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público, procederá a la apertura de una cuenta bancaria en el Banco de la Nación para cada Entidad que lo solicite, en la cual la Entidad deberá depositar, mensualmente, los montos de las afectaciones presupuestales mencionadas en el numeral precedente, bajo responsabilidad del Director General de Administración o quien haga sus veces en la Entidad.

70.3 Los pagos de las sentencias judiciales, incluidas las sentencias supranacionales, deberán ser atendidos por cada Entidad, con cargo a su respectiva cuenta bancaria indicada en el numeral precedente, debiendo tomarse en cuenta las prelacións legales.
(El subrayado es agregado).

En *First National City Bank vs. Banco para el Comercio Exterior de Cuba* (conocido como el caso *Bancec*), resuelto por la Corte Suprema de Estados Unidos, también se hace patente que, a pesar del principio de separación de las entidades públicas, en ciertos casos, unas entidades se hacen responsables de las deudas de las otras.

En este caso, existían dos relaciones deudor-acreedor y la Corte Suprema permitió la compensación, a pesar de que por el lado de Cuba se trataba de distintas entidades. De un lado, (i) el gobierno de Cuba expropió el banco norteamericano, que hoy es Citibank; con lo cual, el gobierno se volvió deudor de una indemnización al banco; y de otro, (ii) el banco norteamericano era deudor de *Bancec* por una relación comercial vinculada a cartas de crédito.

En el caso *Bancec*, el banco norteamericano compensó la deuda (i) en la cual era acreedor del gobierno cubano por la expropiación con la deuda; y (ii) en la cual era deudor del banco comercial *Bancec*. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América confirmó la validez de esta compensación, a pesar de que *Bancec* y el gobierno cubano son considerados diferentes sujetos de derecho. Con este caso se demuestra cómo el principio de separación de las personas jurídicas (públicas) puede ceder en situaciones especiales.¹⁴

No se trata de un laudo arbitral, pero perfectamente podría aplicarse la misma lógica. De similar manera, ya hemos visto que en el Perú, la ejecución de sentencias —y laudos, aunque ellos no se mencionen en la normativa citada— parte de la regla general que es la entidad deudora la que asume el pago de la sentencia o laudo. Sin embargo, en concordancia con la jurisprudencia antes citada y el principio de efectividad del laudo, este principio de separación podría ceder en determinadas circunstancias.

¹⁴ Para mayor detalle, véase MIRANDA, Rodolfo «Reasonable respect to privileges: a proposed criterion regarding enforcement of awards and judgments against States», publicado en www.lexarbitri.pe.

Así, por poner un ejemplo, no debería sorprendernos que si el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS) incumple el pago de unas obras de aumento de cobertura de agua, y el constructor obtiene un laudo favorable, que no es honrado por el MVCS, este constructor intente con éxito embargar fondos en una emisión de bonos a cargo del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), a pesar que el MEF y el MVCS son distintas entidades.

Sobre la ejecución de laudos contra entidades públicas que no fueron parte del arbitraje, Gaillard¹⁵ señala lo siguiente:

El principio de efectividad de los laudos arbitrales nace de las legítimas expectativas de las partes de resolver ciertas controversias a través de arbitraje. Cuando existe un convenio arbitral entre el Estado y una empresa privada, este convenio arbitral no tendría

¹⁵ «The principle of effectiveness of arbitral awards arises from the legitimate expectations of the parties that have agreed to resolve certain of their disputes through arbitration. When an arbitration agreement is entered into by a State and a private party, the agreement to submit to arbitration would not have much value in the State could, at its own discretion, decide whether or not an award rendered against it could be enforced by exercising its immunity. [...] States are free to constitute as many legal entities as they see fit to handle the management of their commercial activities. Most commercial activities are, in practice, run through entities whose legal nature varies but which, according to the laws that govern them, have their own financial assets and autonomy in their management. [...] Experience shows that effectiveness of arbitral awards, State immunity from execution and autonomy of the State legal entities are not susceptible to be reconciled. The question, therefore, is which of these three principles should be sacrificed, wholly or in part, in order to satisfy the other two. [...] More concretely, if we are not ready to allow the beneficiary of an enforceable award against a State to seize an embassy or the funds intended to remunerate diplomats, shouldn't we allow such a beneficiary to enforce its rights against the assets of the airline company or the national bank when such entities are entirely controlled by the debtor-State?».

GAILLARD, Emmanuel. *Effectiveness of Arbitral Awards, State Immunities from Execution and Autonomy of State Entities. Three Incompatible Principles*. In *State Entities in International Arbitration*. (Emmanuel Gaillard and Jennifer Younan, eds.). IAI Series on International Arbitration. Paris: Juris Publishing, Inc., 2005, n.º 4, p. 181.

mucho valor si el Estado, a su discreción, decide si un laudo contra él puede o no ser ejecutado usando su inmunidad.

En ese contexto, se abordan tres principios en conflicto: efectividad del laudo arbitral, inmunidad de ejecución y autonomía de las entidades públicas. Finalmente, Gaillard señala que estos principios, a veces son incompatibles, de manera que puede ser necesario sacrificar uno para preservar los otros dos. Así, señala que «Como resultado, el Estado está, efectivamente, en una posición donde tiene la posibilidad de ejecutar, a su discreción, los laudos que elija ejecutar».

Con relación a las facultades del Estado, de organizarse a sí mismo y las dificultades de ejecutar laudos contra Estados, el mismo autor señala que:

Los Estados son libres de constituir tantas entidades públicas como consideren para poder administrar sus actividades comerciales. Muchas actividades comerciales, en la práctica, son ejercidas a través de entidades cuya naturaleza jurídica varía pero que, conforme a las leyes que las regulan, tienen su propios activos financieros y autonomía en su administración [...] La experiencia enseña que la efectividad del laudo arbitral, la inmunidad estatal de ejecución y la autonomía de las entidades públicas no pueden ser reconciliadas. La pregunta, entonces, es cuál de esos principios debe ser sacrificado en todo o en parte para poder satisfacer los otros dos. [...] Más concretamente, si no estamos preparados para que el ganador de un laudo ejecute los fondos de una embajada para pagar la remuneración de los diplomáticos, ¿no deberíamos admitir que se permita a tal beneficiario exigir sus derechos contra los bienes de la compañía aérea o contra los del banco nacional cuando estas entidades están controladas por el deudor-Estado?

Coincidimos con tal posición, en el sentido de que, en determinadas circunstancias, se puede ejecutar el laudo contra terceros y que ello se hace en pro de satisfacer el principio de efectividad de los laudos.

4. CONCLUSIONES

1. La regla general es que el laudo arbitral sólo surte efectos *inter partes*, la ejecución o ampliación de sus efectos contra terceros es una excepción.
2. Los Plenos Jurisdiccionales del 2010 del Poder Judicial son restrictivos respecto a la ejecución de laudos contra terceros.
3. Posteriormente, en el 2011, el Tribunal Constitucional expide la sentencia *María Julia*. En su considerando 21.c), precedente vinculante, se señala que los terceros pueden interponer un amparo cuando, además, cumplan las siguientes condiciones: no hayan sido partes del convenio arbitral, no estén en el supuesto de hecho del artículo 14 de la Ley de Arbitraje y sufran una afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales, producto del laudo.
4. Al poner condicionantes a la procedibilidad del amparo, *María Julia* está admitiendo que en determinados casos el laudo, sí podría ser ejecutado contra terceros que no reúnan tales condiciones.
5. Esto marca un distanciamiento con los Plenos Jurisdiccionales que, como dijimos, eran más restrictivos respecto de la ejecución de laudos contra terceros.
6. Como consecuencia de *María Julia*, interpretamos que los terceros que no han sufrido una afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales, sí deben ser pasibles de ejecución del laudo arbitral.
7. Principalmente, nos referimos a los terceros que si bien tienen interés en el proceso; sin embargo, su derecho propio no está

siendo discutido en el arbitraje. Es decir, terceros que tienen derechos o intereses que no se discuten en arbitraje, pero que sus derechos dependen de los derechos en *litis*. Consecuentemente, tienen derechos accesorios al conflicto, lo que en doctrina se denomina «efectos reflejos».

8. Estos terceros que no tienen derechos propios sino derivados, a diferencia de lo que dicen los Plenos Jurisdiccionales y en concordancia con *María Julia*, sí deben ser pasibles de ejecución del laudo arbitral. Nuestros ejemplos son sólo una muestra: a) el vendedor que gana un arbitraje contra el comprador, recupera el bien y desaloja al poseedor del inmueble por cesión del comprador; o, b) el arrendador que vence en arbitraje al arrendatario y desaloja al subarrendatario.
9. Las preguntas que un juez podría formularse ante un pedido de ampliación de efectos o ejecución de laudo contra un tercero o contra un no signatario, son:
 - ¿Conforme a *María Julia*, el tercero tiene derechos propios o autónomos en disputa en el arbitraje donde no participó? Dicho de otra manera, ¿se han afectado directamente sus derechos constitucionales? ¿O simplemente, su derecho deriva de los derechos en disputa?
 - ¿Además de la relación sustancial, existía convenio arbitral entre el ejecutado y el ganador?
 - ¿Debió —no sólo pudo— ser citado al arbitraje?
 - ¿Existe indicios de fraude?
10. Repetimos, así como no debe ser absoluto negar la ejecución de laudos contra un tercero, tampoco es absoluto que éste deba proceder siempre en todos los casos señalados. Como excepción

que es, esta figura debe analizarse caso por caso, especialmente, evitando fraudes.

Lima, diciembre del 2014

ARBITRAJE Y CONTRATACIÓN PÚBLICA COEXISTENCIA DEL DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO EN EL DERECHO PERUANO

*Mario Linares Jara**

Sumario: 1. Arbitraje y reserva del control de la legalidad.— 2. Arbitraje y materias disponibles e indisponibles aún en el supuesto de previsión legislativa.— 3. Normativa peruana sobre arbitraje en los contratos del Estado. El arbitraje sin materia indisponible.— 4. Derecho aplicable en los contratos del Estado.— 4.1. Teoría de las modulaciones de derecho público en el contrato. Coexistencia del derecho privado y el derecho público por la calidad de las partes. Prevalencia de este último.— 4.2. El caso del silencio de la norma y el criterio de los árbitros para definir la naturaleza de los actos o decisiones de las partes en la administración de los contratos.— 4.3. Los simples actos de administración y los actos administrativos contractuales: teoría de la incorporación al contrato, de los actos separados y del acto administrativo contractual coligado.— 4.4. Teorías del acto administrativo contractual. Régimen de caducidad para solicitar el arbitraje respecto de las actuaciones de las partes.

* Mario Linares Jara. Abogado por la Universidad de Lima, Magister en Servicios Públicos por las Universidades Carlos III y Paris Nanterre x, ha sido profesor de pre y postgrado en Derecho Administrativo y Contratación Pública en la Universidad de Lima, San Ignacio de Loyola, Nacional Mayor de San Marcos, en la Escuela de Postgrado Época en Buenos Aires y en los cursos de postgrado de la Universidad de Salamanca. Árbitro miembro de las nóminas de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Arbitraje de la PUCP. Socio de Mario Linares Jara Abogados y de Linares Consultores.

A diferencia de lo que acontece en el plano de los contratos del Estado con inversores extranjeros en donde es posible el arbitraje de acuerdo al Derecho Internacional, y a tenor de la letra de los propios contratos y de los tratados suscritos entre los Estados (Tratados Bilaterales de Protección de Inversión Extranjera o Tratados de Libre Comercio), y dependiendo del tipo de controversia; este medio de solución de conflictos no es lo regular en el plano de las normativas locales de contratación pública, constituyendo la normativa peruana, una excepción.

La restricción que se indica se debe a la reserva del control de la legalidad al Poder Judicial, respecto de las materias relacionadas con las manifestaciones del poder del Estado, esto es, o con las pretendidas potestades de la administración en los contratos «administrativos» (*ius variandi*, entre otros) o con la ejecutoriedad de los actos administrativos que se dicten durante la ejecución contractual (siempre que éstos lo fueran de acuerdo a la ley o al criterio de los árbitros).

En el presente artículo desarrollaremos los puntos indicados en relación a su inobservancia en la normativa peruana de contratación pública, para luego abordar la coexistencia del derecho público y privado en la solución de controversias mediante arbitraje, en especial lo relacionado a la naturaleza jurídica de las decisiones que toman las partes que incide respecto de la otra durante la administración de los contratos, esto es, actos jurídicos y actos administrativos.

1. ARBITRAJE Y RESERVA DEL CONTROL DE LA LEGALIDAD

La primera dificultad de la implementación regular del arbitraje en los contratos del Estado es la reserva del control de legalidad del Poder Judicial, respecto del ejercicio de potestades públicas,¹ reserva que puede

¹ FRAGA PITALUGA, Luis. «El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos». En *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo* «Allan Randolph Brewer-Carías». *La relación jurídico-adminis-*

estar contenida en un ordenamiento o inferirse mediante la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, concluyéndose que la sede natural para resolver las controversias en los contratos de los Estados donde existe unidad de jurisdicción, es la administrativa y, posteriormente, la judicial, habida cuenta de que las decisiones de la administración, relativas a la ejecución contractual constituyen actos administrativos.

La reserva del control de la legalidad al Poder Judicial puede concordarse con el principio de legalidad. Se afirma, entonces, que para que proceda el arbitraje en los contratos suscritos por el Estado, debe existir una autorización legal, de lo contrario, el proceso arbitral es inaplicable.

Como es de verse, en el caso peruano no existe el problema expuesto. Ni siquiera estamos a la confluencia de las decisiones de las partes, pública y privada en relación al arbitraje, es la misma Constitución y la normativa de contratos públicos desde la normativa primigenia de 1998, que señalan como obligatorio el mismo.

2. ARBITRAJE Y MATERIAS DISPONIBLES E INDISPONIBLES AUN EN EL SUPUESTO DE PREVISIÓN LEGISLATIVA

En el caso de estar previsto constitucionalmente el arbitraje como medio de solución de controversias en los contratos públicos, aun en ese caso, gran parte de la doctrina insiste en la prevalencia sobre ello, de limitaciones al arbitraje por la existencia de materias indisponibles por naturaleza. Si el Estado tiene legislación que se fundamenta en la tesis dualista de los contratos públicos; esto es, en la coexistencia de, por un lado, los «contratos administrativos» —con toda su carga de potestades públicas, inclusive extralegales— y por otro, de los «Contratos Privados de la Administración»; el arbitraje sólo será posible, en principio, en estos últimos.

trativa y el procedimiento administrativo. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 1998, p. 165.

Ahora bien, si el sistema es de los contratos unitarios, es decir, donde la ley señala la existencia a secas, de contratos públicos o estatales, asimilando la idea de que existe regulación pública específica en algún grado debido a los fines públicos que estos contratos conllevan, igual subsiste el problema de la indisponibilidad como en el caso colombiano, en donde la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han sentado precedentes al respecto, siendo posible solamente el arbitraje para los contratos públicos, sólo en lo relativo a cuestiones de carácter técnico, de hecho, o de tipo financiero patrimonial.²

² URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto. «Aspectos del arbitraje público en la contratación administrativa». En *Los contratos administrativos «contratos del Estado», VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, «Allan Randolph Brewer-Carías». Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo, 2005, p. 355.

Véase también: «Este principio permite deducir que, en un Estado de Derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio se encuentran comprometidos la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integradores del orden público». «[...] no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse, precisamente, de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de derecho público, y el ejercicio del poder público. Empero, aun en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría vedado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en donde se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contencioso-administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquier otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados». Sentencia del Consejo de Estado colombiano, 23 de febrero de 2000, expediente n.º 16394, p. 140.

Igualmente, considérese que los artículos 70 y 71 de la Ley de Contratación Pública colombiana y que se referían al arbitraje sin limitaciones, fueron declarados

3. NORMATIVA PERUANA SOBRE ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO. EL ARBITRAJE SIN MATERIA INDISPONIBLE

Atribuir carácter de indisponibilidad arbitral a las controversias surgidas dentro de un contrato administrativo atendiendo a las potestades que involucra por naturaleza y no por lo que dispone ley, equivale a trasladar principios, tradiciones, costumbres y jurisprudencia ajenas a nuestra realidad, a la propia ley y, sobre todo, al modo en que hace ya más de una década, se ha venido aplicando el arbitraje en los contratos públicos que celebra el Estado peruano. En correspondencia con lo anterior, no tiene sentido seguir indicando en las demandas arbitrales pretensiones, tales como la declaración de nulidad y/o invalidez de tales decisiones o actos administrativos, en el «por si acaso» de que los árbitros entiendan que no pueden pronunciarse sobre la nulidad de actos administrativos, por ser ello materia indisponible, pero sí por su invalidez.

Respecto de los argumentos centrados en la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos y al ejercicio, sino de potestades ilimitadas, sí de prerrogativas públicas debidamente tasadas y otorgadas por ley, situación que determinaría la aceptación del arbitraje sólo para cuestiones técnicas, de hecho o patrimoniales; debe estarse a que dicha distinción es completamente doctrinaria y que no ha merecido en el Perú, un pronunciamiento jurisdiccional, habida cuenta de la claridad de la normativa aplicable.

El régimen de arbitraje en los Contratos del Estado es claro. No existe necesidad de distinguir materia disponible. La disponibilidad sin atender a la naturaleza de las decisiones de la administración funciona

exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia n.º C 1436 de 2000, bajo el entendido de que los árbitros nombrados para resolver los conflictos suscitados como consecuencia de la celebración, el desarrollo, la terminación y la liquidación de contratos celebrados entre el Estado y los particulares, no tienen competencia para pronunciarse sobre los actos administrativos dictados por la administración en desarrollo de sus poderes excepcionales.

porque se ha privilegiado la seguridad jurídica que implica el sistema arbitral por sobre la presunción de legalidad y la ejecutividad de los actos administrativos, esto último, si se quiere otorgar dicha calidad a las decisiones de la entidad pública contratante (no hay nada definido legalmente al respecto).

Al hilo de lo expuesto debe decirse que al margen de la oposición o restricción de la que es objeto el sistema arbitral en los contratos del Estado, el argumento donde reposa su aplicación está dado por la propia ley (caso peruano) y la naturaleza jurisdiccional de la función arbitral,³ esto último al menos en el Perú, Colombia, Costa Rica, El Salvador y Paraguay.⁴ En efecto, en principio, los árbitros comparten los mismos derechos y obligaciones de los jueces. Ahora bien, si a los segundos les compete conocer de la actuación de la administración, trátase de potestades o prerrogativas, ¿por qué a los primeros no? El propio Estado, como indica Bullard, refiriéndose a los arbitrajes internacionales, ha

³ CORREA ÁNGEL, Diana Ximena. *El arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 184. MOLINA, Carlos Mario, sobre el punto expresa: «En efecto, según pronunciamientos constantes de las tres Altas Cortes colombianas, así no sea ésta permanentemente, la fuerza jurisdiccional de los laudos arbitrales es reconocida, por cuanto sus decisiones son expresiones de función pública en derecho o en equidad y, además, son decisiones que terminan un conflicto, que luego de surtidas las respectivas impugnaciones, son pronunciamientos que hacen tránsito a cosa juzgada y sobre los cuales no cabe en principio ningún recurso». MOLINA, Carlos Mario. «Aspectos constitucionales del arbitraje en Colombia». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis-Universidad del Rosario, 2005, p. 55.

⁴ Santisteban de Noriega, opina que, a pesar de la jurisdiccionalización del arbitraje, que la Constitución reconoce y que el Tribunal Constitucional admite, no es inadecuado fomentar una interpretación autónoma del arbitraje que emanen de la voluntad de las partes. Al respecto y obviamente sin agotar el tema en cuestión, creo que contar con el arbitraje a nivel jurisdiccional ha permitido que éste se haya desarrollado en la contratación pública (SANTISTEBAN DE NORIEGA, Jorge. «Tribunal Constitucional y arbitraje: improcedencia del amparo contra resoluciones y laudos arbitrales, el control difuso en sede arbitral y el tratamiento de la recusación del tribunal arbitral *in toto*». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2007, n.º 4, p. 13).

consentido en el arbitraje mediante su potestad legislativa.⁵ Va de suyo que este consentimiento no sólo es aplicable en el arbitraje internacional, sino también en el régimen nacional de los contratos del Estado.

El Estado peruano ha consentido en el arbitraje para solucionar las controversias que se presenten en los contratos que suscriba y se ha pronunciado sobre la materia arbitral: ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, eficacia o invalidez, cuestiones que seguirán siendo arbitrables se materialicen por medio de actos administrativos o a través de simples declaraciones de la administración en el curso de la ejecución del contrato, si es que así se interpretasen las decisiones de la entidad respecto del contrato, cuestión que abordaremos en otro apartado.

Entre los administrativistas foráneos prevalece la tesis dura la indisponibilidad de materias de *ius imperium* en sede arbitral. Sin embargo, debemos insistir, en que ello es relativo desde las concesiones que realizan los propios Estados justamente desde el principio básico transversal del Derecho Administrativo: el interés público. Ejemplo claro es lo sucedido con el Estado francés, cuna del Derecho Administrativo, el cual en febrero de 1986, mediante el Tratado de Canterbury con el Reino Unido, consintió en la facultad de las personas públicas de acudir al arbitraje en caso de controversias entre el gobierno inglés, francés y sus concesionarios en la construcción del Túnel de la Mancha. Es más, ese mismo año y contradiciendo lo que el propio Consejo de Estado determinó en marzo⁶ y con ocasión de la negociación de la construcción del

⁵ «Si el tribunal arbitral cuenta con facultad para resolver un caso, es porque existe un acuerdo de las partes. Por ello, si el Estado acordó someter a un arbitraje una controversia, queda claro que renunció a la inmunidad soberana. La única pregunta relevante es, entonces, si el Estado consintió o no, legitimadamente, el ir a arbitraje. Por ello, normalmente, no va a haber problemas de inmunidad soberana si existe un convenio arbitral». BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En *La Contratación Pública 2*. Buenos Aires: Hammurabi, Juan Carlos Cassagne, Enrique Rivero Ysern, 2007, p. 1211.

⁶ «El contrato realizado entre, de un lado, el Estado francés, la región Ile de France, el departamento de Val de Marne y el establecimiento público de planeación de

parque Eurodisney, el Estado francés mediante ley del 19 de agosto de 1986 estableció que «por derogación al artículo 2060 del Código Civil, el Estado, las entidades territoriales y los establecimientos públicos están autorizados —en los contratos que ellos concluyan conjuntamente con sociedades extranjeras para la realización de operaciones de interés nacional— a suscribir cláusulas compromisorias para solucionar, si es el caso definitivamente, los litigios relativos a la aplicación y a la interpretación de esos contratos». Abundando, Francia ha suscrito 65 tratados de protección de inversiones en donde caben los arbitrajes internacionales; inclusive, y dependiendo de la letra del tratado, en controversias relativas a contratos públicos.⁷

Si para países desarrollados, los dogmas ceden a la realidad de ofrecer sino seguridad jurídica, dado el funcionamiento de sus sistemas; si en cambio, celeridad y especialidad mediante el arbitraje. Cuanto más, economías emergentes dependientes de capitales foráneos en donde la racionalidad económica es imperativa.⁸

Marne la Vallé, es considerado como un contrato público relativo al ordenamiento jurídico interno francés y no entra en el campo de aplicación de ninguna disposición legislativa que autorice excepcionalmente el recurso a la cláusula compromisoria.

De una parte, a este contrato no le son aplicables los principios del arbitraje internacional. De otra parte, la Convención de Washington [...] no entraña ninguna consecuencia respecto a la facultad de una persona pública de pactar arbitraje». SALCEDO CASTRO, Myriam. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración...* Ob. cit., p. 123.

⁷ SALCEDO CASTRO, Myriam. *El arbitraje en los contratos concluidos por la administración*. Ob. cit., pp. 231 y 232.

⁸ Arrarte y Paniagua indican al respecto: «La opción por el sistema arbitral obedece a la constatación de que el arbitraje tiene ventajas de las cuales nuestro sistema judicial aún no goza, y que le permiten un mejor conocimiento del conflicto, y emitir una decisión en términos comparativos, mucho más breves, lo que resulta acorde con la “racionalidad económica” de las relaciones que se encuentran detrás del conflicto». ARRARTE, Ana María y Carlos PANIAGUA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Magna, 2007, p. 125.

Creo que es natural que desde la doctrina española y también desde un amplio sector de la doctrina argentina, lo aquí sostenido y lo que dispone nuestro ordenamiento, sea visto como un error inaceptable que atenta contra institutos básicos del Derecho Administrativo. Inclusive, el administrativista peruano Baca Oneto, para evitar que se afecte la indisponibilidad de los actos administrativos ha propuesto que los laudos en las controversias de los contratos públicos podrían limitarse a acoger o denegar las pretensiones sin anular acto administrativo alguno.⁹

Pues bien, es menester señalar que la indisponibilidad de materias en los arbitrajes relativos a los contratos del Estado, no versan —utilizando el ordenamiento español—, en una cuestión centrada en criterios o principios inalterables en su sustancia, sino que se trata de grados de aceptación, de tolerancia o de pragmatismo que no hacen sino la evolución del Derecho local o su adaptación a la realidad global.

Debe decirse, siguiendo parcialmente a Gonzáles-Varas, que existe sino una tendencia, una inclinación, incipiente aún, a la utilización del arbitraje en los contratos públicos, inclinación que se ha centrado primero en el plano internacional por efecto de la realidad del mercado o de la globalización del capital y que de pronto, podría extenderse al plano de las normativas locales, como en los casos de Italia¹⁰ y Francia, que inclusive prevé la conciliación y el arbitraje de equidad.¹¹ Por lo

⁹ BACA ONETO, Víctor Sebastián. «Los medios alternativos de solución de conflictos en el Derecho Administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)». En www.limaarbitration.net/LAR1/victor_sebastian_baca_oneto.pdf, p. 247.

¹⁰ El artículo 241.1 del Código de Contratos Públicos prevé la solución de controversias mediante arbitraje de derecho, aunque como indica Marina Jalvo, el laudo no vincula directamente a las partes quienes deben suscribirlo expresamente. MARINA JALVO, Belén. «El derecho de la contratación pública en Italia». En *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*. Valladolid: Lex Nova, Universidad de Alcalá, 2011, pp. 281 y 282.

¹¹ El régimen peruano de arbitraje en los Contratos del Estado encuentra puntos de encuentro en el sistema italiano de contratación pública en donde los contratos suscritos entre el Estado y los particulares no constituyen necesariamente con-

pronto, volvemos a indicar, que no existe problema para el caso peruano, la ley es clara y como refieren Castillo Freyre y Vásquez Kunze, saber qué derechos son arbitrables, depende del orden jurídico de cada Estado nacional.¹²

4. DERECHO APLICABLE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

4.1. Teoría de las modulaciones de derecho público en el contrato. Coexistencia del derecho privado y el derecho público por la calidad de las partes. Prevalencia de este último

No es necesario incursionar en las tesis existentes en torno a la negación o aceptación de la doctrina clásica del contrato administrativo, diremos concordando con Gonzáles-Varas, que en la actualidad es mayoritaria la opinión —el autor indica que en el Derecho español, nosotros creemos que en Iberoamérica—, que niega un contrato administrativo por naturaleza, admitiéndose que se trata de una modulación de Derecho Público en el contrato de derecho común en atención a la presencia del Estado en la relación contractual.

Pues bien, esas modulaciones de Derecho Público hacen que el contrato público, esto es, simplemente aquel contrato suscrito por el Estado con un particular, sea no un contrato administrativo sino solamente un contrato a secas, pero con modificaciones precisas de Derecho

tratos administrativos y sus controversias se resuelven mediante el Código Civil y con la jurisdicción ordinaria, a pesar de que Italia cuenta al igual que Francia y Colombia, con una jurisdicción administrativa, siendo posible la admisión del arbitraje. Es más, se ha previsto el arbitraje como medio de solución de controversias, específicamente, para las obras públicas. TRAVI, Aldo. «La contratación pública en Italia». En *La Contratación Pública*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1997, tomo 1, p. 355.

¹² CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Garrigues Cátedra-Universidad de Navarra-Palestra, 2006, p. 76.

Público, con prerrogativas y también obligaciones públicas exorbitantes del derecho común y paralelamente obligaciones y ventajas de los privados respecto de su contraparte pública, distintos a los que comúnmente existen en una relación entre privados.

Para la ejecución contractual y la solución de las controversias que se susciten, donde existan estas modulaciones en más o en menos de la ley especial contractual pública, las entidades públicas deberán aplicar las mismas obligatoriamente y, donde no existan, deberá distinguirse entre la aplicación supletoria de otras normas de Derecho Público y las disposiciones del Código Civil y, para el caso de los particulares, éstos deberán sólo distinguir para sus decisiones entre las disposiciones de Derecho Público expresadas en la normativa y la aplicación del Código Civil.

4.2. El caso del silencio de la norma y el criterio de los árbitros para definir la naturaleza de los actos o decisiones de las partes en la administración de los contratos

A diferencia de las posibilidades de actuación de la administración contratante: hechos, actos de administración interna, actos administrativos y simples pronunciamientos, no existe mayor problema en definir la naturaleza de las decisiones de los particulares en la administración de los contratos que suscribe con el Estado. Son actos jurídicos y debe aplicarse, en consecuencia, lo regulado para tal instituto en el Código Civil. Debe estarse, entonces, a los problemas propios del acto jurídico para las decisiones de los particulares, como, por ejemplo, la solicitud de una ampliación de plazo o una resolución contractual.

Si la normativa prescribe alguna formalidad, su incumplimiento no tendría necesariamente el mismo efecto que para la parte pública, ello en cuanto el artículo 144 del Código Civil señala: «cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto».

Por otro lado, la normativa de contrataciones del Estado no indica nada respecto de la naturaleza jurídica de los actos emitidos por la administración contratante durante la ejecución del contrato. Para algunos árbitros, va de suyo que no se tratan de actos administrativos, puesto que contratante y contratado están en un plano de igualdad por la relación contractual (salvo las prerrogativas específicas que otorga la Ley de Contrataciones del Estado), no pudiendo la administración emitir actos que encuentran su campo de acción en una relación administración-administrado, dentro de un procedimiento administrativo ordinario y no entre contratantes.

En cuanto a la aplicación supletoria de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) dispuesta por la normativa de contratación pública, puede interpretarse que ello es posible solamente en la fase anterior a la ejecución contractual, esto es, en los actos preparatorios o internos del proceso de contratación y, sobre todo, en el procedimiento administrativo especial de selección de contratistas.

Por otro lado, es válido también sostener que si, en efecto, debe aplicarse en la relación contractual y de forma más precisa, en las decisiones de la administración contratante, la Ley del Procedimiento Administrativo General en lo que se dispone para el acto administrativo, pues se trata de una decisión en ejercicio de la función administrativa. Se debe entender, además, que de ser los actos del contratante estatal actos administrativos, se otorga seguridad jurídica y garantías al contratista, pues la administración tendrá que restringirse a parámetros determinados contenidos en la normativa para determinados actos específicos.

Debe considerarse, además, que en nuestro régimen la seguridad jurídica indicada no tiene el correlato de la presunción de legitimidad y la correspondiente ejecutoriedad, pues estos actos administrativos contractuales, como se sabe, pueden ser deducidos como fuente de controversia y ser sometidos, en consecuencia, a un proceso arbitral en cuya sede se suspende la ejecución, cuestión ésta, debe decirse, muy propia

de nuestro régimen y que de seguro al lector foráneo le parecerá inconcebible por mutilarse de acuerdo a la doctrina comparada, potestades públicas basadas en el *ius imperium*.

Pues bien, el panorama está descrito, mas debe decirse que la normativa nos da mayores elementos de apreciación en torno al asunto abordado, cuestión que a continuación tratamos.

4.3. Los simples actos de administración y los actos administrativos contractuales: teoría de la incorporación al contrato, de los actos separados y del acto administrativo contractual coligado

Retornamos a la interpretación de que las decisiones del contratante estatal no son actos administrativos, puesto que la aplicación supletoria de la LPAG está referida de forma exclusiva a los procedimientos de selección del contratista y no a la ejecución contractual. Podría añadirse que, dado que no hay un régimen exorbitante del derecho común propia de un contrato administrativo en su concepción francesa clásica con sus potestades explícitas o implícitas, sino ciertas ventajas o prerrogativas públicas, o como indica García de Enterría, modulaciones de Derecho Público sobre el contrato, estando a ello y a que no se indica en la normativa especial un régimen administrativo para los actos contractuales de las entidades públicas, va de suyo, entonces, que no puede aplicarse la supletoriedad referida, que lo que se ha querido legislativamente es otorgar seguridades y garantías a los particulares de un régimen igualitario salvo las modulaciones a favor de las entidades y que son la excepción y que como tales deben contenerse en la ley.

Ahora bien, puede que no estemos ante la negativa de plano de que ningún acto de la administración contratante dentro de la ejecución del contrato, sea un acto administrativo, sino que existirán actos que lo sean y otros que no.

Mairal, aunque no se refiere a la relación contractual específicamente, denomina «meros pronunciamientos administrativos» a las decisiones de la administración que no cuentan con una habilitación legal, no contando estos actos con las prerrogativas propias del acto administrativo:

Se hace necesario, entonces, distinguir entre los actos administrativos y los que llamamos meros pronunciamientos administrativos, es decir, entre aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, y aquellas otras que se limitan a fijar posición del Estado ante el particular, pero sin ser, por sí solas, hábiles para producir aquel resultado. Mientras que a las primeras les alcanza cabalmente la definición de acto administrativo, a las últimas debe serles negado tal carácter [...].¹³

Por otro lado, puede interpretarse que la vía idónea para la administración en la ejecución de un contrato público es la de los actos administrativos, que no hay más, que se trata de una cuestión consustancial al obrar administrativo. Destacamos aquí lo sostenido por Grecco respecto de la aplicación de la ley del procedimiento administrativo general en Argentina ante el vacío normativo de la ley de contratos públicos:

[...] literalmente la ley dispone que los contratos que celebre el Estado, los permisos, las concesiones administrativas se rigen por sus respectivas leyes especiales. Esto, sencillamente significa que la celebración y ejecución, pongamos por caso de un contrato de obra pública se ha de ajustar a las directivas legales de la ley básica y de sus disposiciones complementarias. Pero, ciertamente, la ley básica y las disposiciones complementarias no regulan una serie de aspectos contenidos en la legislación general de las decisiones administrativas. Y, en definitiva, ¿qué es un contrato administrativo sino un *compositum* de actos administrativos singulares modelados en función de una finalidad práctica específica? [...] [...] de lo que se trata es de precisar cómo se deben

¹³ MAIRAL, Héctor. «Los meros pronunciamientos administrativos». En *Derecho Administrativo*. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 658.

regular esos actos unilaterales dictados durante la preparación, celebración, ejecución y extinción del contrato administrativo. Y desde esta perspectiva, resulta evidente que cuando el objeto de la contratación del Estado ingresa en el campo de aquello que con mayor o menor fortuna se ha dado en denominar el giro o tráfico peculiar de las administraciones públicas, la aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos es indiscutible [...] [...] Como se puede observar pese a los reparos que puede despertar la aplicación de la ley, para el aspecto comentado, no puede haber otra solución que tal aplicación directa de la ley, ya que, por ejemplo, el acto administrativo de adjudicación de un contrato, la sanción impuesta al contratista o la rescisión del convenio no pueden sino estar sometidos a los requisitos generales consignados en el artículo 7 de la ley y al régimen diseñado en la ley para las diversas vicisitudes del obrar administrativo.¹⁴

De otra parte, Barra refiere:

El análisis del acto administrativo, en la estructura del contrato administrativo, es absolutamente natural y necesario, teniendo en cuenta que uno de los sujetos de la relación contractual es siempre una administración pública, o un sujeto privado que actúa en esa relación jurídica en tanto que delegado de una administración pública, es decir, gozando de su misma —con ciertas limitaciones— situación jurídica [...] [...] Ahora bien, el modo general que tienen las administraciones públicas de expresar hacia el exterior de su propia organización su voluntad jurídica, es a través de actos administrativos.

Igualmente, para Sesin, el asunto está zanjado. Al comentar la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo, habida cuenta del precedente «Gyprobras» de la Corte Suprema de la Argentina:

¹⁴ GRECCO, Carlos Manuel. «Procedimiento administrativo y contratos administrativos (variaciones sobre el artículo 7, párrafo final de la Ley n.º 19.549)». En *Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, 1999, p. 136.

En efecto, el sistema de revisión de los actos administrativos no deben ser diferentes cuando se dictan con motivo de la preparación o ejecución del contrato.¹⁵

Ahora bien, regresando a Mairal, debe decirse que éste entiende como consecuencia inmediata de determinar que las decisiones de la administración en relaciones especiales con los particulares no son actos administrativos que, el particular, no se vea sometido a un régimen público mediante el cual se adquieren cargas lícitas que soportar.

Es decir, trasladando los conceptos al campo de la contratación pública, que si de este régimen específico no se desprenden qué actos se presumen legítimos y que tengan fuerza ejecutoria, no se les tiene por qué dar dichas características mediante la aplicación supletoria de la Ley de Procedimientos Administrativos.¹⁶

Sobre este mismo dilema, es decir, tomar como acto administrativo o «simples relaciones de coordinación o concertación» de la administración los actos de las entidades públicas dentro de la ejecución del contrato, González López, de manera específica refiriéndose al Estatuto de Contratación Pública de Colombia, Ley n.º 80 de 1993 que, por cierto, abandonó la tesis dualista del contrato público (contratos administrativos y contratos privados de la administración) optando la unitaria (contratos del Estado), señala que, en efecto, no hay potestad

¹⁵ SESIN, Domingo. «Los principios del derecho civil en la jurisprudencia sobre la contratación administrativa». En *Derecho Común y Derecho Administrativo. Diferencias y contactos*. Córdoba: Lerner Editora, 2009, p. 138.

¹⁶ «El estudio del derecho comparado demuestra que los conceptos jurídicos surgen de cada régimen institucional y, por ende, deben adecuarse a las particularidades del régimen al que corresponden, de donde no es posible crear la pretensión de crear tales conceptos con validez universal. [...] [...] Es que es tal la variedad de la actuación administrativa que todo intento de generalización debe ser un extremo cauteloso so pena de proponer reglas que sólo se adecúan a un cierto tipo de relaciones jurídicas». MAIRAL, Héctor. *Ob. cit.*, pp. 651 y 661.

o acto administrativo sin norma habilitante.¹⁷ Pero, advierte también que lo anterior se aplica con relación a las potestades relacionadas directamente con la organización administrativa y que para las potestades función se ejercitan mediante un criterio finalista que se ejercita en aras del interés público y no de la organización del aparato administrativo.

A partir del concepto potestad-función, surge, entonces, la posibilidad de analizar si estamos ante actos administrativos dentro de la ejecución contractual, analizándose la naturaleza de la actuación administrativa.

Ahora bien, para el autor, la actuación genérica de la administración en un contrato está centrada en la finalidad pública de ésta, por lo que, identificando las prerrogativas públicas de la administración, esto es, la interpretación y modificación unilateral, dirección, inspección y control y el poder sancionatorio, estaremos ante actos administrativos contractuales.

Concluye González López:

[...] podríamos afirmar que no todos los actos o actuaciones de la administración en la ejecución de un contrato pueden catalogarse como actos administrativos [...] [...] Necesariamente,

¹⁷ GONZÁLEZ LÓPEZ, indica: «Por ello y en la medida que pueden comportar una limitación a las actividades de los ciudadanos, la doctrina señala que no hay potestad sin norma previa, y que todas las potestades deben ser específicas y delimitadas. Es decir, no pueden existir potestades indeterminadas.

En el trasfondo, se observa el desarrollo del principio general de competencia de los servidores públicos, en el sentido que éstos pueden hacer sólo aquello que les está expresamente permitido, y que las funciones atribuidas a ellos provienen de la ley, y se concreta, por lo tanto, en el hecho de que no hay acto administrativo sin norma específica que lo autorice y delimite. GONZÁLEZ LÓPEZ, Édgar. En *Naturaleza jurídica de los actos de la administración en un contrato estatal: IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. El régimen de las libertades. La responsabilidad de la Administración Pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 881.

los actos administrativos deben corresponder al ejercicio de las prerrogativas otorgadas por norma expresa de la administración y legitimadas u orientadas por la continuidad y eficiencia del servicio público, como criterio finalista del contrato elegido por el legislador, y además como criterio de interpretación de las reglas contractuales [...].¹⁸

En nuestro régimen de contratos del Estado estas cargas, con algunas variaciones respecto del Derecho colombiano, existen de hecho con desdén de otorgarles o no categoría de acto administrativo. En efecto, se encuentran presentes las prestaciones adicionales, las reducciones o deductivos, la intervención económica o las penalidades legales, la facultad de resolver el contrato sólo por obligaciones esenciales y el régimen sancionador administrativo. Por otro lado, no habría necesidad de que los particulares teman o soporten un régimen propio de los actos administrativos, pues el régimen recursivo de éstos no sería el contenido en la LPAG y, posteriormente, la sede judicial en el proceso contencioso-administrativo, sino como se sabe, el proceso arbitral obligatorio, debiendo estarse, por lo tanto, a que el régimen de los actos administrativos no sería desfavorable a la administración, sino todo lo contrario, pues por un lado el régimen de contratos estatales no otorga presunción de legalidad y la auto tutela en la ejecución de los actos contractuales de la administración, puesto que deducida la controversia, las prerrogativas no son ejecutorias, quedan suspendidas, ante la sola petición del arbitraje, volviéndose, por tanto, el régimen del acto a favor del particular en su esfera de sometimiento al principio de legalidad y, en su caso, de tratarse de decisiones discrecionales, al control de los mismos vía los principios generales del Derecho y del Derecho Administrativo, así como la razonabilidad, proporcionalidad y el cumplimiento de finalidades públicas vía la decisión.

Tal parece, entonces, que los contratistas no deberían temer que los actos contractuales sean en realidad actos administrativos contractuales.

¹⁸ GONZÁLEZ LÓPEZ, Édgar. *Ob. cit.*, p. 904.

En efecto, en la doctrina argentina se habla, inclusive, de un bloque de juridicidad de los contratos públicos, bloque que sería integrado, además, de la normativa especial correspondiente, por la Ley que regula el procedimiento administrativo general.¹⁹

Habiéndose expuesto las razones que invitan a concluir que las decisiones de la administración contratante en la fase de ejecución contractual, constituyan en su caso,²⁰ actos administrativos especiales, esto es, actos administrativos contractuales, cuyo régimen deviene en pro contratista, pues subsistirá —como es lógico— la aplicación del principio de legalidad para que se emita el acto, mas no las prerrogativas del acto administrativo, señaladas en la LPAG, corresponde ahora analizar si este acto administrativo-contratual, tiene efectos por sí mismo, cada vez que se emite y debe ser o conviene ser impugnado en cada oportunidad de emisión, o es que todos deben incorporarse al contrato o a una última decisión o si todos los actos se encuentran coligados entre sí, como actos antecedentes de otro y/o consecuentes de otro, además de estar coligado a las Bases y al propio contrato.

La teoría de la incorporación o de los actos no separables surge de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés en 1877,²¹ ésta se explica en cuanto:

¹⁹ MARCHETTI Luciano. «La aplicación de la Ley de Procedimientos Administrativos a los contratos». En *Cuestiones de Contratos Administrativos*. Homenaje a Julio Rodolfo Comadira, Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: Facultad de Derecho-Ediciones RAP, 2007, 1.^a edición, p. 458.

²⁰ Es obvio que no todos los actos serán administrativos, siempre existe la categorías de los actos de administración interna y hecho de la administración de conformidad con el artículo 1, inciso 1.2, numeral 1.2.1 y 1.2.2, respectivamente, de la LPAG. Se hace referencia a la categoría de actos administrativos contractuales para aquéllos que califiquen como tales en la medida que la administración ejerce función administrativa que crea, reconoce, deniega, regula o extingue derechos.

²¹ Debe recordarse el sistema de dualidad de jurisdicciones en Francia, siendo el Consejo de Estado en lo Administrativo a lo que es la Corte Suprema en lo ordinario o privado.

[...] los actos de tutela administrativa, cuando han sido precedidos o seguidos de contratos que aprueban o autorizan, no pueden independizarse [...] de estos contratos que completan y en los cuales se confunden, para ser anulados directamente, bien por el Consejo de Estado en vía contenciosa, bien, y con mayor motivo, por la autoridad administrativa, de la cual emanan (El subrayado es nuestro).²²

Es decir, los actos administrativos por quedar incorporados al contrato, no podían ser impugnados de manera individual y diferenciada de éste, siendo impugnable el contrato en la vía correspondiente según se tratase de contrato administrativo o contrato privado de la administración, sólo por las partes contratantes, generándose indefensión respecto de los participantes en el procedimiento de selección de contratistas.

La teoría de la incorporación o del todo indivisible cede en la primera década del siglo xx a la teoría de la separación o de los actos separables o desprendibles en la que, en principio, los actos administrativos anteriores al contrato pueden ser impugnados de forma individual y separados del contrato, otorgándose así seguridad jurídica a los postores, respecto, al menos, de los actos correspondientes a la fase licitatoria o preparatoria del contrato, sin que ello conlleve la exclusión de los actos posteriores.

Cassagne, alude a una concepción clásica de la teoría, en cuanto a su prevalencia respecto de los actos anteriores al contrato, indicando que en el Derecho argentino, la teoría se ha extendido para los actos posteriores a la celebración del contrato.²³

²² DEL VALLE, Fabiola. *Actos administrativos y contratos de la administración pública: Teoría General de la Conexión*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2003, p. 29. Comentario del Comisario David del Consejo de Estado Francés con ocasión del arret de 2 de marzo de 1877 citado por Boquera Oliver, siendo éste citado, a su vez, por Del Valle Fabiola.

²³ «En el ordenamiento administrativo nacional argentino, la cuestión debe resolverse en términos semejantes, aunque la solución sea la misma para el acto separable de la concepción clásica (los preparatorios y de adjudicación del contrato) que, respecto de los actos posteriores, vinculados con la ejecución y modificación de los

Ahora bien, la teoría de los actos separables es criticada, pues no soluciona el problema de la nulidad del contrato, habida cuenta de la nulidad de los actos anteriores, puesto que la impugnación de estos actos en el régimen administrativo aplicable, no conlleva efecto suspensivo del contrato que se entiende nulo.

La tercera teoría sobre los actos administrativos contractuales es la de los actos coligados. Barra señala respecto de éstos:

Se trata, entonces, de actos administrativos contractuales, pero que están en una relación recíproca, entre sí y con el contrato al que por naturaleza forman parte. Estos actos se ligán al contrato o, más exactamente, se coligan al contrato, ya que esta ligazón no sólo ocurre entre cada uno de los actos entre sí, sino entre cada uno de ellos, y el conjunto de ellos, con el contrato (acuerdo obligacional, expresión de la relación jurídica querida por las partes).²⁴

Es decir, las decisiones de la administración contratante se encuentran todas relacionadas, además de entre sí, respecto del contrato y, por lo tanto, respecto de las Bases o Pliegos de Condiciones, y respecto de la oferta técnica y económica del contratista. Es el contrato, por tanto, la fuente y guía de los actos administrativos y cómo no, el interés público inmerso en el grado que sea en el contrato, además de la finalidad específica de la entidad pública involucrada, sumándose, obviamente, la regulación específica de Derecho Público con que se cuente, de tal modo que si el acto incumple algún componente de este bloque de legalidad, incluida la Ley del Procedimiento Administrativo General, éste deviene en nulo.

contratos administrativos, con algunas modalidades específicas de nuestro derecho positivo que conducen a una doble analogía». Véase, CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 170.

²⁴ BARRA, Rodolfo Carlos. *Los actos administrativos contractuales. Teoría del acto coligado*. Buenos Aires: Editorial Abaco, 1989, p. 101.

4.4. Teorías del acto administrativo contractual. Régimen de caducidad para solicitar el arbitraje respecto de las actuaciones de las partes

Expuestos los puntos anteriores, existen elementos importantes a considerar a favor de la existencia del acto administrativo contractual sin que ello sea, a pesar del peso a favor de este concepto, la única salida posible como se ha visto, siendo posible, por tanto, que atendiendo al caso concreto, los árbitros pueden arribar a otras conclusiones. Ahora bien, al margen de esto último, nos abocamos en ver en qué medida se aplica en nuestro medio la teoría de la incorporación, de los actos separados y de los actos coligados en el régimen del arbitraje, de modo preciso en lo que atañe a su caducidad.

Estamos a que, si bien es cierto se han fijado plazos de caducidad por ley y el reglamento, respecto de la nulidad del contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidaciones del contrato, pagos y vicios ocultos²⁵ tomando en cuenta la culminación del contrato, se estaría en esos supuestos tomando o, si se quiere, nuestra normativa calzaría con la doctrina de los actos separables, pues para cada decisión de la administración en la que no esté de acuerdo el contratista, éste debiera solicitar el arbitraje como medio de solución.

Sin embargo, aquí hay que resaltar que estamos ante el hecho solamente de cursar una solicitud, no de demandar. Es posible, como de hecho se da en la realidad, que se dilate el procedimiento previo de nombramiento del tribunal o del árbitro único según corresponda, retrasándose así la impugnación por omisión del futuro demandado. También es posible que se alargue el proceso en su fase inicial por una

²⁵ Artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF.

recusación o por falta de pago de los honorarios provisionales de los árbitros, hechos todos éstos que incentivan la acumulación de controversias en el mismo proceso; es decir, estamos formalmente en la doctrina de los actos separables y en los hechos, es posible encontrarnos en presencia de una especie muy particular de la teoría de la incorporación.

¿A cuenta de qué, entonces, los plazos de caducidad? ¿No sería mejor incorporarlos todos para su impugnación a una sola oportunidad, siendo la más idónea la liquidación? Con ello se ahorrarían problemas de acumulación, cuando corresponde y cuando no, y como no, con ello ambas partes se ahorrarían tiempo y dinero y se evitaría, de no acumularse las pretensiones, la posibilidad de laudos contradictorios, pues puede acontecer que distintos árbitros conozcan de distintas controversias que, en realidad, tienen un mismo hilo conductor.

De acuerdo a lo que antecede, entonces, podríamos concluir parcialmente que nuestra normativa recoge la teoría de los actos separables en la fase de ejecución contractual y que convendría que se opte por la de la incorporación; sin embargo, debe considerarse que hay desacuerdos que quizá no son deducidos como controversias y no se solicita el arbitraje en el momento en que se verifica la controversia, pero que son factibles de presentarse en la liquidación de la obra, tales como mayores gastos generales, reajustes, adelantos, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad, valorizaciones o metrados y pagos.

En ese caso, es clara la aplicación de la doctrina de la incorporación, así que tenemos una posición sincrética, pero convendría optar por simplicidad, por la tesis de la incorporación. No tiene sentido acortar innecesariamente los plazos de caducidad, en tanto éstos luego, materialmente, pueden ser obviados. No tiene sentido, además, desde la asimetría que se genera si tomamos en cuenta la facultad de la administración de declarar la nulidad de sus propios actos por sí misma o mediando el Poder Judicial, a través de la acción de lesividad.

Mientras para ello cuenta con tres años,²⁶ el particular tiene quince días para deducir el arbitraje. No tiene sentido, igualmente, considerando el principio de legalidad y el rol de colaborador que tiene el contratista. En efecto, con la impugnación no sólo se defiende el interés particular, sino que el recurso, fundándose en argumentos de derecho, contribuye con el control de las decisiones administrativas.

Al respecto, desde la realidad de impugnación judicial de los actos administrativos contractuales en la Argentina, la doctrina de este país cita como precedente de la aplicación de la teoría de la incorporación, el fallo *Mevopal* de la Corte Suprema:

Los actos administrativos, aún unilaterales, referentes a la celebración, ejecución o modificación de un contrato administrativo, en principio, no pueden considerarse en forma aislada, con abstracción del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos y obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato al cual acceden en cuanto determinan los derechos y obligaciones emergentes de aquél, por lo que se rigen por idénticas pautas a las del contrato [...].

Cassagne, comentando el fallo, señala que éste se explica en la teoría de las llamadas «operaciones complejas», mediante la cual los plazos de

²⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General mediante Ley n.º 27444.

Artículo 202.- Nulidad de oficio

[...]

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso-administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

[...].».

caducidad en materia contractual, se calculan a partir del acto de liquidación final, de recepción definitiva o, en su caso, del acto que resuelve el contrato, en tanto que ello guarda coherencia con el principio de colaboración que debe existir entre el contratante y el contratista. Indica, además, que el mismo fallo Mevopal, la Corte Suprema advirtió la inconveniencia de una interpretación distinta: «a que durante la relación contractual y frente a la emisión por la administración de cualquier acto unilateral, el administrado tuviera que iniciar, en cada caso, un juicio contra su contratante [...]» lo que implicaría, «[...] un dispendio jurisdiccional inusitado [...]». ²⁷

Concluyendo el artículo, cabe indicar que estas reflexiones finales dedicadas al acto administrativo contractual podrían superarse y no dejarse librada a los árbitros, mediando una labor prolija del legislador. Puede que sea mucho pedir, sobre todo ahora que nos aguarda interpretaciones y casuística en torno a la solución de controversias en los contratos de obra mediante las Juntas de Resolución de Disputas, novedad de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, que al tiempo de escribir este artículo espera al Reglamento respectivo para su vigencia. ²⁸

²⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p. 184.

²⁸ Las recientemente reguladas Juntas de Resolución de Disputas o *Dispute Boards*, son un mecanismo de solución de controversias alternativo al arbitraje. Fueron creadas por la especial situación que atraviesan las construcciones, tanto públicas como privadas. Arnol Wald lo define: «Los *Dispute Boards* (DB) son paneles, comités o consejos para la solución de litigios cuyos miembros son nombrados en ocasión de la celebración del contrato y que acompañan a su ejecución hasta el fin, pudiendo, conforme el caso, hacer recomendaciones (en el caso de los *Dispute Review Boards* (DRB)) o tomar decisiones (*Dispute Adjudication Boards* (DAB)) o hasta teniendo ambas funciones (*Combined Dispute Boards* (CDB)), conforme el caso y dependiendo de los poderes que fueran otorgados por las partes».

TERCEROS FRENTE A CONTRATOS, CLÁUSULAS ARBITRALES Y LAUDOS

*Juan Luis Avendaño Valdez**
*Raffo Velásquez Meléndez***

Sumario: 1. A modo de introducción.— 2. La complejidad de las relaciones jurídicas.— 3. La respuesta del Derecho Civil.— 3.1. Principios de relatividad y oponibilidad.— 3.2. Aclaración. La extensión del convenio arbitral a no signatarios.— 4. ¿Cómo se evitó los principios de relatividad y oponibilidad?— 5. Cosa juzgada y efectos de la sentencia.— 6. Terceros y efectos de la sentencia.— 7. Apliquemos bien la cosa juzgada y los efectos de la sentencia.— 8. *Excursus*. ¿Qué terceros sí y qué terceros no?— 8.1. Los terceros coadyuvantes no son legitimados para el arbitraje.— 8.2. Los terceros legitimados, pero excluidos del arbitraje.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Veamos estos casos donde Ticio y Cayo se coluden para tergiversar contratos y arbitrajes, y así perjudicar a Sempronio, que es un tercero respecto de esas relaciones jurídicas:

Caso 1.- Ticio es demandado por Cayo por el incumplimiento de un contrato de mutuo, activando para ello una cláusula arbitral. En el arbitraje, Ticio ofrece en pago un inmueble que, dice, adquirió de Sempronio mediante compraventa que adjunta y que no cuenta con firmas

* Socio de Miranda & Amado Abogados.

** Asociado de Miranda & Amado Abogados.

legalizadas ni fue inscrito en los Registros Públicos. Se declara fundada la demanda y se aprueba la dación en pago del inmueble. Seguidamente, se ordena la inscripción de la transferencia a favor de Ticio y luego de Cayo. Sempronio, que no tenía idea del arbitraje, ni había vendido su bien a Ticio, se entera de que su casa fue transferida a Ticio e inmediatamente después a Cayo.

Caso 2.- Ticio vende a Sempronio un inmueble lo que se inscribe en los Registros Públicos. Luego, Ticio es demandado por Cayo en arbitraje quien señala que antes de aquella venta ya había transferido el bien a su favor mediante compraventa sin firmas legalizadas ni inscripción. La demanda es declarada fundada, se inscribe el laudo y la transferencia a favor de Cayo y se ordena la entrega del bien. Sempronio se entera del arbitraje y del laudo cuando le llega la orden de desalojo del juzgado que ejecuta el laudo.

Caso 3.- Ticio otorga un derecho de superficie, usufructo o alquiler sobre su bien a favor de Sempronio. Sin embargo, Ticio es demandado por Cayo en la vía arbitral, pues, según señala, tiempo antes celebró una compraventa (no inscrita) que no ha sido cumplida por Ticio, dado que no le entregó el bien. La demanda es declarada fundada y se ordena la entrega del inmueble. Sempronio, otra vez, se entera de que va a ser desalojado del bien en virtud de un laudo que nunca conoció y que, por ende, perderá los derechos que tenía sobre el inmueble.

Estos relatos que, como sabemos, ocurren en el Perú cada vez con más frecuencia, nos permiten resaltar la confusión que genera el mal uso de algunas instituciones como la oponibilidad de los contratos, los alcances de la cláusula arbitral, la eficacia del laudo y su valor de cosa juzgada. Son esas cuestiones las que pretendemos aclarar aquí.

2. LA COMPLEJIDAD DE LAS RELACIONES JURÍDICAS

Desde hace más de un siglo que el Derecho Civil identificó que el principio de relatividad de los contratos no puede tener un carácter absoluto, pues hay casos donde los efectos de éstos alcanzan, para bien o para mal, a terceros. Los contratos a favor de terceros son un ejemplo de los efectos favorables de un contrato hacía quien no es parte. Pero, también existen supuestos de efectos perjudiciales, como en los Casos 1, 2 y 3 antes mencionados.

También hace mucho que el Derecho Procesal Civil advierte que las sentencias no sólo alcanzan a las partes del proceso, sino que también pueden incidir de distintas maneras sobre terceros. Así, la declaración de nulidad de una venta favorecerá al tercero que adquirió el mismo bien, pero que no pudo inscribir antes o a los acreedores del vendedor que ahora podrán cobrarse con dicho bien.

Jhering, cuyo estudio de 1871 ha influido en tales ámbitos del derecho, hacía notar que «en el mundo del derecho como en el mundo físico y moral, no existe el aislamiento absoluto de las cosas o de los hechos. En el mundo exterior se actúa sobre cada hecho, sobre cada evento, los cuales otra vez repercuten hacia el exterior. No hay una sola área del derecho privado [...] un solo hecho que no afecte al mismo tiempo a los destinatarios y a terceros». Esa incidencia hacia sujetos ajenos de la relación jurídica las denominó como «efectos reflejos» del acto jurídico.

Las relaciones jurídicas se entrelazan de distintas maneras, por lo que no sorprendería que existan supuestos en donde la alteración de una de las relaciones incidirá o afectará a otra relación, en donde las partes son parcial o totalmente distintas.

Los Casos 1, 2 y 3 se esconden en esa complejidad del entramado de las relaciones jurídicas para sacar un ilícito provecho. Se celebraron contratos, de tal forma que puedan vincularse con la situación jurídica

de un tercero y a esa incidencia externa la recubrían del manto de cosa juzgada que generan los laudos arbitrales, para obtener los derechos de terceros sin su conocimiento. Sin embargo, debe encontrarse el punto adecuado que permita diferenciar entre las situaciones antes indicadas de aquéllas —también frecuentes— en donde contratos y arbitrajes generan afectaciones legítimas a terceros.

3. LA RESPUESTA DEL DERECHO CIVIL

3.1. Principios de relatividad y oponibilidad

El principio de relatividad (artículo 1363 del Código Civil) dicta que los contratos sólo obligan a las partes, pues por la autonomía de la voluntad sólo éstos tienen legitimidad para disponer de sus situaciones jurídicas y crearse beneficios o cargas entre sí. Los terceros no deberían, entonces, ser transformados en acreedores o deudores en virtud de un contrato que les es ajeno. Aunque los Casos 1, 2 y 3 hacen preguntarnos qué ocurre ante su incumplimiento.

Si por desventura en un contrato se dispone de los derechos de un tercero sin que ninguna de las partes cuente con autorización para eso, tal acto no es sancionado con nulidad por falta de manifestación de voluntad de un agente capaz. Lo que ocurre es que ese acto se celebró sin legitimidad para contratar, sin capacidad para disponer de los derechos del tercero, en cuyo caso el remedio es la sanción de ineficacia o inoponibilidad del acto celebrado.

Cierto es que tal contrato podrá ser declarado nulo por tener un objeto ilícito (dañar un tercero), pero ese remedio no es el que corresponde al principio de relatividad.

Pero, la vida social hace que todas las situaciones estén interconectadas de cierto modo, por lo que es difícil sostener que los contratos

no incidirán de ninguna manera en los terceros. Por eso se identifican a distintos tipos de terceros frente a los contratos. En un lado están los afectados en sus derechos e intereses jurídicos por contratos ajenos y, dentro de éstos, los que pueden objetar tal incidencia jurídica y quienes no les queda más que aceptarla. Y en otro lado, los terceros que se muestran jurídicamente indiferentes frente a contratos ajenos, pero que en los hechos (y no en el derecho) sí son afectados.

De acuerdo con lo dicho, la regla es el principio de oponibilidad de los contratos hacia los terceros. El principio de relatividad asegura que las situaciones jurídicas contractuales sólo alcance a las partes y no a terceros, pero eso no significa que éstos estén habilitados para desconocer la existencia de tales situaciones. Allí entra a tallar la oponibilidad de los contratos.

Bianca, considerando los postulados de Jhering, denomina al principio de oponibilidad como efecto rebote [reflejo] del contrato, pues éste tiene relevancia externa, ya porque deba ser respetado por terceros o ya porque al ser el presupuesto de obligaciones, poderes o sujeciones de otro contrato, alterará la esfera jurídica de terceros.

Como es lógico esta oponibilidad requiere de cierta publicidad o conocimiento por parte de los terceros. Éstos no sabrán que deben respetar una situación contractual si desconocen de su existencia. La sanción por esa falta de difusión a los terceros es la inoponibilidad formal del contrato.

Para notar la oponibilidad de los contratos se debe distinguir entre sus alcances subjetivos o efectos (que debe ser relativo a las partes) y objetivos o existencia (los derechos y obligaciones que crea). El nuevo *status* jurídico creado, que convierte a uno en acreedor y al otro en deudor, no puede ser desconocido por los terceros, a quienes le es oponible esa condición y, en esa medida, el contrato genera una eficacia externa, es oponible a terceros.

Sin embargo, ese ideal del mundo jurídico varía en la realidad, pues los terceros pueden experimentar distintos grados de incidencia de contratos que le son ajenos; y dependiendo de eso, se aplicará la regla de la oponibilidad o se les habilitará para que reclamen la inoponibilidad del contrato.

Así, pueden haber terceros afectados por la ejecución de contrato y que, por ello, pueden plantear su inoponibilidad. Tal es el caso de la disposición de derecho de un tercero ajeno al contrato (Casos 1, 2 y 3); la disposición de bienes del deudor para evitar el pago a los acreedores (artículo 195 del Código Civil) o la celebración de contratos para generar cualquier otro perjuicio al tercero acreedor (artículo 193 del Código Civil) o al tercero competidor (artículo 10.b.c.e Decreto Legislativo n.º 1034), o los contratos donde el causante dispone del más del 30% de su patrimonio, afectando la legítima de los sucesores (artículo 725 del Código Civil), etc.

Aquí deben cuidarse dos cuestiones. Primero, debe saberse diferenciar entre los terceros legitimados para demandar, que son quienes, efectivamente, no fueron parte del contrato o del arbitraje y, un supuesto muy distinto, que son los terceros afectados, que son los agredidos en sus derechos e intereses jurídicos por actos jurídicos que le son ajenos. Tener legitimidad no implica tener la razón en el fondo de la causa. Y aquí viene la segunda cuestión, que es identificar aquellas reales afectaciones de derechos e intereses protegidos por el Derecho, pues no son pocas las ocasiones en que se invoca una afectación inexistente que descansa en una mera invención argumentativa.

Por ejemplo, el empresario «A» mejora sus ventas porque se cierra el local vecino de «B» que es su competencia. «B» y su arrendador «C» siguen un arbitraje en donde se acredita que el cierre fue arbitrario y se reabre el local. Luego de esto, «A» no podrá decir que se vio afectado por el arbitraje que le fue ajeno, pues no tiene un derecho, no puede

sostener que de un ilícito surgido en la relación entre «B» y «C», surja un derecho a su favor. Éste es el caso de los terceros afectados de facto.

Señala Roppo que el efecto perjudicial a los terceros «debe entenderse como efecto jurídico, no como efecto empírico. Es decir, el principio de relatividad no significa que el tercero sea inmune a cualquier consecuencia fáctica que derive del contrato *inter alios*. Es muy posible que un contrato tenga, de hecho, consecuencias también muy relevantes para terceros ajenos al mismo. Consecuencias ventajosas de la toma en locación de una bella casa, de hecho, se benefician esposa e hijos convivientes, aun cuando ajenos al contrato. O consecuencias perjudiciales, si una empresa contrata a un gerente comercial tan capaz y bien informado sobre el mercado como para duplicar en pocos meses la facturación, las empresas competidoras sufren [...]».

Pero, también existirán terceros jurídicamente perjudicados que, no obstante ello, no tienen el remedio de la inoponibilidad de los contratos, sino que sólo les queda soportar sus efectos. Tal es el caso del subarrendatario que debe padecer el cese de su contrato porque se resolvió el contrato de arrendamiento (artículo 1694 del Código Civil), o del tercero que vio cesados sus acuerdos de consignación de productos con distribuidores que acordaron justificadas ventas excluidas de los productos de otro proveedor (artículo 10.e del Decreto Legislativo n.º 1034); o, los contratos accesorios donde el incumplimiento del contrato principal (*v.gr.*, de mutuo) da lugar a la ejecución del contrato de garantía (*v.gr.*, garantía mobiliaria, hipoteca, etc.) o, los múltiples casos de contratos coligados o conexos donde lo que ocurra en uno afecta a otro donde hay un tercero que no es parte de esos otros contratos.

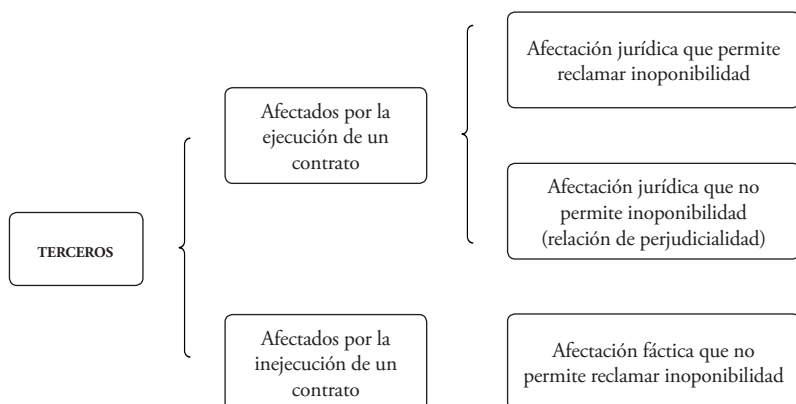
Como resaltaron Betti y Allorio desde un inicio, la nota común en estos casos, es que los terceros aceptan que sus contratos tienen una relación de dependencia con otros o que una relación (o la inexistencia de ésta) es el supuesto fáctico que habilita a la otra (relación de perjudicialidad). En la eventualidad de un litigio judicial (y no en arbitraje, ver

infra 8.1), respecto de la relación principal, los terceros que son parte de la relación dependiente podrán intervenir, pero sólo para defender los derechos e intereses de una de las partes y no su propia esfera jurídica. Sólo les quedará aceptar el fallo sobre los derechos de una de las partes que de modo reflejo incidirá en su relación.

En resumen, en el caso de los terceros es fundamental identificar que exista un real interés jurídico perjudicado, y sólo luego de verificar eso, puede analizarse si el perjuicio padecido por el tercero, tiene como remedio la inoponibilidad del contrato o se le impone soportar sus efectos. Eso dependerá de cada caso.

Finalmente, tenemos a los terceros afectados por la inejecución de un contrato y que por ello, pueden intervenir para gestionar su eficacia. Ése sería el caso donde se faculta al acreedor ejercer los derechos que tuviera su deudor en otro contrato, con el propósito de aumentar su patrimonio y cobrar (artículo 1219.4 del Código Civil) o los casos donde el incumplimiento de una cláusula contractual genera daños a un tercero que invoca tal incumplimiento para reclamar una indemnización. En estos casos, el remedio otorgado al tercero es facilitar el pago de la deuda o del daño generado.

El siguiente cuadro puede resumir los tipos de terceros:



3.2. Aclaración. La extensión del convenio arbitral a no signatarios

El artículo 14 de la Ley de Arbitraje²⁹ permite extender sus alcances a sujetos que no firmaron el contrato con cláusula arbitral, pero que, por una u otra razón, prestaron su consentimiento tácito o expreso, pero indirecto.

Así, en los contratos a favor de terceros donde éste aceptó los beneficios, no podría decirse que la cláusula arbitral no alcanza al tercero, pues tal aceptación puede interpretarse como un consentimiento tácito del arbitraje. O, el caso de un grupo económico que a través de diferentes empresas ejecuta o se beneficia de un contrato, aunque no todas esas empresas suscribieran el contrato que contiene la cláusula arbitral.

Esto es una excepción a los efectos relativos de los contratos, pues la extensión del convenio arbitral se hace a partes «no signatarias», pero que son partes del contrato al final de cuentas y no terceros. Saber a quién alcanza la cláusula arbitral, es una cuestión contractual y de prueba del consentimiento de voluntades y no un asunto sobre los alcances del laudo y su cosa juzgada.

Para los auténticos terceros, la autonomía de la voluntad de las partes del contrato puede negarles su ingreso al arbitraje o la autonomía de los terceros puede impedir que sean incorporados a un arbitraje que no han consentido. En el caso de las partes (signatarias o no) no pueden negarse a ser incorporadas en el arbitraje. ¡Pero cuidado! Ésta es sólo una estructura conceptual, que bien puede ser superada por la realidad. Es, perfectamente, posible que las partes y el tercero consientan (expresa o

²⁹ 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».

tácitamente) la cláusula arbitral, en cuyo caso ingresarán como partes y ya no como terceros.

4. ¿CÓMO SE EVITÓ LOS PRINCIPIOS DE RELATIVIDAD Y OponIBILIDAD?

Parece que el Derecho Civil estaba suficientemente pertrechado contra los Casos 1, 2 y 3. En esos casos se debe decretar la inoponibilidad de los contratos que disponían de los derechos de un tercero. El registrador público no debe tener problemas en tachar los pedidos de inscripción de contratos que disponen los derechos registrales de Sempronio, quien se había mantenido ajeno a esos actos jurídicos.

A pesar de eso, no es infrecuente que se inscriban tales contratos. ¿Cómo es posible esto? Se usó el arbitraje —y el desconocimiento sobre sus alcances— para cubrir a los cuestionados contratos con un manto de pureza tal, que parecían haber sido autorizados por la divinidad. En efecto, las autoridades administrativas y judiciales (Corte Suprema incluida) han bajado la cabeza ante contratos que perjudican los derechos de terceros, pero que aparecen revestidos por un laudo con aparente valor de cosa juzgada al que sólo han dicho: ¡Amén! La ignorancia ha sido cómplice perfecta para evitar o, mejor, tergiversar los principios de relatividad y oponibilidad de los contratos.

5. COSA JUZGADA Y EFECTOS DE LA SENTENCIA

El origen de aquella confusión podría estar en el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política que reconoce poder «jurisdiccional» en los arbitrajes y en la ex y actual Ley de Arbitraje que reconocen valor y efectos de «cosa juzgada» al laudo. Desconocer qué es esto último, hizo que los laudos sean vistos como tótems o palabras de Dios que nadie puede cuestionar.

El principio que inspira la cosa juzgada es la seguridad jurídica, la necesidad de que en algún momento las controversias sean resueltas de modo definitivo e inimpugnable. Evita que nos perdamos en un laberinto kafkiano de interminables revisiones, anulaciones o revocaciones al interior del mismo o de otros procesos. En algún momento debe acabar el pleito y nadie lo podrá revisar. Cuando eso ocurre, la decisión tiene valor de cosa juzgada.

Tal condición es otorgada por el sistema constitucional antes que por el proceso mismo. Lo resuelto por el juez se torna inmutable, no por una norma material o procesal que tenga que ver con el caso, sino por una norma externa al conflicto, por el sistema constitucional que necesita articular un juzgamiento definitivo. Por eso se dice que la cosa juzgada no tiene color, ni sabor para el ganador o perdedor, sino que sólo torna en inmutable el resultado de la actuación jurisdiccional, sea cual fuere el resultado.

Los efectos de la sentencia, en cambio, tienen que ver con las consecuencias que se generan en las relaciones jurídicas controvertidas. La sentencia tiene uno o varios contenidos que decretan ciertas situaciones, mientras que los efectos de esa declaración se proyectan hacia afuera, hacia el mundo del derecho; así una sentencia declarativa genera el efecto de eliminar dudas y certificar la existencia o no de una relación, una sentencia constitutiva ocasiona una nueva situación jurídica y la de condena genera un título que permite exigir el cumplimiento voluntario o no de cierta conducta al vencido.

Si se hace, sigue el análisis fino que hace Liebman de la situación, se notará que la inmutabilidad que genera la cosa juzgada no es uno de los efectos de la sentencia, como tradicionalmente se ha creído, sino que es la mayor estabilidad que se le otorga a las nuevas relaciones o situaciones provocadas por tales efectos. La sentencia genera situaciones jurídicas sobre las que recae tal inmutabilidad, son esas situaciones las que adquieren la inmutabilidad que da la cosa juzgada.

De acuerdo con esto, después de que los efectos de la sentencia concurrieron para generar o certificar una situación jurídica, será posible que los titulares de esa situación que ya goza de inmutabilidad puedan modificarla, extinguirla o cederla (en el entendido de que se trata de situaciones disponibles). La inmutabilidad no se altera, pues el titular que goza de la situación obtenida e incuestionable, se sirve de ella al disponer su uso.

La cosa juzgada impide una nueva decisión sobre la misma relación o situación jurídica, pero autoriza que quienes se benefician de la situación inmutable puedan hacer uso de ella conforme crean (artículo 339 del CPC). Claro, siempre que se trate de situaciones disponibles, pues en el caso de derechos indisponibles no cabe opción para ceder o restringir el derecho alcanzado, sino, a lo sumo, de acordar la forma de satisfacerlo.

6. TERCEROS Y EFECTOS DE LA SENTENCIA

Al igual que los contratos, los efectos de las sentencias y, por añadidura, de los laudos, pueden extenderse hacia afuera de sus partes, de modo que tienen la virtualidad de alterar en distintos grados la posición de los terceros ajenos al contrato, proceso o arbitraje. Aquí las ideas de Jhering sirvieron a Wach para resaltar que las sentencias tienen efectos subjetivos hacia partes y terceros. Los efectos sobre estos últimos son llamados naturales, legales, secundarios, indirectos o reflejos por los distintos autores.

Nuevamente, al igual que lo dicho respecto de los contratos, los efectos de las sentencias y laudos también crean situaciones jurídicas que deben ser reconocidas por los terceros, que le son oponibles. Sin embargo, los límites subjetivos de las sentencias y laudos dictan que éstos sólo pueden alterar los derechos o intereses jurídicos de los terceros, si han tenido la oportunidad de intervenir en el proceso. De lo

contrario, lo allí resuelto no podrá alterar la esfera jurídica o situación de quien no tuvo contradictorio o no fue emplazado con el proceso.

Así, por ejemplo, «A» y «B» son partes de un proceso sobre mejor derecho de propiedad y duplicidad de partidas, donde «A» es designado como propietario por tener la partida registral más antigua. Tal sentencia de nada servirá para sacar del inmueble a «C» quien dice ser el propietario por prescripción, pero no intervino en aquel otro proceso. Los límites subjetivos de la sentencia, simplemente, no permiten extenderla a un sujeto que no tuvo contradictorio u opción de intervenir en ese otro proceso. El derecho de defensa exige otorgar la posibilidad de contradictorio al titular de la esfera jurídica que vaya a alterarse.

El penúltimo párrafo del artículo 123 del Código Procesal Civil que dispone: «La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos. Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda». Aunque la norma confunde entre cosa juzgada y límites subjetivos de la sentencia, permite entender que las únicas situaciones jurídicas que están en aptitud de adquirir inmutabilidad por la cosa juzgada son aquellas situaciones creadas por una sentencia respecto de las partes de un proceso o respecto de los terceros que tuvieron oportunidad de intervenir.

La cosa juzgada obliga a que todos respeten la situación inmutable generada entre los intervinientes del proceso, tan igual como los contratos que obligan a todos respetar los derechos o situaciones fijados entre las partes. Sin embargo, la cosa juzgada se mueve dentro de los límites o efectos subjetivos de la sentencia que no permite alterar las situaciones jurídicas de quien no intervino en el proceso.

En ese sentido, señala Didier que sólo los terceros perjudicados con un proceso que les fue ajeno, estarán legitimados para desconocer los

efectos de una sentencia y la inmutabilidad de la cosa juzgada. Pero, como señala Liebman «no todos los terceros perjudicados por la sentencia tienen la facultad de rechazar su efecto con la demostración de su injusticia. También ésta, como cualquier otra actividad de una parte en el proceso [...] es admisible sólo si se apoya en un interés jurídico. Por eso, todos los terceros que sufren por la sentencia un simple perjuicio de hecho no tendrán aquella facultad; la cual corresponderá sólo a los que son titulares de un derecho incompatible con la sentencia, estando, por consiguiente, jurídicamente perjudicados por ella.

Dentro de tales supuestos están los «terceros jurídicamente indiferentes» (por ejemplo, todos los acreedores del vencido) que son perjudicados de hecho por la sentencia y que no podrán por consiguiente, alzarse contra ella. O, como ejemplifica Chiovenda «todos, pues, están obligados a reconocer la cosa juzgada entre las partes; pero no pueden ser perjudicados por ella. Por perjuicio se entiende no un perjuicio de mero hecho, sino un perjuicio jurídico. Por ejemplo, el heredero puede ser perjudicado de hecho por los fallos obtenidos por tercero contra su causante; y sin embargo, él está sometido a esos fallos; el acreedor es perjudicado de hecho por la cosa juzgada que reconoce nuevas deudas de su deudor, pero él no puede impedir, por ello, los efectos que le perjudican».

Pero, en lo que respecta a los arbitrajes, debe decirse que la participación de terceros es poco probable. De un lado, la autonomía de la voluntad de las partes del contrato que contiene la cláusula arbitral puede permitirles que nieguen el ingreso de terceros al arbitraje o, de otro lado, la autonomía de los terceros respecto del contrato puede permitirles negarse a ser incorporados en un arbitraje que no han consentido.

En cambio, en los procesos judiciales, el pedido de una de las partes o de la decisión de oficio de un juez, puede disponer la incorporación o emplazamiento de un tercero (coadyuvante, litisconsorcial o excluyente

principal), de modo que aun contra su voluntad de intervenir o defenderse, la decisión sí podrá afectar sus derechos e intereses jurídicos.

De ello podemos deducir como regla que en los arbitrajes no cabe la figura del tercero propiamente dicho, pues quien interviene en el arbitraje porque consiente en ello y porque es aceptado por las partes del convenio arbitral, lo hará como parte y ya no como tercero.

7. APLIQUEMOS BIEN LA COSA JUZGADA Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Tal vez ahora sea más claro entender por qué decimos que en los Casos 1, 2 y 3, se incurrió en una confusión entre cosa juzgada y efectos del laudo. El error fue sostener que las situaciones jurídicas generadas por un laudo con valor de cosa juzgada son inmutables, aun cuando recayeran sobre terceros ajenos al contrato o al arbitraje.

Se olvidó que sólo pueden pasar a tener la condición de cosa juzgada aquellas situaciones jurídicas referidas a las partes del arbitraje. Se ignoraba que los efectos del laudo sobre los que recae la inmutabilidad, tiene límites subjetivos. Y es que —con la misma lógica justa del principio de relatividad de los contratos— se exige que los laudos sólo tengan la virtualidad de alterar situaciones jurídicas de las partes intervinientes y no de terceros que permanecen ajenos al acto jurídico arbitral.

El manto de inmutabilidad que otorgaría los laudos a los contratos que afectan a terceros, es una tremenda falsedad. Sólo pueden tener la condición de cosa juzgada aquellas situaciones jurídicas creadas por el laudo, las mismas que, debido a los límites o efectos subjetivos del laudo, no pueden estar referidos a terceros.

Los registradores públicos que se negaban a inscribir los contratos y laudos que afectaban a terceros, podían ser amenazados de ser denunciados por no ejecutar una decisión con calidad de cosa juzgada. Pero,

si hubieran dado un paso más allá, advertirían que se trataba de laudos y contratos inoponibles o ineficaces respecto de la esfera jurídica del tercero que figuraba como titular registral.

Por suerte, nuestro Tribunal Constitucional parece haber puesto los puntos sobre las íes en la sentencia de amparo recaída en el expediente n.º 3841-2012-AA/TC. En ese caso el amparista era propietario del conocido camal de Yerbateros, pero mediante un arbitraje, del que no fue parte, habría perdido los derechos de administración sobre el mismo.

El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda, ordenó anular la inscripción de laudo realizada (que, prácticamente, anulaba los derechos del propietario) y también dispuso la ineficacia e inoponibilidad del laudo respecto del amparista.

El remedio utilizado por el Tribunal es sumamente importante, pues suele verse como un error común que los juzgados declaren la nulidad del arbitraje y ordenan nuevamente su tramitación, esta vez con la intervención del tercero que fue excluido, pero que sigue sin consentir en el arbitraje, exponiéndolo a riesgos no aceptados.

La fórmula en tales casos es la simple ineficacia e inoponibilidad del laudo respecto de la esfera jurídica, salvo, claro está, que éste consienta luego en someterse a un arbitraje.

En todo caso, los Casos 1, 2 y 3 ponen en evidencia al arbitraje, pues puede ser muy peligroso sin un adecuado control o una adecuada comprensión de sus alcances procesales. Seguramente muchos, después de ver las noticias, se tomaron la molestia de verificar si su casa había sido objeto de un arbitraje del que nunca tuvo conocimiento.

8. *EXCURSUS. ¿QUÉ TERCEROS SÍ Y QUÉ TERCEROS NO?*

Gracias al precedente vinculante, Cía. Minera María Julia (sentencia recaída en el expediente n.º 142-2011-AA/TC) parece claro que los terceros perjudicados por laudos que les afectan, deberán acudir a un proceso de amparo para solicitar la «inoponibilidad» o ineficacia del laudo.

Pero, debe tenerse cuidado aquí también. Si bien los casos que comentamos evidencian la forma en que puede tergiversarse la figura arbitral, también es posible que se tergiverse la posibilidad de que terceros cuestionen los laudos y perjudiquen desde otro ángulo a dicho instituto. No se trata de desvestir a un santo para vestir a otro.

Puede ser irresponsable decir que todo tercero afectado puede cuestionar un arbitraje. Sólo cierto tipo de terceros. Vale la pena resaltar qué terceros son los que pueden invocar tal inoponibilidad de los contratos y laudos.

8.1. Los terceros coadyuvantes no son legitimados para el arbitraje

Estos sujetos (artículo 97 del CPC) tienen «una relación de prejudicialidad-dependencia», con respecto a la relación discutida en el proceso. La decisión que recae sobre la relación jurídica material de las partes involucradas en el proceso, actúa como hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación de un tercero, que tiene un nexo de dependencia frente a aquélla.

El subarrendatario no es titular de la relación jurídica discutida en un proceso de desalojo entre propietario y arrendatario, pero es indudable que la relación jurídica de la que sí es titular, depende de la controversia, de modo que la futura sentencia le afectará de modo reflejo. Por ello, en sede judicial se habilita su intervención para coadyuvar a la parte que le interesa sea beneficiada con el fallo.

Una sentencia o un laudo, puede legítimamente tener efectos reflejos sobre las relaciones de terceros no intervinientes en el litigio. Eso no significa que se haya juzgado la relación jurídica del tercero sin su intervención, sino que se juzgó, efectivamente, las relaciones existentes entre las partes del litigio, lo que pasa es que esa relación es el presupuesto o condicionante de otra que es de un tercero y, en tal sentido, tiene un efecto reflejo en su situación. Nótese aquí que desde un inicio el tercero estuvo de acuerdo en pactar una relación jurídica que depende de otra.

La eficacia refleja de las sentencias justifica la intervención de terceros para coadyuvar en los procesos judiciales en donde se discute sobre la relación prejudicial de la cual depende la suya. Pero, como en tales procesos no se discuten sus derechos (pues, no se discute su relación jurídica), sólo se les permite intervenir para actuar en defensa de aquella parte del proceso cuya posición —de imponerse— le resulta beneficiosa o no le genera una situación que considera desfavorable

Pensemos un momento, ¿cuáles serían las consecuencias prácticas que generaría la supuesta lesión de derechos del tercero por no permitirle intervenir en el arbitraje? Esa hipotética lesión sería reparada llevando a cabo un nuevo arbitraje (o proceso judicial) para discutir lo mismo, pero esta vez con la «ayuda» del tercero a la defensa de una de las partes. Es decir, todo un trámite nuevo para permitirle que redunde en la defensa que ya ejerció la parte directamente afectada. Es evidente que la ausencia del tercero coadyuvante no genera un perjuicio que traiga consigo diferencias prácticas, de modo que aparece como desproporcionado que tal situación pueda dar lugar a cuestionamientos contra el arbitraje.

Permitir que estos terceros soliciten la revisión judicial de arbitrajes y, eventualmente, lo anulen supondría una afectación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de las partes contratantes, no sólo porque se dilataría la resolución definitiva de la causa, sino, principalmente,

porque se instauraría un régimen que haría sencillo evitar la eficacia de los laudos dictados.

En efecto, el entramado de las relaciones jurídicas está tan nutrido que sería relativamente sencillo encontrar relaciones jurídicas que dependan de la relación que fue objeto del laudo y, por ende, encontrar a potenciales terceros coadyuvantes que —en coordinación con la parte vencida— estén dispuestos a solicitar la revisión de lo decidido, alegando para ello su exclusión del arbitraje. Esta facilidad de encontrar ese tipo de terceros, haría también fácilmente revisable el arbitraje y, por tanto, relativamente sencillo eludir la eficacia del laudo al que las partes acordaron someterse.

Por consiguiente, para asegurar la eficacia del laudo (manifestación de la tutela jurisdiccional efectiva de las partes del arbitraje), es legítimo restringir el contradictorio de estos terceros, contradictorio que, ciertamente, sólo busca redundar en la defensa de una de las partes. O, con las palabras coloquiales de Rubio Garrido, podemos decir que tan o más necesitado de protección de la tutela jurisdiccional efectiva del tercero, está el mismo derecho que corresponde a las partes del arbitraje. Y es que la defensa de derechos no puede ser absoluta, si no se correría el riesgo de anular derechos de otros.

Por estas razones es que estimamos que el precedente María Julia no busca tutelar la situación de los terceros coadyuvantes.

8.2. Los terceros legitimados, pero excluidos del arbitraje

En cambio, aquel tercero que no es parte de la relación contractual, pero que ve eliminado uno de sus derechos de modo directo, y no reflejo, será el único tipo de tercero legitimado al que se refiere el precedente María Julia.

Aquellas situaciones se caracterizan porque suele usarse una relación jurídica totalmente ajena o desconocida por un sujeto, para así eliminar uno de sus derechos a través de un arbitraje. Regularmente, este accionar malicioso se materializa a través de un arbitraje de cuyo trámite no se emplaza al tercero para que ejerza su defensa y, en caso esto ocurra, el tercero no estaría obligado a ingresar a aquel arbitraje por no haberlo pactado. Recordemos este ejemplo:

Ejerciendo su derecho de propiedad debidamente publicitado en los Registros Públicos, «A» arrienda un inmueble a «C». Sin embargo, después surge un arbitraje entre «A» y «B» donde cada uno de ellos alega ser propietario del bien. De manera maliciosa «A» y «B» han seguido tal arbitraje para eliminar el derecho de «C». De modo que el laudo declarará a «B» como propietario, ordenándose la entrega del bien a este último, previo desalojo de «C».

O suele usarse la figura anterior para que «X», que pocos visos de propietario tiene, arrienda a «Y». Esto con el único propósito de bloquear o perturbar la propiedad que ostenta «A», debidamente publicitada en los Registros Públicos. «X» e «Y» se enfrascan en una aparente discusión arbitral que concluye con un laudo que, otorga arrendamiento indefinido a «Y».

Los sujetos en los casos propuestos («C» y «A», respectivamente) nunca tuvieron noticia de la supuesta relación contractual que se discutió en un arbitraje o, de tener noticia, nunca obtuvieron ninguna clase de beneficios de esa relación. Por tanto, no podrán ser perjudicados con los eventuales laudos, ni mucho menos ser incluidos en un arbitraje que no pactaron. Sin embargo, como advertimos antes (*supra* 3.2) es perfectamente posible que las partes y los terceros consientan (expresa o tácitamente) la cláusula arbitral, en cuyo caso ingresarán como partes y ya no como terceros.

A diferencia de los casos en donde se generan efectos reflejos sobre relaciones jurídicas dependientes, estos terceros nunca estuvieron

de acuerdo en pactar una relación dependiente, de modo que ninguna clase de efectos podrá tener esos arbitrajes sobre su esfera jurídica.

Es a esta clase de terceros a quienes se refiere el precedente *María Julia*, y son, precisamente, esta clase de terceros que estarán perfectamente habilitados para formular sus demandas de amparo a fin de cuestionar los actos arbitrales que perjudican sus derechos.

Por el contrario, los terceros que tienen una relación de dependencia o que, simplemente, sufren perjuicios de hecho, no están considerados en el precedente *María Julia* y carecen del derecho de participar en el arbitraje, así como de una pretensión de inoponibilidad del laudo.

APUNTES SOBRE LAS REGLAS IBA

SOBRE PRÁCTICAS DE PRUEBA Y SU APLICACIÓN

EN EL ARBITRAJE EN EL PERÚ

*Giovanni F. Priori Posada**

Sumario: 1. Introducción.— 2. La prueba: diversas formas de enfrentarla.— 3. El carácter vinculante o no de las reglas IBA.— 4. Fines de las reglas IBA.— 5. Las definiciones probatorias.— 6. La consulta sobre procedimiento probatorio.— 7. La actuación de documentos.— 7.1. La oportunidad.— 7.2. Los requisitos de la exhibición de documentos.— 8. La declaración testimonial.— 9. El dictamen pericial.— 10. La inspección.— 11. Las reglas de la audiencia probatoria.— 12. La admisión y la valoración de la prueba.— 13. Sucedáneos de prueba.— 14. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La práctica del arbitraje en el Perú se ha visto sorprendida por la aparición en las actas de instalación o reglamentos de algunos centros arbitrales e incluso en algunos convenios arbitrales de las Reglas IBA sobre prácticas de prueba (en adelante, «Reglas IBA» o «las Reglas»).

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho por la Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Profesor principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Priori & Carrillo, Abogados.

Los alcances de dichas reglas son aun extendidamente desconocidos por árbitros y abogados en el Perú, pues cuando se propone su aplicación en las reglas arbitrales muchos árbitros o abogados prefieren no aceptarlas alegando no conocerlas o cuando se pactan o aceptan no se aplican, pues es claro que a pesar de haberlo pactado y aceptado, se desconocen.

Incluso, quienes conocen su contenido desconocen, en general, instituciones que rigen la teoría general de la prueba o —lo que se ha venido en llamar recientemente— de la probática, entonces, las reglas IBA en materia de práctica de la prueba son aplicadas —aunque parcialmente— como gran novedad o de modo aislado al régimen general que rige la actividad probatoria en el Perú.

Esta constatación es la que me anima a escribir estas breves líneas sobre la aplicación de las reglas IBA en materia de práctica de pruebas en los arbitrajes en el Perú.

2. LA PRUEBA: DIVERSAS FORMAS DE ENFRENTARLA

La prueba es una de las instituciones más complejas que existe en el Derecho. Su riqueza y complejidad son de tal magnitud que, incluso su sola pertenencia a una disciplina (la del Derecho Procesal) es puesta en cuestionamiento, más aún, si somos conscientes de que es una actividad transversal a varias disciplinas. Incluso, se ha puesto desde siempre en evidencia de que, como actividad, es común a diversas disciplinas como la historia o la arqueología,¹ aunque no ha faltado también quien ha remarcado las diferencias particulares entre la actividad probatoria en un proceso y en la historia.²

¹ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*. Buenos Aires: Depalma, 1982.

² CALAMANDREI, Piero. «*Il giudice e l'storico*». En *Rivista di diritto processuale*. Padua: Cedam, 1939.

Incluso, de modo reciente, ha aparecido una preocupación por parte de la filosofía y teoría del derecho sobre la prueba (a través de temas como argumentación, motivación, valoración de la prueba, legitimación de las decisiones judiciales), así como del Derecho Constitucional (por la consideración del derecho a la prueba como derecho fundamental), además de la psicología jurídica y de la epistemología.

Sin perjuicio de ello, podría decir que el estudio de la prueba ha sido abordado, fundamentalmente, desde estas tres perspectivas:

- 1) *La de la teoría general de la prueba o derecho probatorio.* Ésta es la forma tradicional de aproximación al estudio de la prueba. Su estudio es fundamentalmente dogmático, a partir de instituciones originadas en el Derecho Procesal y complementadas con el desarrollo legal que tiene la actividad probatoria en un determinado esquema procesal.³
- 2) *La del derecho fundamental a la prueba.* Esta forma de abordar los temas relativos a la prueba se deriva del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Procesal, que tiene al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva como el principio fundamental de todo el proceso.⁴ El derecho a la prueba se erige como expresión del derecho fundamental a la defensa, y como derecho fundamental, todas las reglas que rigen la actividad probatoria deben ser tratadas como desarrollo de un derecho fundamental y, por lo tanto, no pueden afectarlo en su esencia, salvo que sea a consecuencia de un *test* de ponderación.

³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis, 2000, tomo I.

⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «El derecho fundamental a probar». En BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo y Giovanni PRIORI POSADA. *Apuntes de Derecho Procesal*. Lima: Ara, 1996.

- 3) *La probática*. Esta forma de reciente aparición pone su foco de atención en el modo en el que se conoce los hechos que deben ser aportados al proceso. Por ello, es definida como «la ciencia aplicada a los hechos del proceso».⁵ De este modo, se dice «pertenece a las llamadas ciencias praxiológicas que estudian procesos de selección y decisión y evalúan la pertinencia de los conocimientos disponibles para la solución de determinados problemas».⁶

Nuestros abogados y árbitros han sido formados, fundamentalmente, en derecho probatorio, han recibido el influjo del derecho fundamental a la prueba, fundamentalmente, por sentencias del Tribunal Constitucional y han aprendido empíricamente —muchas veces sin ser conscientes de ello— de probática. Ahora se les pone delante de ellos, en el ejercicio profesional, las reglas de práctica de la prueba IBA.

No creemos que las aproximaciones antes mencionadas sean excluyentes entre sí, por el contrario, su adecuada complementariedad, puede dar un mayor valor a una estrategia probatoria. Lo que sí queda claro es que en el Perú, al considerarse el arbitraje como jurisdicción por disposición expresa de nuestra Constitución y al ser la prueba un derecho fundamental, cualquier afectación a este derecho invalidaría el laudo arbitral.⁷ Es por ello que, de ninguna manera, la aplicación de las Reglas de la IBA puede suponer la afectación de ninguna de las manifestaciones del derecho a la prueba, es decir, a que se ofrezcan, admitan, actúen, valoren y conserven los medios de prueba.

En este punto es importante hacer una salvedad. Las reglas de la IBA no regulan toda la actividad probatoria que se da en un arbitraje, sino que están restringidas, fundamentalmente, a sólo una etapa muy parti-

⁵ MUÑOZ SABATÉ, LUIS. *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 11.

⁶ MUÑOZ SABATÉ, LUIS. *Introducción a la probática*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 13.

⁷ En aplicación de lo señalado en la sentencia n.º 6167-HC/TC del Tribunal Constitucional peruano.

cular: la de la actuación de las pruebas. En ese sentido, si las partes en su convenio arbitral o en algún momento del arbitraje pactan someterse a las reglas IBA, ello no garantiza que tengan cubierta la regulación de todo el espectro de actividad probatoria en un arbitraje específico. Por ello, en la medida en que el Decreto Legislativo que regula el arbitraje en el Perú no contiene norma específica alguna en materia de prueba, será habitual que en los arbitrajes nos encontremos ante vacíos que habrá que ir llenando con base a los criterios derivados de la práctica arbitral y en muchos casos, a través de instituciones (no normas) procesales.

3. EL CARÁCTER VINCULANTE O NO DE LAS REGLAS IBA

Las reglas de la IBA no se encuentran establecidas en ningún Tratado o instrumento de Derecho Internacional que obligue formalmente al Perú, a sus ciudadanos o a determinadas empresas o agentes del mercado. De este modo, no forman parte del ordenamiento jurídico peruano. Sí pueden ser consideradas como usos o prácticas del arbitraje y, en atención a ello, ser estas exigibles o aplicables en un procedimiento arbitral específico.

Es claro, sin embargo, que si las partes se someten expresamente a ellas, estas sí son de obligatorio cumplimiento, pues estas reglas tienen como base de su obligatoriedad para un determinado procedimiento arbitral, el acuerdo de las partes; esto es lo que, precisamente, establece el artículo 1 de las Reglas IBA, lo que se condice con el principio de libertad de procedimiento que es natural en el arbitraje. En los casos en los que las partes hayan pactado su aplicación a un arbitraje, el incumplimiento de alguna de las Reglas IBA podría, incluso, ser causal de anulación de laudo, conforme a la causal establecida en el literal b) del inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071.⁸

⁸ Artículo 63.- «Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

Ese mismo principio de libertad de procedimiento permite que las partes puedan pactar que se aplique a su arbitraje específico sólo algunas de las Reglas de la IBA, o pueden pactar aplicar algunas de ellas, modificándolas en su acuerdo e, incluso, pactar explícitamente que no sean aplicables.

Como cualquier regla que las partes pacten, si una específica regla de la IBA, que las partes hubieran acordado rija su procedimiento arbitral específico, entra en conflicto con una disposición legal imperativa aplicable al procedimiento arbitral, esa regla IBA (sólo la que entre en conflicto) no podrá ser exigible en el arbitraje en concreto.

De este modo resulta relevante establecer qué disposición legal podría ser considerada imperativa, a fin de establecer la eventual incompatibilidad entre ella y la regla IBA. No creo, en primera línea que pueda ser ninguna de las del Código Procesal Civil, dado que este cuerpo de leyes no es aplicable a los arbitrajes (salvo que las partes expresamente lo hubieran así establecido). Puede serlo, más bien, alguna ley que regula un arbitraje especial de modo particular, como pudiera serlo, por ejemplo, la que regula el arbitraje con el Estado, o incluso el propio Decreto Legislativo que regula el arbitraje (si alguna de las Reglas de la IBA; por ejemplo, supusiera la afectación al derecho a igualdad de las partes en el arbitraje respecto a los derechos que supone la actuación de las pruebas).

En general, si una regla IBA viola en alguna de sus manifestaciones el derecho a la prueba de alguna de las partes, o su derecho a la igualdad en el procedimiento arbitral o alguna de las garantías de la tutela

-
- a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
 - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

[...].».

jurisdiccional efectiva, esa regla IBA no tendrá ninguna vigencia en el procedimiento arbitral específico en concreto.

Ahora bien, en el artículo 1 de su Preámbulo, las Reglas IBA establecen que son complementarias respecto de las disposiciones legales, institucionales o de las reglas *ad-hoc* que se hubieran establecido; sin embargo, a mi modo de ver si las partes han pactado que dichas reglas se apliquen en el arbitraje, dicha complementariedad desaparece, debiendo ser aplicadas, preferentemente, si ésta hubiera sido la intención de las partes.

4. FINES DE LAS REGLAS IBA

Las propias reglas de la IBA se encargan de establecer que tienen tres objetivos, y creo que ellos deben ser tenidos en cuenta, pues sirven de línea de interpretación de cualquiera de sus reglas o incluso permitirían llenar los vacíos en los casos en los que, siendo aplicables las reglas IBA, se presente alguna situación particular no expresamente previstas en ellas. Estos tres objetivos son:

- 1) Procurar obtener un procedimiento eficiente para la práctica de la prueba.
- 2) Procurar obtener un procedimiento económico para la práctica de la prueba.
- 3) Procurar obtener un procedimiento equitativo para la práctica de la prueba.

Ahora bien, en su artículo 3 del Preámbulo de las Reglas IBA establecen que su aplicación deberá respetar los principios de la buena fe y de defensa.

5. LAS DEFINICIONES PROBATORIAS

No es el propósito de este trabajo replicar las definiciones dadas por las Reglas de la IBA, sino más bien ayudar a que quienes ejercen el arbitraje en el Perú, puedan acercarse a ellas, razón por la cual sólo comentaré algunas diferencias sustanciales entre las definiciones dadas en tales reglas, y aquellas definiciones establecidas en el Código Procesal Civil que pueden ser más comunes a quienes litigan.

- a) Definición de «documento». La definición que contienen las Reglas IBA, aunque con expectativa de ser amplia, es más restringida que aquélla que contiene el artículo 234 del Código Procesal Civil peruano.⁹ Lo dicho se fundamenta en que —con una expresión bastante general— nuestro Código Procesal establece que «documento» puede ser cualquier objeto que represente, contenga o recoja una actividad humana o su resultado. Esta amplitud del concepto no es la misma que la recogida por las Reglas IBA, las que tienen una definición de «documento» que no se basa tanto en el objeto en sí, sino más bien en la información que se pueda recoger de él.
- b) «Dictamen pericial». El contenido que se le da a este medio probatorio está asociado, en las Reglas, a la declaración escrita presentada por el perito designado por el tribunal o por las partes. Sin embargo, dada la flexibilidad de las Reglas IBA, podría entenderse que también podría tener el carácter de dictamen pericial la sustentación oral que pueda hacer cualquiera de los peritos.

⁹ Artículo 234.— «Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado».

- c) «Declaración testimonial». Una particularidad que tienen las Reglas IBA y que, en definitiva, va contra toda la regulación que existe en el Perú sobre la declaración testimonial e, incluso, que toda la corriente reformadora que existe en el Perú y en América Latina hacia la oralidad y, agregaría además, que difiere sustancialmente respecto de lo que ocurre en la práctica arbitral de nuestro país (incluyendo aquellos arbitrajes que tienen pactadas las Reglas IBA) es su regulación acerca de lo que es la declaración testimonial. En efecto, las Reglas IBA definen que la declaración testimonial es toda aquella declaración «por escrito» realizada por un testigo. El modo de práctica de la prueba lo analizaré más adelante.

6. LA CONSULTA SOBRE PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Quizá una de las disposiciones innovadoras con las que cuenta las Reglas IBA sea la del deber del tribunal de convocar a las partes para establecer cuál sea el procedimiento para la práctica de las pruebas que sea más «eficiente, económico y equitativo». Las Reglas en este aspecto son bastante claras cuando establecen que, llegado el momento en el que corresponda hacerlo, procedimentalmente hablando, «el tribunal, deberá» invitarlas a acordar el procedimiento de práctica probatoria.

De este modo, se trata de que, sin perjuicio de las reglas que las partes pudieran haber pactado al momento de la instalación del tribunal arbitral, o por el sometimiento que éstas hubieran pactado en el convenio arbitral o en un momento posterior, las partes puedan, sobre la base de conocer ya cuáles son las pruebas que habrán de practicarse en un procedimiento arbitral específico, establecer algunas reglas especiales, como las señaladas en el numeral 2 del artículo 2:

- a) La preparación y presentación de declaraciones testimoniales y de dictámenes periciales.
- b) Las declaraciones testimoniales orales en cualquier audiencia probatoria.
- c) Los requisitos, el procedimiento y el formato aplicable a la exhibición de documentos.
- d) El grado de confidencialidad que será otorgado a la prueba en el arbitraje.
- e) Y, en general, la promoción de eficiencia, economía y conservación de recursos en relación con la práctica de la prueba.

7. LA ACTUACIÓN DE DOCUMENTOS

7.1. *La oportunidad*

El artículo 3 de las Reglas IBA regula la actuación de los documentos y de su exhibición. En general, esta Regla comienza con una fórmula que es usada en varias oportunidades en las Reglas IBA, relativa a la oportunidad de la actuación, ésta es: «Dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral cada parte presentará a éste [...]».

Normalmente, los reglamentos arbitrales de las instituciones arbitrales más conocidas en el Perú señalan que los medios probatorios deberán ser ofrecidos en la demanda,¹⁰ señalándose, incluso, de modo

¹⁰ Es el caso del artículo 38.4 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 42.g) del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el artículo 28.3 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

expreso que a la demanda deberán acompañarse los documentos que se estén ofreciendo como medios de prueba. Por ello, «el plazo fijado por el tribunal» será en la mayoría de los casos el que establezca el reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido, el que normalmente indicará que el momento para incorporar los documentos, es el momento para presentar la demanda o la contestación.

Ésta es una disciplina a la que los abogados litigantes estamos acostumbrados desde que, en 1993, el Código Procesal Civil introdujo la regla del ofrecimiento de medios probatorios en los actos postulatorios, con severos efectos preclusivos. Desde ese momento esa regla se ha adentrado, tanto en la idea de litigio en el Perú que hoy consideramos como natural que los medios probatorios se ofrezcan y, en el caso de los documentos, se presenten con la demanda, la contestación a la demanda, la reconvención o la contestación de la reconvención.

Es verdad que esos efectos preclusivos no se producen en sede arbitral, pues con mayor o menor amplitud, los reglamentos arbitrales más difundidos admiten la posibilidad de incorporación de prueba, incluyendo documentos, en un momento posterior, hasta que se concluya la etapa probatoria, o se cierre la instrucción, dependiendo de los casos.¹¹

Esas mismas reglas de oportunidad se aplican a la exhibición de documentos.

7.2. Los requisitos de la exhibición de documentos

Ésta es una de las disposiciones de las Reglas IBA que trae mayores innovaciones en las prácticas de las pruebas en un arbitraje. Esta dispo-

¹¹ Es el caso del artículo 43.3 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, artículo 49.d) del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el artículo 34.1 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú.

sición tiene por finalidad precisar lo más exacto que se pueda, qué será objeto de exhibición a fin de evitar el abuso que, en el caso peruano se produce con frecuencia, de utilizar la exhibición de documentos con la finalidad de revertir la carga de la prueba.¹²

Los requisitos establecidos por las Reglas de la IBA para la exhibición de los documentos son los más precisos y adecuados que los que existen en cualquier regulación procesal en el Perú. Dentro de los requisitos están:

- a) La descripción de cada documento cuya exhibición se solicita, de modo que con ella sea suficiente identificarlo; o una descripción suficientemente detallada (incluso, conteniendo el asunto sobre el que trata) de los documentos o archivos electrónicos que se crea existan. Este requisito tiene que ver con una exigencia mínima en materia de exhibición de documentos, respecto a la verosimilitud de la existencia del documento cuya exhibición se solicita, requisito indispensable para admitir una exhibición, a fin de evitar que alguien esté obligado a incorporar al proceso un documento cuya existencia no está verosímilmente acreditada. Nótese que no se trata de demostrar que verosímilmente puede existir en abstracto el documento cuya exhibición se solicita, sino que se trata de demostrar que ése cuya exhibición se pretende específicamente y en concreto, en ese caso, es verosímil que exista.
- b) Además, se requiere que se indique por qué ese documento es relevante para el caso. Como el contenido del documento cuya

¹² Esto se solía hacer en el Perú del siguiente modo: quien tiene la carga de la prueba ofrece la exhibición de un documento, de modo que la otra parte tenga la carga de aportarlo. De no hacerlo, se solicita que se produzcan los efectos negativos de su no incorporación al proceso, de modo que quien no tenía la carga de la prueba, termina sufriendo los efectos negativos de su no incorporación al proceso. Es claro que esta estrategia sólo es posible en tanto que el juzgador (árbitro) no analice a profundidad la posibilidad de la exhibición solicitada.

exhibición se solicita, normalmente, no es conocido por el árbitro, debe tener elementos de juicio suficientes con la finalidad de determinar su pertinencia en el arbitraje en concreto.

- c) Debe hacerse, además, una declaración de que los documentos no se encuentran en poder o en custodia de quien solicita la exhibición. En todo caso, debe declarar por qué sería irrazonablemente gravoso que sea la parte que ofrece la exhibición la que los incorpore al proceso. Es claro que este requisito quiere evitar, a toda costa, el abuso de una de las partes en el proceso.
- d) Una declaración sobre las razones por las que la parte solicitante supone que los documentos requeridos están en poder o custodia de la parte a la que se le está pidiendo exhibir.

Con la precisión de esos requisitos, el árbitro está en condiciones de disponer la exhibición. Estas reglas son tan claras y adecuadas que ojalá pudieran trasladarse al proceso civil peruano. Nuestro Código Procesal Civil es tan pobre en la regulación de la exhibición que innumerables abusos se han cometido con ellas, pues muchos jueces inermes admiten las exhibiciones por el solo ofrecimiento de la parte, sin hacer un adecuado análisis de si ese documento verosímilmente existe y verosímilmente está en poder de la contraparte. Esta práctica procesal se ha extendido también al arbitraje.

Es claro que esas precisas y claras reglas de procedencia de la exhibición habilitan también a la parte a la que se le pide exhibir un documento a que pueda defenderse alegando de modo preciso que no se cumple alguno o varios de esos requisitos (artículo 5). De esta forma, el tribunal arbitral podrá determinar con precisión qué aspecto concreto es el que debe verificar a fin de determinar si admite o no la exhibición.

Las Reglas IBA habilitan al tribunal arbitral a que pueda consultar a ambas partes, luego de formuladas las objeciones, con la finalidad de resolverlas.

Un procedimiento específico sumamente interesante en materia de exhibición se encuentra regulado en el inciso 8 del artículo 3 de las Reglas. Este procedimiento se da en los casos en los que exista una discusión acerca de la pertinencia del documento cuya exhibición se pretende en el proceso, o en cualquier otro caso en los que por el contenido del documento, éste resulta ser irrelevante, pero además, por su contenido no resulta, a juicio de una de las partes, conveniente que su contenido sea de conocimiento del tribunal arbitral, de modo que, incluso, puede resultar ser inconveniente que sea el propio tribunal arbitral el que conozca de su contenido para que sea él, el que resuelva su pertinencia.

En estos casos, entonces, las Reglas de la IBA regulan la posibilidad de que se designe a un tercero a quien las Reglas denominan «perito» (pero que, en realidad, no lo es) que esté sujeto a confidencialidad, para que revise el documento e informe sobre la objeción que se pueda haber formulado a su exhibición. Si el tribunal admite la objeción, el perito, en cumplimiento de su deber de confidencialidad no podrá informar del contenido del documento ni al tribunal ni a las partes. En cambio, si el tribunal rechaza la objeción, el documento deberá ser exhibido, esto es, incorporado al procedimiento arbitral.

Otra disposición que existe en las Reglas de la IBA —artículo 9— es la relativa a la exhibición de documentos cuando éstos se encuentren en poder de un tercero. Esta regla asume especial relevancia en los procedimientos arbitrales, en los que la competencia del tribunal arbitral alcanza, en principio, sólo a aquéllos que suscribieron el convenio arbitral. Esta disposición señala que cuando una de las partes desea que se exhiban documentos «de una persona u organización que no sea parte del arbitraje», se podrá pedir al tribunal que se tomen las medidas legales que correspondan o pedirle permiso al tribunal para hacerlo. Espe-

cíficamente, en el caso peruano, esas medidas consistirán en pedirle al juez su colaboración para realizar las prácticas de las pruebas. Lo importante, señalan las disposiciones, es que el pedido al juez deberá contener todas las especificaciones y precisiones que ya hemos señalado para las exhibiciones, a fin de que dicho tercero pueda proceder a la exhibición.

Un aspecto que se hace necesario precisar es que las Reglas IBA señalan que la disposición contenida en el artículo 9 es aplicable cuando los documentos estén en poder de una persona u organización que no sean parte del arbitraje. Yo creo que es necesario distinguir entre quien no es parte del arbitraje y tampoco lo es de convenio, y quien no es parte del arbitraje, pero sí lo es del convenio. Creo que la disposición del artículo 9 es aplicable en ambos casos.

De otro lado, la disposición contenida en el artículo 11 regula una especie de exhibición complementaria. Ésta se produce en aquellos casos en los que por la actuación de los demás medios de prueba, se ha descubierto la importancia de incorporar al proceso otros documentos, cuya exhibición podrá, entonces, ser pedida por el tribunal arbitral.

Respecto a algunas reglas específicas para hacer mucho más eficiente la actuación de la prueba de exhibición, se pueden resaltar aquellas copias del documento que pueden ser exhibidas, salvo que el tribunal pida cotejar con su original, que los documentos informáticos pueden ser exhibidos de la forma que resulte más económica para quien deba hacerlo (por ejemplo, mostrando su contenido abriendo el archivo electrónico) y que no se debe presentar varias copias del documento exhibido, a menos que sea exigido por el tribunal.

Una regla importante para efectos de la exhibición es el carácter confidencial de los documentos que se exhiben, que no es otra cosa que la ampliación de la regla general de la confidencialidad que rige al arbitraje, al caso de los documentos.

8. LA DECLARACIÓN TESTIMONIAL

En esta sede también existen una serie de disposiciones interesantes y que difieren sustancialmente con lo que suele ser la práctica del litigio en el Perú.

Respecto del modo del ofrecimiento del testigo, se señala, que se deberá identificar no sólo a la persona cuyo testimonio se ofrece, sino también el objeto del mismo (artículo 4.1).

Asimismo, se regula lo que podría denominar la cualidad para ser testigo. En ese sentido, se parte señalando que cualquier persona puede ser testigo. Esta genérica referencia, tiene luego una importante precisión, pueden ser ofrecidos como testigos, incluso el directivo, empleado u otro representante de la misma parte que los está ofreciendo. Esta disposición impide, por ello, que pueda tacharse o cuestionarse a un testigo alegando tener relación directa con la misma parte que lo está ofreciendo.

Las disposiciones contenidas en los artículos 4.2 y 4.3 de las Reglas IBA van en la línea de regulación que se viene extendiendo desde hace un tiempo en el sentido de no establecer ciertos requisitos que deban ser cumplidos por las personas que ostentarán la calidad de testigos. Se trata de una tendencia en línea de respetar el derecho fundamental a la prueba de no establecer reglas previas que establezcan qué condiciones deban tener las personas para que se admita una declaración testimonial. Esas condiciones, previamente establecidas, son consideradas como auténticas restricciones al ofrecimiento y admisión de medios de prueba que no encuentran justificación alguna en algún principio o derecho fundamental. Lo importante es que esas circunstancias —todas aquéllas relevantes— que rodean a la persona cuya declaración se ofrece sean conocidas por las partes y por los árbitros con la finalidad de que las tengan en cuenta al momento de valorarlas. De este modo, esas reglas *a priori* que tenían por finalidad prohibir la declaración de una

persona como testigo, en atención al respeto al derecho fundamental a la prueba, pasan a convertirse en circunstancias a ser tenidas en cuenta al momento de valorar la prueba.

De otro lado, el hecho que las Reglas IBA establezcan que la calidad de testigo la puede ostentar cualquier persona, plantea la duda de si en un arbitraje se pueden admitir o no los denominados «testigos de a oídas». Se trata de aquellas personas que han tenido conocimiento de los hechos que son relevantes para un arbitraje por referencia de otras personas. Es decir, el conocimiento de los hechos relevantes no lo han obtenido directamente, a través de sus sentidos, sino más bien, indirectamente, porque otra persona se los dijo.

Nuevamente, la tendencia indicada en el párrafo precedente determina que los testigos de a oídas también deban ser admitidos, sin perjuicio de que se deba declarar el modo cómo conocieron los hechos, a fin de que dichas circunstancias sean también tenidas en cuenta por el árbitro al momento de laudar.

Lo que resulta realmente novedoso, es el modo cómo se debe, por regla general, practicar (actuar) la prueba testimonial. En el Perú, por influencia de nuestra regulación procesal civil, primero, y penal y laboral, después; la práctica en el arbitraje para la declaración de testigos ha consistido en, o bien presentar un pliego interrogatorio que el árbitro leía en una audiencia para obtener el testimonio del testigo, o más bien (lo que, por el relativo triunfo de la oralidad en el arbitraje, ha venido creciendo) a través de preguntas que de modo directo realizan los abogados que ofrecen la prueba (interrogatorio) o de la otra parte (contrainterrogatorio), sin perjuicio de las que pudieran hacer, también directamente, los árbitros.

Las Reglas IBA proponen una forma de actuación de la prueba testimonial radicalmente diferente. El testigo debe hacer una declaración por escrito, respecto de los puntos sobre los que la parte que los ha

ofrecido le ha pedido responder. Esa declaración tiene requisitos específicos que deben ser cumplidos según lo señalado en el artículo 4.4 de las Reglas IBA, que vale la pena entrar a analizar, pues ellos dan ciertos criterios que luego deberán o podrán ser tomados en cuenta por los árbitros, al momento de laudar:

- 1) El primero de los requisitos es la identificación clara del testigo. En este punto deberá indicar también cuál es la relación que tiene con las partes, así como señalar su cualificación, capacitación o experiencia, si es que estos puntos fueran relevantes para el contenido de su declaración. Esta última exigencia sería relevante para los casos de los testigos-expertos; es decir, aquellas personas que han tenido un contacto con los hechos relevantes del caso y que tienen, por su formación o experiencia, ciertos conocimientos especiales para la determinación de ciertos hechos. La diferencia entre este testigo-experto y el perito está, fundamentalmente, en que este último no ha tenido contacto con los hechos.
- 2) Una descripción completa y detallada de los hechos, así como la fuente de información del testigo. De este modo, se exige, no sólo que el testigo declare sobre los hechos que conoce, sino que también debe declarar sobre el modo, el cómo llegó al conocimiento de tales hechos. Incluso, es perfectamente posible que a esta declaración se acompañen algunos documentos adicionales a los que ya obraran en el arbitraje, si es que éstos resultan ser la fuente del conocimiento de tales hechos. Es interesante anotar que en este requisito, el testigo debe señalar con precisión el modo cómo ha conocido de los hechos, es por eso que anteriormente había señalado que por la genérica definición que hacen las Reglas IBA para determinar quién puede declarar como testigo, se entiende también dentro de dicho concepto al testigo de oídas, quien en caso de serlo, debería indicar con precisión el modo cómo tuvo conocimiento de los hechos.

- 3) Finalmente, debe hacerse algunas indicaciones de tipo más bien formal, como el idioma original en el que se redactó la declaración, una declaración sobre la veracidad de lo que se está señalando, la fecha y el lugar en que se hizo la declaración, así como su firma.

Ese documento, ese escrito firmado por el testigo con esas características, es lo que las Reglas IBA denominan «declaración testimonial».

Una vez presentada esa declaración testimonial, insisto, por escrito, la parte que la ofreció, siempre dentro de un plazo que el tribunal arbitral debe fijar, puede presentar «declaraciones adicionales» e incluso «declaraciones corregidas». Estas declaraciones adicionales o corregidas, que también deberán ser presentadas por escrito, sólo pueden referirse a hechos o circunstancias que hayan sido puestas en conocimiento de las partes y del tribunal en una declaración testimonial, en un dictamen pericial o en otro medio de prueba que no haya sido acompañada previamente en el arbitraje. Es como si se abriera una etapa adicional de presentación de pruebas originada por la información que se obtiene de las declaraciones testimoniales o informes periciales.

Luego de esta fase probatoria adicional o complementaria, se pasa a la etapa de la audiencia probatoria. Para ello, el tribunal arbitral deberá informar a las partes que se está por dar esta etapa y conferirles un plazo para que señalen qué testigos solicitan que comparezcan en esa audiencia. Así es, podría ocurrir que un testigo que haya presentado su declaración testimonial, no comparezca en la audiencia de pruebas correspondiente. Al respecto, las Reglas IBA señalan determinadas consecuencias, que es muy importante tener en consideración:

- a) Si el testigo que ha presentado su declaración testimonial ha sido indicado por una de las partes para que comparezca en audiencia, no asiste a ella, sin justificación, el tribunal no tendrá en cuenta la declaración testimonial que hubiera formu-

lado respecto de los aspectos que iban a ser discutidos en dicha audiencia. Es importante en este punto tener presente que conforme a las Reglas IBA existe la necesidad de que el testigo se presente a la audiencia con la finalidad de que pueda ser interrogado respecto a los hechos sobre los que ha presentado su declaración testimonial. Si no comparece a la audiencia, su declaración no deberá ser considerada como tal, pero sólo respecto de los hechos para cuya dilucidación fue convocada dicha audiencia. El problema que plantean aquí las Reglas IBA, es que éstas señalan que esto ocurrirá, siempre y cuando el testigo no haya comparecido sin justificación suficiente, por lo que deja la duda acerca del valor que tendría la declaración testimonial, en caso no comparezca por justificación suficiente. Creo que en esos casos su declaración sí deberá tener un valor, por ejemplo en casos como la muerte del testigo, o una enfermedad grave o accidente.

- b) Si ninguna de las partes ha pedido que el testigo que ha presentado su declaración testimonial, comparezca en la audiencia, se considerará que ninguna de las otras partes ha aceptado la veracidad del contenido de la declaración.

A la audiencia deberán ir los testigos cuya comparecencia ha sido solicitada por alguna de las partes o por el propio tribunal arbitral (artículo 8.1). En la audiencia, el testigo deberá ratificar su declaración testimonial presentada por escrito.

9. EL DICTAMEN PERICIAL

Aun cuando las Reglas de la IBA no lo definan, se entiende que perito es una persona ajena a los hechos del conflicto que por su especialidad, conocimientos técnicos, científicos o artísticos está en capacidad de ilustrar al tribunal, respecto a hechos relevantes para la controversia

para cuya apreciación se requiera de dichos conocimientos especiales. Se trata, entonces, de la prueba proporcionada por un experto.

Las reglas de la IBA regulan, tanto la pericia solicitada por los árbitros, como la pericia ofrecida por una de las partes.

Respecto a la pericia solicitada por los árbitros, según las Reglas IBA se debe seguir este procedimiento:

- 1) El tribunal arbitral deberá consultarle, previamente, a las partes la designación de uno o más peritos para dictaminar sobre cuestiones específicas. La consulta versará sobre su necesidad, la especialidad y los términos respecto de los cuales debe realizarse la pericia.
- 2) Una vez que el tribunal haya establecido los términos de la pericia, se pondrá en conocimiento de las partes y procederá a comunicarle al perito de la designación, a fin de que éste proceda con entregar una descripción de su cualificación y una declaración de independencia respecto a las partes, abogados y árbitros.
- 3) Luego de ello, las partes tendrán un plazo concedido por el tribunal para que declaren si tienen alguna objeción respecto de la cualificación o independencia del perito. Si la hubiera, el tribunal decidirá inmediatamente (se entiende que, previo traslado a la otra parte) sobre dicha objeción.
- 4) Después de resuelta la objeción, si la hubiera, o habiendo vencido el plazo, el tribunal procederá a la designación del perito. Luego de su designación, las partes sólo podrán formular nuevas objeciones, si es que éstas se basan en un conocimiento sobrevenido sobre la independencia o falta de calificación del perito.

- 5) Sólo una vez designado el perito, podrá pedirle toda la información que requiera a las partes. Luego de ello, procederá a emitir su dictamen. Las reglas IBA establecen qué debe contener el dictamen, dentro de lo que destaca, el hecho de que deba contener no sólo las conclusiones, sino también el método y la información utilizada para arribar a ellas.
- 6) Una vez expedido el dictamen pericial, el tribunal arbitral procederá a notificar a las partes con éste, para que dentro del plazo establecido por el tribunal, éstas puedan formular los cuestionamientos que consideren al dictamen. Cabe señalar que las Reglas de la IBA señalan que para el cuestionamiento, las partes podrán no sólo presentar un escrito, sino incluso ofrecer un testigo o el dictamen de otro perito, esta vez, designado por ellas.
- 7) Este cuestionamiento, si lo hubiera, le será comunicado al perito.
- 8) Sólo si una de las partes lo pide o si el tribunal así lo dispone, el perito designado por el tribunal arbitral comparecerá en la audiencia probatoria. En esta audiencia, tanto el tribunal como las partes (o los peritos por ellas designados) podrán interrogar al perito.

Para las Reglas IBA no son los peritos de las partes, entonces, los que explican sus conclusiones, sólo lo hacen los peritos designados por el tribunal. Los peritos designados por las partes sólo cumplen una función instrumental respecto al cuestionamiento que formulan las partes a las conclusiones del informe pericial realizado por el perito designado por el tribunal arbitral.

10. LA INSPECCIÓN

Las Reglas IBA disponen que el tribunal podrá o a pedido de parte o de oficio, realizar por sí mismo o conjuntamente con un perito designado por el propio tribunal o por las partes, una inspección.

11. LAS REGLAS DE LA AUDIENCIA PROBATORIA

Las Reglas de la IBA establecen una serie de disposiciones sobre el modo en el que debe realizarse la audiencia. Algunas de ellas ya las he descrito al momento de reseñar el modo de actuación de los testigos, así que aquí hago sólo un recuento breve de lo destacable:

- 1) La dirección de la audiencia está a cargo del tribunal.
- 2) Los testigos deben comparecer personalmente, salvo que, de modo excepcional se autorice el uso de videoconferencia.
- 3) El tribunal podrá disponer la suspensión de preguntas reiterativas, irrelevantes o «irrazonablemente gravosa». Esto último exige un grado necesario de ponderación entre la información o revelación que se le pide al testigo que haga y el beneficio que ello traería al arbitraje. Las preguntas no pueden inducir las respuestas.
- 4) Primero declaran, salvo que algo justifique que se haga de modo diverso, los testigos ofrecidos por el demandante, luego los del demandado.
- 5) El interrogatorio lo comienza la parte que ofreció el testigo, luego cabe contrainterrogatorio. Luego de éste quien ofreció el testigo puede nuevamente preguntar sobre asuntos que hayan

surgido del contrainterrogatorio. No se prevé que, luego, haya otra estación de preguntas para quien contrainterrogó.

- 6) Luego de los testigos, corresponde el turno de los peritos. Comienzan los ofrecidos por el demandante, y siguen los ofrecidos por el demandado.
- 7) Igual que en el caso de los testigos, primero comienzan las preguntas de quien ofreció la prueba, luego las de la otra parte. Finalmente, existe una segunda oportunidad para preguntar a quien ofreció la pericia, sobre aspectos que hayan surgido del contrainterrogatorio al perito, no existiendo una segunda oportunidad para que lo haga la contraparte.
- 8) Luego el tribunal podrá hacer preguntas a cualquiera de los peritos, sea a los designados por el tribunal a los designados por las partes. Podrá también hacerle preguntas a los testigos, en cualquier momento.

12. LA ADMISIÓN Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La disposición 9.1 de las Reglas IBA establece que el tribunal determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas. Ésta es una disposición que, con pequeños cambios de redacción, existe en el Decreto Legislativo que regula el arbitraje¹³ y también en los reglamentos arbitrales más importantes en el Perú.¹⁴

¹³ Artículo 43.- Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

¹⁴ Artículo 43 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.-

De ningún modo puede interpretarse esas facultades en el sentido de considerar que los árbitros pueden ejercerlas de modo arbitrario. En el Estado constitucional —y el ejercicio de las potestades que el acuerdo de voluntades le confiere a los árbitros está sometido a él— ninguna potestad puede ser ejercida arbitrariamente. Es necesario distinguir discrecionalidad con arbitrariedad. La discrecionalidad confiere a quien ejerce una potestad un amplio poder de decisión, pero la somete a ciertos principios que, en caso de violarlos, convierte el ejercicio de dicha potestad en arbitraria.

-
1. El tribunal arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.
 2. El tribunal arbitral también estará facultado para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.
 3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el tribunal arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Artículo 49 del Reglamento del Centro de Análisis y Solución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú..- Los árbitros tienen la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas ofrecidas, pudiendo:

[...]

- b) Prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no actuados, si se considera suficientemente informado, pudiendo emitir el laudo basándose en las pruebas que disponga, según las circunstancias del caso.

[...]

- c) Excepcionalmente, prescindir motivadamente de los medios probatorios cuya actuación no haya podido ser ejecutada por las características de su ofrecimiento o por la naturaleza de la prueba, habiendo transcurrido un plazo razonable.

[...].

Artículo 32 del Reglamento de Arbitraje de Amcham Perú..- Pruebas

[...]

- 2.- El tribunal arbitral determina la admisión de las pruebas presentadas por las partes. También está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas admitidas que considere innecesarias.

[...]

En ese sentido, cuando el artículo 9.1 de las Reglas IBA confiere a los árbitros la facultad de admitir pruebas, ello no quiere decir que puede no admitirlas, sin razón ni justificación alguna. Una interpretación en ese sentido supondría admitir la posibilidad de que los árbitros puedan ejercer sus funciones de modo arbitrario. La justificación, es decir, las razones por las cuales los árbitros pueden no admitir una prueba, se encuentran establecidas, incluso, en las propias Reglas IBA, cuando el artículo 9.2 señala que los árbitros podrán excluir de oficio o a pedido de parte los medios de prueba que:

- a) No sean relevantes o útiles para la resolución del caso. Por ejemplo, cuando los medios de prueba se refieran a hechos no alegados, o no controvertidos, o notorios; o cuando con ellos se pretenda desvirtuar lo que ha adquirido la calidad de cosa juzgada.
- b) Cuando haya un impedimento legal o ético para admitirlas, conforme a las normas jurídicas aplicables. Creo que en este caso entra el supuesto de la prueba ilícita. Es interesante porque las propias Reglas IBA establecen en el artículo 9.3 que para la aplicación de este criterio, ciertas circunstancias específicas concretas que deberán ser evaluadas por el tribunal al momento de querer fundamentar su decisión con base a este criterio. Esto no hace sino elevar el estándar de la exigencia de motivación que se le exige al tribunal arbitral en sus decisiones, pues deberá explicar las razones de por qué son aplicables o no cada una de estas circunstancias.
- c) Cuando la práctica de un medio de prueba resulte excesivamente onerosa. Creo que en estos casos se debe hacer un exhaustivo juicio de ponderación, entre el derecho a la prueba y los bienes jurídicos que son objeto de discusión en el proceso.

- d) Cuando se demuestre de modo razonable que el documento que se pretende exhibir ha sido destruido.
- e) Cuando existe confidencialidad.
- f) Finalmente, se establecen criterios bastante amplios, cuya aplicación al caso concreto deben ser suficientemente justificadas por parte del tribunal arbitral; así, se establece en el numeral g) del artículo 9.2 de las Reglas IBA, que el tribunal arbitral podrá no admitir pruebas por consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes.

Es importante mencionar que las reglas anteriormente mencionadas son criterios objetivos y razonables que, a mi juicio, permitirían en la labor interpretativa, llenar los vacíos que nos dejan tanto el decreto legislativo que regula el arbitraje en el Perú, como las disposiciones de los reglamentos arbitrales de las instituciones arbitrales peruanas, que, respecto de estos temas son más bien peligrosamente genéricos.

De otro lado, también es importante mencionar que dichas reglas son aplicables sólo a los casos en los que el tribunal deba admitir la prueba, pues una vez realizada su admisión, estas pruebas deberán ser valoradas adecuadamente. En ese sentido, cuando las Reglas IBA señalan que el tribunal arbitral podrá determinar la importancia y el valor de las pruebas, debe interpretarse que debe hacerlo respetando los derechos fundamentales de las partes, en este caso el de valoración de los medios de prueba y el de debida motivación. Ello quiere decir que, al momento de valorar, deberá hacerlo siguiendo las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. Se requiere, pues, al momento de valorar, una decisión debidamente fundamentada.

13. SUCEDÁNEOS DE PRUEBA

Concluyendo ya este repaso, me detengo brevemente en dos disposiciones que considero incorporan en las Reglas IBA auténticas disposiciones que constituyen sucedáneos de medios de prueba, y dicho más específicamente que, convierten a la conducta de las partes en el arbitraje en un auténtico sucedáneo de prueba.

- a) Si una parte no suministra, sin explicación, un documento requerido vía exhibición, sin que, además, lo hubiera objetado en su debido tiempo, el tribunal puede inferir que ese documento es contrario a los intereses de esa parte. En caso de hacer uso de este sucedáneo, el tribunal deberá fundamentar su decisión.
- b) Si una parte no cumple con suministrar algún otro medio de prueba, que fuera en su momento ofrecida, y sin que esa parte la haya objetado, el tribunal podrá concluir que esa prueba es contraria a sus intereses.

14. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha buscado hacer sólo unos apuntes que permitan al operador peruano acercarse y aplicar las Reglas IBA. Al lector dejo el juicio acerca de si en la práctica estas Reglas se aplican cuando se dicen aplicar. Al lector dejo también el juicio de cuán distintas son a nuestras reglas procesales. Pero, al lector solicito considerar que el pacto de aplicación de estas Reglas, de modo alguno, supone un pacto de no respetar los derechos fundamentales de las partes en el arbitraje.

Ferrara y Bolonia, febrero del 2015

**EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR
EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
Y SUS IMPLICANCIAS EN EL EJERCICIO
DE LA FUNCIÓN ARBITRAL**

*Richard Martin Tirado**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Problema.— 3. Cuestiones previas.— 3.1. El *ius puniendi* del Estado y el procedimiento administrativo sancionador.— 3.2. Principios rectores del procedimiento administrativo sancionador.— 3.2.1. Legalidad.— 3.2.2. Debido procedimiento.— 3.2.3. Razonabilidad.— 3.2.4. Irretroactividad.— 3.2.5. Concurso de infracciones.— 3.2.6. Continuación de infracciones.— 3.2.7. Causalidad.— 3.2.8. Presunción de licitud.— 3.2.9. *Non bis in idem*.— 3.2.10. Tipicidad.— 3.3. Competencia del OSCE para imponer sanciones a los árbitros en materia de contratación administrativa.— 4. El Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado y los límites constitucionales a su aplicación.— 5. Sobre los derechos constitucionales vulnerados.— 6. Vulneración al derecho al debido proceso en su dimensión administrativa.— 7. A modo de conclusión.

* Abogado. Magíster en Derecho Administrativo. Maestría en Derecho Internacional Económico. Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad ESAN.

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo, constituye una actualización de la versión escrita en el verano del año 2013, antes de las sucesivas reformas incorporadas al régimen de la potestad sancionadora de la administración en materia de contratación estatal.

En aquella oportunidad, se señaló que existía una tendencia peligrosa de imponer criterios restrictivos para el ejercicio de la función arbitral y particularmente, con respecto a las modificaciones incorporadas a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Las dudas sobre el tema, permanecen en la actualidad, y nos revelan que el rumbo de la reforma no parece el más acertado. Por esta razón, en el presente trabajo se efectuaría un análisis cronológico y comparativo, de las sucesivas modificaciones establecidas con respecto al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración en el marco de la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, y la forma en que se ha venido extendiendo el ejercicio del *ius punendi* estatal en el ámbito de la función arbitral.

2. PROBLEMA

En la actualidad, la Sub Dirección de Asuntos Administrativos Arbitrales de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado (en adelante, el OSCE), viene asumiendo competencia para sancionar en vía administrativa, y resolver denuncias y recusaciones en contra de los árbitros, que conforman tribunales arbitrales o actúan como árbitros únicos, en razón de supuestas infracciones al Código de Ética para Arbitraje en Contrataciones con el Estado.

A la luz de las competencias asignadas al OSCE, es bastante cuestionable que se haya extendido el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, sin respetar un conjunto de derechos mínimos de orden constitucional, que a título enunciativo se pueden sintetizar en los siguientes:

1. Afectación al derecho al debido proceso en su dimensión administrativa.
2. Afectación al derecho a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.
3. Afectación a la garantía jurisdiccional del arbitraje
4. Afectación al derecho al trabajo
5. Afectación al derecho a la buena reputación y al buen nombre

3. CUESTIONES PREVIAS

En el texto original del Decreto Legislativo n.º 1017, el OSCE no ejercía su potestad sancionadora sobre los árbitros al amparo de una norma de rango de ley. En rigor, se ejercía dicha potestad sin contar con un fundamento de rango legal y lo que es más grave aún, vulnerando los principios propios del procedimiento administrativo sancionador. La prueba más clara de ello, es la aplicación del procedimiento por la inobservancia de lo dispuesto en el Código de Ética para el Arbitraje en Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Código de Ética), aprobado por el Consejo Directivo del OSCE, mediante Resolución n.º 258-2008-CONSUCODE/PRE de fecha 5 de junio de 2008.

Para efectos del presente trabajo, se estima pertinente analizar ciertos aspectos vinculados con la competencia del OSCE para imponer sanciones a los profesionales que ejercen función arbitral, toda vez que estos temas por su propia naturaleza, merecen un tratamiento específico. Adicionalmente, resulta importante efectuar desde el ámbito del

procedimiento administrativo sancionador, la legalidad de la aplicación del Código de Ética para los supuestos de inconducta funcional por parte de los árbitros, conforme a la normativa sobre contrataciones y adquisiciones del Estado.

3.1. El ius puniendi del Estado y el procedimiento administrativo sancionador

En el ordenamiento jurídico peruano, la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG) ha establecido una regulación especial con respecto al régimen de la potestad sancionadora del Estado.

En efecto, si se efectúa una revisión en detalle de los alcances de dicha potestad, se pueden identificar con absoluta facilidad, un conjunto de principios que son esenciales para el ejercicio de la misma, así como para el trámite de este tipo de procedimientos y que son de obligatorio cumplimiento, inclusive para el caso de procedimientos administrativos sometidos a la regulación de normas especiales, respecto de las cuales, la Ley n.º 27444, es supletoria.

En materia de contratación pública, hasta antes de las modificaciones establecidas por la Ley n.º 29873 y su norma reglamentaria, no existía un procedimiento administrativo sancionador, regulado con las garantías propias para este tipo de procedimiento. Tal como se ha señalado, el modelo de «procedimiento sancionador» se encontraba diseñado en clara colisión con las garantías mínimas establecidas para este tipo de procedimientos y lo que es más grave aún, que no cumplía con los precedentes específicos desarrollados por el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) sobre el tema.

Tal como explica Danós Ordóñez¹ para el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, en general, hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley n.º 27444, se carecía de la regulación de un régimen de principios y lineamientos generales para el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la administración. En tal sentido, el Derecho Administrativo Sancionador no existía como una disciplina especial, por la dispersión normativa que reinaba en dicho contexto.

Pese a ello, la potestad sancionadora de la administración podía percibirse a partir de la necesidad de regular las actividades económicas de los particulares. Sin embargo, el hecho de no contar con un marco legal que sirviera como parámetro de los aspectos principales de la potestad sancionadora, significaba un constante riesgo para que la administración en ejercicio de su poder de autotutela, pudiera vulnerar las garantías y derechos fundamentales de los administrados.²

La situación descrita cambió con la entrada en vigor de la Ley n.º 27444, pues a través del Capítulo II del Título IV, referido al Procedimiento Administrativo Sancionador, se pudo asimilar la existencia de un Derecho Administrativo Sancionador, el mismo que con el paso de los años, ha sido nutrido tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como también por la doctrina nacional y extranjera.

La explicación de la potestad sancionadora de la administración según Danós Ordóñez³ se justifica en razones de orden práctico, pues resultaba necesario dotar a la administración pública de potestades coercitivas a fin de que ésta pueda dar cumplimiento a las normas legales. Este aspecto, requiere de una explicación adicional, pues la potestad

¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «La preferencia de los principios de la potestad sancionadora. Modernizando el Estado para un país mejor». En *Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Editorial Palestra, 2010, pp. 861 y 862.

² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 862.

³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública». *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por estudiantes de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, julio 1995, n.º 10, p. 150.

sancionadora de la administración no sólo se fundamenta en su carácter práctico.

El origen de esta potestad, tal como lo explican Nieto⁴ y el mismo Danós Ordoñez,⁵ se encuentra en el genérico *ius puniendi* del Estado, que engloba tanto al Derecho Penal como al Derecho Administrativo Sancionador; y que a la vez, explica, que la unidad del poder punitivo del Estado alcanza a todo tipo de manifestación sancionadora de sus agentes o entidades.

Con relación a la finalidad de este poder punitivo del Estado, ello resulta claramente definido por un aspecto esencial, el mismo que consiste en prevenir o desincentivar la realización de conductas ilícitas por parte de los administrados. Para tal efecto, el ordenamiento jurídico en su integridad, debe estar orientado a la consecución de tal finalidad.

Ahora bien, ello quiere decir que el ejercicio de esta potestad debe ajustarse a los parámetros establecidos por el ordenamiento jurídico peruano, a través de la ley y de los propios precedentes del Tribunal Constitucional.

En el caso de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha establecido la existencia de un conjunto de principios, límites y garantías para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración, y que debe ser aplicado por el OSCE, tales como el principio de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, entre otros.

Asimismo, se debe tener en cuenta que los derechos constitucionales a favor de los administrados, que repercuten de manera directa sobre las actuaciones administrativas, tales como el derecho al debido proceso en sede administrativa, derecho a la defensa, derecho a la tutela judicial

⁴ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos, 2004, edición IV, p. 91.

⁵ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. *Op. cit.*, p. 150.

efectiva, etc., así como el cumplimiento de un conjunto de principios, tales como el de proporcionalidad y razonabilidad, entre otros, son materia de protección, igualmente por parte de la jurisprudencia constitucional, tal como se expresa en el siguiente caso:

Como este Tribunal lo ha señalado en el expediente n.º 1003-1998-AA/TC, la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado de Derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales. Por ello, la administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad) que lo conforman.⁶

Si bien no existe un marco constitucional que de manera expresa regule la actividad sancionadora de la administración, ello no debe significar un desconocimiento o rechazo de la misma y menos aún, que ello sirva de excusa para que ésta ejerza sus potestades sancionadoras de manera irrestricta, dado que tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, se deben respetar los derechos fundamentales del administrado, así como también los principios básicos del derecho sancionador.

Tal como se ha indicado, el Capítulo II del Título IV de la Ley n.º 27444, regula en nuestro ordenamiento jurídico, el procedimiento administrativo sancionador como un procedimiento especial cuyo régimen general se encuentra dispuesto en la norma antes señalada.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 2050-2002-AA/TC, de fecha 16 de abril de 2003, sobre la acción de amparo interpuesta por Carlos Ismael Ramos Colque, contra la Resolución Suprema n.º 544-2000-IN/PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada.

En tal sentido, el ámbito de aplicación de las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo al artículo 229.1 de la Ley n.º 27444, abarca a todas las entidades establecidas en el artículo 1 del Título Preliminar de la Ley n.º 27444, las que se encuentran facultadas para establecer un régimen de infracciones administrativas, así como de sus consecuentes sanciones a los administrados, en el marco del respeto de garantías mínimas y de sus derechos fundamentales.

Asimismo, el artículo 229.2⁷ de la indicada Ley n.º 27444 (antes de la modificación establecida por el Decreto Legislativo n.º 1029), en concordancia con el numeral 2 del artículo 11 del Título Preliminar de la citada Ley n.º 27444,⁸ establecía la supletoriedad de las disposiciones que regulan el procedimiento sancionador, respecto de procedimientos establecidos por leyes especiales.

Así también, la doctrina se ha pronunciado al respecto, señalando lo siguiente:

[...] debe advertirse que esta Supletoriedad no habilitara al legislador a desnaturalizar o negar los principios ya declarados, en la medida en que se trata de la aplicación concreta de derechos y principios superiores que poseen base constitucional. De suyo, la administración estaría vinculada a ellos, aun si la ley hubiese silenciado esta materia.⁹ (El resaltado y subrayado es nuestro).

⁷ 229.2 En las entidades cuya potestad sancionadora está regulada por leyes especiales, este capítulo se aplicará con carácter supletorio. La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.

⁸ Artículo 11.- Contenido
[...]

2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.

⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana». En *Revista Advocatus*,

No obstante lo señalado, ello no debió entenderse en el sentido de que las leyes especiales podrían establecer condiciones menos favorables a las establecidas en la ley. Por esta razón, es que a diferencia de la actual¹⁰ redacción de la citada norma, se han establecido las siguientes pautas a seguir por las entidades públicas, incluyendo entre ellas, al OSCE:

- (i) La regulación especial de los procedimientos sancionadores por parte de legislación especial, tal como es el caso del régimen de contrataciones del Estado, no puede ni debe desconocer los principios de la potestad sancionadora de la Administración dispuesto en el artículo 230 de la Ley n.º 27444. Por tanto, su observancia y aplicación resulta obligatoria para todas las entidades que ejerzan potestad sancionadora.
- (ii) Existe la prohibición a todas las entidades públicas de establecer procedimientos especiales cuyas garantías y condiciones sean menos favorables para los administrados, con respecto a las establecidas en el Capítulo II del Título IV de la Ley n.º 27444.

La razón de la modificatoria a la citada Ley, según la exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1029, se sustenta en que la anterior redacción del numeral 229.2, generaba el riesgo de que determinadas entidades de la administración pública, tal como es el caso del OSCE, asumieran de manera literal la supletoriedad de la Ley n.º 27444 y se eximieran por completo de la aplicación de las disposiciones generales contenidas en el Capítulo II del Título IV de dicha ley, creando pro-

diciembre 2005, n.º 13.

¹⁰ Decreto Legislativo n.º 1029

229.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a los procedimientos establecidos en leyes especiales, las que deberán observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 230, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

cedimientos sancionadores especiales que no establezcan las garantías mínimas establecidas en la citada ley, situación que desfavorecía notoriamente a los administrados.

En tal sentido, la supletoriedad de la Ley n.º 27444 fue restringida a los dos aspectos antes señalados.¹¹

La jurisprudencia constitucional ha logrado por su parte, señalar que la administración al ejercer su potestad sancionadora, no puede desconocer principios y derechos mínimos que se desprenden de la Constitución y que deben ser concretizados en los procedimientos administrativos sancionadores.

Al respecto, el TC ha señalado lo siguiente:

[...]

4. La aplicación de una sanción administrativa constituye manifestación de la potestad sancionadora del Estado, por lo que su validez, en el contexto de un Estado de Derecho respetuoso de los derechos fundamentales, está condicionada al respeto de la Constitución y de los principios en ésta consagrados. Por ello la administración, en el desarrollo de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales que la informan.¹²

¹¹ Comisión Técnica. «Exposición de motivos». Ministerio de Justicia. http://www.minjus.gob.pe/Proyectos/ExposiciónCT_27444.pdf. (Consulta: 14 de agosto de 2010), p. 5.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 03456-2007-PA/TC, de fecha 9 de noviembre de 2007, sobre la acción de amparo interpuesta por Diana Marlene Ortega Martínez contra el Director de la Escuela Nacional de la Marina Mercante del Perú y contra el Procurador Público del sector solicitando que se declare inaplicable la Resolución Directoral n.º 024-2005-DE/ENAMM, de fecha 4 de febrero de 2005.

Antes de las modificaciones establecidas a la Ley n.º 27444, existía el temor que la administración ejerciera su potestad sancionadora, excediendo las garantías mínimas establecidas en la ley, bajo el argumento de su supletoriedad. Por ello es que al amparo de la antigua redacción del numeral 229.3,¹³ se interpretaba, por ejemplo, en forma incorrecta, que la normativa que regulaba la potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal en las entidades públicas, tal como sucedió con el antiguo 229, podía tener otras reglas en razón del argumento de la supletoriedad.

No queda la menor duda de que la supletoriedad a la que se alude, no implica la posibilidad de afectar los principios y garantías establecidos en la Constitución y que el propio Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia.¹⁴ Ello se expresa en los siguientes términos:

12. Desde luego, no sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y Disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, «judicial», sino que se extiende también a sede «administrativa» y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a «cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8 de la Convención Americana. (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71).

¹³ 229.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 2050-2002-AA/TC, de fecha 16 de abril de 2003, sobre la acción de amparo interpuesta por Flor de Milagros Ramos Colque contra la Resolución Suprema n.º 544-2000-IN/ PNP del 4 de octubre de 2000 y la resolución suprema ficta derivada como consecuencia de la reconsideración formulada.

3.2. Principios rectores del procedimiento administrativo sancionador

Una vez definido el ámbito de aplicación de las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador en la Ley n.º 27444, corresponde explicar brevemente los principios que rigen el mismo.

En rigor, los principios que regulan las garantías mínimas de la potestad sancionadora de la administración se encuentran regulados en el artículo 230 de la Ley n.º 27444, sin perjuicio de aplicar los demás principios reconocidos por la Constitución y declarados a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entendiendo que todo ello forma parte del ordenamiento jurídico peruano.

En esta parte del trabajo no se buscará agotar el análisis respecto de cada uno de los principios que rigen la potestad sancionadora. Se tratará, en realidad, de efectuar una breve aproximación al tema, en función de identificar si corresponde al OSCE ejercer la potestad sancionadora, mediante un procedimiento especial aplicable a un árbitro en razón de las supuestas infracciones cometidas por éste en el ejercicio de una función reconocida como una jurisdicción especial por mandato del texto constitucional, al amparo de lo dispuesto en los artículos 12, 13, 14 y 15 del Código de Ética. En tal sentido, los principios inherentes a todo procedimiento administrativo sancionador son los siguientes:

3.2.1. Legalidad¹⁵

Este principio consagrado a nivel constitucional en el literal d) del numeral 24 del artículo 2 del texto constitucional, establece que «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse

¹⁵ 1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

no esté previamente calificado por la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley».

Al respecto, el Tribunal Constitucional¹⁶ en la sentencia recaída en el expediente n.º 2192-2004-AA/TC¹⁷ ha establecido lo siguiente:

3. El principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático. La Constitución lo consagra en su artículo 2, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley». (Subrayado nuestro).

Tal como se puede apreciar, este principio no sólo es una garantía para los administrados, sino también establece la prohibición de la

¹⁶ Este Tribunal también se ha pronunciado al respecto en la Sentencia n.º 8957-2006-PA/TC, en donde señala lo siguiente: «el principio de legalidad comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (lex praevia) que permiten predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley. (Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional español n.º 61/1990).

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 2192-2004-AA/TC, de fecha 11 de octubre de 2004, sobre la acción de amparo interpuesta por Gonzalo Antonio Costa Gómez y doña Martha Elizabeth Ojeda Dioses contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes, con el objeto de que se declare sin efecto la Resolución de Alcaldía n.º 1085-2003-ALC-MPT, de fecha 16 de diciembre de 2003, que les impuso la sanción de destitución de sus puestos de trabajo.

imposición de sanciones desprovistas de un marco legal, lo que a su vez, implica que los reglamentos no podrían establecer infracciones y sanciones por sí mismos, puesto que sólo las normas con rango de ley podrían establecer sanciones.¹⁸

3.2.2. *Debido procedimiento*¹⁹

Este principio ordena a la autoridad administrativa a sujetarse al procedimiento administrativo previamente establecido y respetar las garantías del debido proceso.²⁰ En tal sentido, se entiende que este principio debe interpretarse tanto a la luz del artículo 139, inciso 3 de la Constitución y el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley n.º 27444.

3.2.3. *Razonabilidad*²¹

Este principio busca que las autoridades administrativas prevean que la comisión de alguna conducta ilícita no resulte más ventajosa para el

¹⁸ PEDRESCHI, Willy. «Análisis sobre la potestad sancionadora de la administración pública y el procedimiento administrativo sancionador». *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley n.º 27444*. Lima: Editorial Ara Editores, 2003, p. 518.

¹⁹ 2. Debido procedimiento. - Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

²⁰ VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. *Op. cit.*, p. 413.

²¹ 3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

infractor que cumplir las normas vulneradas o asumir la sanción. En tal sentido, la finalidad primordial de este principio para los administrados es desincentivar la comisión de ilícitos administrativos y para las autoridades administrativas es valorar los criterios previstos en orden de prelación, por la norma al momento de establecer sanciones a los administrados.²²

3.2.4. *Irretroactividad*²³

Este principio que se deriva del artículo 103 de la Constitución, establece la imposibilidad de imponer sanciones cuando la norma que tipifica las mismas, no hubiera estado en vigor al momento de la comisión de la infracción.²⁴ No obstante ello, se admite la posibilidad de aplicar normas sancionadoras posteriores, siempre que fueran favorables al administrado y mientras no exista un pronunciamiento firme por parte de la entidad.²⁵

3.2.5. *Concurso de infracciones*²⁶

Este principio muy similar al previsto en el Derecho Penal, está referido a que cuando una misma conducta infractora cometida por el administrado califique como más de una infracción, ésta podrá ser «subsumida» dentro de uno o más tipos de infracciones administrativas, generando que la sanción que deba aplicarse sea la de mayor gravedad, sin perjuicio de las demás responsabilidades que establezcan las leyes.²⁷

²² VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. *Op. cit.*, pp. 414 y 415.

²³ 5. Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

²⁴ PEDRESCHI, Willy. *Op. cit.*, p. 535.

²⁵ PEDRESCHI, Willy. *Op. cit.*, p. 536.

²⁶ 6. Concurso de infracciones. - Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

²⁷ PEDRESCHI, Willy. *Op. cit.*, p. 538.

3.2.6. *Continuación de infracciones*²⁸

La actual redacción del principio de la continuación de infracciones establece excepciones a la regla general para la aplicación de sanciones en aquellos supuestos en los que el administrado incurra en forma continua en una infracción. En tal sentido, se requiere que hayan pasado, por lo menos, treinta días desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se haya solicitado al administrado que acredite el cese de la infracción en dicho plazo.²⁹

3.2.7. *Causalidad*³⁰

Este principio, sirviéndose del nexo de causalidad entre el sujeto infractor y la conducta infractora, busca que la sanción recaiga sobre quien haya vulnerado, efectivamente, el ordenamiento, tanto de manera ac-

²⁸ 7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.

²⁹ VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. *Op. cit.*, p. 423.

³⁰ 8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

tiva como omisiva.³¹ Por tal motivo, sólo sería culpable el autor inmediato de la conducta ilícita y no los colaboradores o instigadores, tema que lleva a concluir que la responsabilidad es subjetiva, bastando definir el nexo causal entre el sujeto y la conducta ilícita. En consecuencia, no cabe atribuir responsabilidades solidarias.³²

3.2.8. Presunción de licitud³³

Este principio se deriva del principio constitucional de la presunción de inocencia. En tal sentido, la administración debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes, en tanto no se cuente con evidencias en contrario.³⁴

3.2.9. Non bis in idem³⁵

Con respecto a este principio y su redacción actual, se establece la prohibición de imponer sucesivas o simultáneas sanciones administrativas en el caso que se observe identidad de sujeto, hecho y fundamento, salvo en el caso que se produjese el supuesto de la continuación de infracciones a efectos de evitar cuestionamientos respecto a la vulneración de este principio en todos los casos de continuación de infracciones.

³¹ VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. *Op. cit.*, p. 428.

³² *Ibidem*

³³ 9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

³⁴ VERGARAY, Verónica y Hugo GÓMEZ. *Op. cit.*, p. 429.

³⁵ 10. Non bis in idem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

3.2.10. Tipicidad³⁶

Finalmente este principio, de acuerdo a la ley consiste en que sólo podrá sancionarse aquellas infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, a través de su expresa tipificación, no siendo aceptable interpretaciones extensivas o analógicas.

Un aspecto que llama la atención es la exigencia de la garantía para los administrados de que la conducta ilícita debe estar expresamente especificada.

En este sentido, lograr tipificar todas las infracciones y sanciones a fin de que se pueda predecir, con un suficiente grado de certeza, el tipo y grado de la sanción susceptible de ser impuesta,³⁷ es una exigencia que en la práctica no es absoluta.

3.3. Competencia del OSCE para imponer sanciones a los árbitros en materia de contratación administrativa

Para efectos de determinar la competencia del OSCE en materia de procedimientos administrativos sancionadores en contra de aquellos profesionales que ejercen la función arbitral, se debe tomar en cuenta lo dispuesto por el Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (en adelante, el Reglamento de la LCE), distinguiendo los supuestos de hechos regulados antes y después del 10 de septiembre de 2014, fecha en la que entraron en vigencia

³⁶ 4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

³⁷ PEDRESCHI, Willy. *Op. cit.*, p. 410.

las modificaciones establecidas por la Ley n.º 29873 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo n.º 261-2014-EF. Sin perjuicio de ello, se deberá también tomar en cuenta los alcances para efectos de la evaluación «ética» del árbitro, del denominado «Código de Ética».

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 63³⁸ de la LCE (antes de las modificaciones dispuestas en la Ley n.º 29873), el OSCE a través de los órganos resolutivos que formaban parte de su estructura administrativa, tenía entre sus funciones, la de aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda en cada caso. No se encontraba prevista desde el punto de vista legal una sanción expresa para los árbitros.

En términos formales, el OSCE hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley n.º 29873, no contaba con una competencia expresa para imponer sanciones a los árbitros por lo que en principio, pareciera que dicha actividad no formaba parte de sus funciones. Sin embargo, existía siempre la sombra del Código de Ética, para efectos de evaluar la conducta funcional del árbitro, aspecto que de por sí, es contradictorio, pues las probables inconductas en las que podría incurrir un árbitro

³⁸ Artículo 63.- «Tribunal de Contrataciones del Estado

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutivo que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Tiene las siguientes funciones:

- a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección.
- b) Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso.
- c) Las demás funciones que le otorga la normativa.

Su conformación y el número de Salas se establecerán por Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas».

en el ejercicio de sus funciones, pueden asociarse en forma indistinta a faltas «éticas en sí mismas» o faltas denominadas «no éticas».

En todo caso, debe quedar claramente establecido que toda inconducta de un árbitro no podía ser calificada como una falta «ética» para efectos de justificar la aplicación del referido Código de Ética.

La Ley n.º 29783, vigente desde el 10 de septiembre de 2012, extiende la potestad sancionadora del OSCE, al caso de los árbitros en el artículo 63 de la modificatoria al Decreto Legislativo n.º 1017. Este aspecto se encuentra expresamente señalado en los siguientes términos:

Artículo 63.- Tribunal de Contrataciones del Estado

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Tiene las siguientes funciones:

- a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección.
- b) Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, árbitros y expertos independientes, según corresponda para cada caso.
- c) Las demás funciones que le otorga la normativa.

Su conformación y el número de Salas son establecidos por Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

En tal sentido, en el inciso c) del artículo 63 de la LCE modificada, se establece que las funciones del OSCE se extienden a todas las demás que han sido otorgadas por la normativa. Por ello, corresponde analizar las demás disposiciones aplicables al caso.

La potestad, sancionadora del OSCE, así como la determinación de las infracciones y sanciones aplicables, no se encontraba regulada en el texto original del artículo 52 del Decreto Legislativo n.º 1017. Con las modificaciones introducidas por la Ley n.º 29873, la potestad sancionadora del OSCE, así como la determinación de las infracciones y sanciones aplicables, se encuentra sometida a una nueva regulación, en el artículo 52 modificado, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

TEXTO ORIGINAL DEL DECRETO LEGISLATIVO N.º 1017	MODIFICACIONES HECHAS POR LA LEY N.º 29873
Artículo 52.- Solución de controversias Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por árbitro único o tribunal	Artículo 52.- Solución de controversias 52.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia. 52.2 Los procedimientos de Conciliación y/o Arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo

arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y demás aspectos de la composición del tribunal arbitral serán regulados en el Reglamento.

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Los árbitros que incumplan con esta obligación serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación de contrato y pago, se debe iniciar al respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento.

La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50° de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

52.3 El arbitraje será de derecho y ser resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente y su reglamento, así

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje *ad-hoc*, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o Tribunal Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, dentro del plazo establecido por el Reglamento. Cuando corresponda, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento.

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del

como de las normas de derecho público y las de derecho privado. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación de laudo.

52.4 El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados, que cuenten con especialización acreditada en derecho administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado, pudiendo los demás integrantes del colegiado ser expertos o profesionales en otras materias. La designación de los árbitros y los demás aspectos de la composición del tribunal arbitral son regulados en el Reglamento.

52.5 Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje *ad-hoc*, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el numeral 52.2 del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se puede establecer que sólo procederá la acumulación de

Estado - OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo. Asimismo, los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente norma y su Reglamento.	pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación. 52.6 <u>El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiéndose notificar a las partes en forma personal y a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) para efecto de su validez.</u> Dicho sistema debe permitir, operativamente la notificación del laudo. La notificación se dará por efectuada desde ocurrido el último acto. Contra dicho laudo solo cabe interponer recurso de anulación de acuerdo a lo establecido en la presente ley y al Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje. 52.7 El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) dispone la publicación de los laudos y actas de conciliación, así como su utilización para el
---	--

	desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo. 52.8. Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía; actuar con transparencia; y sustentar el apartarse cuando corresponda del orden de prelación previsto en el numeral 52.3 del presente artículo. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. <u>El incumplimiento de cualquiera de estas obligaciones configura infracción y es sancionable administrativamente, según la gravedad de la falta cometida, con suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro</u> en las controversias que se produzcan dentro del marco de la presente ley y su reglamento; con la consecuente suspensión o exclusión del Registro de Árbitros de Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o por otra institución que lleve adelante el proceso. 52.9. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento alguno. 52.10 En el caso que el convenio
--	--

	arbitral establezca que el arbitraje es institucional, y no se haga referencia a una institución arbitral determinada, se entenderá que el arbitraje se rige bajo la organización administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) de acuerdo a su reglamento. 52.11. El Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE) constituye un régimen institucional de arbitraje especializado para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado. Es autónomo, especializado y se rige por su propio reglamento que es aprobado por el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) y supletoriamente por la Ley de Arbitraje. El reglamento establece su conformación y atribuciones. 52.12. Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia, siempre que no se opongan a lo establecido en la presente ley y su Reglamento.
--	---

En el texto modificado del artículo 52, se establecen en forma concreta, dos supuestos de obligaciones cuyo incumplimiento por parte de los árbitros, ameritaban la imposición de una sanción.

En tal sentido, el nuevo texto del referido artículo 52, acentúa elementos que componen el orden procesal que debería seguir el arbitraje. Sin embargo, ahora es necesario tomar en consideración las indicaciones dispuestas en numeral 52.8 y 52.9, en los siguientes términos:

- (i) La obligación de informar oportunamente si existía alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía (también conocido como deber de revelación), en cuyo caso, el incumplimiento amerita la imposición de una sanción en aplicación del Reglamento de la LCE y del Código de Ética
- (ii) La obligación de remitir al OSCE, el laudo arbitral de derecho, dentro del plazo establecido por el Reglamento, en cuyo caso, el incumplimiento ameritaba la imposición de sanciones económicas; siendo que, actualmente, amerita la suspensión temporal o inhabilitación permanente, dependiendo de la gravedad de la falta cometida ; y,
- (iii) La posibilidad de que las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento alguno.

En el Reglamento original de la LCE (Decreto Supremo n.º 184-2008-EF), se dedicaba todo su Título IV, a la regulación de las sanciones aplicables en el marco de las Contrataciones del Estado. En tal sentido, el artículo 235 del citado Reglamento, referido a la Potestad Sancionadora del Tribunal de Contrataciones, establecía la potestad del referido Tribunal de sancionar a los árbitros, con lo que el ámbito de competencia en razón de la persona se estaría ampliando en este supues-

to, pero sin que ello tuviera una cobertura legal directa de una norma con rango de ley.

TEXTO ORIGINAL DEL DECRETO SUPREMO N.º 184-2008-EF	MODIFICACIONES HECHAS POR EL DECRETO SUPREMO N.º 138-2012-EF
Artículo 235.- Potestad sancionadora del Tribunal La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, o sanción económica, a que se contraen los artículos 51 y 52 de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y <u>árbitros</u>, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal.	Artículo 235.- Potestad sancionadora del Tribunal La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, o sanción económica, suspensión temporal o inhabilitación permanente a que se contraen los artículos 51 y 52 de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y <u>árbitros</u>, según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal.

Tal como se puede apreciar en el cuadro comparativo anterior, a diferencia de lo que se disponía en el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF incorpora como sanciones aplicables a los árbitros, la suspensión temporal y la inhabilitación temporal.

El Decreto Supremo n.º 138-2012-EF amplía el ámbito de incidencia de la potestad sancionadora del Tribunal, y nos remite, a lo dispuesto por los artículos 51 y 52º de la LCE (con las modificaciones establecidas por la Ley n.º 29873), las que regulan lo referido a las Infracciones y Sanciones Administrativas, así como a la Solución de Controversias respectivamente.

Una atención especial nos merece el hecho de que el texto original del artículo 51 de la LCE, establecía y tipificaba tanto las Infracciones como las Sanciones Administrativas, en el Capítulo II del Título IV de la

LCE; siendo que, dicho Capítulo regulaba los Derechos, Obligaciones y Sanciones de los Contratistas, es decir, no estaba diseñado para su aplicación a los árbitros.

En el Decreto Legislativo n.º 1017, no existía una atribución directa de competencia para imponer sanciones a los árbitros por sus de cisiones en el ejercicio de la función arbitral. En rigor, las infracciones y sanciones administrativas que se establecen en el artículo 51 de la indicada norma, no eran aplicables al caso de los árbitros, pues habían sido diseñadas bajo la lógica de ser aplicadas los contratistas y no a los árbitros.

Lo mismo sucedía con las Infracciones y Sanciones Administrativas tipificadas en el artículo 237 del Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1017, toda vez que el mismo no contemplaba dentro de su ámbito de aplicación a los árbitros.

Una lectura atenta de la norma original nos indica que el mandato expreso del Decreto Legislativo n.º 1017, fue el de cautelar en primer lugar, que los «árbitros cumplan con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)».

En este contexto, los árbitros que incumplían con esta obligación, eran pasibles de ser sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética.

Por otra parte, se establecía en el mismo texto legal, que «el laudo arbitral de derecho era inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, debiendo ser remitido por el árbitro único o tribunal arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), dentro del plazo establecido por el Reglamento. En este supuesto, y cuando ello correspondía, el Tribunal de

Contrataciones del Estado debía imponer sanciones económicas en caso de incumplimiento en la remisión de laudo, de acuerdo a lo establecido en el Reglamento».

Las modificaciones establecidas en el artículo 238 del Decreto Supremo n.º 138-2013-EF, actual reglamento de la LCE, señala las causales de imposición de sanción a los árbitros en materia de contratación pública, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

TEXTO ORIGINAL DEL D.S. N.º 184-2008-EF	MODIFICACIONES HECHAS POR EL D.S. N.º 138-2012-EF
<u>Artículo 238.-</u> Causal de imposición de sanción a árbitros en materia de contratación pública El Tribunal <u>impondrá sanción económica</u>, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley, a los árbitros, sea que hayan actuado como árbitro único o tribunal arbitral, <u>cuando incumplan, injustificadamente, con remitir el laudo correspondiente al OSCE dentro del plazo señalado en el artículo 231.</u> Cuando se considere que existe responsabilidad por parte de los árbitros, <u>de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior</u>, se deberá remitir al Tribunal todos los actuados, incluyendo un informe en el cual se indique el citado incumplimiento en que habrían incurrido los árbitros, en un plazo que no excederá de diez (10) días hábiles, contados a partir de la detección de la omisión.	<u>Artículo 238.-</u> Causal de imposición de sanción a árbitros en materia de contratación pública El Tribunal <u>impondrá sanción de suspensión temporal o inhabilitación permanente</u> a los árbitros, sea que haya actuado como árbitro único o tribunal arbitral, cuando incurran en las infracciones tipificadas en el numeral 52.8 del artículo 52 de la Ley. <u>La infracción referida al incumplimiento de la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía</u>, se configurará cuando se haya declarado fundada la recusación interpuesta contra el árbitro dentro del plazo correspondiente. Asimismo, la infracción referida al incumplimiento de actuar con transparencia se configurará cuando el árbitro o el <u>tribunal arbitral</u>

El Tribunal evaluará los actuados y, de concluir que asiste responsabilidad, sancionará económicamente a los árbitros con una multa no menor de una (1) ni mayor de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias vigente. La graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245 en lo que corresponda.

El OSCE puede exigir, además, coactivamente el pago de la multa, de conformidad con el artículo 59 de la Ley.

no cumplan con registrar en el Seace el laudo emitido dentro de los plazos previstos en la Ley y el presente Reglamento, o no cumpla con informar al OSCE sobre el estado del proceso arbitral en la oportunidad en que se le requiera.

El Tribunal evaluará los actuados y, de ser el caso, sancionará a los árbitros, con suspensión temporal no menor e seis (6) meses ni mayor de dos (2) años para ejercer el cargo de árbitro en las controversias que se produzcan dentro del marco de la Ley y el presente Reglamento, con la consecuente suspensión en el Registro de Árbitro del OSCE, cuando formen parte de dicho Registro. La graduación de la sanción se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245 en lo que corresponda.

Cuando durante el procedimiento sancionador seguido contra un árbitro, el Tribunal constate, además de la responsabilidad del infractor, que éste ha sido sancionado en oportunidades anteriores con suspensión temporal cuyo tiempo sumado sea mayor de a veinticuatro (24) meses dentro de un lapso de tres (3) años, le impondrá una sanción de inhabilitación permanente, con la consecuente exclusión del Registro de Árbitros del OSCE, cuando forme parte de dicho registro.

Un análisis detallado de la referida disposición en materia reglamentaria, nos permite concluir lo siguiente:

- (i) En concordancia con lo dispuesto en el numeral 52.6 del artículo 52 de la LCE, se establece como infracción susceptible de sanción a los árbitros, el no cumplir con registrar en el Seace el laudo emitido dentro de los plazos previstos en la Ley y el presente Reglamento. En este sentido, el artículo 288 del Reglamento, precisa que:

[...] La información de laudo arbitral y otras resoluciones arbitrales que se registran en el Seace, en cumplimiento de la obligación prevista en el artículo 231°, deberá ser idéntica a la del original suscrito por el o los respectivos árbitros, bajo responsabilidad del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral.

- (ii) En el supuesto antes descrito, corresponderá que se imponga una sanción de suspensión temporal en los términos dispuestos en el artículo 231 del Reglamento, el cual dispone la obligación de los árbitros de remitir al tribunal, dentro del plazo establecido por el reglamento, el laudo arbitral de derecho que emita.

De igual manera, se establece que la sanción a imponer en caso se considere que el incumplimiento de la remisión del laudo sea de responsabilidad de los árbitros, con suspensión temporal no menor a seis meses ni mayor de dos años para ejercer el cargo de árbitro. Sin embargo, existe la posibilidad de una graduación de la sanción la cual se sujetará a los criterios establecidos en el artículo 245 de ser el caso.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 238 del Reglamento de la LCE vigente, la sanción no sólo resulta aplicable para el supuesto en que el árbitro no cumpla con la obligación de remitir el laudo al OSCE en el plazo determinado; sino que además se extiende, a aquel árbitro

que incumpla con la «obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida al árbitro ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía».

Según lo indicado en el artículo 235 y el 238 del actual Reglamento del LCE, el Tribunal impondrá sanción de suspensión temporal o inhabilitación permanente a los árbitros.

Por ello, es necesario analizar lo dispuesto por el artículo 242 del actual Reglamento de la LCE, el cual establece las reglas particulares que orientan al Debido Proceso en materia de Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el Tribunal de Contrataciones del OSCE.

Artículo 242.- Debido Procedimiento

El Tribunal tramita los procedimientos sancionadores bajo las siguientes reglas:

1. Para efectuar las indagaciones previas al inicio del procedimiento sancionador, el Tribunal tendrá un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles contados desde la fecha de presentación de la denuncia o de la subsanación correspondiente o de emitido el decreto por el que previamente se le solicita al denunciante o la entidad la documentación sustentatoria.
Vencido el indicado plazo para las indagaciones previas, deberá remitirse el expediente a la Sala correspondiente, dentro de un plazo no mayor de los quince (15) días hábiles siguientes.
2. Las Entidades están obligadas a remitir la información adicional que se indica en el numeral precedente en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de notificada. En el caso que, como consecuencia de la omisión de la Entidad en remitir la información solicitada, no sea posible iniciar el procedimiento sancionador, se procederá al archivo del expediente, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad y se hará de conocimiento al Órgano de Control Institucional o, en su defecto, a la Contraloría General de la República.

3. El tribunal dispondrá el inicio del procedimiento sancionador sólo si determina que cuenta con elementos suficientes para tal efecto.
En caso se deba emitir acuerdo respecto del inicio de un procedimiento sancionador, este debe adoptarse dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal. Cuando se requiera información adicional, este plazo no será mayor de treinta (30) días hábiles de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente.
4. Iniciado el correspondiente procedimiento sancionador, y antes de imponer una sanción, el Tribunal notificará al respectivo proveedor, postor, contratista, experto independiente o árbitro para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en autos.
5. Vencido el indicado plazo, y con el respectivo descargo o sin él, el expediente será remitido a la Sala correspondiente del Tribunal, la cual podrá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información y datos necesarios y relevantes para determinar, de ser el caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.
6. La Sala deberá emitir su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los tres (3) meses de remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal.
De no emitirse el acuerdo o la resolución correspondiente dentro de los plazos establecidos en los incisos 3), y 6) respectivamente, la Sala correspondiente mantiene la obligación de emitir el respectivo pronunciamiento, sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponda, de ser el caso.

El citado artículo regula así los aspectos generales en relación a los procedimientos sancionadores que pudiesen surgir por el incumplimiento de alguna obligación o la comisión de alguna infracción en los

términos establecidos por la LCE y su Reglamento, siendo aplicable ante la concurrencia de cualquiera de ellos.

En este sentido, y a la luz de lo analizado en la parte pertinente del presente artículo, en el caso concreto de los árbitros, corresponderá la aplicación del referido procedimiento en el supuesto en que los árbitros, incurran en cualquiera de las infracciones contempladas en el Reglamento de la LCE; es decir, en el caso de la omisión del deber de declaración o, en el caso de la omisión del deber de remitir el laudo en el plazo legalmente establecido.

Asimismo, y en vista de lo contemplado en la actual LCE y el Reglamento de la LCE, como consecuencia del procedimiento sancionador iniciado contra los árbitros, y de determinarse su responsabilidad, la única sanción que podrá imponerse es la sanción económica en los términos en los cuales se encuentra regulada.

En este sentido, resulta evidente que, a la luz de lo expuesto y en atención al Principio de Legalidad (el que será desarrollado con mayor precisión en las próximas líneas), resulta incuestionable que la tipificación de una conducta como infracción y el de una sanción como consecuencia de la misma, es una potestad reservada de manera única y exclusiva a las normas con rango de ley.

Por ello es que en relación a la tipificación de infracciones y sanciones por vía reglamentaria, consideramos que por esta última vía, existe una prohibición de innovar infracciones y sanciones. Esta prohibición se extiende, con mayor fundamento, a aquellas normas de rango inferior.

Un aspecto complejo y que, ciertamente, no se resuelve en las modificaciones a la LCE y su Reglamento, es el referido al límite de aquellas actividades que califican como parte del ejercicio de la función arbitral, en la medida en que no exista una clara delimitación de dichas actividades, resulta un espacio muy confuso y ciertamente subjetivo,

identificar desde el punto de vista funcional, cuando se termina evaluando la conducta del árbitro, por sus aspectos estrictamente jurisdiccionales o por sus aspectos administrativos. Por ejemplo, una decisión sobre honorarios arbitrales, el archivo de un proceso, o la demora en una notificación, ¿son en un sentido estricto, decisiones jurisdiccionales o administrativas? En este contexto, no quedan claras las razones por las cuales, un órgano administrativo del OSCE, puede tener competencia para evaluar los alcances de una decisión que se enmarca en el ámbito del ejercicio de una función jurisdiccional.

No cabe duda, entonces, de que deben existir mecanismos de protección constitucional en sede jurisdiccional, que permitan evitar que los árbitros puedan ser sometidos a un procedimiento administrativo sancionador por parte de una organización administrativa que, en principio, carece de competencia para interferir en decisiones y actuaciones de tipo jurisdiccional.

De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política del Estado, el proceso arbitral clara y expresamente constituye una jurisdicción. Siendo ello así, ¿cómo es posible que un órgano administrativo sea competente para evaluar la actuación funcional de un árbitro?

La respuesta a esta interrogante no puede dejar de ser contundente. Es imposible en términos formales y materiales, que una organización administrativa se aboque al conocimiento y evaluación funcional de este tipo de conductas de un árbitro en el ejercicio de una función jurisdiccional. En realidad, el tema es mucho más grave aún, pues ello nos lleva inevitablemente, al análisis de la compatibilidad entre los principios que por precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional de nuestro país, se debe seguir en materia de procedimientos administrativos sancionadores.

Al respecto, existen reglas que el Tribunal Constitucional ha establecido en calidad de precedentes vinculantes para todos los operadores

del derecho, con respecto a la aplicación de la potestad administrativa sancionadora y con respecto al pleno ejercicio de la actividad arbitral como una forma de jurisdicción.

Por la propia naturaleza de la jurisdicción arbitral, no es posible admitir que el procedimiento administrativo sancionador, se constituya en un ámbito exento de este tipo de control constitucional establecido por el Tribunal Constitucional.

En la medida en que se pretende extender la competencia del OSCE a supuestos no previstos o no contemplados en la ley, los mismos terminan desnaturalizando los alcances de la potestad administrativa sancionadora de dicha entidad.

Se trata pues, de una invasión de competencias que son propias de la jurisdicción arbitral, la misma que ha sido reconocida como tal, por expreso mandato de la Constitución de 1993. Por ello, es importante que antes de admitir a trámite cualquier denuncia de infracción al Código de Ética o en los supuestos de recusaciones contra árbitros, se adopten por parte del OSCE, un conjunto de reglas de admisibilidad, que sirvan para evaluar la propia competencia del OSCE en los casos de denuncias o de recusaciones. Ello, permitiría inclusive, en una futura reforma, la incorporación de figuras como las del rechazo *in limine* y la imposición de multas frente a la presentación de denuncias o recusaciones temerarias.

Así, lo ha considerado el Tribunal Constitucional en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 9 de marzo de 2006, en el cual se señala que:

[...] 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— destinada a abocarse

a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes. [...]

4. EL CÓDIGO DE ÉTICA PARA EL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO Y LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES A SU APLICACIÓN

El Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado, aprobado mediante Resolución n.º 258-2008-CONSUCODE/PRE del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones, surge con la finalidad de regular la conducta y el comportamiento de los árbitros que participan en el desarrollo de los arbitrajes bajo el ámbito de aplicación de la LCE y su Reglamento.

Si bien dicha norma puede colaborar con la regulación sobre las infracciones y sanciones aplicables a los árbitros, en virtud de una disposición constitucional, no puede tipificar infracciones ni sanciones, en tanto dicha facultad se encuentra reservada única y exclusivamente para normas con rango de ley, tal como se ha señalado.

Esta precisión resulta sumamente importante, toda vez que del análisis del texto original del Decreto Legislativo n.º 1017 y de su Reglamento, se ha logrado determinar que en el caso de los árbitros, existen únicamente:

- Dos supuestos tipificados como infracciones:
 - (i) La omisión del deber de revelación; y
 - (ii) La omisión del deber de remitir el laudo al OSCE en el tiempo legalmente establecido.
- Una sanción plausible de ser aplicada para las presuntas conductas infractores en las que podrían incurrir los árbitros:
 - (i) La sanción económica.

Siendo ello así y tal como se ha podido apreciar, los reglamentos sólo pueden coadyuvar al desarrollo de la regulación de infracciones y sanciones en tanto éstas se encuentren previamente contempladas en una norma de rango legal.³⁹ Por ello, correspondería, en principio, que una norma de rango inferior, como es el caso del Código de Ética, desarrolle su regulación sobre dicha base.

De manera preliminar, podemos señalar que el Código de Ética se encuentra organizado de la siguiente manera:

- Título I Principios y lineamientos generales
- Título II Aceptación y deber de información
- Título III El árbitro
- Título IV Sanciones

Sin perjuicio de lo expuesto, hay una serie de problemas alrededor de la regulación de las infracciones y sanciones que el mismo Código prevé, toda vez que su regulación excede manifiestamente los límites legalmente permisibles. Tal como es precisado, una norma de rango infralegal no puede innovar supuestos de infracción, en la medida en que ésta es una potestad reservada exclusivamente a normas con rango de ley.

Cabe precisar, que el referido Código, establece en su artículo 15 como sanciones plausibles de ser impuestas al árbitro infractor: (i) la amonestación escrita; (ii) la suspensión temporal; (iii) la inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro; siendo que, tal como lo hemos analizado en su momento, de acuerdo a lo dispuesto por el texto

³⁹ En similar sentido, se ha pronunciado PRELLO DOMENECH, Isabel, quien dice: «Se admite la colaboración de los reglamentos con la finalidad de completar o precisar la definición del supuesto de hecho infringido, justificado por la imposibilidad o dificultad de que la ley contemple y concrete detalladamente su contenido». En «Derecho Administrativo Sancionador y Jurisprudencia Constitucional». En *Jueces para la Democracia*, 1994, n.º 22, p. 78.

original de la LCE y su Reglamento, la única sanción contemplada para el caso de los árbitros infractores es la sanción económica.

Por lo expuesto, merece particular cuestionamiento el hecho de que se pretenda aplicar al árbitro, como miembro de un tribunal arbitral o árbitro único, la relación de las infracciones y sanciones del Código de Ética, puesto que estas normas no cuentan con respaldo legal, toda vez que esto es a todas luces, una actuación manifiestamente inconstitucional.

En el caso que se inicie un procedimiento administrativo sancionador en contra de un árbitro, bajo las normas del Código de Ética, la imposición de una sanción distinta a la tipificada en la LCE y el Reglamento (es decir, la sanción económica) implicaría la vulneración de una serie de derechos vinculados al debido proceso.

5. SOBRE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES VULNERADOS

El OSCE, al asumir competencias sobre la conducta funcional de los árbitros, estaría afectando los siguientes derechos y libertades constitucionales:

- i. Derecho al debido proceso en su dimensión administrativa.
- ii. Derecho a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.
- iii. Garantía jurisdiccional del arbitraje.
- iv. Derecho al trabajo
- v. Derecho a la buena reputación y al buen nombre

A continuación, se procederá a desarrollar el sustento jurídico en virtud del cual se alega la vulneración a los derechos constitucionales reseñados en aquellos casos en los que el OSCE asuma competencia funcional para imponer sanciones a los árbitros.

6. VULNERACIÓN AL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN SU DIMENSIÓN ADMINISTRATIVA

Tal como se ha señalado, en el ámbito de los procedimientos administrativos y de acuerdo a lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 1 de la Ley n.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, norma de aplicación supletoria en el presente caso, el derecho al debido proceso se constituye como una de los principios que sustenta al procedimiento administrativo en general.

El derecho al debido proceso y, por ende, el derecho al debido procedimiento administrativo, además de constituir un principio rector del actuar del Estado en el ejercicio del *ius puniendi* que le asiste, es un derecho reconocido a nivel constitucional a favor del justiciable, en la medida en que el inciso 3 del artículo 139⁴⁰ de la Constitución Política del Perú, reconoce como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

⁴⁰ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

[...]

En este sentido, el TC reconoce al principio del debido procedimiento, como una manifestación del principio constitucional del debido proceso, llevado a cabo en sede administrativa.

Bajo esta premisa, el máximo intérprete de la Constitución señala que:

[E]l **debido proceso**, como principio constitucional, está concebido como **el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos**. Vale decir que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo —como en el caso de autos— o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.⁴¹ (El resaltado es nuestro).

Para el TC, el debido proceso engloba otra serie de derechos de corte constitucional, que deben ser garantizados no sólo en sede judicial, sino también administrativa.⁴²

En efecto, el Derecho al Debido Procedimiento constituye un mecanismo de garantía de una serie de derechos exigibles cuando se somete ante la autoridad administrativa la resolución de un conflicto de intereses, una situación de incertidumbre, la determinación de la comisión

⁴¹ STC, expediente n.º 04289-2004-AA/TC, de fecha 17 de febrero de 2005.

⁴² STC, expediente n.º 04289-2004-AA/TC:

3. El derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no sólo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el debido proceso administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).

de una conducta sancionable y, en general, cuando la decisión de la administración puede afectar los derechos, obligacionales o intereses de los administrados en el marco de un procedimiento administrativo.

Así, este conjunto de garantías (derecho de acceso a la autoridad, derecho de contradecir o defender una alegación, derecho a un juez imparcial, derecho a ofrecer y/o actuar pruebas, derecho a recibir una resolución en un plazo razonable, etc.) comprende tanto el derecho a la defensa, como el derecho a la debida motivación.

- a) Afectación del derecho a no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley*

De acuerdo a lo dispuesto en el literal d) del numeral 24 del artículo 2) de la Constitución Política del Perú, constituye un derecho fundamental de toda persona el no ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa, e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley.

Frente a esta disposición, es que en nuestro ordenamiento jurídico, cobra tanta importancia la vigencia y respeto del principio de legalidad, que constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos y un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado Democrático.

En virtud del principio de legalidad se exige no sólo que los delitos o infracciones se encuentren establecidos por ley, sino también las conductas prohibidas, que deberán estar claramente delimitadas, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.⁴³

⁴³ STC, expediente n.º 0010-2002-AI/TC.

Cabe precisar que, la doctrina calificada, en relación al principio de legalidad señala que, éste exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes:

- (i) La reserva de ley para la descripción de aquellas conductas plausibles de sanción por la administración;
- (ii) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; y
- (iii) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos.⁴⁴

Partiendo de esta consideración del principio de legalidad, el TC⁴⁵ ha establecido «[...] que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador [...]».

En este escenario cobra particular relevancia el subprincipio de Tipicidad, respecto del cual el Tribunal Constitucional ha señalado:

El subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se

⁴⁴ MORÓN, Juan Carlos «Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana». *Advocatus*, Nueva Época, 2005, n.º 13.

⁴⁵ STC, expediente n.º 2050-2002-AA/TC.

está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal.⁴⁶

En relación a este tema, es importante señalar el pronunciamiento efectuado por el TC en el expediente n.º 032-2002/CCD, referido al caso *Estudio Caballero Bustamante vs. Instituto de Investigación Pacífico*,⁴⁷ en cual se ha señalado lo siguiente.

Cabe recordar que el principio de tipicidad tiene características especiales cuando se aplica al Derecho Administrativo, puesto que «la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a las nulidades de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar». En materia administrativa no es posible establecer un catálogo de conductas infractoras, como ocurre en materia penal, siendo la tipificación suficiente «cuando consta en la norma una predefinición inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra».

En tal sentido, en el ordenamiento nacional sobre represión de la competencia desleal, aplicable en el marco del procedimiento administrativo sancionador, la cláusula general contenida en el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal es, para todos los efectos legales, el tipo identificador de las conductas prohibidas. En efecto, la cláusula general tipifica los actos de competencia desleal, señalando que su elemento determinan-

⁴⁶ Sentencia del 11 de octubre de 2004 recaída sobre el expediente n.º 2192-2004-AA/TC.

⁴⁷ Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia n.º 0455-2004/TDC-IN-DECOPI, recaída en el expediente n.º 032-2002/CCD, de fecha 10 de setiembre de 2004, sobre el procedimiento seguido por *Estudio Caballero Bustamante S.R.L.* contra *Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L.*, *Pacífico Editores*, *Escuela de Investigación y Negocios S.A.C.*, *Tulio Obregón Sevillano*, *Javier Laguna Caballero* y *Carlos Valdivia Loayza*, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general.

te consiste en la contravención a la buena fe comercial, es decir, en la realización de conductas contrarias a la ética que normalmente debe regir las actividades económicas en el mercado.

Con respecto al principio de tipicidad, cabe advertir que éste se constituye como la exigencia que la ley o norma reglamentaria defina de forma clara y precisa tanto la conducta u omisión que constituye infracción, como la sanción correspondiente a la misma.

Al respecto se señala que: «De conformidad con el principio de tipicidad, las leyes no pueden describir a las infracciones mediante fórmulas vagas o genéricas ni convertir, sin más, en infracción cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico. Por el contrario, deben precisar y delimitar con la mayor exactitud posible la conducta que constituye infracción y determinar, también, dentro de los márgenes relativamente estrechos, la sanción correspondiente».⁴⁸

Asimismo, respecto a la relación existente entre el principio de legalidad y de tipicidad, el TC ha precisado que:

No debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal «d» del inciso 24) del artículo 2 de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considerada como falta.⁴⁹

⁴⁸ REBOLLO, Manuel, Manuel IZQUIERDO, Lucía Alarcón y Antonio BUENO. «Panorama del Derecho Administrativo Sancionador en España». En *Revista Estudios Socio-Jurídicos*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2005.

⁴⁹ Considerando n.º 8 de la sentencia del 16 de abril de 2003, recaída sobre el expediente n.º 2050-2002-AA/TC.

En este sentido, el principio de tipicidad «no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino a la autoridad cuando realiza la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes».⁵⁰

El principio de tipicidad se refiere no sólo a la existencia de un deber de tipificación legal⁵¹ por parte del legislador, sino también a una correcta aplicación de la misma por parte del juzgador.

A la luz de los argumentos expuestos en la parte pertinente, ha quedado fehaciente e indubitablemente demostrado que el procedimiento sancionador iniciado contra un árbitro, bajo las normas del Código de Ética, carece de sustento legal, toda vez que la supuesta conducta constitutiva de infracción que se le imputa, no se encuentra tipificada en ninguna norma con rango de ley como tal.

⁵⁰ MORÓN, Juan. *Op. cit.*

⁵¹ Al respecto, Nieto señala lo siguiente: «La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar. De ahí que la doctrina alemana se contente, como ya sabemos, con la simple exigencia de «la mayor precisión posible», que es o que también los españoles debemos pretender. Aunque, entre nosotros, [...] la fórmula más generalizada es la de la descripción suficiente. [...]».

«La mayor precisión posible» o «la descripción suficiente» son criterios que no son compatibles con la actual redacción del numeral 4 del artículo 230 de la Ley n.º 27444, pues éste dispone claramente que sólo son conductas sancionables las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquéllas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria». En NIETO, Alejandro. *Op. cit.*, p. 304.

En la medida en que el principio de legalidad «supone la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de cobertura legal»⁵² resulta una manifiesta violación al principio de legalidad y al sub principio de tipicidad o taxatividad, el que se pretenda imponer una sanción por una infracción desprovista de cobertura legal.

b) Vulneración a la garantía jurisdiccional del arbitraje

El ejercicio de la función arbitral de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, constituye una jurisdicción independiente.

Los alcances del citado precepto constitucional son de gran relevancia para la materia a evaluar, pues nos obliga a delimitar el concepto de jurisdicción, en qué consiste la citada unidad y exclusividad de dicha función, y, finalmente, en qué consiste la jurisdicción arbitral como excepción a la jurisdicción ordinaria.

Con respecto al concepto de jurisdicción, el TC citando a Peyrano, en la sentencia recaída en el expediente n.º 0518-2004-AA/TC,⁵³ indica lo siguiente:

4. [...] La jurisdicción se conceptúa como «[...] la actividad desarrollada por el Estado a través de una autoridad ‘imparcial’ que actúa –independientemente e imparcialmente– dentro de un proceso, siendo las resultas de su labor la producción de normas jurídicas irrevisables para las demás

⁵² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública». En *Ius et Veritas*. Lima, n.º 10.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 00518-2004-AA/TC, de fecha 12 de julio de 2004, en el proceso de amparo interpuesto por Javier Diez Canseco Cisneros contra la Agencia de Promoción de la Inversión (ProInversión), la Empresa de Electricidad del Perú (Electroperú) y el Ministerio de Energía y Minas.

actividades estatales y, en ciertos casos, para la misma actividad jurisdiccional [...].⁵⁴

A partir del enunciado del TC, es posible advertir que el ejercicio de la función jurisdiccional es una actividad especial del Estado que, para materializarse, requiere ser ejercida por una autoridad imparcial, en el marco de un proceso y con la finalidad que la decisión final sea irrevisable.

Es también evidente, la intencional denominación de «autoridad» a quien se ha encargado de administrar justicia, pues en el caso de la justicia arbitral y militar, técnicamente no estamos ante los jueces del Estado. Por ello, es que resultaría más acertado denominarles «autoridades».

El TC no diferencia por rango o institución de procedencia a la autoridad encargada de administrar justicia y enfatiza ello, indicando que la jurisdicción es la actividad desarrollada por el Estado, lo cual nos conduce a desarrollar los principios de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, a los que se hace referencia el numeral 1) del artículo 139 de la Constitución.

En relación a ello, el TC ha señalado en la sentencia recaída en el expediente n.º 0017-2003-AI/TC,⁵⁵ lo siguiente:

113. El principio de unidad de la función jurisdiccional es, esencialmente, una parte basilar de carácter organizativo, que se sustenta en la naturaleza indivisible de la jurisdicción, como expresión de la soberanía. Según ésta, la plena justiciabilidad de todas las situaciones jurídicamente relevantes han de estar confiadas a un único cuerpo de jueces y magis-

⁵⁴ PEYRANO, Jorge. *Ob. cit.*, p. 214.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 00017-2003-AI/TC, de fecha 16 de marzo de 2004, sobre el proceso de inconstitucionalidad interpuesto por la Defensoría del Pueblo contra la Ley n.º 24150, modificada por el Decreto Legislativo n.º 749.

trados, organizados por instancias, e independientes entre sí, denominado «Poder Judicial».

116. El principio de exclusividad, que en algunos ordenamientos jurídicos forma parte del principio de unidad, es directamente tributario de la doctrina de la separación de poderes, en virtud de la cual las diversas funciones jurídicas del Estado deben estar distribuidas en órganos estatales disímiles y diferenciados, siendo también distintos los funcionarios jurisdiccionales a quienes se ha confiado su ejercicio.

En ese sentido, el principio de exclusividad afecta, de un lado, al *status* jurídico de los magistrados y, por otro, al orden funcional del órgano de la jurisdicción ordinaria. (El subrayado es nuestro).

El principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, en principio, está referida a la tradicional atribución de los órganos jurisdiccionales del Estado de administrar justicia;⁵⁶ sin embargo, el propio TC en la sentencia recaída en el expediente n.º 00004-2006-AI/TC⁵⁷ indica que ello no quiere decir que el Poder Judicial sea el único encargado de administrar justicia:

10. Es necesario precisar que conforme al artículo 139 inciso 1, de la Constitución, el principio de unidad de la función jurisdiccional implica que el Estado peruano, en conjunto, posee un sistema jurisdiccional unitario, en el que sus órganos tienen idénticas garantías, así como reglas básicas de organización y funcionamiento. De ello no se deduce que el Poder Judicial sea el único encargado de la función jurisdiccional (pues, tal función se le ha encargado también al Tribunal Constitucional, al Jurado Nacional de Elecciones,

⁵⁶ PALACIOS PAREJA, Enrique. «Reflexiones sobre arbitraje y Constitución». En *Constitución y proceso*. Lima: Ara Editores, 2009, p. 247.

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 00004-2005-AI/TC, de fecha 29 de marzo de 2006, sobre la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por la Fiscal de la Nación contra determinados extremos de la Ley n.º 28665.

a la jurisdicción especializada en lo militar y, por extensión, al arbitraje), sino que no exista ningún órgano jurisdiccional que no posea las garantías propias de todo órgano jurisdiccional. Como se ha mencionado, la función jurisdiccional del Estado es una sola y debe ser ejercida con todas las garantías procesales establecidas por la Constitución. (El subrayado es nuestro).

Tal como se puede advertir, el arbitraje, como otras instituciones de carácter jurisdiccional, ha sido reconocido por nuestra Constitución como una manifestación excepcional de la función jurisdiccional del Estado, que debe asegurar al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, pues, como bien indica el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el expediente n.º 6167-PHC/TC:⁵⁸

7. [...] el artículo 139, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.

Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); constitucional (artículo 202) y de Comunidades Campesinas y Nativas (artículo 149), no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución; siempre que dichas jurisdicciones aseguren al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 6167-2005-HC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, sobre el proceso de *habeas corpus* interpuesto por Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa.

Palacios⁵⁹ estima que la jurisdicción arbitral, a pesar de originarse en la autonomía de la voluntad, en tanto las partes deciden sustraerse de la jurisdicción ordinaria, no constituye el ejercicio de una facultad netamente privada, pues dicha atribución en sí forma parte del orden público constitucional; es decir, para recurrir al arbitraje no basta remitirse al convenio arbitral o a la Ley de Arbitraje, sino que se debe tener en cuenta, sobre todo, el marco constitucional que le da soporte.

Este mismo criterio ha quedado establecido por el TC en la sentencia anteriormente citada,⁶⁰ con los argumentos siguientes:

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

⁵⁹ PALACIOS PAREJA, Enrique. *Op. cit.*, p. 249.

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 6167-2005-HC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, sobre el proceso de hábeas corpus interpuesto por Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa.

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 [...].

Partiendo de esta importante interpretación del TC, que le otorga al arbitraje rango constitucional, Rubio Correa⁶¹ afirma que los árbitros ejercen función jurisdiccional autorizados por la Constitución. Por ello, es que la fuente y límites al poder para la solución de controversias, tienen como origen y término a la propia Constitución.

En este sentido, el conjunto de atribuciones de las que gozan los árbitros son las contenidas en el artículo 139 de la Constitución. Una de ellas es la exclusividad en el ejercicio de sus funciones, de modo tal, que ninguna autoridad judicial o administrativa puede interferir en ella.⁶² Al respecto, el TC⁶³ ha señalado lo siguiente:

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 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 abocarse a causas pendientes ante el órgano ju-

⁶¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 348.

⁶² RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 349.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 6167-2005-HC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, sobre el proceso de *habeas corpus* interpuesto por Fernando Cantuarias Salaverry, contra el Fiscal de la Trigésimo Octava Fiscalía Provincial Penal de Lima, señor Silvio Máximo Crespo Holguín, alegando la presunta amenaza de su libertad individual por violación de sus derechos constitucionales a la tutela procesal efectiva, al debido proceso y a la contradicción o defensa.

risdiccional, 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 —incluida autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.**

13. Es por tal motivo que este tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje —Ley n.º 26572—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44 del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio. Este colegiado resalta la suma importancia práctica que reviste dicho principio, a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

Lo expuesto no impide que posteriormente se cuestione la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva, conforme a las reglas del Código Procesal Constitucional.

14. **Este tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1 de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administra-**

tiva o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir, que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado Código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo. (El subrayado y negrita son nuestros).

Para Santistevan de Noriega, el reconocimiento constitucional del arbitraje ha servido para que el TC blinde al arbitraje de interferencias judiciales y de otro orden —antes del control de legalidad del aludo que se ejerce únicamente *ex post* a través del recurso de anulación— como lo ha hecho en las sentencias recaídas en los casos Cantuarias Salaverry y Algamarca.⁶⁴

Se advierte pues, que la jurisdicción arbitral es independiente y se ejerce sin interferencias por parte del Poder Judicial o de cualquier autoridad administrativa.

En virtud de lo expuesto, es evidente que en los supuestos en los que el OSCE asuma competencias que son propias del ejercicio de la función arbitral a propósito del desarrollo de procedimientos administrativos sancionadores en contra de árbitros, ello constituye una clara intromisión en un fuero jurisdiccional impermisible a la luz de los argumentos señalados en las líneas precedentes. En este sentido, el TC ha

⁶⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, pp. 207-208.

sido enfático en señalar la no interferencia del proceso arbitral por otras vías que no sean la propia vía del proceso arbitral.

El OSCE carece, pues, de competencia para pronunciarse en relación al ejercicio de la función jurisdiccional de los árbitros, en tanto la vía arbitral se rige por sus propias normas.

c) Vulneración al derecho al trabajo

El artículo 2, inciso 15 de la Constitución Política del Perú vigente, reconoce como derecho fundamental de toda persona el derecho a trabajar libremente con sujeción a ley.

Una interpretación sistemática de los artículos 3⁶⁵ y 22⁶⁶ de la norma constitucional, nos permite establecer indubitadamente un reconocimiento expreso del derecho al trabajo en su más amplia extensión, percepción que se refuerza mucho más aún si tomamos en cuenta que el rol asumido por el Estado frente a este derecho, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 23⁶⁷ de la norma bajo análisis, es un rol de garantía y promoción.

⁶⁵ Artículo 3.- Derechos Constitucionales. *Numerus apertus*

La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

⁶⁶ Artículo 22.- Protección y fomento del empleo

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

⁶⁷ Artículo 23.- El Estado y el trabajo

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

Bajo ésta óptica de las implicancias y consideraciones englobadas en el derecho al trabajo, el TC ha reconocido en uno de sus pronunciamientos que:

[E]l contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, **el derecho a no ser despedido sino por causa justa**. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata **del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa**.⁶⁸

Si bien en estricto, la situación de los árbitros no se ajusta a la de un trabajador ordinario, la labor que éste desempeña es, sin duda alguna, una labor digna de ser tutelada en virtud de dicho derecho.

En este sentido, es importante tener presente que, es una obligación a cargo del Estado el velar por la salvaguarda del trabajo en todas sus modalidades, al margen de las particularidades de cada una de ellas.

La labor que desempeña un árbitro, en el marco de un proceso arbitral sometido a su conocimiento es en términos generales, una actividad remunerada. Ello implica que el monto percibido como fruto del desempeño de dicha actividad se considere, sin lugar a dudas, como una fuente de sustento para su supervivencia.

Si bien no nos encontramos ante la figura de un despido arbitrario, ni injustificado, la imposición de una sanción de inhabilitación en los términos en los cuales se le pretende imponer a un árbitro, tiene para

⁶⁸ STC, expediente n.º 1124-2001-AA.

efectos prácticos, la misma repercusión y por tanto implicaría un nivel similar de vulneración a su derecho al trabajo.

Drzewcki afirma que el derecho al trabajo constituye un núcleo no sólo de los derechos socioeconómicos, sino también de los derechos humanos fundamentales. Por ello, se considera que las sanciones establecidas por el Código de Ética a los árbitros, a todas luces, constituye una vulneración a su derecho fundamental al trabajo.

En tal sentido, la sola posibilidad de ser sancionado o ulteriormente excluido de la nómina de árbitros a cargo del registro del OSCE, constituye un grave riesgo y atentado directo contra el ejercicio de una actividad profesional.

d) Derecho a la buena reputación y al buen nombre

De acuerdo a lo dispuesto en el inciso 7 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, constituye un derecho fundamental de las personas el derecho al honor y a la buena reputación.

El derecho a la buena reputación constituye en esencia, un derecho que se deriva de la personalidad y, en principio, se trata de un derecho personalísimo. Por ello, su reconocimiento (y la posibilidad de tutela jurisdiccional) está directamente vinculado con el ser humano.

El inicio de un procedimiento sancionador en contra de un árbitro, cuestionando su desempeño como árbitro, en base a imputaciones carentes de sustento legal o invadiendo competencias de orden jurisdiccional, deviene en un perjuicio en contra de la imagen que a lo largo de los años, se ha forjado un profesional.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. El OSCE viene asumiendo competencia en la vía administrativa, para resolver denuncias y recusaciones en contra de los árbitros, que conforman tribunales arbitrales o actúan como árbitros únicos, en razón de la imputación de infracciones al Código de Ética para arbitraje en contrataciones con el Estado.
2. Las modificaciones establecidas por el artículo 1 del Decreto Supremo n.º 138-2012.EF, han precisado en el artículo 235 del reglamento vigente de la Ley de Contrataciones del Estado, que la facultad de imponer sanciones administrativas de inhabilitación, temporal o definitiva, sanción económica, suspensión temporal o inhabilitación permanente de acuerdo a los artículos 51 y 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, son de aplicación a los árbitros, según corresponda, por infracción de la normativa de contrataciones y reside en forma exclusiva en el tribunal. En tal sentido, se ha modificado y extendido los alcances del artículo 63 del texto original del Decreto Legislativo n.º 1017, para el caso de los árbitros. Hasta antes de dicha reforma, se facultaba al OSCE a través de los órganos resolutivos que formaban parte de la estructura administrativa del mismo, para aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda en cada caso, así como las demás que la normativa le otorgue.
3. El OSCE no se encontraba originalmente facultado para imponer sanciones a los árbitros. En tal sentido, el artículo 52 de la actual LCE, extiende estas funciones del tribunal de contrataciones, señalando que también puede sancionar a los árbitros, frente a dos supuestos: (i) incumplimiento del deber de revelación del árbitro; y (ii) incumplimiento de la obligación de remitir OSCE, el laudo arbitral de derecho, dentro del plazo

establecido por el reglamento. Dichas infracciones de acuerdo a la LCE vigente, conllevaría a la imposición de una sanción económica, de acuerdo al artículo 238 del RLCE.

4. El Código de Ética para el arbitraje en contrataciones del Estado, establece en su artículo 15 como sanciones plausibles de ser impuestas al árbitro infractor: (i) la amonestación escrita; (ii) la suspensión temporal; (iii) la inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro. Por otra parte, el inciso 1 del artículo 230 de Ley n.º 27444, el mismo que se aplica supletoriamente a los procedimientos sancionadores del OSCE, reconoce que el principio de legalidad no sólo es una garantía para los administrados, sino también establece la prohibición de la imposición de sanciones desprovistas de un marco legal, lo que a su vez, implica que los reglamentos no podrían establezcan infracciones y sanciones por sí mismos, ya que sólo normas con rango de ley podrían establecer las mismas.
5. Una norma de rango infralegal, como lo es el Código de Ética que fue aprobado mediante Resolución n.º 258-2008-CON-SUCODE/PRE del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones, no puede innovar supuestos de infracción o sanciones, tal como lo hace con su artículo 15, en la medida en que ésta es una potestad reservada exclusivamente a normas con rango de ley.
6. Debe quedar claro que el árbitro es aquella autoridad encargada de resolver conflictos jurídicos confiados por las partes, mediante un convenio arbitral. En tal sentido, el arbitraje al igual que en el caso de otras instituciones de carácter jurisdiccional, se encuentra reconocido por nuestra Constitución como una manifestación excepcional de la función jurisdiccional del Estado, el mismo que debe asegurar al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva, de

modo tal, que ninguna autoridad judicial o administrativa puede interferir en ella.

7. Las sanciones establecidas en el artículo 15 del Código de Ética a los árbitros son a todas luces, lesivas al ejercicio de la función arbitral. En tal sentido, la sola posibilidad de ser sancionado o ulteriormente excluido de la nómina de árbitros a cargo del registro del OSCE, por una decisión administrativa que invada o cuestione decisiones de orden jurisdiccional, constituye un grave riesgo y atentado directo contra el ejercicio de la función arbitral.

Lima, febrero del 2015

ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES ¿CAUSALES TAXATIVAS?

*Gonzalo García-Calderón Moreyra**

Sumario: 1. Concepto.— 2. El laudo arbitral.— 3. ¿Causales taxativas?— 4. Otras causales de anulación.— 5. Requisitos de admisibilidad del recurso de anulación.

1. CONCEPTO

El recurso de anulación de un laudo arbitral revisa el correcto proceder de los árbitros y de la correcta implementación de la institución arbitral, constituyendo una garantía para las partes, en el sentido de que cualquier desviación en los aspectos formales —sea en el origen de la institución arbitral, como lo es el convenio o la correcta designación del árbitro, o en el procedimiento o en las actuaciones arbitrales, así como en la decisión final (laudo)— podrá ser supervisado judicialmente, sin entrar a discutir el fondo de la controversia.

La idea es vigilar, controlar, cautelar, que el arbitraje —entendido como un mecanismo de solución privado— haya nacido como consecuencia de un acuerdo de voluntades, o en los casos de nacimiento por mandato legal, que haya surgido conforme a dichas especificaciones, sin apartar a una de las partes de la tutela ordinaria que le corresponde. Se busca mediante este mecanismo vigilar que el arbitraje guarde una

* Abogado, egresado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho Internacional Económico por la misma Universidad. Profesor de la Universidad de Lima.

armonía entre la flexibilidad que envuelve todas las actuaciones arbitrales y la seguridad jurídica que debe darse en todo procedimiento bajo los principios del debido proceso, entendido como tal la ausencia de arbitrariedad, preservando los principios de contradicción, audiencia y derecho a la defensa.

El recurso de anulación es, pues, el contrapeso por parte del Estado, a través del Poder Judicial de este mecanismo privado de solución de conflictos. No es una instancia de revisión de la decisión, ni constituye una instancia de análisis de los métodos o criterios interpretativos utilizados o de las motivaciones que llevaron a los árbitros al momento de laudar. Se trata de una protección frente a cualquier abuso o arbitrariedad que pueda haber existido desde el nacimiento del arbitraje hasta su finalización.

Es necesario remarcar que la actual norma (Decreto Legislativo n.º 1071), a diferencia de la anterior (Ley n.º 26572), establece que el recurso de anulación es la única vía de impugnación posible del laudo, cerrando la posibilidad de que se pueda pactar una apelación como lo establecía la ley derogada, la misma que señalaba que procedía interponer recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando así se hubiese pactado en el convenio arbitral o se encontrase establecido en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes se sometieron.

Esta posibilidad de que otra instancia conozca el fondo de la controversia, y en su caso, la interpretación y/o aplicación del derecho ha quedado descartada de nuestro ordenamiento jurídico, por lo que no cabe revisión sobre la decisión que resuelve el fondo de la controversia por parte del tribunal arbitral.

Se trata, desde mi punto de vista, de una saludable corrección de la actual legislación que mantiene la tradición arbitral y que no pretende innovar ni crear figuras que lesionen las características del arbitraje

entendido como instancia única y con particularidades propias que lo distinguen del proceso judicial ordinario, tal como lo entiende la Ley Modelo de Arbitraje promovida por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi), al establecer que contra un laudo sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad.

2. EL LAUDO ARBITRAL

El hablar del recurso de anulación contra el laudo arbitral, necesariamente, nos lleva a precisar la noción de este concepto.

El laudo arbitral pone fin a las actuaciones arbitrales al ser la decisión final emitida por los árbitros que fueron elegidos por las partes para resolver sus disputas, y que luego de escucharlas y sopesar los argumentos y pruebas ofrecidas y actuadas emiten una decisión definitiva. Siendo la característica del nombramiento de los árbitros una muy diferente a la de los jueces, las consecuencias de sus decisiones son también diferentes en lo que respecta a la posibilidad de impugnar dicha decisión.

Es por ello que los laudos son inapelables, es decir, que no cabe contra ellos revisión respecto al fondo de la controversia; sin embargo, esto no quiere decir que el Derecho —entendido como un conjunto de reglas que limitan el accionar de los individuos en la sociedad— no pueda intervenir para impedir un abuso de parte de los árbitros al interior de las actuaciones arbitrales o del laudo mismo desde un punto de vista formal o de protección de derechos que están por encima del convenio mismo de las partes y de los árbitros. Es por ello que la anulación debe entenderse como un remedio fiscalizador frente a la institución arbitral, a efectos de evitar abusos que el Estado de Derecho debe controlar en cualquiera de las etapas del arbitraje.

Formalidades.— La ley nacional prevé determinados requisitos para la validez del laudo, así tiene que constar por escrito y ser firmado por los árbitros. Aquí el legislador es coherente con lo expresado en el concepto de «por escrito» que prescribe el artículo 13 de la Ley de Arbitraje para el convenio arbitral, en donde genera una presunción legal, al señalar que se entenderá por escrito cuando quede constancia en cualquier forma [...] o cuando se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan, por medio de mensaje de datos, entendiéndose como medios magnéticos, electrónicos, ópticos o similares. En esa misma línea se señala en la ley que se considera un laudo por escrito, cuando consta su contenido y firma en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

En lo que respecta a la firma de los árbitros, tratándose de un tribunal colegiado, lo lógico es que en cumplimiento de su labor —para la cual han sido remunerados— cumplan con emitir su decisión respecto al fondo de la controversia, sea de manera unánime o de manera particular. Sin embargo, el legislador busca impedir que se pueda anular un laudo si faltase alguna decisión, por lo que se presume que aquel árbitro que no ha emitido su voto, se adscribe a la posición de la mayoría o a la del presidente.

Es necesario también que el laudo contenga la fecha en la que se dictó y el lugar. Ambos puntos relevantes, ya que en caso de no haberse dictado dentro del plazo convenido por las partes o por las reglas a las que se sometieron dicho laudo, será susceptible de anulación. En cuanto al lugar del arbitraje es relevante, a efectos de la interposición ante sede jurisdiccional del recurso de anulación en razón de la competencia territorial.

Siempre me he preguntado si será causal de anulación el no haber indicado el lugar en el cual se desarrolló el arbitraje, en la medida de que es una facultad de las partes el determinarlo libremente, y de no haberlo señalado, será el tribunal el que lo fije atendiendo a lo que considere más conveniente, por lo que, perjuicio para las partes no existiría; más bien se trata de un tema de naturaleza procesal ordinaria a efectos de establecer la competencia para la ejecución del laudo o su anulación, mas no afecta propiamente el laudo arbitral.

Motivación. - Como parte de la formalidad, se señala que todo laudo debe ser motivado, salvo pacto en contrario o cuando se trate de un laudo que recoja una transacción.

Vemos que la ley peruana permite pactar que un laudo no sea motivado, con lo cual cabría preguntarse si se trata de un principio constitucional, en donde es posible pactar en contrario de la existencia de la motivación.

El Tribunal Constitucional ha precisado los tipos relacionados al concepto «motivación», entendiendo los siguientes supuestos:

- i) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada, cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es sólo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes en el proceso, o porque sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- ii) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento (defectos internos de la motivación) se presenta en una doble dimensión, por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que

establece el juez en su decisión; y por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso confuso e incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión.

- iii) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional, cuando las premisas de las que parte el juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.
- iv) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión esté debidamente motivada.
- v) *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento, genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación; es decir, dejar incontestadas las pretensiones, o desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

El real problema de este concepto de falta de motivación o motivación aparente o defectuosa, es que es un concepto muy vago e impreciso, y se presta a resoluciones judiciales que anulan laudos y que son tan defectuosas como los laudos que anulan. Así, por ejemplo, es muy fácil

señalar lo siguiente: que el laudo arbitral no expone de manera clara y precisa las razones por las cuales se considera fundada la demanda o es insuficiente la sola mención de una cita doctrinaria, pues a la par de aquélla debe coexistir el razonamiento lógico-jurídico del colegiado y la concatenación entre ambas, o el laudo carece de una justificación idónea para la decisión adoptada por el tribunal; es decir, elementos tan amplios, oscuros y ambiguos que esta causal se convierte en un cajón de sastre en donde todo aquél vencido en un arbitraje acude a esta causal de anulación para jugarse una lotería ante el Poder Judicial.

Lo peor es que muchas veces la Sala Superior no toma en consideración que está ingresando a revisar el fondo de la controversia, y peor aún, está haciéndolo sin que la parte haya observado dicho tema en el procedimiento arbitral, violentando la exigencia de que cualquier vulneración sobre sus derechos, debe reclamarse de manera expresa en su momento ante el tribunal arbitral, debiendo haber sido desestimada por éstos.

El profesor Lorca Navarrete señala la «Ley de Arbitraje no vincula la anulación del laudo arbitral a cualquier infracción garantista, sino a las esenciales, postuladoras de la existencia de un garantismo procesal en el arbitraje».¹

3. ¿CAUSALES TAXATIVAS?

La Ley de Arbitraje establece que sólo se podrá impugnar el laudo arbitral por las causales taxativas señaladas en el artículo 63 de la ley, por lo que es necesario preguntarse si es verdad que sólo se puede presentar un recurso de anulación por las señaladas en dicho artículo y si se trata de «*numerus clausus*».

¹ LORCA NAVARRETE, Antonio María. «La garantía en el debido proceso en el arbitraje». *Revista Ius et Praxis*. Lima: Universidad de Lima, 2010, p. 266.

La respuesta debería ser afirmativa porque así lo señala de manera literal el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, al manifestar de manera expresa lo siguiente:

Artículo 62.- 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.

Sin embargo, ello no es así, ya que la propia ley señala otras causales y porque la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional, nos lleva a una conclusión diferente, ya que, ha abierto causales adicionales (o una causal amplia que consiste en la protección de derechos constitucionales).

Como consecuencia de haber resuelto el caso María Julia (expediente n.º 142-2011-PA/TC), el Tribunal Constitucional ha incorporado como causal de anulación la violación de derechos constitucionales. Dicho sea de paso, esta resolución ha servido para cerrar otras interpretaciones erráticas efectuadas por el mismo Tribunal Constitucional que hacían peligrar la institución arbitral al admitir el llamado amparo contra laudos arbitrales que desnaturalizaron y pusieron en jaque todo lo avanzado en materia legislativa y jurisprudencial en nuestro país. (Como demostración de lo antes señalado puedo mencionar los casos: Codisa expediente n.º 5311-2007-PA/TC, Radiodifusión Arequipa expediente n.º 2386-2008-PA/TC, Pablo Hugo Torres Arana expediente n.º 5923-2009-PA/TC, caso Ivesur S.A. expediente n.º 2851-2010-PA/TC).

En efecto el caso María Julia establece parámetros claros precisando que el recurso de anulación constituye la única vía procedimental específica, igualmente satisfactoria que el amparo, para la protección de derechos constitucionales, por lo que debe interpretarse como una ampliación a las causales de anulación del laudo arbitral.

En dicha resolución se indica como precedente obligatorio que el recurso de anulación es procedente para la protección de cualquier derecho constitucional violentado, determinándose la improcedencia de las acciones de amparo de conformidad con lo establecido por el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional no ha cerrado por completo el llamado amparo contra laudos arbitrales, manteniendo abierto este camino sólo para aquellos supuestos de vulneración directa o frontal por laudos arbitrales contra precedentes vinculantes establecidos por dicho órgano supremo. También cuando los árbitros han ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial o cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no ha formado parte del convenio arbitral y se le afecte derechos de manera directa como consecuencia de la decisión adoptada por los árbitros.

Salvo estos supuestos, la vía de anulación de laudo es la que corresponde para proteger derechos constitucionales violentados en el proceso arbitral y para proteger los derechos señalados en la Ley de Arbitraje en los artículos respectivos (y no sólo en el artículo 63).

4. OTRAS CAUSAS DE ANULACIÓN

En efecto, la redacción de este artículo, en lo referente a las causales taxativas no sólo ha sufrido la ampliación de las mismas como consecuencia de esta resolución del Tribunal Constitucional, sino que también sufre de falta de concordancia con otros artículos de la misma ley que señalan cuáles son causas de anulación de laudo. La ley precisa, además de las causales señaladas en el artículo 63, los siguientes supuestos como causales de anulación:

Artículo 29.-

[...]

7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Artículo 41.-

[...]

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión, relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

Artículo 41.-

[...]

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal ampara la excepción con cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

También considero que lo relativo a la formalidad del laudo, es una causal de anulación aun cuando la ley no lo diga de manera expresa, ya que debe entenderse el artículo 55 de la ley como obligatorio al señalar que «Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros», precisando, la norma, tal y conforme lo hace —también— con

el convenio arbitral, que se entenderá que consta por escrito cuando de su contenido y firma quede constancia y sea accesible para su posterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

En lo que respecta al artículo 56 de la ley que exige que todo laudo, tanto de derecho como de equidad o conciencia, sea motivado, considero que, esta exigencia forma parte de los derechos protegidos constitucionalmente y que se encuentra implícito en lo que vendría a denominarse la tutela procesal efectiva y que, por ello, no es necesario incorporarlo como causal específica.

En resumen y como opinión personal, considero que de no constar el laudo arbitral por escrito o no contar con las firmas de los árbitros, este hecho será susceptible de recurrirse a la vía judicial por intermedio del recurso de anulación.

Podría considerarse que estas causales señaladas anteriormente, se encuentran inmersas dentro de las señaladas en el artículo 63 de la ley, por lo que no se tratarían de nuevas causales sino que tendríamos que concordarlas dentro de las premisas señaladas. ¿Esto es realmente así?

En lo que respecta al inciso 7 del artículo 29 es necesario señalar que el contrato entre las partes y los árbitros es un elemento esencial en la constitución del objeto de la institución arbitral, ya que serán éstos los encargados de poner fin a la controversia de manera definitiva e inapelable. No debemos perder de vista que los árbitros no representan los intereses de las partes y que deben guardar una conducta intachable siendo imparciales e independientes —desde su designación y a lo largo de todo el procedimiento— y que en caso alguna de las partes tenga una duda razonable sobre estos elementos objetivos y subjetivos que deben observar están en su derecho de recusar al árbitro debiendo justificar su parecer.

La ley de arbitraje sostiene que las partes tienen libertad en fijar el mecanismo de elección de los árbitros y el procedimiento para resolver la recusación de aquéllos. En caso no se hubiese pactado, la ley señala el trámite siguiente:

Tratándose de un tribunal arbitral *ad-hoc* serán los otros dos árbitros, no recusados, los que resuelvan sobre la recusación del tercer árbitro, luego de poner en conocimiento y escuchar al árbitro recusado y a la parte recusante, y en caso de empate, decide el presidente del tribunal arbitral.

Si estamos frente a un arbitraje institucional corresponderá someterse a las reglas de dicha institución en todo lo relativo a esta materia

Tratándose de un arbitraje unipersonal, será la institución que lo designe, y a falta de éste será la Cámara de Comercio de la sede del tribunal arbitral la que resuelva dicha recusación.

Por último, si se recusara a dos o más árbitros, en un tribunal arbitral *ad-hoc* corresponderá a la Cámara de Comercio de la sede del tribunal la que deberá resolver, salvo que el presidente no fuese el recusado, en cuyo caso a éste le corresponde resolver.

La elección del árbitro siempre es un tema complejo, y siendo que las causales de recusación son abiertas, y debiendo el árbitro manifestar, mediante una declaración, cualquier circunstancia que pueda poner en duda hechos acaecidos en su vida personal y profesional, la otra parte puede considerar conveniente solicitar el alejamiento de dicho árbitro. Obviamente, no se trata de causales frívolas o banales, sino de hechos que realmente hagan dudar de la imparcialidad de dicho árbitro.

La decisión sobre la recusación en caso ésta sea declarada infundada —como todo en el proceso arbitral— es definitiva e inapelable, por lo que sólo cabra discutir dicha decisión, luego de finalizado el proceso

arbitral en la vía de anulación de laudo, ante el Poder Judicial, el que revisara si, efectivamente, existieron o no las razones para cuestionar la independencia o imparcialidad del árbitro recusado.

Para tratar de absolver el cuestionamiento en el sentido de si se trata de otra causal diferente a las señaladas en el artículo 63 de la ley, debemos decir que el inciso b) de dicho artículo señala que el «laudo sólo podrá ser anulado cuando una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o no ha podido hacer valer sus derechos, así también señala en el inciso c) del mismo artículo que se podrá pedir la anulación, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes [...]».

Estos incisos, ¿subsumen el tipo legal señalado en el inciso 7 del artículo 29? Es posible sostener ante un juez superior que lo señalado en este inciso, ¿calza dentro de los presupuestos taxativos del artículo 63 o se trata de otra causal?

Considero que se trata de una causal que no se encuentra en ninguno de los tipos legales señalados en el artículo 63.

En lo que respecta a los incisos 4 y 5 del artículo 41, es necesario indicar que este artículo regula los dos principios más importantes del convenio arbitral, el concepto de separabilidad y el concepto sobre la competencia de los árbitros respecto a su competencia y sobre las materias arbitrables.

Hoy día es pacífica la doctrina y nuestra legislación al entender que la existencia del arbitraje depende de estos principios transnacionales que permiten a la institución arbitral, resolver lo relativo a la validez del contrato que contiene al convenio arbitral, incluso lo relativo a la nulidad, inexistencia, invalidez, entre otros, generándose una ficción legal de autonomía respecto del contrato que la contiene, así como del

conocimiento y resolución de los propios árbitros que conocen el fondo de la controversia para poder resolver sobre las cuestiones incidentales, sobre oposiciones o excepciones, tales como la de caducidad, prescripción o cosa juzgada.

Tanto en el supuesto de declarar fundada o infundada la excepción de incompetencia deducida, es posible de llevar en vía de anulación ante el Poder Judicial esta discusión. De tratarse de una decisión del tribunal, en el sentido de ser competente la anulación, sólo procederá luego de la finalización del proceso con la expedición del laudo arbitral, si por el contrario el tribunal ampara la excepción deducida como cuestión previa podrá irse en ese momento al Poder Judicial.

Corresponde preguntarse si estas causales de anulación señaladas en los incisos 4 y 5 del artículo 41 pueden calzar dentro de alguno de los supuestos del artículo 63, en particular, dentro del inciso a), el cual señala que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe «que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz».

A diferencia de la causal anterior, en estos supuestos creo que sí es posible considerarlo incorporado.

5. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE ANULACIÓN

La norma ha señalado que corresponde interponer el recurso a la Corte Superior competente dentro de los veinte días siguientes de la notificación del laudo, obviamente dicho plazo se computara en el caso que exista una solicitud —o el tribunal de oficio lo haya efectuado— de rectificación, aclaración o interpretación, integración o exclusión desde la notificación de los llamados laudos adicionales.

Es importante precisar que en el Perú la sala competente de la Corte Superior, es la sala subespecializada en lo comercial. Se trata de un acierto de la ley de creación de los llamados juzgados y salas comerciales, al permitir que jueces sean conocedores y especialistas en esta materia, permitiendo una interpretación acorde con los principios de la institución arbitral, al momento de calificar o resolver una demanda sobre anulación de laudo.

Debo señalar que, en líneas generales, la experiencia es positiva.

EL DERECHO AL TRATO IGUALITARIO EN LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

*Cecilia O'Neill de la Fuente*¹

*José Luis Repetto Deville*²

Sumario: 1. Introducción.— 2. La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias.— 3. Derecho al trato igualitario en la designación de los árbitros.— 4. La designación de árbitros en la ley peruana.— 5. El momento de la incorporación.— 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN³

El arbitraje en el Perú ha tomado un rol preponderante en la solución de controversias contractuales, convirtiéndose en un camino que ofrece seria competencia a la vía judicial como mecanismo de solución de controversias. Atrás quedaron los días en los que las partes confiaban la solución de las desavenencias contractuales únicamente al Poder Judicial, pues dadas las deficiencias del poco flexible sistema procesal civil, buena parte de ellas son sometidas a arbitraje bajo distintos criterios, como «la

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la *University of Pennsylvania*. Jefa del Departamento Académico de Derecho de la Universidad del Pacífico.

² Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

³ Los autores agradecen la colaboración de Víctor Zacarías Azcona, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

eficiencia y la eficacia, la especialidad y la confidencialidad, un sentido de justicia más ajustado a la realidad y, sobre todo, el sentido común».⁴

Siendo convencional el origen del arbitraje, y dado que se trata de un mecanismo de solución de conflictos basado en la autonomía privada, uno de los principales retos es formular y aplicar reglas para garantizar el trato igualitario a las partes. Los retos son mayores si se debe lidiar con situaciones de «multiplicidad» y/o con partes no signatarias.

La multiplicidad en el arbitraje puede originarse en dos tipos de situaciones. De un lado, hay «arbitrajes múltiples», que es una situación presentada en casos en los que, habiendo dos partes con intereses contrapuestos, están involucradas en varias relaciones contractuales.

De otro lado, habrá «arbitrajes multipartes», cuando, como la denominación lo indica, la controversia involucra más de dos partes (y a veces, más de una relación jurídica).

En el presente trabajo nos ocuparemos de la segunda de las situaciones: el arbitraje multipartes y los desafíos que presenta su administración, de cara al principio de autonomía privada y de trato igualitario que, como parte del debido proceso, rige en materia arbitral.

Los retos que presentan los arbitrajes multipartes son de menor dimensión en los litigios judiciales, dado que las reglas procesales, con o sin la anuencia de las partes, permiten la acumulación de varios procesos, en uno solo. En cambio, el carácter consensual del arbitraje es incompatible con una solución como la indicada.

En efecto, una de las consecuencias del origen convencional del arbitraje es el derecho de las partes a participar en la designación de su árbitro. Y tratándose de los arbitrajes multipartes, uno de los principales

⁴ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. XIV.

desafíos es identificar la mejor regla a aplicar para permitir a las partes ejercer su derecho a designar a los árbitros que resolverán la controversia.

El desafío es mayor todavía si la situación de arbitraje multipartes ocurre porque el arbitraje se ha extendido a partes no signatarias.

Una de las grandes novedades contenidas en nuestra Ley de Arbitraje ha sido, sin lugar a dudas, la incorporación normativa de una consecuencia jurídica que se daba por sentada en la más selecta jurisprudencia arbitral y judicial internacional. Esto es, el establecimiento de una norma positiva que reconoce la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: el artículo 14 del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje (en lo sucesivo, «Ley de Arbitraje»).

En efecto, Cantuarias y Caivano sostienen que: «en forma novedosa, el artículo 14 se ocupa de una cuestión que ha generado problemas en la práctica arbitral internacional: la extensión de los efectos del convenio arbitral a no signatarios. El tema que ha dado lugar a intensos debates en la doctrina y la jurisprudencia, tanto arbitral, como judicial es resuelto por el legislador peruano».⁵

Suele ocurrir que en el arbitraje que involucra partes no signatarias, existirá una pluralidad de demandantes y/o de demandados.⁶

En este cuadro podemos ver algunas de las posibles posiciones que ocuparían las partes signatarias y no signatarias de un arbitraje; la mayor parte de situaciones ocurre en arbitrajes multipartes.

⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO. «La nueva Ley de Arbitraje Peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 7, pp. 58-59.

⁶ Ver a modo introductorio: HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. La Haya: Kluwer Law International, 2006, pp. 7-48.

CASO	DEMANDANTE		DEMANDADO	
1	Signataria		No Signataria	
2	No Signataria		Signataria	
3	Signataria		Signataria	No Signataria
4	Signataria		No Signataria	No Signataria
5	Signataria	No Signataria	Signataria	
6	Signataria	No Signataria	No Signataria	
7	Signataria	No Signataria	Signataria	No Signataria
8	No Signataria		Signataria	No Signataria
9	No Signataria		No Signataria	No Signataria

Es usual que en los arbitrajes donde participan partes no signatarias, haya reclamos complejos con varios sujetos en la parte demandante o en la parte demandada. Por ejemplo, sólo en los casos del 3 al 9 de la tabla, se puede apreciar, o bien una pluralidad de demandantes o bien una pluralidad de demandados.

Así, por ejemplo, en un caso de extensión del convenio arbitral por levantamiento del velo societario, se demandará tanto a la sociedad cascarón (quien firma el convenio arbitral) como al accionista de éste. Del mismo modo, en procesos que involucren un grupo de sociedades, podríamos tener a cierta parte del grupo demandando o también siendo demandada. Ante un caso de representación o autoridad aparente, es fácil imaginar que se demandará al representante y al representado aparente, de modo que claramente existirá una comunidad de demandados. Así, la posibilidad de tener más de un demandante o más de un demandado cuando estamos ante no signatarios, es una realidad.

La existencia de pluralidad de demandantes y de demandados en una situación de no signatarios nos convoca indefectiblemente a un tema procedimental, pero con connotaciones de fondo: ¿cuál debe ser

el procedimiento de designación de árbitros cuando estamos ante un arbitraje multipartes? ¿Y si en él participan no signatarios?

A continuación, en la sección II de este trabajo, explicaremos de modo introductorio la teoría de la incorporación de partes no signatarias y su regulación en el Perú. En la sección III nos detendremos en la siguiente interrogante: ¿cómo cautelar el derecho al trato igualitario para designar a los árbitros? ¿Cómo hacerlo en caso de arbitrajes multipartes y/o con partes no signatarias?

De cara a la respuesta a dichas preguntas, en la sección IV nos preguntamos cómo debe realizarse la designación según la ley peruana. ¿La solución de la Ley de Arbitraje es conforme con el derecho a tener el mismo trato al designar a los árbitros? Por último, en la sección V se analizará hasta qué momento puede realizarse la incorporación del no signatario.

2. LA EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS

El arbitraje nace de un acuerdo de voluntades. Un acuerdo donde se revela el consentimiento de ambas partes de someter sus controversias actuales o eventuales al arbitraje. Las formas de consentir son variadas y podemos encontrar en nuestro ordenamiento jurídico diferentes mecanismos.

No hay necesidad de que todos los mecanismos para consentir sean explícitos, dado que según el artículo 141 del Código Civil⁷ la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa la forma escrita

⁷ Código Civil: «Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia».

y oral, así como el uso de medios directos, manuales, mecánicos, correos electrónicos, conferencias electrónicas o cualquier análogo a éstos. La manifestación de voluntad es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

En los casos de aceptación de la oferta, siguiendo la misma línea de la regulación de los actos jurídicos, la voluntad de aceptar puede quedar configurada de manera tácita, de modo que, por ejemplo, se empiece a ejecutar las prestaciones sin que haya mediado una declaración previa.⁸

Las formas tácitas o implícitas de comunicar el consentimiento también pueden verificarse en el artículo 2.1.1 de los Principios Unidroit para Contratos Comerciales, que evidencia la existencia de prácticas comerciales internacionales usuales, según los cuales el contrato se entiende configurado también por las conductas de las partes que sean suficientes para manifestar un acuerdo:

Artículo 2.1.1.- (Modo de perfección)

El contrato se perfecciona mediante la aceptación de una oferta o por la conducta de las partes que sea suficiente para manifestar un acuerdo.

Al respecto, los Comentarios Oficiales de los Principios Unidroit explican:

Conforme con este artículo, un contrato se podría considerar celebrado a pesar de no poder determinarse el momento de su perfeccionamiento, siempre y cuando el comportamiento de las partes demuestre la existencia de un acuerdo. Con el fin de deter-

⁸ Código Civil: «Artículo 1380.- Cuando a solicitud del oferente o por la naturaleza de la operación o según los usos, la prestación a cargo del aceptante haya de ejecutarse sin respuesta previa, el contrato queda concluido en el momento y lugar en que comenzó la ejecución. El aceptante debe dar aviso prontamente al oferente del inicio de la ejecución y, en su defecto, queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios».

minar si existen suficientes pruebas de la intención de las partes para quedar obligadas, su comportamiento deberá ser interpretado de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 4.1.

En relación con la declaración tácita, Lohmann⁹ indica:

Desde luego, es menester que el comportamiento no admita distintas interpretaciones y que el conjunto de circunstancias no pueda hacer presumir voluntad de declarar y voluntad de contenido donde no las hay. Por lo tanto, peca de corto el legislador cuando habla de indubitable. No sólo debe estar fuera de toda duda la existencia de la voluntad, que es lo que escuetamente dice el artículo, sino que el contenido de la voluntad debe ser unívoco, en el sentido de incompatible con toda otra voluntad.

Como se puede apreciar, nuestro ordenamiento jurídico civil no reserva la firma como único medio de exteriorizar la voluntad y la conformidad respecto a un acuerdo. Las formas implícitas o que permiten inferir la conducta del comportamiento también son un mecanismo poderoso para prestar el consentimiento.

Entonces, ¿por qué reservar la firma como único medio de manifestar la voluntad de someterse a arbitraje? Esta pregunta es la que se hicieron los legisladores peruanos al prever el artículo 14 de la Ley de Arbitraje:

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.

⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 1994, 2.^a edición, p. 113.

No es, pues, indispensable la firma para demostrar que una parte ha decidido prestar su anuencia para someter las controversias a arbitraje, sino que se puede llegar a la misma conclusión si así lo evidencia —con una mirada de buena fe— su comportamiento en relación con el contrato o su interés en invocar derechos o beneficios derivados de éste.

El maestro Roque Caivano, acertadamente sostiene que:

El arbitraje nace de fuente convencional y, como tal, sólo están obligados quienes hayan firmado la cláusula que otorga jurisdicción a los árbitros. Lo que se dirá en los párrafos siguientes no infringe esta regla sino, en todo caso, pone de manifiesto que ella no es absoluta ni que los límites subjetivos del acuerdo arbitral sean tan rígidos e inquebrantables. En términos generales, es pacíficamente reconocido que la mera circunstancia de no haber sido —en sentido formal— parte en el acuerdo arbitral no significa —siempre y necesariamente— un impedimento para ser llevado al arbitraje. Aunque, para ello, se requerirá la demostración de ciertos presupuestos de hecho que justifican apartarse del principio enunciado.¹⁰ (Subrayado agregado).

No podemos estar más de acuerdo, pues siguiendo las reglas generales de los negocios jurídicos, la firma no es la única forma de exteriorizar la voluntad; existen otros medios igualmente idóneos para lograr este objetivo.

Y esto es justamente lo que hace el artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Es importante indicar que este artículo viene precedido por el artículo 13.1, que establece el contenido y los requisitos que debe contener el convenio arbitral. Luego, el artículo 13.2 establece, en cuanto a la forma, que el convenio debe constar por escrito. Por último, el artículo

¹⁰ CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, p. 124.

13.3 establece una diversidad de formas para expresar el consentimiento para la creación de un convenio arbitral.

Sobre la incorporación de partes no signatarias al arbitraje existe diversa literatura de por medio. Jurisprudencialmente, la extensión del convenio arbitral o *joining non-signatories*, nació en el famoso caso *Dow Chemical*, en el que se expresó lo siguiente:

Considerando, en particular, que el convenio arbitral ha sido expresamente aceptado por algunas de las compañías del grupo, debe vincular a otras compañías que debido a su rol en la celebración, ejecución y terminación de los contratos que contienen los mencionados convenios, y de acuerdo con la común intención de las partes en esos procedimientos, demuestran que son las verdaderas partes de esos contratos o que han estado principalmente involucradas en éstos y en las controversias que se puedan originar.¹¹

Luego, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias fue sistematizada en la jurisprudencia norteamericana en el caso *Thomson*, en el cual se estableció lo siguiente:

Esta Corte ha reconocido un número de teorías bajo las cuales los no signatarios pueden ser vinculados por los convenios arbitrales de otros. Estas teorías se derivan de principios de *common law* de contratos y del derecho de agencia. En consecuencia, he-

¹¹ Traducción libre de: «*Considering, in particular, that the arbitration clause expressly accepted by certain of the companies of the group should bind the other companies which, by virtue of their role in the conclusion, performance, or termination of the contracts containing said clauses, and in accordance with the mutual intention of all parties to the proceedings, appear to have been veritable parties to these contracts or to have been principally concerned by them and the disputes to which they may give rise*». *Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others c/ Isover Saint Gobain*. Interim Award, ICC Case n.º 4131, 23 September 1982. En Pieter Sanders (editor). *Yearbook Commercial Arbitration 1984*. La Haya: Kluwer Law International, 1984, vol. ix, pp. 131-137.

mos reconocido cinco teorías para vincular a no signatarios al convenio arbitral: 1) incorporación por referencia; 2) asunción; 3) agencia; 4) levantamiento del velo societario/álter ego; y 5) estoppel. La Corte de Distrito correctamente rechazó cada una de esas teorías tradicionales como suficiente justificación para vincular a Thomson el convenio de su subsidiaria.¹²

En doctrina, el profesor Gary Born¹³ encuentra diferentes supuestos en los que se aplica la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. Éstos son: relación de agencia, representación o autoridad aparente, consentimiento implícito, álter ego y levantamiento del velo societario, grupo de sociedades, contrato a favor de tercero o terceros beneficiarios, garantes, sucesión, subrogación, *estoppel* y doctrinas afines, ratificación, directivos y gerentes, accionistas, *joint ventures* y entidades estatales.

En el Perú, esta teoría ha sido aplicada en, por lo menos, un caso,¹⁴ en el que se utilizaron las teorías de incorporación de partes no signatarias en una controversia que implicó el levantamiento del velo societario.¹⁵

¹² Traducción libre de: «*This Court has recognized a number of theories under which non-signatories may be bound to the arbitration agreements of others. Those theories arise out of common law principles of contract and agency law. Accordingly, we have recognized five theories for binding non-signatories to arbitration agreements: 1) incorporation by reference; 2) assumption; 3) agency; 4) veil-piercing/alter ego; and 5) estoppel. The District Court properly rejected each of these traditional theories as sufficient justification for binding Thomson to the arbitration agreement of its subsidiary.* Thomson-CSF, S.A. cl American Arbitration Association, Evans & Sutherland and Computer Corporation. United States Court of Appeals (64 F.3d 773), 1995.

¹³ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, pp. 1131-1210.

¹⁴ Sobre el análisis del caso ver: REPETTO, José Luis, Andrés HUNDSKOPF y Miguel VALDERRAMA. «Mi otro yo: la doctrina del álter ego y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje». En *Forseti Revista de Derecho*, 2014, n.º 1, pp. 221-225.

¹⁵ Sentencia emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, recaída en el expediente n.º 451-2009 entre

Ahora bien, el artículo 14 contempla dos situaciones para hacer vinculante el convenio arbitral frente a una parte que no firmó el acuerdo. El primer supuesto contempla la participación y el segundo regula la derivación de derechos y beneficios.

Primera parte del artículo 14

El primer supuesto se refiere a la participación como manifestación del consentimiento a arbitrar:

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. (Subrayado agregado).

Así, para la aplicación de esta regla deben cumplirse los siguientes requisitos:

- (i) Que exista un convenio arbitral entre dos sujetos.

Esto implica la existencia de un convenio arbitral válido entre dos sujetos, que reúna los requisitos establecidos en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje.

- (ii) Que exista un sujeto que no firma el documento que contiene el convenio arbitral.

El no signatario puede demandar o ser demandado. Debe desestimarse la idea entendida cotidianamente, según la cual el no signatario siempre tiene que ser demandado. Pueden ocurrir

TSG Perú S.A.C. contra Langostinera Caleta Dorada S.A.C. y otras del 5 de marzo de 2013. En Forseti Revista de Derecho, 2014, n.º 1, pp. 256-281.

situaciones en las que el demandante es un no signatario pero quiere demandar al signatario, cuando por ejemplo, considera que es el representado aparente o es el sujeto detrás del velo societario.

- (iii) Que el sujeto no signatario haya tenido participación en la vida del documento que contiene el convenio arbitral, sea en la negociación, celebración, ejecución o terminación del mismo.

Este requisito es de vital importancia. Tiene que materializarse la participación del no signatario en cualquiera de las etapas de la vida contractual. Puede ser que el no signatario haya sido quien negoció el contrato, pero que haya sido una sociedad de su grupo la que terminó contratando; o puede ocurrir que, sin haber participado en la negociación, la sociedad no signataria haya ejecutado todas las prestaciones a cargo de una de las contratantes. Pueden darse un sinnúmero de situaciones y dependerá de las pruebas determinar si el sujeto no signatario tuvo o no participación.

- (iv) Que esa participación sea activa y determinante; es decir, relevante jurídicamente.

Como bien advierte el artículo, se requiere que la participación sea activa y determinante. Dicho de otro modo, no cualquier participación catalogará como reveladora del consentimiento a arbitrar. Debe ser una participación sustancial. Al respecto, Conejero acertadamente sostiene que:

No cualquier participación en la vida de un contrato es susceptible de convertir a un tercero en una auténtica parte de dicha relación contractual [...] la participación activa y de manera determinante no se analiza en abstracto, sino específicamente con relación a la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende o con

el cual se relaciona el convenio [...] el análisis debería ser todavía más estricto a fin de evitar abusos en cuanto a que el vínculo entre la participación de la parte no signataria y el contrato, debería suponer que la parte no signataria haya tenido una participación activa y determinante, precisamente, en aquella fase de la vida contractual que ha dado origen a la disputa que se somete a arbitraje.¹⁶

Con esto se busca poner un candado a aquellas situaciones en las que, por una participación intrascendente, se termine convirtiendo a un sujeto en una parte del arbitraje. En efecto, Hanotiau indica que:

En la mayoría de los casos; sin embargo, el tema de la conducta surge en relación con el papel que ha jugado una parte en la negociación o la ejecución del contrato. Sólo una participación sustancial puede constituir consentimiento.¹⁷

En situaciones particulares, por ejemplo, en el caso CCI n.º 4504,¹⁸ el tribunal arbitral determinó que la segunda demandada, una empresa del grupo de la primera demandada que no había firmado el acuerdo (que contenía el convenio arbitral), no había prestado su consentimiento al convenio arbitral, y por tanto, no se le consideró como parte de él, porque no había tenido una participación suficiente.

Asimismo, en el caso CCI n.º 4972,¹⁹ el tribunal arbitral determinó que el Señor M, el gerente general de la primera demandada que era signataria del convenio arbitral, por el rol intras-

¹⁶ CONEJERO ROOS, Cristián e René IRRÁ DE LA CRUZ. «La extensión del acuerdo arbitral a partes no signatarias en la ley de arbitraje peruana: algunas lecciones del derecho comparado». En *Lima Arbitration* n.º 5, 2012/2013, pp. 87-88.

¹⁷ HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations: Multiparty, Multicontract, Multi-Issue and Class Actions*. La Haya: Kluwer Law International, 2006, p. 37.

¹⁸ *Journal Droit International* (Clunet) 1118, 1986, 2 ICC Awards.

¹⁹ *Journal Droit International* (Clunet) 1101, 1989.

cedente que tuvo en la negociación y celebración del contrato, no era parte del contrato ni del convenio arbitral.

Es claro, pues, que se requerirá participación sustancial del no signatario para ser considerado como parte del arbitraje.

- (v) De una interpretación de buena fe se debe entender que ha accedido a ser parte a través de su participación.

Con este requisito se pretende encontrar la aquiescencia del no signatario a través de una interpretación de buena fe. Dicho de otro modo, la actuación del sujeto no signatario, si es interpretada a la luz de la buena fe, revela que ha consentido tácitamente a someterse a arbitraje. Nótese en este punto la semejanza con la regla general, ya comentada, contenida en el artículo 141 del Código Civil.

Sobre el término «buena fe» introducido en el artículo 14, se ha señalado que:

Con ello se evitó tener que hacer una enumeración exhaustiva de supuestos, quedando una norma general, donde el estándar de lealtad se convierte en un mecanismo de interpretación. De hecho el término buena fe fue incorporado al final de la redacción, literalmente el día anterior al envío del proyecto para su aprobación. En la discusión interna en la Comisión se indicó que la buena fe puede servir para cubrir cualquier olvido o vacío que la norma pudiera dejar, pero la realidad pudiera demandar. Ello hace la norma permeable a nuevas situaciones o prácticas comerciales que, con el tiempo, puedan ser relevantes para derivar el consentimiento.²⁰

²⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Artículo 14». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro (coord.). *Op. cit.*, p. 213.

La consecuencia jurídica de que se cumplan los requisitos es que se considerará al sujeto no signatario como parte de la relación jurídica que origina el arbitraje, y deberá ser parte del arbitraje.

Segunda parte del artículo 14

Como hemos visto, la primera parte de este artículo está referida a la importancia de las distintas formas de expresar el consentimiento, mientras que la segunda se refiere a los casos en que la condición de parte no signataria se adquiere por haber pretendido derivar derechos o beneficios.

La segunda parte del artículo 14 permite incluir en el arbitraje a aquél que pretenda derivar un beneficio del contrato. Un ejemplo muy claro es el del contrato a favor de tercero. En ese caso el beneficiario que pretenda exigir el beneficio contractual estará sujeto al arbitraje pues, en buena fe, no podría solicitar una parte de lo acordado (aquello que lo beneficia) sin asumir las cargas y obligaciones que sean necesarias para exigir su derecho. Situación similar se dará en el caso de la cesión de derechos o de la cesión de posición contractual. En esos casos no podrá usarse la separabilidad del convenio arbitral para alegar que el mismo no es exigible o incorpora al cesionario. El que en la cesión no se haya hecho mención a que ésta incorpora el convenio arbitral, no es argumento para sustraerse a los alcances de la obligación de arbitrar.²¹

En ese mismo sentido, Talero Rueda sostiene que:

Este elemento normativo recogería la teoría analizada del *estoppel* y la figura de la estipulación a favor de otro, proveniente del derecho de los contratos.²²

²¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Ibidem*, p. 214.

²² TALERO RUEDA, Santiago. «Extensión del pacto arbitral a no signatarios: Perspectivas en la nueva Ley Peruana de Arbitraje». En *Lima Arbitration*, 2011/2012, n.º 4, p. 98.

Hemos visto entonces los requisitos legales para poder demandar a un sujeto no signatario del convenio arbitral o para ser demandado por él. La existencia de partes no signatarias en un arbitraje presenta desafíos, como se verá a continuación.

El asunto del arbitraje multipartes, con o sin partes no signatarias, presenta problemas procesales inherentes a la naturaleza consensual del arbitraje. Según Caivano, dichos problemas procesales se agrupan en dos categorías: (i) aquéllos relativos a la integración procesal; y, (ii) aquéllos relativos a la integración del tribunal arbitral.²³

En el primer grupo se encuentran, entre otros, los problemas vinculados a la acumulación de acciones y consolidación de procesos judiciales en trámite. De este problema, a pesar del interés y desafío que suscita, no nos ocuparemos en el presente trabajo.

Al segundo grupo pertenecen los problemas relacionados con la formación del tribunal arbitral en casos con partes múltiples, incluyendo situaciones con partes no signatarias. Este problema debe analizarse a la luz del derecho al trato igualitario en el arbitraje.

Como se sabe, una de las más extendidas *formas* de integración del tribunal arbitral consiste en el derecho que tiene cada una de las partes de designar o proponer un árbitro, siendo el tercero, en ausencia de un acuerdo directo entre ellas, elegido por algún otro método indirecto (por los dos árbitros designados por las partes, por una autoridad nominadora o eventualmente por un juez). Cuando en un mismo proceso intervienen varios demandantes o varios demandados: ¿cómo se ejerce el derecho a designar un árbitro por cada «parte»?²⁴

²³ CAIVANO, Roque J. «Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2007, n.º 4, pp. 76 y ss.

²⁴ *Ibidem*, p. 113.

3. DERECHO AL TRATO IGUALITARIO EN LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

La conducción del proceso arbitral se rige por la autonomía de la voluntad de las partes. Son ellas quienes se encuentran en mejor posición para regular el procedimiento arbitral en un ámbito de libertad. En ese sentido, las partes pueden pactar un arbitraje *ad-hoc* y establecer previamente el procedimiento a seguir, el plazo para presentar la demanda, el mecanismo de designación de los árbitros, el plazo para laudar, etc. Lo mismo si es que acuerdan un arbitraje institucional y establecen los mecanismos para designar los árbitros, el tiempo para la realización de audiencias, la ley aplicable para el fondo de la controversia, o la *lex arbitri*. En ese sentido, el procedimiento arbitral es elegido por las partes como consagración de la autonomía de la voluntad.

Y cuando las reglas elegidas por las partes no son respetadas por los árbitros, el laudo puede ser anulado,²⁵ o en todo caso, se podrá denegar el reconocimiento del laudo²⁶ que no respete el acuerdo de las partes.

²⁵ Ley de Arbitraje. «Artículo 63.- Causales de anulación

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 estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo».

²⁶ Ley de Arbitraje. «Artículo 75.- Causales de denegación

Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano.

Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:

[...]

Sin embargo, esta autonomía de la voluntad de las partes para regir el procedimiento arbitral, tiene límites. En efecto, como bien señalan Redfern y Hunter:

Sin embargo, la libertad de las partes para regular el procedimiento a seguirse en un arbitraje internacional no es totalmente irrestricto. El procedimiento que ellas establezcan debe respetar las normas imperativas y de orden público de la ley de la sede del arbitraje.²⁷

Una de las limitaciones a la libertad de las partes es el trato igualitario o el respeto al derecho a la igualdad. No en vano, Redfern y Hunter señalan que si la autonomía de la voluntad es el primer principio del arbitraje, el segundo y de igual importancia es el trato igualitario.²⁸

Este principio se encuentra regulado en el artículo V(1)(b) de la Convención de Nueva York y en el artículo 18 de la Ley Modelo Uncitral. En la legislación peruana, se establece lo siguiente:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones
[...] 2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

-
- d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje».

²⁷ Traducción libre de: «*However, the freedom of the parties to dictate the procedure to be followed in an international arbitration is not totally unrestricted. The procedure they establish must comply with any mandatory rules and public policy requirements of the law of the juridical seat of the arbitration*».

REDFERN, Alan, J. MARTIN HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 363-364.

²⁸ *Ibidem*, p 366.

Así, como sostiene González de Cossío, el tribunal arbitral no puede otorgar ventajas a una parte sobre la otra porque existiría inequidad. La aplicación del principio de trato igualitario implica que no puede permitirse a una parte ofrecer una prueba que no se le permita a la otra, no debe darse un plazo más amplio para una de ellas si no se da también a la otra, no puede permitirse que una alegue y la otra no; y, en suma, no puede darse trato alguno diferente a las partes.²⁹

Y esto también aplica al procedimiento de designación de árbitros. En efecto, el artículo 23 de la Ley de Arbitraje establece que las partes pueden acordar libremente la forma de nombrar a los árbitros siempre y cuando no se viole el principio de igualdad.

Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento. Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d) y e) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

En efecto, acceder a la posibilidad de participar en la designación de un árbitro es un derecho que es la expresión del principio de igualdad. No sería justo y violaría la noción más básica de equidad que una de las partes tenga el derecho exclusivo de nombrar a todos los árbitros. Al respecto, la Corte de Casación italiana estableció que:

Un convenio arbitral que establece que el árbitro único será nombrado por una de las partes es inválido.³⁰

²⁹ GONZALES DE COSSÍO, Francisco. «El árbitro». En *Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de Investigaciones jurídicas*. México, 2009, p. 306.

³⁰ Italy n.º 25, *Eugenio Menaguale vs. Intercommerce* (as legal successor of State Enterprise Balet), Corte Di Cassazione (Sez. I), 1842, 17 April 1978. En SANDERS, Pieter (ed.). *Yearbook Commercial Arbitration 1979*. La Haya: Kluwer Law International, 1979, vol. iv, pp. 282-283.

Siendo el derecho a participar en la designación de los árbitros una consagración del principio de igualdad, Gary Born señala:

Como un distinguido comentarista observó a mediados del siglo xx, el atributo fundamental del arbitraje es el derecho a elegir a los árbitros: «Un juzgador que puedes elegir por ti mismo, teniendo en cuenta la naturaleza del caso es más satisfactorio que uno elegido en las cortes, a través de un proceso político que no generalmente elige al mejor hombre posible, o al hombre más respetable, justo y capaz». Evidencia empírica confirma que la posibilidad de participar en la elección de los árbitros sigue siendo actualmente una atracción clave para los usuarios del arbitraje internacional.³¹

En efecto, una de las razones por las cuales los contratantes prefieren el arbitraje sobre el Poder Judicial es la posibilidad de tener el mismo trato al elegir a sus árbitros, teniendo en cuenta, por cierto, que «una buena selección de árbitros puede ser tanto o más importante que contar con buenos argumentos».³²

Es tal la importancia que se confiere a la designación de los árbitros, que el derecho a participar en el proceso de selección se considera parte del debido proceso:

³¹ Traducción libre de: *«as a distinguished commentator observed in the mid-20th century, a fundamental attribute of arbitration is the right to select the arbitrators: “A judge whom you can choose for yourself, bearing in mind the nature of your case, is humanly a more satisfying decider than one produced, especially in our lower courts, by a political process which has not always been geared to select the best possible man or even a fairly respectable and able man”. Empirical evidence confirms that the ability to participate in the selection of the arbitrators remains a key attraction of international arbitration for users today».*

BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2014, pp. 1369-1370.

³² BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «¿Es el arbitraje un juicio?». En *El arbitraje en el Perú y el mundo*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 148.

- a) Derechos que integran el debido proceso arbitral y no conforman el debido proceso judicial:
 - El derecho a elegir a los árbitros que resolverán las controversias que —dentro del margen que le otorga el ordenamiento jurídico— sometan a su conocimiento.³³

A pesar de lo anterior:

No debe incurrirse en el error de pensar que todos y cada uno de los elementos del debido proceso resultan aplicables a todos los tipos de proceso, en particular al arbitraje. [...]. Así por ejemplo, la garantía de la pluralidad de instancia no parece exigible en el arbitraje [...].³⁴

Sin embargo, una de las manifestaciones del debido proceso que sí es vinculante en el arbitraje, es permitir a las partes la posibilidad de participar equitativamente en la designación de los árbitros, sin conferir ninguna ventaja a una de ellas en relación con la otra u otras.

Por lo demás, el derecho a la designación de árbitro no tiene carácter estrictamente procedimental, sino que es un derecho medular, pues el resultado del proceso depende de quienes toman las decisiones de fondo; es decir, de los árbitros. En este sentido, Schäfer afirma que «la selección de los árbitros no es «un», sino «el» paso central para el futuro del desarrollo del arbitraje».³⁵

³³ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. *Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo*, p. 24. Disponible en: <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/vol6.pdf>.

³⁴ BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «La constitucionalización del arbitraje en el Perú; algunas consideraciones en torno a la relación del arbitraje con la Constitución, los derechos fundamentales y el Estado de derecho». En *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 2013, n.º 71, 2013, p. 403.

³⁵ SCHÄFER, Erik. «Elección y nombramiento del árbitro. Desde el punto de vista de las partes». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima, 2008, n.º 6, p. 90.

En ese sentido, no quedan dudas de que todos los interesados en el procedimiento arbitral deben tener derecho a ser tratados por igual en la designación de los árbitros.

Ahora bien, tratándose de arbitrajes multipartes la solución para garantizar el trato igualitario presenta más retos, dado que, si bien es posible que los individuos que componen cada «bloque» designen un árbitro común, ocurre frecuentemente que no se ponen de acuerdo para designar al árbitro, sea porque sus intereses no confluyen o porque estratégicamente se niegan a hacerlo. Y tratándose de arbitrajes con partes no signatarias, el reto no es menor. ¿Cómo enfrentar este problema?

Inicialmente se pensaba que la parte única o sin pluralidad (por contraposición a la parte «en bloque» o con varios sujetos) no se debía ver afectada por las vicisitudes que padecieran los integrantes de la otra parte para ponerse de acuerdo en la designación del árbitro, de modo que en tales circunstancias aquélla no veía amenazada su designación.

Originalmente se interpretaba que por la circunstancia de que un «bloque» estuviese integrado por más de una parte con eventuales intereses antagónicos, la parte única que componía el otro «bloque» no perdía el derecho a designar o proponer un árbitro y que, ante la falta de acuerdo entre quienes formaban la contraparte, el árbitro que ellas hubiesen debido asignar habría de ser nombrado en la forma supletoria que correspondiese según el tipo de arbitraje pactado (por la autoridad nominadora o por el juez, en su caso).³⁶

Sin embargo, la Corte de Casación francesa, a través del famoso caso *Dutco*, generó una variación de criterio.³⁷

³⁶ CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Op. cit.*, p. 113.

³⁷ Para un desarrollo de este caso, ver: DERAÏNS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. *Guide to the ICC Rules of Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2005, 2.ª edición, pp. 183115-207.

El caso Ducto se originó como un arbitraje CCI en París, en el que *Dutco*, una de las tres partes de un consorcio, inició un arbitraje ante sus otros dos socios: *BKMI* y *Siemens*. El acuerdo de consorcio estaba vinculado a la construcción de una planta de cemento en Omán y contenía el siguiente convenio arbitral:

Todas las disputas vinculadas con este acuerdo que no puedan ser resueltas amistosamente entre sus miembros, serán resueltas definitivamente de conformidad con las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por tres árbitros nombrados de conformidad con las reglas. La sede del arbitraje será París.

Al inicio del arbitraje, *Dutco* demandó pretensiones separadas y distintas a *BKMI* por el incumplimiento del contrato del consorcio. Como el convenio arbitral establecía que el tribunal estaría conformado por tres árbitros, nombró a un árbitro en su solicitud de conformidad con el artículo 2(4) del Reglamento vigente de la CCI. Sin embargo, *BKMI* y *Siemens* objetaron la admisibilidad de la solicitud de arbitraje y argumentaron que *Dutco* debió presentar dos solicitudes de arbitraje separadas, una para cada uno, a fin de permitir que *BKMI* y *Siemens* puedan designar cada uno a su árbitro, alegando que los intereses de los demandados no estaban alineados.

La Corte de Arbitraje de la CCI descartó este argumento y consistente con la práctica cotidiana, les requirió que nombren de manera conjunta a su árbitro y que si no lo hacían, la Corte procedería a designar a su árbitro. *BKMI* y *Siemens* hicieron una designación conjunta bajo protesta, reservándose todos sus derechos respecto a la irregularidad de composición del tribunal arbitral. Los árbitros elegidos designaron al presidente del tribunal arbitral y los demandados solicitaron rechazar la demanda sobre la base que el tribunal había sido constituido en violación del acuerdo de las partes.

En un primer laudo parcial, el tribunal arbitral encontró que había sido constituido regularmente y que el procedimiento era válido. Para ello, consideró que el convenio arbitral reflejaba la común intención de las tres partes de resolver sus controversias en un solo arbitraje. Asimismo, entendió que cuando el Reglamento Arbitral indica la palabra «parte», debe ser entendida como «demandante» o «demandantes» por un lado, y «demandado» o «demandados» por el otro. En ese sentido, concluyó que este reglamento no violaba el orden público ni el principio general a la igualdad que argumentaban *BKMI* y *Siemens*.

BKMI y *Siemens* apelaron ante la Corte de Apelaciones de París solicitando la anulación del laudo, argumentando que el tribunal arbitral había sido constituido irregularmente y que el reconocimiento y ejecución del laudo era contrario al orden público internacional.

La Corte de Apelaciones de París rechazó la solicitud, sobre la base que la común intención de las partes demostraba la voluntad de someter sus diferencias ante un único arbitraje y que la palabra «parte» hacía referencia a una pluralidad de demandantes y/o de demandados en atención al contexto. *BKMI* y *Siemens* interpusieron recurso de casación.

La Corte Suprema de Francia³⁸ anuló la sentencia de la Corte de Apelaciones de París y le requirió volverse a pronunciar. Los fundamentos por los que se anuló la sentencia fueron: (i) las partes gozan de un derecho a la igualdad en la constitución del tribunal arbitral; y, (ii) no se puede renunciar a tal derecho mediante un convenio arbitral antes de que surja la controversia.

³⁸ *BKMI Industrienlagen GmbH & Siemens AG vs. Dutco Construction*, Cour de Cassation (1^{er} Chambre Civile). Pourvoi n.º 89-18708 89-18726, 7 January 1992. En VAN DEN BERG, Albert Jan (editor). *Yearbook Commercial Arbitration 1993*. Lima: Kluwer Law International, 1993, vol. xviii, pp. 140-142.

Aunque no expresamente contemplado en la legislación francesa, este principio está consagrado en la Convención Europea de Derechos Humanos y, como tal, forma parte del orden público internacional y se aplica a cualquier procedimiento, independientemente de la ley aplicable. Interpretó que el acuerdo contractual mediante el cual las demandadas habían aceptado esa forma de integración del tribunal arbitral no era válido, porque no se puede renunciar anticipadamente a un principio que forma parte del orden público, pudiendo renunciarlo únicamente una vez que el conflicto haya surgido.³⁹

En el lapso en que la Corte de Apelaciones de París se iba a pronunciar nuevamente, las partes transigieron.

Este caso es muy importante para consolidar el tratamiento igualitario de las partes en la designación de los árbitros, al punto que generó que la CCI modificase su Reglamento de Arbitraje, estableciendo que en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes conjuntamente y los demandados conjuntamente, deberán designar a su árbitro. Si es que no lo hacen conjuntamente, la Corte de Arbitraje de la CCI puede nombrar a todos los árbitros. Esa lógica subsiste en el actual Reglamento de Arbitraje de la CCI de 2012:

Artículo 12.- Constitución del tribunal arbitral
[...]

6. En el caso de multiplicidad de demandantes o de demandadas, si la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, las demandantes, conjuntamente, y las demandadas, conjuntamente, deberán designar un árbitro para confirmación según lo previsto en el artículo 13.
7. Cuando una parte adicional haya sido incorporada, y cuando la controversia haya de ser sometida a la decisión de tres árbitros, la parte adicional podrá, conjuntamente con la(s)

³⁹ CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Op. cit.*, p. 115.

- demandante(s) o con la(s) demandada(s), designar un árbitro para su confirmación según lo previsto en el artículo 13.
8. A falta de designación conjunta según lo previsto en los artículos 12(6) ó 12(7) y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo 13.

Sobre el fundamento de esta regla, Derains y Schwartz sostienen que:

Cuando esta regla fue inicialmente propuesta como un mecanismo para tratar a las partes por igual, de conformidad con las exigencias de *Dutco*, el artículo 10(2) fue entendido por algunos como una forma inaceptable de restringir la libertad de las partes en la constitución del Tribunal Arbitral. Sin embargo, con el tiempo surgió un amplio consenso a favor de este enfoque, y, de hecho, otras instituciones arbitrales han añadido disposiciones similares en el mismo sentido.⁴⁰

El caso *Dutco* puso en evidencia la necesidad de tomar posición sobre la forma de tutelar el derecho al trato igualitario cuando hay más de dos partes en un proceso arbitral y llega el momento de designar a los árbitros.

⁴⁰ Traducción libre de: «*When initially proposed as a means of treating the parties equally, in conformity with the exigencies of Dutco, article 10(2) was viewed by some as unacceptably undercutting the autonomy of the parties in respect of the Arbitral Tribunal's constitution. However, a broad consensus eventually emerged in favor of the approach adopted, and, indeed, other arbitral institutions have since added similar provisions to their rules*». DERAINS, Yves y Eric A. SCHWARTZ. *Op. cit.*, p. 183.

Tratándose de arbitrajes multipartes no necesariamente nos encontraremos frente a partes no signatarias (de hecho, en el caso *Dutco* las tres partes sí fueron signatarias), pero ocurre con frecuencia que, habiendo más de dos partes en el arbitraje, al menos una de ellas es no signataria.

En su forma más simple, la cuestión de controversias multipartes no implica que sean no signatarias del convenio arbitral. Las partes han, en efecto, acordado arbitrar pero el hecho que sean más de dos crea dificultades. Por ejemplo, en una situación con dos demandados, cada demandante insiste en designar a su árbitro, creando así un espectro de un inmanejable (y, bajo el artículo 8(1) del Reglamento de la CCI, no permitido) tribunal de cuatro miembros.⁴¹

Una primera solución ante la falta de acuerdo entre los sujetos que integran una de las partes, fue permitir la designación de más de tres árbitros para conformar el tribunal. Así lo hizo la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso *Compañía Española de Petróleos S.A. vs. Nereus Shipping S.A.*, en el cual el derecho al trato igualitario se preservó aumentando el número de árbitros a cinco: la Corte dispuso que cada una de las tres partes del proceso designara sus árbitros y que éstos designaran dos árbitros adicionales.⁴²

La otra solución ha sido la adoptada a raíz del caso *Dutco*, de modo que, en caso de pluralidad de partes, si no se produce la designación

⁴¹ Traducción libre de: «*In its simplest form, the issue of multi-party disputes does not involve non-signatories of the arbitration clause. The parties have indeed agreed to arbitration, but the fact that they are more than two creates difficulties. For example, in a situation with two defendants, each defendant insists on naming an arbitrator, thereby creating the specter of an unworkable (and, under article 8(1) of the ICC Rules, impermissible) four-member tribunal*».

CRAIG, W. Laurence, William W. PARK y Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2000, 3rd edition, p. 81.

⁴² CAIVANO, Roque J. «Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». *Op. cit.*, pp. 115-116.

conjunta del árbitro y a falta de acuerdo sobre la constitución del tribunal, todos los árbitros son designados por la corte de arbitraje.

Este criterio no solamente condujo a la modificación del Reglamento de Arbitraje de la CCI, sino que además ha sido recogido por: (i) el artículo 8 de las Reglas de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA); (ii) por el artículo 11 de las Reglas de Arbitraje de la American Arbitration Association; y (iii) el artículo 15 de la Ley de Arbitraje española.⁴³ Veamos cuál es la posición adoptada por la ley peruana.

4. LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS EN LA LEY PERUANA

[...] el Tribunal Arbitral no debe actuar considerando a las no signatarias como sujetos de segundo orden, por el contrario, como ya hemos dicho, siendo partes del proceso deben recibir exactamente el mismo trato que la parte que suscribió el convenio arbitral.⁴⁴ (Énfasis agregado).

Ya hemos visto que es derecho de toda parte en el arbitraje el recibir el mismo trato en el procedimiento de designación de árbitros. La ley peruana ha establecido que cuando una pluralidad de sujetos interponga una demanda, o cuando se demande a una pluralidad de sujetos, será la pluralidad la que deberá nombrar de manera conjunta a los árbitros. Si sus integrantes no se ponen de acuerdo, será la institución arbitral o la Cámara de Comercio de la localidad la encargada de nombrar al árbitro. Estos árbitros elegidos designarán al presidente del tribunal arbitral.

Así, el artículo 23 establece que:

⁴³ *Ibid.*, pp. 117-118.

⁴⁴ GALLUCIO T. Giuseppe y Pablo MORI B. *Arbitraje Comercial. La extensión del convenio arbitral a los grupos de sociedades*. Lima: Ediciones Legales y *Ius et Veritas* Editorial, p. 214.

Artículo 23.- Libertad de procedimiento de nombramiento
Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d) y e) de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

[...]

- c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

El temor a someterse a situaciones imprevisibles, derivadas del hecho que sea la institución arbitral la que designe al árbitro es, según la lógica que subyace al artículo 23, lo que incentivaría a las partes demandantes o demandadas a ponerse de acuerdo para la designación de un árbitro. Es decir, la posible consecuencia desfavorable de contar con un árbitro que las partes pudieran considerar inadecuado, es lo que generaría los incentivos necesarios para alcanzar un nombramiento conjunto.

No obstante, este mecanismo de designación conjunta ha sido objeto de diversas críticas a favor y en contra. La fuente de la discusión proviene, como ya hemos señalado, de la Corte de Casación francesa con el famoso caso *Dutco*.

Recordemos que, sobre la base del principio de trato igualitario, el criterio *Dutco* señala que, en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes conjuntamente y los demandados conjuntamente, deberán designar a su árbitro. Si es que no lo hacen, la Corte de Arbitraje de la CCI puede nombrar a todos los árbitros.

Debemos preguntarnos, entonces, si de cara a dicho criterio, la norma peruana respeta el principio de trato igualitario al momento de la selección del tribunal arbitral en caso de arbitrajes multipartes.

Como se puede apreciar, a diferencia de la regla de la CCI, según el cual, a falta de acuerdo, la Corte de la CCI puede nombrar a todos los árbitros, la ley peruana no advierte el problema que subyace y que expondremos a continuación.

La legislación peruana pone a la parte demandante o demandada que no tiene pluralidad, en una situación ligeramente más ventajosa que la parte demandante o demandada que sí tiene pluralidad. Esto, porque la parte «única» que no tiene pluralidad podrá designar un árbitro en el tribunal, mientras que la parte que sí tiene pluralidad, si es que no llega a un acuerdo interno, sea por divergencia de intereses o por razones estratégicas, no podrá designar a un árbitro.

La ley peruana permite entonces que, por ejemplo, una parte demandante sí pueda nombrar al árbitro «X», mientras que a los demandados, en caso de falta de acuerdo, se les impone un árbitro «Y», y que ambos «X» e «Y» elijan a un árbitro «Z». Como consecuencia de lo anterior, el único que habrá podido designar un árbitro en el tribunal es la parte demandante.

Ahora bien, el hecho de que los árbitros deban ejercer su función respetando los deberes de imparcialidad e independencia a lo largo del proceso, no es razón suficiente para desvirtuar el derecho de las partes a

participar en el nombramiento de los árbitros como reflejo del derecho a tratamiento igualitario.

Si bien todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de la parte que lo nombró, la regla contenida en la ley peruana parecería favorecer a la parte sin pluralidad, cuyo nombramiento permanece firme.

En tal sentido, aun cuando pudieran esgrimirse razones de eficiencia —en nuestra opinión no lo suficientemente persuasivas— que podrían evitar que el procedimiento de designación de los árbitros se dilate, discrepamos de la posición adoptada por la norma peruana, y creemos que lo recomendable hubiera sido que la regla supletoria siguiera el criterio *Dutco*.⁴⁵

Sin embargo, si se presentara en el Perú una situación similar a la que dio lugar al criterio *Dutco*, la parte con pluralidad, afectada con la designación firme formulada por la otra parte, la solución no podría ser similar a la adoptada por la Corte de Casación francesa. De hecho, es la propia ley peruana la que autoriza este aparente trato no igualitario en la composición del tribunal arbitral, mientras que en el caso *Dutco* fue la interpretación del pacto de las partes lo que llevó a la solución comentada.

Ahora bien, debemos resaltar que el artículo 23 de la Ley de Arbitraje admite acuerdo distinto, siempre que no se afecte el principio de igualdad.

⁴⁵ A pesar de esta conclusión, debemos admitir que es posible que el criterio *Dutco* sea usado estratégicamente por una parte con pluralidad, que se resista a nombrar un árbitro con el propósito de impedir que el nombramiento efectuado por la otra parte sea efectivo, y lograr así que el íntegro del tribunal sea designado por la institución arbitral respectiva.

Así, por ejemplo, no podría admitirse un pacto que faculte a una de las partes a nombrar exclusivamente al árbitro único o a todos los miembros del tribunal arbitral. Al respecto, Cantuarias se pregunta por la sanción aplicable ante la existencia de un pacto como el indicado: ¿la nulidad del convenio arbitral o la nulidad de la estipulación?

En su opinión, la nulidad debería limitarse a la disposición del convenio arbitral que atenta con el principio de igualdad, sin afectar el pacto de sometimiento a arbitraje. Si a pesar de ello el tribunal se constituye, sí se habría producido una causal de anulación del laudo.⁴⁶

Tenemos entonces que, si bien la Ley de Arbitraje prohíbe un pacto de nombramiento de árbitros que vulnere el principio de igualdad, sí contiene una regla supletoria que en nuestra opinión no lo resguarda del todo. La aplicación en los hechos de esta regla legal no podría conducir a una situación de nulidad.

Sin embargo, podemos preguntarnos si podría o no denegarse el reconocimiento de un laudo peruano emitido en tales condiciones (que la parte sin pluralidad designe su árbitro y que la parte con pluralidad no lo designe) por violar el orden público internacional. Creemos que no. Si bien puede sostenerse que el derecho a la igualdad forma parte del orden público internacional, en este punto es adecuado seguir el razonamiento de las cortes francesas.

Estas cortes suelen reconocer laudos en los que se utiliza el artículo 17 de la *Arbitration Act* de 1996:

INACTIVIDAD DE UNA PARTE Y DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO

- 17.1) Salvo disposición en contrario de las partes, cuando cada una de las dos partes de un convenio arbitral han de designar un árbitro y una de ellas rehúsa designar el suyo o

⁴⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Artículo 23». En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro (coord.). *Op. cit.*, pp. 304-305.

no lo designa en el plazo previsto, la otra parte, una vez que ha designado regularmente su árbitro, puede proponer por escrito a la parte no actuante que el árbitro en tal modo designado lo sea en calidad de árbitro único.

- 17.2) Si la parte no actuante en el plazo de los siete días hábiles siguientes a que le haya sido realizada la propuesta:
 - a) no procede a la designación planteada, y
 - b) no notifica a la otra parte que debe proceder,
 la otra parte puede designar su árbitro en calidad de árbitro único y el laudo pronunciado por ese árbitro posee la autoridad de cosa juzgada entre las partes como si hubiese sido designado de común acuerdo.
- 17.3) Cuando el árbitro único ha sido designado según lo previsto en el párrafo precedente, la parte no actuante puede pedir al juez la anulación del nombramiento (una vez hecha la notificación a la parte que las ha efectuado).
- 17.4) Contra las resoluciones dictadas por el juez en aplicación del presente artículo no cabe recurso alguno sin su autorización.⁴⁷

⁴⁷ Traducción libre de:

«17. Power in case of default to appoint sole arbitrator

- (1) Unless the parties otherwise agree, where each of two parties to an arbitration agreement is to appoint an arbitrator and one party ("the party in default") refuses to do so, or fails to do so within the time specified, the other party, having duly appointed his arbitrator, may give notice in writing to the party in default that he proposes to appoint his arbitrator to act as sole arbitrator.
- (2) If the party in default does not within 7 clear days of that notice being given.
 - (a) Make the required appointment, and (b) notify the other party that he has done so, the other party may appoint his arbitrator as sole arbitrator whose award shall be binding on both parties as if he had been so appointed by agreement.
- (3) Where a sole arbitrator has been appointed under subsection (2), the party in default may (upon notice to the appointing party) apply to the court which may set aside the appointment.
- (4) The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section».

Como puede apreciarse, si ha llegado a reconocerse laudos emitidos con, aparentemente, mayor desigualdad en la composición del tribunal arbitral, posiblemente no se cuestionaría por vulneración del orden público un laudo en el que, en aplicación de la ley peruana, la limitación del derecho a la igualdad es bastante menor.

Esto es bien resumido por Fouchard, Gaillard y Goldman:

Del mismo modo, el principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros, como se establece en la decisión Dutco, no debería tener ningún impacto sobre la validez internacional de la práctica inglesa de que cada parte tiene derecho a designar a su árbitro pero, si una parte no lo designa en el plazo específico, el árbitro designado será el árbitro único. La ley inglesa permite esta práctica, aunque la parte renuente puede someter la cuestión a los tribunales. Aunque en algunos casos esto pueda generar dificultades para ejecutar el laudo inglés en el extranjero, esto no ha resultado así en Francia y en Italia. La Corte de Apelaciones de París ha resuelto que esta práctica no es contraria al orden público francés. Esto es porque la desigualdad sólo surge después que la disputa se ha generado a través del deliberado silencio de una de las partes. El presidente del Tribunal de Primera Instancia de París ha sostenido que una cláusula de arbitraje que contiene este tipo de mecanismo permite que se implemente el arbitraje a pesar del silencio de una de las partes y, por lo tanto, no se puede exigir la intervención de la Corte. Del mismo modo, la Corte Suprema italiana aprobó el enfoque inglés porque se trata de un remedio ejercitable ante el silencio de la parte, con la posibilidad de que la institución arbitral (o los tribunales ingleses) intervengan si existe imparcialidad el tribunal arbitral.⁴⁸

⁴⁸ Traducción libre de: «*Similarly, the principle of the equality of the parties in the appointment of the arbitrators, as set forth in the Dutco decision, should have no impact on the international validity of the English practice of having each party nominate an arbitrator but, if one party fails to do so before a specified deadline, having the arbitrator nominated by the other party serve as sole arbitrator. English law allows this practice, although the defaulting party may bring the question before the courts.*»

En ese sentido, creemos que en caso de arbitrajes multipartes, es conveniente para las partes establecer un pacto distinto al contenido en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje, de modo que a falta de designación de árbitro por la parte con pluralidad, sea la institución arbitral a que se somete la controversia la que nombre al tribunal en su conjunto.

5. EL MOMENTO DE LA INCORPORACIÓN

Hasta este punto hemos concluido que los sujetos que intervienen en el arbitraje, sean o no multipartes, tienen derecho a un trato igualitario para la designación de los árbitros.

En el caso de arbitrajes multipartes en que la parte con pluralidad omita designar a uno de los árbitros, hay maneras de proceder al nombramiento que son más o que son menos coherentes con el principio de trato igualitario. Las dificultades para conseguir un nombramiento conjunto por los sujetos que conforman una de las partes del arbitraje pueden originarse en razones estratégicas o por divergencia de intereses. Estas dificultades de potencian si en el arbitraje existen partes no signatarias.

Although in some cases it may lead to difficulties with enforcing an English award abroad, this has not proved to be the case in France and in Italy. The Paris Court of Appeals has ruled that the practice is not contrary to French public policy. This is because the inequality between the parties only emerges after the dispute has arisen, through the deliberate default of one of the parties. The President of the Paris Tribunal of First Instance has held that an arbitration clause containing this kind of mechanism allows the implementation of the arbitration despite the defendant's default, and therefore does not call for court intervention. Likewise, the Italian Supreme Court approved the English approach because it involves a remedy exercisable only at the option of the non-defaulting party, with the arbitral institution (or the English courts) able to intervene if the impartiality of the arbitral tribunal is affected».

GAILLARD, Emmanuel y John SAVAGE (ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 469.

Si se quiere tutelar el derecho al trato igualitario en el nombramiento, de la mejor manera posible, ya vimos que lo ideal es contar con un criterio similar al del caso *Dutco*. Sin embargo, éste es sólo uno de los pilares de la protección del derecho a la igualdad.

El otro pilar de protección es permitir que, en caso la parte no signataria sea demandada, dicha parte sea notificada con la solicitud de arbitraje para poder participar en el nombramiento de los árbitros. Sólo así el no signatario podrá recibir un trato igualitario. Es decir, no debería ocurrir que una vez constituido el tribunal se incorpore al proceso a una parte no signataria, salvo acuerdo en tal sentido.

El Reglamento que ha previsto este supuesto es el de la *International Chamber of Commerce* (ICC), el cual establece que ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario:

Artículo 7.-

1. La parte que desee incorporar una parte adicional al arbitraje deberá presentar su solicitud de arbitraje en contra de la parte adicional (la «solicitud de incorporación») a la Secretaría. Para todos los efectos, la fecha en la que la solicitud de incorporación sea recibida por la Secretaría será considerada como la fecha de inicio del arbitraje contra la parte adicional. Toda incorporación estará sujeta a las disposiciones de los artículos 6(3), 6(7) y 9. Ninguna parte adicional podrá ser incorporada después de la confirmación o nombramiento de un árbitro, salvo que todas las partes, incluyendo la parte adicional, acuerden lo contrario. La Secretaría podrá fijar un plazo para la presentación de la solicitud de incorporación.

[...]

Este Reglamento busca tutelar a las partes adicionales que se incorporen al arbitraje luego de la constitución del tribunal arbitral, pues sin

dicha regla verían restringido su derecho a designar a un árbitro, encontrándose, pues, en desventaja frente a las demás partes y generándose así un riesgo de nulidad.

Lo que busca esta regla es permitir la incorporación de partes adicionales, usualmente, partes no signatarias, pero impidiendo que al sujeto que se incorpora se le restrinja su derecho a tener el mismo trato que las demás partes al nombrar árbitros. También es parte de la regla que, para evitar contingencias en el proceso, se le permita prestar su consentimiento a la composición del tribunal arbitral. Si no brinda su consentimiento, no se podría vincular al arbitraje. Tendría que iniciarse otro.

Una lógica como la indicada es la que debería regir el procedimiento de designación en el caso peruano. Creemos que si bien la Ley de Arbitraje no lo señala expresamente, y a menos que el reglamento al que se someten las partes diga algo distinto, dicho criterio debería ser la regla a aplicar. Es decir, no se puede incorporar a partes no signatarias una vez constituido el tribunal arbitral, salvo que todas las partes, incluyendo la no signataria, estén de acuerdo en que ésta participe.

Es importante indicar que si una parte no signataria designa un árbitro o responde la solicitud de arbitraje sin cuestionar la competencia del tribunal arbitral, puede ver limitada la posibilidad de hacerlo posteriormente, sobre la base del artículo 11 de la Ley de Arbitraje, que regula la renuncia del derecho a objetar.

Artículo 11.- Renuncia del derecho a objetar.

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

A la inversa, si la parte no signataria que se incorpora al proceso con posterioridad, no cuestiona el hecho de no haber participado en la elección del tribunal —aun cuando sí objete la decisión de atracción al proceso en aplicación del artículo 14— no podrá cuestionar el laudo por esta circunstancia, en aplicación del artículo 11 de la Ley de Arbitraje.

La tesis adoptada en este trabajo, según la cual no se debería incorporar a partes no signatarias, una vez constituido el tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario (que puede existir ante la falta de cuestionamiento por la parte afectada), no puede ser debilitada con una línea de argumentación basada en la imparcialidad e independencia de los árbitros. Nos explicamos.

Como ya hemos señalado, el hecho de que los árbitros deban ejercer su función respetando los deberes de imparcialidad e independencia a lo largo del proceso, no es razón suficiente para desvirtuar su derecho a participar en el nombramiento de los árbitros como reflejo del derecho a tratamiento igualitario.

Es decir, aun cuando a la parte no signataria que se incorpora al proceso luego de constituido el tribunal, se le puede permitir presentar sus alegaciones, ofrecer medios probatorios y, en general, ser oída, ello no elimina el hecho de que no participó en la conformación del tribunal, que como ya hemos visto, es parte esencial del derecho al trato igualitario.

6. CONCLUSIONES

Es consecuencia del derecho de las partes a ser tratadas por igual, que todas ellas, con o sin un arbitraje multipartes, y con o sin partes no signatarias, tengan acceso al nombramiento de los árbitros en iguales condiciones.

Los desafíos para asegurar este tratamiento igualitario son mayores en arbitrajes multipartes y/o con partes no signatarias, debido a la pluralidad de sujetos en el primer caso, y debido a las complicaciones propias de los casos en que el consentimiento a arbitrar no es explícito.

Tratándose de arbitrajes multipartes, que suelen derivar de situaciones en las que hay partes no signatarias, y a menos que se haya previsto expresamente lo contrario, la legislación peruana ha puesto a la parte demandante o demandada que no tiene pluralidad de sujetos en una situación más ventajosa que la parte con pluralidad. Esto, porque mientras que la parte «única» podrá elegir a un árbitro, la parte «plural» podría no tener ese derecho, en caso de que, por razones estratégicas o por divergencia de intereses, no haya acuerdo sobre la designación.

En cambio, esta situación desventajosa ya ha sido advertida por la Corte Suprema de Francia en el caso *Dutco*, cuyo criterio —compartido por nosotros— condujo a que la CCI modifique su Reglamento. Con este criterio, la regla es que en la situación antes descrita, sea la Corte la que designe a todos los árbitros, en aplicación del principio de trato igualitario.

En esta misma línea, aunque la ley peruana no lo señala expresamente, es una práctica correcta que no se admita la participación de partes adicionales en el arbitraje —usualmente es el caso de partes no signatarias— a menos que hayan tenido la oportunidad de participar en la designación de los árbitros, salvo acuerdo en contrario.

Evidentemente, en aplicación de la renuncia al derecho a objetar, si las partes involucradas no objetan su incorporación al proceso por no haber participado en la designación, no podrán cuestionar el laudo por esta razón, aun cuando sí lo hubieran objetado por haber sido incorporados indebidamente al arbitraje, por no haber elementos de juicio suficientes como para concluir que son parte del convenio arbitral.

LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL ARBITRAJE

Mario Castillo Freyre*
Jhoel Chipana Catalán**

Sumario: 1. El precepto arbitral. Carácter imperativo *versus* carácter dispositivo. Principios *versus* normas.— 2. Principios y garantías constitucionales aplicables al arbitraje.— 2.1. Principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.— 2.2. Principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.— 2.3. Derecho a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.— 2.4. Principio de publicidad.— 2.5. Derecho a la motivación escrita.— 2.6. Derecho a la pluralidad de instancia.— 2.7. Derecho a una indemnización.— 2.8. Derecho a la aplicación de los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.— 2.9. Principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.— 2.10. Derecho a no ser penado sin proceso judicial.— 2.11. Principio *indubio pro reo*.— 2.12. Principio de no ser condenado en ausencia.— 2.13. Principio de cosa juzgada.— 2.14. Derecho a la defensa.— 2.15. Derecho a ser informado sobre el motivo de una detención.— 2.16. Principio de gratuidad en la administración

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

** Jhoel Chipana Catalán, abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Adjunto de Docencia en la misma casa de estudios, abogado en el Estudio Mario Castillo Freyre y secretario arbitral en procesos *ad-hoc*.

de justicia.— 2.17. Derecho al nombramiento y revocación de los magistrados.— 2.18. Principio de colaboración del Poder Ejecutivo en los procesos.— 2.19. Principio de legitimidad de origen.— 2.20. Derecho al análisis y crítica de las resoluciones judiciales.— 2.21. Derechos de reclusos y sentenciados.

1. EL PRECEPTO ARBITRAL. CARÁCTER IMPERATIVO *VERSUS* CARÁCTER DISPOSITIVO. PRINCIPIOS *VERSUS* NORMAS

El arbitraje, como figura jurídica destinada a un fin, está compuesto por una serie de instituciones, principios y normas jurídicas.

Sin embargo, y a diferencia de otras figuras (principalmente del proceso civil), en el arbitraje el origen de estas instituciones, principios y normas, además de la ley, se encuentra en la voluntad de las partes; vale decir, tiene un origen negocial.

En este trabajo vamos a realizar un breve análisis del origen de estos principios y normas. Así, en primer lugar nos vamos a referir al conjunto de preceptos arbitrales creados por la ley y, posteriormente, a las normas arbitrales que tienen como génesis la autonomía privada.

Sabemos que la ley es la principal fuente del Derecho. Normalmente, sucede que es la experiencia la que se encarga de brindar y hasta exigir que los legisladores regulen determinada materia. El arbitraje no es una excepción a este fenómeno.

Así, creemos, junto a Panduro Meza,¹ que las normas arbitrales que son materia de creación legislativa se refieren, principalmente, a los siguientes temas:

¹ PANDURO MEZA, Lisbeth. *Aplicabilidad de las instituciones procesales en el arbitraje*. Tesis para obtener el Título Profesional de Abogado, sustentada en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en mayo del 2011, pp. 88 y ss.

- La definición de convenio arbitral y la forma cómo se materializa.
- La determinación de los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje.
- La libertad de las partes para fijar las reglas procedimentales y el derecho sustancial aplicable.
- La constitución del tribunal arbitral, hecho que abarca la forma en que debe llevarse a cabo el nombramiento de los árbitros, los estándares éticos a los que éstos están sometidos y las causales para que sean recusados o removidos.
- El trato equitativo de las partes, más conocido como el principio de igualdad.
- La intervención o asistencia judicial cuando resulte necesaria. El ejemplo más claro de esto se puede apreciar en la ejecución del laudo arbitral.
- La facultad de los árbitros para otorgar medidas cautelares.
- La forma, contenido y requisitos de validez del laudo arbitral.
- Las causales de anulabilidad del laudo arbitral.
- Los diversos tipos de arbitraje (como el societario o el sucesorio).

La mayoría de normas contenidas en la vigente ley de arbitraje, se caracterizan por ser dispositivas.

Sin embargo, existen determinados supuestos que resultan de interés, no sólo para las partes que intervienen en el arbitraje, sino también para la sociedad, en general. En ese entender, dichas normas, al tener la calidad de imperativas, poseen —en la mayoría de los casos— una naturaleza que les da la categoría de normas de orden público. De esta forma, éstas deben, necesariamente, ser tomadas en cuenta en las actuaciones arbitrales y frente a ellas no cabe pactar en contra.

De otro lado, se debe considerar que existen normas que tienen su origen en el acuerdo de las propias partes. Sobre este tipo de normas, sólo queda decir que no pueden, en ningún caso, contravenir los pre-

ceptos imperativos contenidos en la ley de arbitraje u otras leyes relacionadas a la materia (se incluye aquí, como resulta claro, a los preceptos constitucionales que contienen una serie de principios y garantías aplicables de forma obligatoria al arbitraje). Otro aspecto importante que debe resaltarse sobre este tipo de normas, es que pueden originarse en diversos momentos, a saber: al momento de suscribir el convenio arbitral, al momento de suscribir el acta de instalación del tribunal arbitral, o, incluso, cuando las actuaciones arbitrales se estén desarrollando (a través de un acuerdo de las partes para regular determinada cuestión, por ejemplo).

Como se puede apreciar, el arbitraje, a diferencia del proceso civil, posee una mínima regulación legislativa. Prueba de ello es que la ley de arbitraje vigente contiene 78 artículos, frente a, por ejemplo, los 840 preceptos del Código Procesal Civil (cabe señalar que en ambos casos no se han contabilizado las disposiciones complementarias, transitorias, modificatorias y/o derogatorias).

Se observa, pues, que la diferencia cuantitativa es considerable, pero —entendemos— este hecho obedece, fundamentalmente, a que el Estado busca regular minuciosamente la actividad de los magistrados en virtud de dos cuestiones elementales: la naturaleza de los conflictos de intereses que se presentan en el Poder Judicial y el hecho de garantizar y poner un freno a cualquier intento de arbitrariedad por parte de quienes administran justicia; a saber, los jueces.

Ahora bien, creemos necesario realizar un deslinde teórico entre lo que son los principios y lo que son las normas.

Se ha señalado que siempre que en el lenguaje de los juristas aparecen los «principios», se encuentra latente el problema de la plenitud del sistema o la necesidad de elegir entre distintos significados de una disposición normativa dudosa; sin perjuicio de que se persiga también algún otro objetivo, como, por ejemplo, alcanzar soluciones moralmen-

te plausibles cuando una determinada norma o regla conduce a un resultado que se juzga inaceptable, vigilando desde arriba la corrección del Derecho en su conjunto y, de modo especial, en su fase aplicativa.²

De hecho, existen autores como Tarello³ que sostienen que «el argumento a partir de los principios generales es un esquema vacío, que sirve de vez en cuando para cubrir disparatadas operaciones». Así, «los principios jurídicos no existen, y si existiesen, no podrían en ningún caso ser generales».⁴

No es objeto de este trabajo realizar un estudio que tienda a negar o afirmar la existencia de esta categoría jurídica (de hecho, sí creemos que los principios generales del Derecho, como tales, existen); eso lo dejaremos para otra investigación. Sin embargo, no creemos que exista un concepto unívoco del término «principio».

En algunos contextos, reciben esta denominación las normas más generales, o las más fundamentales, o las más ambiguas; en otros contextos, las que cumplen determinada función o las que señalan un fin u objetivo, o las que admiten su recíproca conservación en caso de antinomia. Creemos que todas estas aproximaciones en su definición son legítimas y no sería prudente ni serio acoger una de ellas como la más autorizada, excluyendo, de plano, a las demás definiciones. Ninguno de los significados que se pueda atribuir al término, cuenta con un peso superior e indiscutible, sino más bien toma fuerza la idea de que los principios se presentan como un recurso o técnica argumentativa que en el lenguaje jurídico puede servir para muy diversos objetivos.⁵

² Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima-Bogotá: Palestra y Temis, 2013, p. 16.

³ TARELLO, G. *L'interpretazione della legge*. Milán: Giuffré, 1980, p. 385.

⁴ HERNÁNDEZ MARÍN, R. *Historia de la Filosofía del Derecho contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 311.

⁵ Cfr. PRIETO SANCHÍS, Luis. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Lima-Bogotá: Palestra y Temis, 2013, p. 21.

Ahora bien, cabe distinguir entre los principios en sí mismos, que quieren presentarse como normas subsidiarias, y las reglas para su aplicación que, como orientación interpretativa, puede tener una fuerza obligatoria diferente. En ese sentido, «los principios se aplicarán en defecto de ley y costumbre, pero también informarán el ordenamiento jurídico».⁶ Sin embargo, el problema con esta categoría conceptual se centra en establecer algunos parámetros para diferenciar los principios de las normas.

Así se puede señalar que las normas son aplicables a la manera de disyuntivas, de *all or nothing*, mientras que los principios son, más bien, razones para decidir: ni siquiera los que más se asemejan a las normas establecen consecuencias jurídicas que sigan automáticamente cuando se satisfacen las condiciones previstas.⁷ Cuando decimos que un principio forma parte de nuestro Derecho, tan sólo indicamos que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u otro caso. Las normas son aplicables o no son aplicables, puesto que una vez interpretadas cabrá constatar si el asunto planteado encaja o no en el supuesto de hecho que las mismas contemplan; los principios, a su turno, ni ofrecen ni dejan de ofrecer una respuesta categórica, sino que controlan (ampliando o limitando) las soluciones que se deducen del conjunto de las normas. En consecuencia, la diferencia residiría en que así como podemos conocer a ciencia cierta cuándo se impone la solución prevista en una norma, existe un margen de error a propósito de la solución avalada por un principio; sabemos que éste ejercerá alguna influencia en un cierto número de casos, pero no se puede catalogar exhaustivamente ni todos los casos ni la intensidad con que operará en cada uno de ellos.⁸

⁶ Éste es, por ejemplo, el tenor del artículo 1.4 del Código Civil español.

⁷ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984, p. 75.

⁸ Cfr. PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*. Op. cit., pp. 28, 29 y 32.

De otro lado, Atienza y Ruiz Manero, citados por Prieto Sanchís,⁹ señalan que los principios en sentido estricto configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Así, mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de los mismos. A este criterio de distinción (que es de índole estructural), los citados autores agregan un criterio de orden funcional, y es que las reglas constituyen razones perentorias para que el intérprete adopte la solución prevista en las mismas, excluyendo toda deliberación a propósito de cualquier otra mejor solución, mientras que los principios constituyen meramente razones de primer orden para resolver en un determinado sentido, cuya fuerza respecto de otras razones (otros principios), que pueden constituir, a su vez, razones para resolver en otro sentido, ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional.

Dworkin,¹⁰ a su turno, señala como otra distinción entre ambas categorías, el hecho de que los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su «peso» o «importancia», y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda mayor relevancia a uno de ellos. Esto no ocurre con las normas, o reglas, donde no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, y de ahí que si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida.

De otra parte, Robert Alexy¹¹ también parece mostrarse a favor de establecer diferencias entre estos dos conceptos. Así, señala el citado profesor que los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible. Son, por consiguiente, mandatos de opti-

⁹ Idem, pp. 32 y 33.

¹⁰ Cfr. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Op. cit., p. 78.

¹¹ Cfr. ALEXY, Robert. «Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica». En *Doxa*, n.º 5, 1988, p. 143.

mización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Consecuentemente, ante un conflicto entre principios se impone un ejercicio de ponderación referido al caso concreto que no lesiona la existencia simultánea en el mismo ordenamiento de tales principios, mientras que un conflicto entre normas o reglas, si es real, parece que ha de resolverse con la pérdida de validez de una de ellas. Si alguien está en una situación regulada por una regla, sólo tiene dos posibilidades: obedecer la regla en cuestión o no obedecerla. Un principio valorativo, por el contrario, establece un ideal que puede realizarse en un cierto grado, mayor o menor.¹²

Sin perjuicio de lo señalado hasta aquí, y al margen de que se pueda pensar que los principios son una especie de normas o, cuando menos, que los principios son, sencillamente, normas en cuanto desempeñan alguna función o se ponen al servicio de alguna técnica de argumentación, creemos importante tener siempre en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico se encuentra inspirado por una serie de —así denominados— principios, los cuales, en el caso concreto de su aplicación al arbitraje, son de fácil reconocimiento, tal como veremos más adelante.

Así las cosas, corresponde ahora analizar cuáles de estos llamados «principios» y/o garantías contenidas en el artículo 139 de nuestra Constitución Política, son aplicables a la institución del arbitraje.

2. PRINCIPIOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES APLICABLES AL ARBITRAJE

El artículo 139 de la Constitución Política del Perú, establece una serie de derechos y principios que son aplicables a la función jurisdiccional. Así, y teniendo en cuenta que la propia Constitución es la que otorga jurisdicción al arbitraje (junto con la justicia ordinaria y el fuero militar), se debe tener en cuenta que dichos principios y derechos serían, en

¹² Cfr. PECZENIK, A. «Dimensiones morales del Derecho». En *Doxa*, n.º 8, 1990, p. 92.

principio, aplicables también a esta institución. Sin embargo, y como veremos seguidamente, no todas estas estipulaciones son aplicables al arbitraje debido a su propia naturaleza, la cual hace inviable hablar de, por ejemplo, el principio de gratuidad en la administración de justicia al interior de un procedimiento arbitral.

Sin duda, este precepto constitucional ha sido duramente criticado, y es que, sin más, adopta una tesis jurisdiccional para el arbitraje, dejando de lado la moderna doctrina que intenta explicar cuál es la verdadera naturaleza de esta institución. En ese sentido, como intérprete y defensor de la Constitución, y crítico de estas posturas, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) se ha pronunciado en reiteradas oportunidades sobre esta cuestión. Un claro ejemplo de ello, que sigue la misma línea de otras sentencias que sobre el particular ha emitido, es el siguiente texto en el que, en principio, el TC reconoce los principios de unidad y exclusividad en la administración de justicia. Así, señala:¹³

La Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el abocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).

[...] Por ello es que tradicionalmente se ha reservado el término jurisdicción para designar la atribución que ejercen los órganos estatales encargados de impartir justicia y aplicar las disposiciones previstas en la ley para quien infringe sus mandatos.

Sin embargo, posteriormente, el TC realiza un interesante desarrollo de las excepciones que poseen estos principios, otorgando una explicación (no tan convincente desde nuestro punto de vista) del porqué se adoptó una tesis jurisdiccionalista para el arbitraje en nuestro país:

¹³ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.º 6167-2005-HC/TC FFJJ 5-14.

Sin embargo, el artículo 139, inciso 1, de nuestro ordenamiento constitucional, consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada.

Al respecto, el reconocimiento constitucional de fueros especiales, a saber, militar y arbitral (inciso 1 del artículo 139); [...] no vulnera el principio de igualdad ante la ley, previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución, siempre que asegure al justiciable todas las garantías vinculadas al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

[El] arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio (sic), sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. [...].

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.

[...] Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible [...], con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley de Arbitraje.

Teniendo esto en cuenta, a continuación realizaremos un breve recuento de cada uno de estos principios y derechos para, posteriormente, afirmar si es que resultan aplicables o no a un proceso arbitral.

2.1. Principio de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional

El inciso 1 del artículo 139 de nuestra Constitución, consagra los principios de unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. Señala dicho inciso: «La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación».

En la parte introductoria de este acápite ya hicimos referencia a cómo es que el Tribunal Constitucional trata estos principios. Sólo cabría señalar que al establecer la propia Constitución, excepciones para su aplicación (pues, no sólo otorga esta calidad al proceso ordinario, sino también al arbitraje y al fuero militar), se otorga al arbitraje la calidad de jurisdicción, desterrando la posibilidad de afirmar que el arbitraje posee naturaleza contractualista.

Con todo, esta postura se condice, en cierta medida, con la tesis realista o mixta de la naturaleza jurídica del arbitraje (que uno de los autores de este ensayo propuso junto a Ricardo Vásquez Kunze, en una investigación anterior),¹⁴ en el sentido de que el arbitraje se nutre de

¹⁴ Cfr. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario

una serie de instituciones de diversas ramas del saber jurídico, que lo hacen un medio que se alimenta y robustece de figuras que resultan necesarias para que pueda cumplir con el fin propuesto, esto es, resolver un conflicto de intereses.

2.2. Principio de independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional

El inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, establece «La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede abocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe; sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno».

Sobre este principio, el Tribunal Constitucional¹⁵ ha señalado que supone un mandato para que en todos los poderes públicos, los particulares e, incluso, al interior del propio órgano, se garantice el respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones, de modo que sus decisiones sean imparciales y más aún se logre mantener esa imagen de imparcialidad frente a la opinión pública. Asimismo, continúa el Tribunal Constitucional, esta autonomía debe ser entendida desde una doble perspectiva: a) como garantía de la administración de justicia; b) como atributo del propio juez. Es en este último plano donde se sientan las bases para poder hablar de una real independencia institucional que garantice la correcta administración de justicia, pues supone que el juez se encuentre y se sienta sujeto únicamente al imperio de la ley y la Constitución antes que a cualquier fuerza o influencia política.

Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2006, vol. 1.

¹⁵ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.º 2465-2004-AA/TC FFJJ 6-8.

Debemos señalar que estas precisiones son plenamente aplicables al arbitraje; específicamente, al caso del árbitro. Incluso, la propia Ley de Arbitraje, en su artículo 28, inciso 1, exige que todo árbitro deba ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial.

Este concepto es uno de carácter objetivo, apreciable a partir de las relaciones del árbitro con las partes.¹⁶ Leon Trakman¹⁷ señala que, ordinariamente, la independencia se refiere a una relación, por ejemplo, cuando un árbitro se encuentra profesional o personalmente vinculado con una de las partes, o tiene una conexión familiar o comercial con ésta. Existen relaciones profesionales, familiares, comerciales, personales. La independencia también depende del grado de esa relación. El grado de la independencia de un árbitro se mide objetivamente.

2.3. Derecho a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional

El inciso 3 del artículo 139 de la Constitución, establece «La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

El Tribunal Constitucional,¹⁸ en conceptos que son perfectamente aplicables al arbitraje, ha señalado sobre este particular:

¹⁶ ALONSO, José María. «La independencia e imparcialidad de los árbitros». *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 2, p. 98.

¹⁷ Cfr. TRAKMAN, LEON. «The impartiality and independence of arbitrators reconsidered». *International Arbitration Law Review*, vol. 10, issue n.º 4, pp. 127 y 128 (traducción libre).

¹⁸ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.º 1209-2006-AA/TC, ffj. 28-31.

Como lo ha precisado la Corte Constitucional Colombiana en criterio que en este extremo suscribimos: “El derecho al debido proceso es un derecho fundamental constitucional, instituido para proteger a los ciudadanos contra los abusos y desviaciones de las autoridades, originadas no sólo en las actuaciones procesales, sino de las decisiones que adoptan y pueda afectar injustamente los derechos e intereses legítimos de aquéllos”.

[...] En este sentido hemos establecido que “el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal, que se traduce en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja, que no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, justo sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también como un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia”.

El debido proceso en su dimensión sustancial quiere significar un mecanismo de control sobre las propias decisiones y sus efectos, cuando a partir de dichas actuaciones o decisiones se afecta de modo manifiesto y grave cualquier derecho fundamental (y no sólo los establecidos en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional). No se trata desde luego que la justicia constitucional asuma el papel de revisión de todo cuanto haya sido resuelto por la justicia ordinaria a través de estos mecanismos, pero tampoco de crear zonas de intangibilidad para que la arbitrariedad o la injusticia puedan prosperar cubiertas con algún manto de justicia procedimental o formal. [...]

Como se sabe, en el arbitraje existen mecanismos que permiten salvaguardar y proteger los derechos de los justiciables. Sin embargo, y a diferencia de un proceso ordinario, este control se realiza solamente en determinados supuestos, los cuales se hallan taxativamente enumerados en la Ley de Arbitraje¹⁹ y se refieren únicamente a aspectos formales. Es decir, en el supuesto de que se plantee una acción de anulabilidad

¹⁹ Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

de un laudo arbitral en sede judicial, los magistrados no podrán entrar a analizar el fondo del proceso, vale decir, el aspecto sustancial de la controversia, sino más bien única y exclusivamente su aspecto formal, garantizándose, de este modo, que la tarea realizada por los árbitros sea respetada y no quepa sobre ella recursos que tiendan a revisar el razonamiento y la fundamentación de sus decisiones.

2.4. Principio de publicidad

El inciso 4 del artículo 139 de la Constitución, establece «La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la ley. Los procesos judiciales por responsabilidad de funcionarios públicos, y por los delitos

-
- b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - 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 estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este decreto legislativo.
 - d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
 - e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
 - f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
 - g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
- [...].
7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
- [...].

cometidos por medio de la prensa y los que se refieren a derechos fundamentales garantizados por la Constitución, son siempre públicos».

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional²⁰ ha señalado que uno de los principios que informan y limitan el ejercicio de la función jurisdiccional, sin duda, es el de publicidad, establecido en el artículo 139.4 de la Ley Fundamental. Dicho principio no es sino la concreción del principio general de publicidad y transparencia, al cual se encuentra sujeta la actividad de todos los poderes públicos en un sistema democrático y republicano de gobierno. En efecto, en una sociedad democrática y constitucional, la publicidad de la actuación de los poderes públicos debe entenderse como regla, mientras que la reserva o confidencialidad como excepción, la cual sólo se justifica en la necesidad de proteger otros principios y valores constitucionales, así como los derechos fundamentales.

Esta opinión establece excepciones en la aplicación y obediencia de este principio. Una de esas excepciones recae, pues, sobre el arbitraje, ya que el mismo se rige por el principio de confidencialidad. Ésta es, como ya se señaló, una de las grandes diferencias que existen entre el proceso ordinario y las actuaciones arbitrales, pues a diferencia de aquélla, en ésta la regla está constituida por la absoluta privacidad del asunto materia de la controversia, por lo menos hasta que el laudo sea emitido, pues, por ejemplo, en materia de contrataciones con el Estado, el mismo deberá ser publicado en la página web del OSCE.

2.5. Derecho a la motivación escrita

El inciso 5 del artículo 139 de la Constitución, establece que resulta obligatoria «La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan».

²⁰ Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.º 0003-2005-AI/TC, f. 38.

Este derecho no es privativo de la jurisdicción ordinaria, y es que en el arbitraje también resulta obligatorio, con el objeto de que el tribunal arbitral sustente debidamente sus pronunciamientos. La motivación constituye una exigencia que debe ser observada en todo tipo de procedimiento, incluido el arbitral. En ese sentido, toda resolución y/o laudo debe ser congruente, a fin de calibrar allí la debida correlación entre los hechos presentados y la base normativa que sustenta la decisión final y lo que ésta determina. La motivación, en suma, pone de manifiesto el uso del criterio de razonabilidad.

2.6. Derecho a la pluralidad de instancia

El inciso sexto del artículo 139 de la Constitución, consagra el derecho a la pluralidad de instancia.

La recurribilidad de las sentencias (conocida también como pluralidad de instancia), tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal. Se trata, en estricto, de un derecho que nace a partir de una doble realidad: por un lado, la comprobación de la falibilidad humana, que en el ámbito judicial recae en la persona del juzgador, y, por el otro, el hecho, consustancial a la pretensión de las partes, de no aceptar la resolución que sea desfavorable a sus propios intereses.

Si bien es cierto, este derecho en sede ordinaria (y también en la jurisdicción militar) puede ser utilizado sin mayor exigencia que la formal (solicitarlo dentro del plazo establecido por ley), en sede arbitral su aplicación resulta mucho más limitada, y es que sólo se permite cuestionar el laudo arbitral si es que se cumple con determinados requisitos taxativamente establecidos en la propia ley arbitral, pero no a manera

de instancia plural o de revisión del fondo de lo actuado, sino en vía de anulación de laudo.

La actual Ley de Arbitraje no menciona, pero tampoco prohíbe que las partes pacten la posibilidad de apelar lo resuelto por el tribunal arbitral a una segunda instancia, sea ésta arbitral o judicial.

Asimismo, cabe señalar que la revisión vía anulación sólo versará sobre cuestiones de índole formal, no siendo admisible que el juez ordinario se pronuncie sobre el fondo de la controversia, ya que esta tarea corresponde única y exclusivamente a los árbitros.

2.7. Derecho a una indemnización

El inciso séptimo del artículo 139 de la Constitución, concede el derecho a «La indemnización, en la forma que determine la ley, por los errores judiciales en los procesos penales y por las detenciones arbitrarias, sin perjuicio de la responsabilidad a que hubiere lugar».

Teniendo en cuenta que este derecho sólo se aplica a casos de índole penal, no cabe ahondar en él.

2.8. Derecho a la aplicación de los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario

El inciso 8 del artículo 139 de la Constitución, establece «El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario».

Este principio es aplicable a todos los fueros existentes en nuestro país y es que resulta absurdo que un tercero que administra justicia se excuse en el vacío o deficiencia de una ley para no administrar justicia.

Los árbitros, al igual que los jueces ordinarios, tienen el deber de salvar estos *impases* recurriendo, para ello, a una serie de herramientas que el propio Derecho les ofrece. Así, la norma constitucional propone que se recurra a los principios generales del Derecho y al Derecho consuetudinario, principalmente. Claro está, nada obsta para que los árbitros recurran a otros medios interpretativos o técnicas argumentativas que les permitan cumplir con su principal función: resolver una controversia suscitada entre dos o más sujetos de derecho sobre una materia de libre disponibilidad.

2.9. Principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos

El inciso 9 del artículo 139 de la Constitución, consagra «El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos».

Es obvio que este principio también resulta aplicable en un arbitraje.

2.10. Derecho a no ser penado sin proceso judicial

El inciso 10 del artículo 139 de la Constitución, establece «El principio de no ser penado sin proceso judicial».

Cabe señalar que la evolución del contenido de este principio ha hecho que hoy en día trascienda a la sanción penal para abarcar también a otro tipo de afectaciones o de sanciones (como las emitidas por órganos administrativos o particulares), que puedan recaer sobre las personas u otro tipo de sujetos de Derecho. Así, contemporáneamente, la norma constitucional bajo comentario exige que ninguna persona o sujeto de Derecho sea afectado o sancionado si antes no se inició, tramitó y concluyó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación; por lo tanto, implica también que ninguna

persona u otro sujeto de Derecho pueda ser sorprendida o afectada con los resultados de un proceso o procedimiento que no conoció o que no estuvo en aptitud de conocer. De vulnerarse esta exigencia, la decisión que se emita será nula en la medida de que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal.²¹

2.11. Principio indubio pro reo

El inciso 11 del artículo 139 de la Constitución, consagra «La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales».

Al igual que lo que sucede con algunos principios reconocidos constitucionalmente, el principio del *indubio pro reo* tampoco sería aplicable al ámbito arbitral, pues éste —ni por asomo— tiene naturaleza penal.

2.12. Principio de no ser condenado en ausencia

El inciso 12 del artículo 139 de la Constitución, consagra «El principio de no ser condenado en ausencia».

Este principio, al ser uno de índole eminentemente penal, tampoco sería aplicable al arbitraje.

2.13. Principio de cosa juzgada

El inciso 13 del artículo 139 de la Constitución, establece «La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada».

²¹ A mayor abundamiento, ver BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. En *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, tomo II, pp. 542 y 543.

El Tribunal Constitucional, sobre este particular, ha emitido sentencias que se pronuncian sobre el contenido de este principio que, *mutatis mutandis*, podrían aplicarse plenamente al ámbito arbitral.

Así, el referido tribunal señala que la cosa juzgada se configura con aquella sentencia que se pronuncia sobre el fondo de la controversia jurídica, de conformidad con el orden objetivo de valores, con los principios constitucionales y con los derechos fundamentales, y de acuerdo con la interpretación que haya realizado el tribunal de las leyes, o de toda norma con rango de ley, o de los reglamentos. Sólo de esa manera un ordenamiento constitucional puede garantizar a la ciudadanía la certeza jurídica y la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales.²²

A su turno, Monroy Gálvez²³ sostiene que para que los fines del proceso (léase, actuaciones arbitrales) se concreten, es indispensable que la decisión final que se obtenga en éste sea de exigencia inexorable. Esta calidad de indiscutibilidad y de certeza en su contenido es una autoridad intrínseca que acompaña a las resoluciones judiciales (o laudo arbitral) y recibe el nombre de cosa juzgada.

2.14. Derecho a la defensa

El inciso 14 del artículo 139 de la Constitución, establece «El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad».

²² Cfr. la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, recaída en el expediente n.º 006-2006-CC/TC, ffj. 68-71.

²³ Cfr. MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1996, tomo 1, p. 86.

Este principio resulta aplicable al arbitraje sólo en lo que respecta a su primera parte, vale decir, en cuanto al derecho de defensa. Ello, en vista de que la defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.²⁴

2.15. Derecho a ser informado sobre el motivo de una detención

El inciso 15 del artículo 139 de la Constitución, consagra «El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención».

Este derecho, como es evidente, no resulta aplicable al ámbito arbitral, ya que lo que con él se desea proteger es el derecho que toda persona tiene de que se le informe sobre los motivos o causas que originan su detención, vale decir, la privación de su libertad personal.

2.16. Principio de gratuidad en la administración de justicia

El inciso 16 del artículo 139 de la Constitución, establece «El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala».

²⁴ Existen una serie de instrumentos internacionales que ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. Entre ellos, tenemos el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que ordena en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14, inciso 3, acápite d), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también a través de un abogado. Por su parte, el artículo 8, inciso 2, acápite c) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede al inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

Éste es el caso de otro principio que no resulta aplicable al arbitraje. Recurrir a este medio de resolución de controversias tiene un costo que en términos económicos es más oneroso que el que demanda un proceso en la vía ordinaria. Sin embargo, si es que se analiza en conjunto todos los factores que se relacionan a cada tipo de proceso, se podría llegar a la conclusión de que el arbitraje resultará —a fin de cuentas— menos oneroso que el proceso ordinario.

Ahora bien, resulta importante citar la figura del «arbitraje popular», regulada por Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS (norma publicada en el diario oficial «El Peruano», el 27 de noviembre de 2008). Así, a través de este mecanismo, se puede someter a arbitraje controversias que versen sobre materias de libre disposición cuya estimación económica no exceda las 20 UITs. Este tipo de arbitrajes se caracteriza por su bajo costo, ya que en su tramitación interviene directamente el Ministerio de Justicia, de manera que los costos disminuyen considerablemente.

Finalmente, cabe señalar que, en estricto, ningún sistema de administración de justicia resulta gratuito. Siempre existen costos y costas que deben ser sufragados por las partes en conflicto. El arbitraje no constituye una excepción a dicha regla.

2.17. Derecho al nombramiento y revocación de los magistrados

El inciso 17 del artículo 139 de la Constitución, consagra la posibilidad de «La participación popular en el nombramiento y en la revocación de magistrados, conforme a ley». Sin embargo, lo cierto es que los espacios de participación son bastante reducidos. En todo caso, debemos precisar que el inciso bajo comentario no hace referencia a «elecciones» o a «votación», que son las principales formas de participación política. Del mismo se desprende que la Constitución admite otras formas de participación en el nombramiento y la revocación antes mencionados.

Este principio tiene un sucedáneo en el arbitraje, y es que la ley de la materia permite a las partes elegir²⁵ a quienes van a conformar el tribunal arbitral y otorga la posibilidad de que sean las mismas partes quienes puedan remover²⁶ o recusar²⁷ a dichas personas de sus cargos.

²⁵ Artículo 19.- «Número de árbitros

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros».

²⁶ Artículo 30.- «Remoción

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

²⁷ Artículo 28.- «Motivos de abstención y de recusación

1. Todo árbitro debe ser y permanecer, durante el arbitraje, independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes po-

2.18. Principio de colaboración del Poder Ejecutivo en los procesos

El inciso 18 del artículo 139 de la Constitución, estipula «La obligación del Poder Ejecutivo de prestar la colaboración que en los procesos le sea requerida».

Este principio resulta plenamente aplicable al ámbito arbitral. El caso más ejemplificativo lo podemos encontrar cuando se aborda el tema de la ejecución de lo ordenado en el laudo arbitral. Así, cuando una parte es renuente a cumplir lo ordenado por un tribunal arbitral, lo común es que se solicite el uso de la fuerza pública para hacer cumplir el laudo. Esto se logra, normalmente, a través del inicio de un proceso de ejecución del laudo, luego del cual la fuerza del Estado se materializa a favor de quien triunfó en el proceso arbitral.

Además, en el arbitraje se contemplan múltiples actos de colaboración del Poder Judicial con los tribunales arbitrales; y otros casos en que la colaboración será del propio Poder Ejecutivo, como cuando un tribunal arbitral ordena a la Sunarp (órgano desconcentrado del Ministerio de Justicia) inscribir un laudo arbitral.

2.19. Principio de legitimidad de origen

El inciso 19 del artículo 139 de la Constitución, establece «La prohibición de ejercer función judicial por quien no ha sido nombrado en la

drán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.
4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.
5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento».

forma prevista por la Constitución o la ley. Los órganos jurisdiccionales no pueden darle posesión del cargo, bajo responsabilidad».

Rubio Correa²⁸ sostiene sobre este particular que quien ejerce función jurisdiccional tiene que haber sido nombrado según las prescripciones constitucionales y legales. De otra manera, la sociedad nunca estaría segura de la seriedad con la que una persona hubiera sido reclutada para la función y, es más, se podrían producir situaciones oprobiosas ya existentes en el pasado que, en muchos casos, incluyeron hasta la venta de puestos vitalicios en la judicatura.

Cabe señalar que es la propia Constitución la que faculta a una ley especial (que en nuestro caso es la Ley de Arbitraje), para que regule esta temática en el caso concreto. Así, los árbitros se encuentran legitimados para impartir justicia, siempre y cuando se respeten las normas constitucionales que les son aplicables, las normas imperativas, así como aquellos preceptos de orden público.

De otro lado, este principio se encuentra relacionado con el principio *kompetenz-kompetenz*, propio del área arbitral, el cual implica que el árbitro tiene la facultad de decidir acerca de su propia competencia en caso ésta sea cuestionada. Dicho principio se encuentra contenido en el artículo 41 de la vigente Ley de Arbitraje del Perú.²⁹

²⁸ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución de 1993*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, tomo 4, p. 139.

²⁹ 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.
2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia,

Así, y de manera general, cabe señalar que el efecto positivo del principio de «competencia de la competencia» permite a los árbitros ser los primeros en pronunciarse sobre su propia competencia, en tanto que el efecto negativo les permite ser los que, en primer lugar, resuelvan sobre ella. De esta forma, se obliga así a los órganos jurisdiccionales a no pronunciarse sobre el fondo de las cuestiones que afectan a la competencia de los árbitros antes de que éstos hayan tenido la ocasión de hacerlo.³⁰

-
- 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.
3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar; sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.
 4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión, relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
 5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia».

³⁰ Cfr. ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Navarra: Aranzadi, 2005, p. 234.

2.20. Derecho al análisis y crítica de las resoluciones judiciales

El inciso 20 del artículo 139 de la Constitución, establece «El principio del derecho de toda persona de formular análisis y críticas de las resoluciones y sentencias judiciales, con las limitaciones de ley».

Creemos que si bien es cierto existe plena libertad para que una persona pueda realizar comentarios o críticas a una resolución y/o sentencia judicial, en el caso del arbitraje el tema de la confidencialidad podría constituir una limitación a este principio. Decimos esto, debido a que el ejercicio de esta facultad podría incluso ser inexistente, y es que en muchos casos las partes son las más interesadas en que los detalles del proceso arbitral no salgan del ámbito estrictamente procedimental, dejando de lado la posibilidad de que las resoluciones y/o laudo arbitral sean analizados por terceros ajenos al proceso. Sin embargo, y en caso el laudo se haya publicado en la página web del OSCE o si existiese acuerdo para que el procedimiento sea público, o si el caso se judicializara en anulación, creemos que toda persona gozará de este derecho, tal como sucede en el fuero ordinario, teniendo la más absoluta libertad en su ejercicio.

2.21. Derechos de reclusos y sentenciados

El inciso 21 del artículo 139 de la Constitución, consagra «El derecho de los reclusos y sentenciados de ocupar establecimientos adecuados».

Al ser este derecho uno que atañe únicamente al ámbito penal, carece de sentido ahondar en él, ya que resulta claro que no es aplicable al fuero arbitral. Lo mismo sucederá con el inciso 22 del artículo 139, ya que en él se estipula el principio de que el régimen penitenciario tiene por objeto la reeducación, rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad, precepto que tampoco resulta aplicable al arbitraje.

Lima, febrero del 2015

LAS IMPUGNACIONES EN EL ARBITRAJE ENTRE PASADO Y PRESENTE

Eugenia Ariano Deho*

Sumario: 1. Premisa.— 2. El *compromissum* romano y su carencia de tutela directa.— 3. El acercamiento de la sentencia arbitral a la sentencia oficial en el derecho intermedio italiano.— 4. La enmarañada historia de la impugnación de la sentencia arbitral en el derecho histórico español.— 5. Del Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852 a la LA 2008.— 6. Declaraciones conclusivas.

1. PREMISA

Uno de los fenómenos observables un poco en todos los ordenamientos, es la tendencia a reducir los medios (y los alcances) para impugnar judicialmente las decisiones arbitrales.¹

* Profesora de Derecho Procesal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Lima. Magíster en Derecho Procesal. Email: eariano@pucp.edu.pe.

¹ En esa línea se inserta la reforma francesa del 2011 que, para el arbitraje interno, ha adoptado la regla de que la apelación sólo procede si así lo han acordado las partes (artículo 1489 del CPC: «*La sentence n'est pas susceptible d'appel sauf volonté contraire des parties*»), pues con anterioridad la apelación procedía siempre, salvo acuerdo contrario de las partes (artículo 1482 del NCPC: «*La sentence arbitrale est susceptible d'appel à moins que les parties n'aient renoncé à l'appel dans la convention d'arbitrage. Toutefois, elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage*»). A la par, para el arbitraje internacional, en novedad frente a lo existente, permite, con gran amplitud, la renuncia del recurso de anulación (artículo 1522 del NCPC). Sobre este último aspecto *cfr.*

Los factores justificantes de estas tendencias «globales» son variados, pero sustancialmente están orientadas a hacer más «atractivo» el arbitraje, en particular, el internacional, en el sentido de que mientras menos susceptible de impugnación judicial sea una decisión arbitral en un determinado Estado, habrá mayor probabilidad de que ese Estado sea escogido como sede de un arbitraje.²

En esa línea se coloca nuestra Ley de Arbitraje del 2008 (LA 2008), en cuyo artículo 62.1 con toda contundencia se precisa:

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.

La (redundante) doble precisión («sólo», «única vía de impugnación»)³ del artículo 62.1 viene acompañada de otra que aclara que:

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

MONTERO Félix J. y Fernando BEDOYA PÉREZ-LLORCA. «La renuncia a la acción de anulación en la nueva ley de arbitraje francesa». *Revista del Club Español del Arbitraje*, 2011, n.º 11, pp. 145-152.

² Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. «Reformas en un “paraíso arbitral”: la Ley belga n.º 532743 de 24 junio de 2013». *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2014, vol. VII, n.º 1, p. 125, quien, en comentario a la reforma belga del 2013 —que al igual que la francesa del 2011, ha establecido que la apelación sólo procede si hay acuerdo de las partes— señala que con ella «se ha buscado promover la localización de los arbitrajes internacionales en Bélgica y evitar que arbitrajes nacionales se desplacen al extranjero». También Suiza, en su neo Código de Derecho Procesal Civil unificado, del 2008 (en vigencia desde el 2011), para el arbitraje interno, establece que el laudo es apelable ante el Tribunal Cantonal, sólo cuando hay pacto expreso (artículo 390).

³ El «sólo» del artículo 62.1 de la LA 2008, constituye una recepción —bastante acrítica— del artículo 34 de la Ley Modelo de Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo Uncitral).

calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Puntualizaciones éstas que, a su vez, constituyen consecuencias de lo dispuesto en el artículo 59 de la LA 2008, en el sentido de que todo laudo «es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes» (inciso 1), que «produce efectos de cosa juzgada» (inciso 2) y que «Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo [...], la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente».

De todas estas previsiones se desprende una expresa toma de posición de nuestro legislador en el sentido de que el laudo es, *per se* —esto es, ya no por equivalencia a la sentencia estatal—,⁴ vinculante para las partes, tan vinculante que su existencia confiere tanto *actio executiva* como *res iudicata* inmediata. En tal línea, conforme a la LA 2008, el fondo de lo resuelto en el arbitraje es absolutamente irrevisable, siendo el laudo sólo susceptible de un control de validez, a realizarse a través de la promoción, dentro de los plazos y por las causales expresamente previstas por la ley, del recurso de anulación, «única vía de impugnación» que mientras se sustancia no impide *ex lege* ni que sus efectos se desplieguen ni, de ser necesario, que se pueda llevar adelante su ejecución forzada.

A ello se agrega, que «cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano», es posible

⁴ Que era el enfoque de la anterior Ley de Arbitraje (LGA, Ley n.º 26572), que si bien en su artículo 59 señalaba que «Los laudos arbitrales son definitivos» y con «valor de cosa juzgada», en su artículo 83 precisaba que «El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor *equivalente* al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes».

un pacto de renuncia del recurso de anulación (artículo 63.8 de la LA 2008).⁵

Ergo, con esta toma de posición de nuestro ordenamiento arbitral —como vino proclamado en su Exposición de Motivos— se ha querido, «aumentar la competitividad del Perú, como sede de arbitraje, de manera que pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón de la existencia de un marco legal seguro y predecible ajustado a los estándares internacionales». ⁶ En pocas palabras, intención de la LA 2008 fue ofrecernos al mundo como una óptima sede para arbitrar.

Pero, este limitadísimo régimen de impugnación del laudo —que, por cierto no difiere mucho del que se había previsto en la previa Ley General de Arbitraje de 1996— ha estado también «inspirado» en razones estrictamente «domésticas» (y para el arbitraje doméstico): evitar «intervenciones judiciales innecesarias», esto es, que el laudo (o alguna decisión arbitral intermedia) sea objeto de cuestionamiento a través de lo que el Código Procesal Constitucional del 2004 llama «procesos constitucionales», ⁷ esto es, en sustancia, por esa suerte de «llave maes-

⁵ Que era, en la fecha de redacción de nuestra LA 2008, más o menos, la solución de varios «paraísos arbitrales»: Suiza (artículo 192 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado), Bélgica (artículo 1717.4 del *Code Judiciaire*), Suecia (artículo 51 de su Ley Arbitral). Sobre la renunciabilidad de la impugnación en el ámbito de los arbitrajes internacionales en Suiza, *cfr.* el interesante trabajo de POMETÀ, Michele. «*La rinuncia preventiva all'impugnabilità del lodo arbitrale è compatibile con la convenzione europea dei diritti dell'uomo? Il Tribunale federale svizzero si pronuncia sulla questione*». *Rivista dell'arbitrato*, 2013, pp. 171-185.

⁶ Exposición Oficial de Motivos. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro (coord.). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo II, p. 275.

⁷ Lo deja inferir, sin decirlo expresamente, la Exposición de Motivos, al darse cuenta de los principios que inspiraron la reforma: «Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria, como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndola como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Para ello se propu-

tra» que es el amparo.⁸ De allí la previsión, colocada en la Duodécima Disposición Complementaria de la LA 2008, en el sentido de que:

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Sin embargo, el que con estas previsiones se haya logrado que, por un lado, el Perú, por tener una de «las leyes más modernas del mundo»,⁹ haya sido, efectivamente, elegido como sede de arbitrajes internacionales; y, sobre todo, si el «candado» de su Duodécima Disposición Complementaria, ha resultado realmente eficiente (y suficiente) para neutralizar la «llave maestra» del amparo, está por verse.

Con todo, si pensamos que hasta algo más de veinte años contra los laudos (*rectius*, contra las «sentencias de los árbitros») procedían «los mismos recursos que contra las de los jueces ordinarios» (artículo 570 del Código de Procedimientos Civiles, CPC 1912) y que hasta la entrada en vigencia de la LA 2008, mientras no se agotaran todos los recursos disponibles (entre los que estaba también la apelación *pacticia*: artículo 60 de la LGA 1996), el laudo era *ex lege* aún ineficaz (artículo 83 de la LGA 1996); no cabe duda de que la vigente ley arbitral, con su eficacia *ex lege* inmediata del laudo y con su «único» medio de impugnación, es profundamente innovadora.

so [...], priorizar un control *ex post* del laudo por medio de recurso de anulación y evitar el uso de recursos o intervenciones *ex ante* del laudo [...], (*Ob. cit.*, p. 277).

⁸ Sobre las tomas de posición de nuestro Tribunal Constitucional, respecto de lo que ha venido en llamarse «amparo arbitral», nos referiremos más adelante.

⁹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y otro. «Why Fix What is not Broken?». En *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, tomo 1, *cit.*, p. XXI, en referencia a los comentarios recibidos «de distintos expertos nacionales y extranjeros».

En las siguientes líneas, voy a tratar de bosquejar la evolución de las impugnaciones en materia arbitral, teniendo muy presente que el arbitraje, como método de resolución de controversias es muy antiguo, casi, se diría, «fundacional» de la civilización humana¹⁰ y que en su larga historia ha estado en continua tensión con las instituciones «oficiales» encauzadas al mismo fin.

2. EL *COMPROMISSUM* ROMANO Y SU CARENIA DE TUTELA DIRECTA

Decía al inicio que existe una tendencia «global» de reducir los medios para impugnar judicialmente las decisiones arbitrales. La pregunta que sigue ¿cómo así y desde cuándo las decisiones arbitrales devinieron judicialmente impugnables?

Pues no, ciertamente, en la larga experiencia jurídica romana.¹¹ En efecto, de ella emerge un dato: nunca la «sentencia arbitral» fue equiparada a la sentencia del juez (ni la del *iudex* privado del proceso formulario ni la del juez funcionario de la *cognitio extraordinem*), sino

¹⁰ Cfr. ZAPPALÀ, Francesco. «Universalismo histórico del arbitraje». *Vniversitas*. Revista de Ciencias Jurídicas, julio-diciembre 2010, n.º 121, pp. 193-216.

¹¹ Pese a la ausencia de fuentes sobre los arbitrajes practicados en la Roma antigua, no se tienen dudas de que existieron y qué tal fue su difusión que existe la «razonable conjetura» de que «alguno» de ellos haya servido de modelo para diseño del proceso formulario. Cfr. MARRONE, Matteo. «Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana». *Roma e America. Diritto romano comune*. 1998, n.º 5, p. 57; CRIFÓ, Giuliano. «Arbitrato. a) diritto romano». En *Enciclopedia del diritto*. II. Milán: Giuffrè, 1958, p. 893. La «razonable conjetura» proviene de Betti. Testimonio de la práctica del arbitraje en el período clásico, son las opiniones de los grandes jurisconsultos, recopiladas en Libro IV, Título VIII del Digesto justiniano. Sobre los diversos arbitrajes practicados en Roma, cfr. la reconstrucción de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. «Contribución al estudio histórico-jurídico del arbitraje». *Religión y cultura*, 2005, pp. 711-738, así como *idem*. «Del arbitraje romano configurado “a semejanza de los juicios” “*compromisso quod iudicium imitatur*”». *Revista de Derecho UNED*, 2012, n.º 11, pp. 269-278.

que siempre se mantuvo en el plano negocial del *compromissum*.¹² De allí que la sentencia de los árbitros no fuera apelable. Lo testimonia el rescripto de Caracalla del año 213, que los compiladores justinianos sintieron la necesidad de insertar en el *Codex* (Libro II, Título 56, 1):

Con frecuencia se respondió por rescripto que no se puede apelar de la sentencia del árbitro al cual se recurrió en virtud de compromiso legalmente hecho, porque tampoco se puede dar en virtud de ella la acción de cosa juzgada, y por esto se promete por ambas partes una pena, para que por miedo a ella no se separe ninguna de lo convenido. Más si se pronunció sentencia pasado el día fijado en el compromiso, es nula la sentencia, y no incurre en pena alguna el que no la hubiere obedecido.

El rescripto aludido —emitido en un período histórico en el que la apelación ya se había asentado como remedio ordinario frente a la sentencia de los jueces oficiales—,¹³ nos da los indicios de la razón de la inapelabilidad: en caso de desobediencia de la sentencia arbitral sólo cabía el pago de la penalidad pactada en el *compromissum*, que es como decir que la sentencia arbitral no era considerada, desde el ángulo del derecho oficial, para nada vinculante para las partes.¹⁴ De allí que no

¹² El *compromissum* era un pacto-sometimiento de la resolución de un conflicto *inter partes* a la decisión de un árbitro, el cual se comprometía a dar su opinión sobre el asunto. A dicho pacto, para recibir tutela (en su momento) del pretor, se comenzaron a añadir estipulaciones recíprocas, en virtud de las cuales los intervinientes podían exigirse el cumplimiento de una penalidad, para el caso de no colaboración con el árbitro en el desarrollo de su actuación o de no acatamiento de la sentencia arbitral.

¹³ Conforme lo señala ORESTANO, Riccardo. «*Appello (diritto romano)*». En *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1958, vol. II, p. 710, las líneas esenciales de la apelación quedaron fijadas en la edad de los Severos.

¹⁴ Que incluso podían liberarse del pago de la *poena ex compromissi* invocando la excepción de dolo malo. Así en opinión de Paulo: «Cuando uno de los árbitros hubiese aparecido siendo manifestamente enemigo por otras causas, y reconvenido también con las pruebas para que no pronunciase sentencia, hubiese perseverado, no obstante, en pronunciarla sin apremiarle nadie, el emperador Antonino proveyó al libelo de uno que se querelló de esto, que podía usar de la excepción

se le diera al ganador *actio iudicati* (y mucho menos la *exceptio rei iudicata*),¹⁵ pues la convención arbitral «era tutelada sólo indirectamente, debido a que la parte incumplida estaba expuesta a la acción nacida de la estipulación penal».¹⁶

Las cosas parecieron cambiar con Justiniano, quien con dos Constituciones de los años 529 (C. 2, 55, 4) y 530 (C. 2, 55, 5) respectivamente, le dio a la *sententia arbitri* eficacia vinculante cuando las partes hubieran elegido bajo juramento al árbitro y éste se hubiera obligado igualmente a través de tal juramento a dictar una sentencia y, también, en los casos en que la sentencia fuera homologada, esto es, aceptada expresa o tácitamente por las partes,¹⁷ dando acción (*actio in factum*) para el favorecido con el laudo frente al que no lo observara voluntariamente y excepción (*exceptio veluti pacti*) a favor del demandado frente al actor que, pese a la sentencia, acudía a la jurisdicción ordinaria.¹⁸ Sin embargo, la eficacia vinculante del compromiso jurado, fue dejada sin efecto por el propio Justiniano pocos años después (539) con la Novela 82,

de dolo malo. Y el mismo siendo consultado por un juez ante quien se pedía la pena, respondió por rescripto, que aun cuando no pueda apelarse, habrá que estar en la petición de la pena la excepción de dolo malo. Así, pues, por medio de esa excepción hay cierta especie de apelación, como quiera que sea lícito revocar la sentencia del árbitro» (D. 4, 7, 32, §14).

¹⁵ Sobre la *exceptio rei iudicata* cfr., en síntesis, PUGLIESE, Giovanni. «Giudicato (*diritto romano*). En *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè, vol. XVIII, pp. 735-740.

¹⁶ MARRONE. *Ob. cit.*, p. 64.

¹⁷ Porque era suscrita por las partes o porque omitían rechazarla en el plazo de diez días («Mas si después de la sentencia no hubieren consignado ciertamente de manera ninguna, que ellos aceptan la decisión, y dentro de los diez días siguientes no se hubiere enviado al juez o a la contraria por una de las partes declaración en que se manifieste que no se ha de aceptar la decisión, entonces que quede confirmada la sentencia por el silencio de las partes, y competa al condenado la excepción, y la susodicha acción al actor»: C., 2, 55, 5). Lo misterioso es este plazo de diez días, pues es aquél que Justiniano estableció apelar de la sentencia del juez (aunque ese plazo fue establecido recién en el año 536 en la Novela 23,1).

¹⁸ Nótese, sin embargo, que Justiniano no confiere ni *actio iudicati* ni *exceptio rei iudicata*.

11, quedando la duda de si con tal intervención se mantuvo la tutela directa de la sentencia homologada (conforme a C. 2, 55, 5) o más bien se regresó a la tutela indirecta de la *poena compromissi*.¹⁹

Con todo, la experiencia romana nos muestra lo que significa un arbitraje que se queda en el plano meramente negocial, esto es (usando el lenguaje de hoy), considerarlo como la mera «ejecución de un contrato», que en caso de incumplimiento se carezcan de los mismos remedios previstos para las sentencias «oficiales».

3. EL ACERCAMIENTO DE LA SENTENCIA ARBITRAL A LA SENTENCIA OFICIAL EN EL DERECHO INTERMEDIO ITALIANO

El vuelco de tuerca se produce en el Derecho Común italiano, en el cual, más que probablemente por la gran difusión de los arbitrajes (no sólo el voluntario sino sobre todo el impuesto por los estatutos comunales),²⁰ comienza la tendencia de la equiparación entre la sentencia arbitral y la sentencia de los jueces públicos y, como consecuencia, la sumisión de la decisión arbitral a los mismos remedios previstos para la sentencia de aquéllos.

¹⁹ Las intervenciones justinianas en materia de arbitraje siguen provocando discusiones entre los romanistas, en particular, en lo atinente a lo que fue derogado por la Novela 82,11. *Cfr.* recientemente, SITZIA, Francesco. «Riflessioni in tema di arbitrato in diritto giustiniano e bizantino». *Annali del Seminario Giuridico dell'Università degli Studi di Palermo* (AUPA), 2014, vol. 57, pp. 241-264.

²⁰ Según lo refiere SALVIOLI, Giuseppe. *Storia della procedura civile e criminale*. Milán Hoepli, 1927, II, pp. 183 y ss., todos los estatutos imponían el arbitraje entre parientes (marido y mujer, padres e hijos, parientes consanguíneos y afines hasta el cuarto grado), entre maestros y aprendices, artesanos y operarios, entre condóminos, entre socios, entre municipios, entre municipios y particulares, entre pobres, entre pobres y ricos, entre ignorantes de la ley y notarios. Incluso, se sentó la doctrina de que el juez podía imponer a las partes el arbitraje «cuando temía escándalos y la *litis* era vasta y dudosa».

Pero este giro de tuerca fue paulatino, pues aún en el siglo XIII, los glosadores, siguiendo a las fuentes justinianeas (en particular, el rescripto de Caracalla), negaron la apelabilidad de la sentencia arbitral, fundamentalmente porque a ella le faltaba «*vis rei iudicatae*», no naciendo de ella ni la acción a favor del actor ganador, ni excepción a favor del demandado absuelto»,²¹ sino sólo, en el caso de desobediencia, al pago de la pena pactada en el compromiso.

Sin embargo, haciendo eco de lo que ocurría en la *praxis*, los glosadores comenzaron a distinguir entre la sentencia del árbitro (*arbiter*) y del arbitrador (*arbitrator*), el primero que debía proceder *secundum iudiciurum ordinem* y resolver *de iure* y, el segundo, en cambio, que no estaba vinculado a las formalidades del *ordo iudiciorum* y resolvía la controversia *ex bono et aequo*, opinando por la apelabilidad de la sentencia de los arbitradores, mas no la de árbitros,²² lo que, con el correr del tiempo «ya no fue observado»,²³ haciendo apelable la una y la otra. En rigor, en un principio no se trataba de una auténtica apelación, sino de un remedio tomado del derecho canónico, la *reductio ad arbitrium boni viris*, «apelación impropia sin efecto devolutivo equivalente al recurso *via nullitatis*, hasta que la legislación estatutaria extendió a las sentencias arbitrales las reglas en materia de apelación».²⁴

²¹ PADOA SCHIOPPA, Antonio. *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*. Milán: Giuffrè, 1970, II, p. 82, quien pone en evidencia que los glosadores para sostener lo que sostenían «no ignoraban que Justiniano había admitido tanto la acción como la excepción siempre que, expresa o tácitamente, las partes hubieran aceptado la sentencia del árbitro; pero la validez de esa justificación (que se remonta al rescripto de Caracalla) de la prohibición de apelación no les parecía que había cesado: como Accursio sostendrá con discutibles razones, pero sin incertidumbres».

²² PADOA SCHIOPPA. *Ob. cit.*, pp. 87 y ss. De hecho la mayor diferencia entre uno y otro arbitraje estaba justamente en la apelabilidad o no del laudo. Lo señalan también SALVIOLI, *Ob. cit.*, p. 181 y PIANO MORTARI, Vincenzo. «Arbitrato b) Diritto intermedio». En *Enciclopedia del diritto*. Milán: Giuffrè, 1958, II, p. 897.

²³ Así SALVIOLI. *Ob. cit.*, p. 181.

²⁴ SALVIOLI. *Ob. cit.*, p. 188.

Lo cierto es que por fuerza de la *praxis*, con el aval de la doctrina, en el Derecho Intermedio italiano, se llegó a algo absolutamente nuevo, si lo comparamos con los antecedentes romanos: el acercamiento de la sentencia arbitral a la de los magistrados públicos, también a los efectos de su impugnación y ejecución,²⁵ signos éstos de esa transformación del arbitraje «de instituto de naturaleza privatística a instituto de carácter procesal».²⁶

4. LA ENMARAÑADA HISTORIA DE LA IMPUGNACIÓN DE LA SENTENCIA ARBITRAL EN EL DERECHO HISTÓRICO ESPAÑOL

Y de esta transformación era ya visible en el Derecho castellano en los tiempos de las Partidas.²⁷

Es así que si, por un lado, en ellas se proclamaba que del «juicio de los avenidores no se puede ninguno alzar»²⁸ —bajo la consabida razón de que las partes se podían apartar del «juicio de advenidores» pagando

²⁵ Para la ejecución se necesitaba, sin embargo, que el juez público la dotara de ejecutividad, esto es, a diferencia de la sentencia pública, no tenía, *per se*, la *executio parata*. Decía Maranta que «*sentencia arbitri non potest executioni mandari per ipsum arbitrum sed per iudicem ordinarium*» (lo recuerda SALVIOLI. *Ob. cit.*, p. 187).

²⁶ Así PIANO MORTARI. *Ob. cit.*, p. 896.

²⁷ Conviene recordar que, como lo señala LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho español*. Barcelona: Ariel, 1978, 2.ª edición, pp. 130-131, las Partidas, «representan el exponente más alto de penetración del Derecho Común en Castilla», obra que «es objeto de elaboración a través del último cuarto del siglo XIII y la primera mitad del siglo XVI. Durante este tiempo, diversos juristas, por encargo del rey o con su aquiescencia, proceden a manipular, reagrupar y completar el texto, desarrollándose la principal actividad en los reinados de Alfonso X, entre 1275 y 1284, y en los de Fernando IV y Alfonso XI, si bien en el de este último debe tratarse exclusivamente de revisiones, que han podido tener lugar entre 1325 y 1340».

²⁸ Partida 3, 4, 35: «*Despáganse á las veces algunas de las partes del juicio que dan los judgadores de avenencia contra ellas, et alzáanse cuidando que lo pueden facer: et por ende decimos que ninguno non puede tomar alzada del juicio destos*».

la pena pactada en el compromiso—,²⁹ por el otro, acogiendo la distinción elaborada por la glosa entre el juicio de árbitros que debían resolver la contienda «*segunt derecho*», como si fuesen «jueces ordinarios» y el juicio de arbitradores que era «alvedriadores e comunales amigos», que eran escogidos libremente por las partes para «*avenir et librar las contiendas que hobieren entre si en cualquier manera que ellos tovieran por bien*»,³⁰ de haber dado estos últimos su sentencia «*maliciosamente ó por engaño*», podían ser recurridas ante el juez ordinario a fin de «*endereszar et emendar según alvedrío de algunos homes bonos*».³¹

A la par se prescribió que se podía pedir la nulidad del laudo cuando se hubiera dado por quien no podía ser árbitro o arbitrador, o sin la concurrencia de todos los árbitros o arbitradores, o con la de los recusados legalmente, o después de acabado el compromiso, o contra la ley o buenas costumbres, o por engaño, o por falsas leyes o por soborno.³²

Un aspecto importante, ya presente en el Derecho de las Partidas, es la total equiparación, a los efectos de la ejecución, entre la sentencia

²⁹ Partida 3, 4, 23, que prescribía que en el compromiso se debía prometer obedecer la sentencia bajo pena «que peche la parte que non quisiere estar por ello a la otra que obedesciere el mandamiento de los advenidores». Si no se hubiere pactado la pena, bastaba no aceptar la sentencia expresamente en el plazo de diez días en que fue dada la sentencia: «*ca si pena hi non fuese puesta non serían tenudas las partes de obedescer el mandamiento ni el juicio que diesen entre ellas, fueras ende si callesen et non contradixiesen desde el dia que fuese dada la sentencia fasta diez dias*».

³⁰ Todos los textos entrecomillados Partida 3, 4, 23.

³¹ El pasaje de la Ley n.º 23 alude a la *reductio ad arbitrium boni viris* que, como indicamos en el texto, fue el remedio maquinado por los glosadores en contra de los laudos de los arbitradores. Interesante es la función que le encomienda a esos «*homes bonos*» (que eran los jueces «ordinarios»): «*endereszar et emendar*», esto es, la misma función del «mayor juez» en la «alzada» de las Partidas: «*Alzada es querella que alguna de las partes face de juicio que fuese dado contra ella, llamando et recorriéndose á emienda de mayor juez. Et tiene pro la alzada es fecha derechamente porque por ella se desatan los agravamientos que los jueces facen à las partes torticera-mente, ó por non lo entender*» (Partida 3, 23, 1).

³² Partida 3, 4, 34.

arbitral y la sentencia oficial, siempre que fuera aceptada expresa o tácitamente por las partes: «*et si alguna de las partes pidiese después al juez ordinario del lugar que la ficiese cumplir, débelo facer también como si fuese dada por otro juez de aquellos que han de poder de oír et librar todos los pleitos*».³³ Por tanto, en el Derecho castellano, la «sentencia arbitraria» tenía (*ex lege*) directamente la *executio parata*, esto es, sin necesidad de que el juez ordinario tuviera, como en el Derecho Estatutario italiano, que dotarla de ejecutividad.

Pero, para llegar a la ejecución se requería de la aceptación expresa o tácita de la decisión de los árbitros, pues, como ya indicado, la no aceptación sólo hacía surgir el deber de pagar la penalidad pactada en el compromiso. Sin embargo, con el pasar del tiempo, «probablemente por influjo de la práctica»³⁴ se empezó a aceptar la apelación de las sentencias de los árbitros y el pago de la penalidad devino en requisito para recurrir al juez ordinario.

Testimonio de esta evolución es la Ordenanza de Madrid de 1505,³⁵ la cual, partiendo de la premisa de que después de la sentencia de los árbitros «*una de las partes acaee, que reclama, y pide della reducción á albedrío de buen varón, ó hacen contra ella nulidad ó por otro remedio; así que comienza el pleyto de nuevo, y se alarga y dilata mas que si se prosiguiera por tela de juicio*», zanjó la inmediata ejecutividad de la «sentencia arbitraria», y de haber la contraria recurrido, la ejecución se llevara adelante bajo fianza suficiente para «*restituir lo que hobiese rescebido por virtud de tal sentencia con los frutos y rentas [...] si tal sentencia fuere revocada*».

³³ Partida 3, 4, 35.

³⁴ La conjetura es de AIKIN ARALUCE, Susana *El recurso de apelación en el derecho castellano*. Madrid: Reus, 1982, p. 90.

³⁵ Recogida en la Nueva Recopilación 4, 21, 4 y, luego, en la Novísima Recopilación 11, 17, 4. Es importante evidenciar que la Ley n.º 4, está colocada en el Título relativo a «*la execution de las sentencias, y despacho de ejecutorias*». En ella se trasluce la transformación de la poena compromissi a requisito para recurrir, al señalar que las partes en el compromiso «*prometen de estar por la sentencia que dieron, y de no reclamar della so cierta pena*».

Del «reordenamiento» recursivo de la Ordenanza de Madrid se desprende pues, que contra la sentencia de los árbitros procedía «apelación» mientras que contra aquélla de los arbitradores la «reducción a arbitrio de buen varón», ambas impugnaciones «sin efecto suspensivo», por lo que, en el entretanto se podía llevar a ejecución, bajo fianza.³⁶ Igualmente, se podía deducir la «nulidad» de la sentencia del árbitro (no está claro si en el plazo de diez días de emitida o en los sesenta que era el plazo para pedirla frente a la sentencia del juez ordinario),³⁷ pero, si se hacía valer junto con la apelación,³⁸ algunos opinaban que aquélla lo era en «ambos efectos».³⁹

Este régimen estuvo vigente por siglos,⁴⁰ hasta que sobrevino la codificación procesal de la segunda mitad del siglo XIX, que procedió a un completo reordenamiento del sistema de recursos en el arbitraje.

³⁶ Para ello, conforme a la Ordenanza de Madrid, se debía presentar «el compromiso y sentencia signada del Escribano Público», pero el juez tenía que controlar que «fue dada dentro del término del compromiso, y sobre las cosas sobre las que fue comprometido».

³⁷ Plazo establecido en el Ordenamiento de Alcalá (Novísima Recopilación 11, 18, 1).

³⁸ En el Derecho Histórico español, el «recurso de nulidad» era el equivalente de la *querela nullitatis* del derecho estatutario italiano y era el medio para hacer valer las nulidades *sanabilis*. Las *insanabilis* podían ser deducidas en cualquier momento («perpetuamente» decía Hevia Bolaños. *Curia Philipica* [1797], edición facsimilar. Valladolid: Lex Nova, 1989). La apelación presuponía la validez de la sentencia, pero también se podía hacer valer la nulidad en la apelación, para que fuera sustanciada por «el superior».

³⁹ En ese sentido opinaba ELIZONDO, Francisco Antonio. *Práctica universal forense de los tribunales de España y de las Indias*. Madrid: Imprenta de Joachin Ibarra, 1786, tomo IV, p.26, cuando la nulidad era manifiesta.

⁴⁰ Hevia Bolaños en su *Curia Philipica* (que es obra del siglo XVII) decía: «Y de los árbitros se puede apelar ó pedir la reducción á alvedrío de buen varón, que se entiende el Juez ordinario, quanto al efecto devolutivo, y no suspensivo, según unas leyes de partida, y su glosa gregoriana, y una ley de la recopilación» (p. 247), y que «La sentencia dada por los árbitros juris, ó Arbitradores [...] trae aparejada execución, y se ha de executar sin embargo de apelación, reducción á alvedrío de buen varón, ni otro recurso que se interponga, dándose fianzas de volver lo que por razón se recibiera,

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, partiendo de una distinta regulación del arbitraje de derecho y de aquél de amigables componedores, hizo apelable todas las sentencias de los árbitros de derecho (artículo 809),⁴¹ con el único requisito de que el apelante pagara a su contrario la pena pactada en el compromiso (artículo 813).⁴² En el

si fuese revocada, con los frutos y rentas, según fue mandado» (p. 107). Igualmente, Hevia Bolaños, en su *Laberinto de comercio terrestre y naval* (obra publicada como tomo II de la Curia Philipica), bajo la voz «Compromiso», nos señala lo mismo (con algunos datos más). Esto mismo se encuentra en los textos de *Práctica Forense* del siglo XIX. Así, p. ej., en la versión de José Marcos Gutiérrez de la *Librería de Escribanos, Abogados y Jueces* de José Febrero (Madrid: Imprenta de D. Fermín Villalpando, 1829, tomo II, p. 298, n.º 15).

⁴¹ «Las leyes vigentes —señala Gómez de la Serna, autor de la LEC 1855— al tiempo de ordenarse la Ley de Enjuiciamiento Civil, sólo permitían apelar de la sentencia pronunciada por los árbitros, en el caso de que los interesados, al contraer el compromiso, se reservasen ese derecho. La nueva ley corrigió esto, dejando abierto el recurso de alzada en todos los casos. Al que se alza, incurriendo en la multa estipulada, no debe cerrársele la puerta de que se corrija la iniquidad que puede contener la sentencia». Gómez de la Serna, principal autor de la LEC 1855, explica así la opción: «Las leyes contra la sentencia arbitral se da recurso de apelación». GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro. «Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid, p. 158. No está claro a cuál o a cuáles «leyes vigentes» se refiriera Gómez de la Serna, pero es probable que la «reserva del derecho de apelación» se haya impuesto en la *praxis* como consecuencia de la previsión de la Constitución de Cádiz de 1812 que prescribió que «La sentencia que dieran los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar». El origen y la existencia de esta *praxis* es confirmada por VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Nuevo Manual de Práctica Forense*. Madrid: Imprenta Omaña, 1842, p. 79, quien señala que «Según el artículo 281 de la Constitución de 1812 la sentencia de los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieran reservado el derecho de apelar. No obstante parece que será apelable aun en este caso, si la sentencia contiene injusticia notoria; pues se supone que la renuncia se hizo bajo la confianza de que se fallaría equitativamente (Ley n.º 4, Título 17, Libro 11, Novísima Recopilación). Si se reservaren el derecho de apelar, ó no renunciaren a él, será apelable».

⁴² En el arbitraje de derecho, para la validez del compromiso se estableció que debía estipularse una multa para el que se «alzare del fallo» (inciso 7 del artículo 774). Según VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento*

recurso de apelación se podía alegar, tanto la injusticia de la sentencia arbitral como su nulidad (artículo 810).⁴³ El conocimiento de la apelación se encomendó a audiencias territoriales (artículo 814, que eran los jueces ordinarios de segunda instancia), haciendo susceptible de recurso de casación la sentencia que éstas expidieran (artículo 816). Respecto de las sentencias de los amigables componedores, por el contrario, se suprimió toda impugnación,⁴⁴ estableciéndose que tales sentencias eran «ejecutorias» y que se llevarían «a efecto de la manera que se previene en el título de la ejecución de las sentencias» (artículo 836).⁴⁵

La subsiguiente Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no hace modificaciones sustanciales sobre la impugnación de los laudos de derecho, mas sí algunas precisiones: así se establece que la sentencia de los árbitros es apelable «en ambos efectos para ante la audiencia del distrito»

Civil. Madrid: Imprenta Gaspar y Roig, 1856, II, p. 501, con la imposición de esa estipulación, se trató «*de obligar indirectamente á la parte vencida à someterse al fallo arbitral, sujetándole a pagar una multa en caso de alzarse de ella; al paso que deja a su arbitrio adquirir la esperanza de que se revoque ésta por el hecho de pagar dicha multa pactada previamente en el compromiso*».

⁴³ Lo que evidencia ya la «fusión» entre la apelación y el recurso de nulidad, también en el caso de apelación de laudos de derecho.

⁴⁴ Esto es, se suprimió la tradicional reducción a arbitrio de buen varón, porque su presencia hacía que el juicio de los amigables componedores perdiera «buena parte de su importancia», en cuanto, «en el estado actual de nuestro derecho es el seguimiento de un pleito con todos sus trámites, con todas sus fórmulas y con todas sus dilaciones; por esto también no admitió el remedio de la alzada» (GÓMEZ DE LA SERNA. *Ob. cit.*, p. 160).

⁴⁵ Sin embargo, VICENTE Y CARAVANTES, José de. *Tratado histórico crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. II. *Cit.*, p. 540, opinaba que «no debe entenderse por éste, que el laudo de amigables componedores, deba llevarse a efecto en todo caso y que no pueda reclamarse contra la ejecución del mismo. Lo dispuesto en el artículo 836 debe entenderse como denegando todo recurso y reclamación contra dicho laudo», pero no que se pudiera pedir su nulidad ante el juez executor («si bien en tales casos no se podrá hacer uso de apelación ni de recurso de reducción o de nulidad promoviendo una nueva instancia, se podrá pedir al juez ordinario que hubiera de ejecutar el laudo, que lo declare nulo dejándolo sin efecto»).

(artículo 818); que la sustanciación de la apelación se seguiría con las reglas de la segunda instancia de las sentencias definitivas en los juicios de mayor cuantía (artículo 823); que en caso de apelar ambas partes, ninguna de ellas pagaría la multa pactada en el compromiso; y si el apelado, después de recibir la multa, se adhería a la apelación, debía devolverla con el interés legal (artículo 820).

En cambio, respecto de la sentencia de amigables componedores, la LEC 1881 la retorna recurrible, mas ya no a través de la *reductio*, sino, ni más ni menos, a través del recurso de casación «por los motivos y en el tiempo y forma que para este caso se determinan en el título XXI de este libro» (artículo 836). De haberse interpuesto recurso de casación, podía llevarse a ejecución «si el que lo pidiere presta fianza bastante a satisfacción del juez para responder de lo que hubiere recibido y de las costas, en el caso de que se llegara a declarar la casación» (artículo 839).

Por tanto, el siglo XIX se cierra en España con un muy bien definido régimen de impugnación de los laudos: aquéllos de derecho susceptibles de todos los recursos previstos para las sentencias judiciales (apelación y recurso de casación, ambos suspensivos) y los de amigables componedores sólo susceptibles de un recurso de casación no suspensivo.⁴⁶

⁴⁶ Quizá sea bueno tener en cuenta que conforme al Código de Procedimiento Civil francés de 1806 (el de Napoleón), la apelación procedía siempre, salvo que las partes renunciaran a ella en el propio compromiso o después (artículo 1010). Se hubiera o no renunciado a la apelación, los motivos de nulidad del laudo del artículo 1028, se podían hacer valer como motivo de oposición a la ordenanza de ejecución de la decisión arbitral, ante el juez que la emitió. Por su parte, el *Codice di procedura civile* italiano de 1865, estableció en su artículo 28 que contra las sentencias de los árbitros procedía apelación, salvo que los árbitros hubieran sido autorizados a pronunciarse como amigables componedores, cuando ellos se hubieran pronunciado como jueces de apelación, cuando las partes hubieran renunciado a la apelación y cuando la causa habría sido de competencia del conciliador. La apelación debía ser conocida por aquél juez que haría sido competente para conocer de la apelación si es que no se hubiera seguido el arbitraje. Cuando los árbitros se habían pronunciado como jueces de apelación, procedía recurso de casación (artículo 31). Contra la sentencia arbitral además procedía revocación, «pese a cualquier renuncia, en las

La situación volverá a cambiar con la Ley de 1953 («por la que se regulan los arbitrajes de derecho privado»), la que suprime la apelación en relación a los arbitrajes de derecho, en el entendido de que «el arbitraje de derecho se configura por la ley como una institución única, desligada de las instancias ordinarias judiciales»,⁴⁷ por lo que contra estos laudos sólo se admitió «recurso de casación por infracción de la ley o quebrantamiento de forma ante la Sala Primera del Tribunal Supremo» (artículo 28), mientras que respecto de los laudos de equidad «sólo cabrá recurso de nulidad ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, por los motivos y según los procedimientos que se establece en los artículos 1774 a 1760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (artículo 30). Para llevar a ejecución el laudo, éste debía estar «firme» (primer párrafo del artículo 31), ejecución a llevarse a cabo «del modo que la Ley Procesal establece para la de sentencias» (segundo párrafo del artículo 31), siendo posible, «a instancia de parte», la ejecución provisional del laudo pendiente de casación o de nulidad «si el que la pidiera da fianza bastante, a juicio

formas y en los plazos establecidos para las sentencias de la autoridad judicial» (artículo 30), y, también, pese a cualquier renuncia, podía ser impugnada por nulidad por los motivos indicados en el artículo 32, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer de la controversia, la cual, declarada la nulidad, se debía pronunciar sobre el fondo de la controversia (artículo 33). Interesante es la razón dada por Giuseppe Pisanelli (autor del proyecto) respecto de este régimen impugnatorio: «Debiendo los árbitros pronunciar según las reglas de derecho, no podía en tesis general negarse a las partes el medio de la apelación, de la revocación y de la casación en contra de las sentencias arbitrales» (así en «Relazione ministeriale sul primo libro del Progetto di Codice di procedura civile». En PICARDI, Nicola-GIULIANI, Alessandro. *Testi e documenti per la storia del processo*. XIII. Codice di procedura civile 1865. Milán: Giuffrè, 2004, p. 17). En cambio, la Ordenanza Procesal Civil alemana (ZPO) de 1877 en su § 1041 estableció sólo la posibilidad de pedir la anulación del laudo por los motivos allí previstos. Sin embargo, GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 504, refiere que «la fuerza de cosa juzgada del fallo puede quedar en suspenso por la intervención de un Tribunal ordinario al cual las partes pueden acudir si así se pactó en el compromiso», lo que parecería suponer que las partes podían pactar la apelación del laudo.

⁴⁷ Así en la Exposición de Motivos de la Ley de 1953.

del juez, para responder de las costas y de los perjuicios que se pudieran ocasionar» (último párrafo del artículo 31).

Un nuevo giro de timón se producirá con la Ley n.º 36/1988, de Arbitraje, que admitió contra los laudos sólo «un»⁴⁸ «recurso de anulación» de competencia de las audiencias provinciales del lugar donde se hubiere dictado el laudo» (artículo 46),⁴⁹ que podía fundarse sólo en las causales de anulación del artículo 45, y contra cuya sentencia no cabía «ulterior recurso». Durante la sustanciación del recurso de anulación, la parte interesada podía pedir al juez de primera instancia competente, la ejecución de las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad de aquél, una vez que alcanzara firmeza (artículo 50.1). *Ergo*, el recurso de anulación impedía la firmeza del laudo, y también que se llevara adelante su ejecución.

Por último (y eso ya no es pasado, sino presente), con la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, el «recurso de anulación», dejó de ser «recurso», para volverse, *expressis verbis*, una «acción de anulación» (artículo 40), siempre de competencia de la audiencia provincial (artículo 8.5,

⁴⁸ Así con ese artículo indeterminado aparece en la Exposición de Motivos de la Ley n.º 36/1988: «El convenio arbitral no implica renuncia de las partes a su derecho fundamental de tutela judicial, consagrado en el artículo 24 de la Constitución. Por ello, el título VII regula *un* recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la ley» (cursivas mías).

⁴⁹ Con esta ley comienza la tendencia a considerar que «el recurso de anulación» no es auténticamente un recurso, sino una «acción de anulación» contra el laudo. Lo deja trans lucir la Exposición de Motivos cuando señala que «El órgano competente para recurso es la audiencia provincial. Ésta es una decisión ecléctica entre la regulación vigente de los recursos contra el laudo, cuyo conocimiento se atribuye al Tribunal Supremo, *como si de una sentencia se tratara*, y los que postulan que, siendo el laudo una decisión puramente privada, su anulación debería incumbir a los Juzgados de Primera Instancia. La ley ha optado por la vía intermedia, consciente de que un órgano pluripersonal con competencias en el orden civil como la audiencia provincial [...], podía ser el adecuado para conocer de la anulación» (cursivas mías).

pero hoy de la Sala Civil y Penal de la Comunidad Autónoma)⁵⁰ y contra cuya sentencia no cabe recurso alguno. El laudo es ejecutable «aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación», salvo que el ejecutado solicite al tribunal competente la suspensión de la ejecución con prestación de caución (artículo 45.1). La Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, por su lado, le reconoce al laudo (y resoluciones arbitrales) el ser título que apareja ejecución (artículo 517, inciso 2), sometiénolo al mismo exacto régimen de las sentencias, sobre todo a los efectos de la oposición del ejecutado (artículo 556.1). Sin embargo, conforme al artículo 43 de la Ley n.º 60/2003 (original y vigente versión) siempre será posible solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.⁵¹

Por tanto, entre el siglo xx y el xxi, pese a mantener la equiparación del laudo a las sentencias judiciales,⁵² los españoles han ido «achicando» cada vez más la posibilidad de su impugnación, pero nótese, que el laudo «firme» puede siempre ser objeto de revisión, tal cual una sentencia judicial firme.⁵³

⁵⁰ En virtud de la Ley n.º 11/2011.

⁵¹ El artículo 43 original de la Ley n.º 60/2003, disponía «El laudo *firme* produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». La Ley n.º 11/2011 le ha hecho una sutil (muy sutil) modificación: «El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes». Si se observa el original artículo 43 condicionaba «los efectos de cosa juzgada» a la firmeza del laudo. En el nuevo texto se ha suprimido el «firme», con lo que se ha querido reforzar que la «acción de anulación» no es un recurso, sino un proceso autónomo de impugnación, cuyo planteamiento no impide la «firmeza» del laudo ni que se lleve a ejecución, salvo disposición legal en otro sentido.

⁵² Considerado, según la conocida postura del Tribunal Constitucional español, como un «equivalente jurisdiccional».

⁵³ En Italia el laudo no sólo es susceptible de impugnación de nulidad, sino también de *revocazione* y de *opposizione di terzo* (artículo 831 del CPC); lo propio ocurre en Francia (artículos 1501 y 1502 NCPC); en Suiza, en el arbitraje interno, también procede la revisión del laudo (artículo 396 del CPC unificado); en Bélgica

5. DEL CÓDIGO DE ENJUICIAMIENTOS CIVILES DE 1852 A LA LA 2008

Nuestra historia recursiva «arbitral» es semejante, mas no igual a la española.

Es así que nuestro primer código republicano, esto es el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1852,⁵⁴ se prescribía que en el propio compromiso arbitral (que tenía que hacerse por escritura pública), si las partes habían nombrado árbitros arbitradores,⁵⁵ tenían que expresar la renuncia de la apelación y demás recursos legales «*o la multa á que deben sujetarse, cuando no hagan esta renuncia*» (inciso 5 del artículo 64); habiéndose, en cambio, nombrado árbitros *juris*, debían pactar la multa a que se sujetaban para el caso que hicieran uso de los recursos a los que expresamente renunciaran (inciso 6 del artículo 64).

Por tanto, en el caso de los laudos de arbitradores, sólo se podía apelar si es que las partes no habían renunciado. «No se admitirá —recitaba el artículo 1560— recurso alguno, si las partes los hubiesen renunciado, según el inciso 5 del artículo 64». En cambio, si las partes no habían renunciado «*y no creyesen justo el laudo, pueden ocurrir á la corte superior del distrito, para que la sala de turno, como tribunal de equidad, confirme ó revoque el laudo, con el solo mérito de los actuado*» (artículo 1562). Estamos, pues, ante la «reducción al arbitrio de buen varón» del Derecho Histórico español, sólo que no vino así nombrado (y el «buen varón» era la Sala Superior).

motivo de anulación del laudo, apreciable de oficio, es que éste se haya obtenido con fraude (artículo 1717.b) iii) del Código Judicial).

⁵⁴ El Código de 1852 se redactó estando vigente la Constitución de 1839, en cuyo artículo 164 se prescribía, como «garantía individual», que: «Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros».

⁵⁵ La definición de árbitros arbitradores es hermosa: «Los interesados someten sus diferencias a la decisión de árbitros [...] para que, averiguada la verdad, y guardando solo la buena fe, determinen las cuestiones, como amigables componedores» (artículo 58).

Contra la resolución de la Sala que confirmara o revocara el laudo, «no habrá recurso alguno ordinario ni extraordinario» (artículo 1563) y el laudo quedaba «*omologado*» (sic) por convenio tácito o expreso de las partes, «ó por la resolución de la corte superior» (1564) y se podía llevar a ejecución como una sentencia (1565). El recurso del artículo 1562 era distinto de la apelación, pues si no había renunciado a ella, el competente para conocerla era el juez de primera instancia, que no podía admitirlo si es que no constaba «estar pagada la multa convencional».

En cambio, para «reclamar de las decisiones de los árbitros *juris*, se observará el inciso 6 del artículo 64, y las demás disposiciones de este Código sobre los recursos ordinarios y extraordinarios» (artículo 1567), esto es, si habían renunciado a recurrir, para poderlo hacer debían pagar la multa pactada.

El Código de Procedimientos Civiles de 1912, cambia un tanto las cosas. Así deja de establecer como requisito del compromiso el pacto de la multa para recurrir, que al parecer quedó como facultativa (artículo 574: «Si en el compromiso se ha estipulado el pago de una multa como requisito para la interposición de los recursos permitidos, no se admitirán éstos sin el previo pago de la multa»).

La sentencia de los árbitros de derecho era susceptible de «los mismos recursos que contra las de los jueces ordinarios, salvo las renunciaciones hechas en los compromisos» (artículo 570). La apelación era de competencia de la Sala Superior «de quien depende» el juez de primera instancia del lugar del juicio arbitral (artículo 582).

De haber habido renuncia, siempre procedía «apelación y nulidad» fundados:

- 1.º en la falta o nulidad del compromiso; 2.º en haber intervenido en el pronunciamiento del fallo quien no fue nombrado árbitro o carece de los requisitos prescritos en el artículo 551;
- 3.º en haberse expedido el fallo sin la concurrencia que pres-

cribe el artículo 565; 4.º en haber fallado los árbitros fuera del término señalado en el artículo 566; 5.º en haberse fallado sobre punto no comprometido; 6.º en contener el fallo extremos contradictorios; 7.º en haberse omitido la resolución de alguno de los puntos objeto de compromiso; 8.º en haberse faltado a algún trámite esencial del procedimiento, conforme a los artículos 1085 y 1086, a no ser que esté expresamente suprimido.

En estos casos, la sentencia debía limitarse a declarar la nulidad de la sentencia, mandando que los árbitros emitieran un nuevo pronunciamiento (artículo 572).

En cambio, contra las sentencia de los amigables componedores sólo procedía «apelación y nulidad en los casos del artículo 571» (artículo 573).

La «sentencia homologada» (o sea, el laudo firme) se ejecutaba como una sentencia judicial ante el juez de primera instancia del lugar del juicio arbitral (artículo 1153).

Este régimen recursivo duró hasta diciembre de 1992, cuando mediante el Decreto Ley n.º 25935, se invirtió el régimen establecido en el artículo 570 del CPC 1912, estableciendo que en el arbitraje nacional el laudo sólo era susceptible de apelación si es que así se había pactado en el convenio arbitral (artículo 54), recurso éste enderezado a provocar «la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho» (así, siempre el artículo 54).

Ciertamente, la necesidad de que las partes pactaran en el propio convenio arbitral la apelabilidad del laudo, en los hechos, era como sancionar su inapelabilidad (esto es, su irrevisabilidad «de fondo»), quedando siempre a disposición de las partes el recurso de anulación, enderezado sólo a «la revisión de la validez de los laudos de derecho y de conciencia» (artículo 55).

Esta «opción de fondo» del legislador de 1992, se confirmó y perfeccionó con la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) de 1996, que al igual que su predecesora, estableció que el laudo podía ser susceptible de apelación, siempre que así se hubiera pactado. Por su importancia para interpretar el sistema, bien vale transcribir su artículo 60:

Recurso de Apelación.- Procede la interposición del recurso de apelación ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiere pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o si está previsto en el reglamento arbitral de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido su controversia. A falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante una segunda instancia arbitral. El recurso de apelación tiene por objeto la revisión del laudo respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y, en su caso, aplicación e interpretación del derecho, y se resuelve confirmando o revocando total o parcialmente el laudo. Contra los laudos de conciencia no procede recurso de apelación.

Por su parte, el artículo 61 delimitaba así el recurso de anulación:

Recurso de anulación.- Contra los laudos arbitrales dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, procede sólo la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial por las causales taxativamente establecidas en el artículo 73. El recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.

Ergo, estaba más que claro que la única manera para provocar la «revisión» del fondo de la controversia era pactando, en el propio convenio arbitral, la apelabilidad del laudo (o someterse a un reglamento de alguna institución arbitral que así lo estableciera), una apelación que suponía reconocer la validez del laudo y que su planteamiento permitía

una «revisión» total del fondo la controversia: respecto de la apreciación de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho a los efectos de obtener un pronunciamiento sustitutivo de aquél contenido en el laudo. En suma, un reenjuiciamiento total de la controversia, con el único límite de no admitirse nueva prueba (artículos 62, inciso 5 y artículo 68).

Un detalle importante (también presente en el Decreto Ley n.º 25935), es que cuando se hubiera pactado la apelación ante el Poder Judicial, los recursos de apelación y de anulación venían considerados «incompatibles»:

Los recursos de apelación y de anulación ante el Poder Judicial son incompatibles entre sí y no pueden acumularse ni formularse alternativamente, subsidiaria o sucesivamente. Invocado uno de ellos, es improcedente el otro (artículo 70).

Por tanto, en la Ley General de Arbitraje de 1996 (al igual que su predecesora) zanjó un diáfano régimen de impugnación del laudo:⁵⁶

La «injusticia» del laudo sólo se podía hacer valer a través del recurso de apelación, siempre que así se hubiera pactado. La apelación provocaba, siempre y en todo caso, un reenjuiciamiento (*ex actis*) sobre el fondo de la controversia, con consecuente imposibilidad de que el juzgador de segunda instancia pudiera anular el laudo (en ese sentido, la apelación presentaba su clásica esencia de ser un recurso «devolutivo/sustitutivo»);

⁵⁶ Un régimen que evoca el régimen de impugnaciones de las sentencias del derecho estatutario medieval italiano, que netamente distinguía entre la *appellatio* de origen romano y la *querela nullitatis* de nuevo cuño. En palabras de CALAMANDREI, Piero. *La cassazione civile*. Turín: Fratelli Bocca, 1920, vol. 1, p. 145, «la legislación estatutaria consideró a la *querela nullitatis* como el remedio ordinario contra la sentencia nula de la misma manera que consideró a la apelación como el remedio ordinario en contra de la sentencia injusta».

La «invalidez» del laudo sólo se podía hacer valer a través del recurso de anulación. El recurso de anulación sólo podía fundarse en las causales de anulación previstas por la ley, excluyéndose, como consecuencia, la invocación de cualquier *error in iudicando* (de hecho o de derecho) que pudieran haberse cometido al juzgar el fondo de la controversia, pues ése era el «campo» de la apelación, pudiendo el juez de la anulación sólo anular o declarar la validez del laudo.

La vigente LA 2008, queriendo ajustarse, como dicho al inicio, a los «estándares internacionales» (del arbitraje internacional...), ha optado por suprimir por completo la apelación (*pacticia*) y, como consecuencia, han desaparecido del texto legal las notas diferenciales entre las dos impugnaciones. De allí la necesidad del artículo 62.2 de la LA 2008, en particular, la precisión de la prohibición para el juez del recurso de anulación de «calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral», esto es, entrar a determinar si el laudo contiene esos errores que antaño eran los que justificaban la existencia de un recurso *ad-hoc*: la apelación.

Por tanto, desde la entrada en vigencia de la LA, el arbitraje, siempre y en todo caso, es decir, lo quieran o no las partes, se sustancia en un «juicio a instancia única», con todas sus consecuencias: entre ellas, en esencia, la imposibilidad de que los posibles (siempre son posibles) errores *in iudicando* cometidos por los árbitros, puedan hacerse valer a través del recurso de anulación.⁵⁷

⁵⁷ En la *praxis*, cotidianamente, se intenta (por lo general, sin éxito) un subrepticio control sobre el fondo de la controversia, invocando en el recurso de anulación esa suerte de «motivo ómnibus», que es el defecto de motivación, en base a los «estándares» fijados en la STC n.º 00728-2008-PHC/TC (en el caso Giuliana Llamoja).

6. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La solución de nuestra vigente LA 2008 de restringir la impugnación de los laudos, sean estos nacionales o internacionales, a «sólo» el recurso de anulación es, pues, el punto de llegada de una tormentosa secular evolución del sistema de impugnaciones de las decisiones arbitrales.

Ahora, como es ampliamente conocido, está solución ha recibido el espaldarazo del Tribunal Constitucional (en la famosa Sentencia emitida en el expediente n.º 00142-2011-PA/TC), el cual ha reconocido que:

El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo n.º 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) constituyen «vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales», que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.⁵⁸

Sin embargo, pese a este «reconocimiento», el propio Tribunal Constitucional ha dejado abierta la puerta a que, contra lo resuelto por el Poder Judicial en materia de impugnación de laudos arbitrales, puede «interponerse proceso de amparo contra resoluciones judiciales, conforme a las reglas del artículo 4 del Código Procesal Constitucional y su desarrollo jurisprudencial»,⁵⁹ con lo cual, en los hechos, la validez de un laudo puede bien quedar en cuestión *sine die*.

Y es que un legislador (o en el pasado, un Caracalla o un Alfonso x) puede poner todo el empeño posible para, como en el caso del arbitraje, prohibir o limitar las impugnaciones, pero luego son las propias

⁵⁸ STC n.º 00142-2011-PA/TC, fj. 20a.

⁵⁹ *Idem*, fj. 20f. A los que se agrega el así llamado «amparo arbitral» directo, en los supuestos indicados en el fj. 21 de la sentencia indicada.

«fuerzas vivas» las que triunfan, encontrando entre los meandros del sistema, el medio para lograr indirectamente lo que la ley no le permite directamente.

Ésa es la lección de la historia que he tratado, y espero logrado, bosquejar en el presente trabajo.

CONTROL JURISDICCIONAL Y ARBITRAJE

*Marianella Ledesma**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Los mecanismos del control.— 3. Los parámetros del control.— 4. La oportunidad del control.— 5. El control irregular del laudo.— 5.1. Ejecución de laudos contra terceros.— 5.2. El lanzamiento de terceros validado por la Casación n.º 2994-2010-Lima.— 5.3. La inejecutabilidad del laudo firme.— 5.4. La limitación de la publicidad del laudo que afecta a terceros.— 6. El control formal en la ejecución del laudo.— 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Una constante en la vida social conlleva a que siempre estemos vinculándonos, y a través de esa vinculación vayamos construyendo relaciones que no necesariamente pueden ser satisfechas y que terminan desbordándose en situaciones conflictivas a las que hay que administrar alguna solución.

* Bachiller y Doctor en Derecho. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez Supernumerario Especializado en lo Civil de Lima. Profesora en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad de Lima y de la Universidad de Lima. Profesora en la sección de posgrado de la Universidad San Martín de Porres, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (Unifé). Autora de diversas publicaciones en temas judiciales y justicia alterna.

Un medio determinante para la definición de una situación en crisis se encuentra focalizado en la intervención del propio Estado, como organización colectiva, o en lo que el propio individuo pueda hacer dentro de los límites de su cuota de libertad. Dicho en otras palabras, una situación conflictiva puede ser definida por el propio Estado, a través de la función jurisdiccional de sus jueces o por la autonomía de voluntad de las partes. Hay, evidentemente, marcadas diferencias por una u otra opción; sin embargo, debemos precisar que el ejercicio de la autonomía de voluntad tiene naturales restricciones que hace que las soluciones que se obtengan a partir de este modelo, adolezcan de coercibilidad —entendido éste como el uso de la fuerza para la ejecución de las decisiones— y de cobertura, pues, sólo las partes podrán recurrir a este ejercicio siempre y cuando el objeto del conflicto se encuentre dentro de la esfera de disposición de éstos; caso contrario, el conocimiento será inevitablemente confiado a la intervención estatal.

El poder para definir conflictos puede ser ejercido bajo diferentes modos, como la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición; este último modo podemos graficarlo como la expresión de una voluntad delegada a un tercero, a quien se le empodera para la definición del conflicto; en el caso del arbitraje esa voluntad delegada proviene de las partes, quienes en ejercicio de su autonomía de voluntad, ceden al tercero esa cuota de poder, para su ejercicio, en un caso concreto. En ese sentido, el texto del artículo 13.1 del Decreto Legislativo n.º 1071, reafirma lo expuesto, cuando dice: «El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».¹

¹ El ejercicio de la autonomía de voluntad, como piedra angular del arbitraje, no es un tema pacífico, a la luz de la propia interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje. En la STC n.º 6167-2005-PHC/TC-LIMA, fj. 11, ha señalado que «La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las

La esencia de la actividad arbitral se concentra en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada; es ella la que rige toda la actividad arbitral. Díez-Picazo,² al referirse a la autonomía privada la califica como el poder de gobernarse uno a sí mismo; el poder de gobierno de la propia esfera jurídica y, como está formada por relaciones jurídicas —que son el cauce de realización de intereses—, la autonomía privada puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte.

La autonomía privada no es de carácter absoluto; todo lo contrario, tiene límites que requieren ser fijados, de tal manera que a decir de Díez-Picazo «no sean tan amplios que otorguen al individuo una libertad desmesurada con la consiguiente afectación del orden, ni tan angostos, que lleguen a suprimir la propia autonomía. «Es una cuestión de equilibrio que depende de la prudencia de la política del gobernante».³

Bajo esta premisa, del no ejercicio irrestricto de esas libertades, los límites de la autonomía se han fijado en todo lo que no afecte la ley, el orden público y las buenas costumbres. Esos referentes están recogidos en el artículo v del TP del Código Civil y son los que también van a guiar la actividad arbitral.

Dicho esto, reafirmamos, entonces, que el arbitraje, por más que provenga del ejercicio de la autonomía privada no está exento de control, precisamente, es vital que exista éste para verificar —entre otros supuestos— si la actuación de los árbitros ha discurrido dentro de los límites de disposición que las partes han delegado a éstos y si lo dispuesto es realmente disponible.

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».

² DÍEZ PICAZO, Luis & Antonio GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos, 1984, vol. 1, 5.^a edición, p. 373.

³ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Op. cit.*, p. 374.

Éste es, precisamente, el escenario en el que se desarrolla el presente trabajo para mostrar los mecanismos, los parámetros y oportunidad de ese control.

2. LOS MECANISMOS DEL CONTROL

El control de la actividad arbitral es provocado por la parte afectada. A través de la impugnación se busca provocar la «revisión» del laudo y del procedimiento arbitral. Esta revisión se puede hacer bajo dos mecanismos: a través de los recursos o de la pretensión autónoma. Lo que se busca con ambos mecanismos es provocar la revisión del procedimiento arbitral y del laudo para alcanzar el efecto nulificante de éste. Optar por uno u otro mecanismo estará en función de dos elementos: uno de índole objetivo, que analiza la situación irregular que se denuncia como agravante, y el otro de índole subjetivo, en atención al sujeto que busca provocar la revisión.

Nuestra legislación frente a estas dos alternativas, ha optado por la impugnación recursiva para discutir la validez formal del laudo. El artículo 62.1 del Decreto Legislativo n.º 1071 hace expresa referencia a este mecanismo, bajo el siguiente texto: «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».

La descripción de las situaciones irregulares está comprendida bajo un enunciado *numerus clausus*, expresado en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071; sin embargo, hay supuestos que ingresan a un plano de vulneración de derechos constitucionales y otros, de manera más específica, a la denuncia del fraude en el procedimiento arbitral.

El Tribunal Constitucional ha fijado como precedente vinculante que no procede el amparo para la protección de derechos constituciona-

les, aun cuando estos constituyan parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva.⁴ Sin embargo, ha señalado que sí resulta procedente cuando «se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional».⁵

En ambos casos el Tribunal Constitucional exige que se haya denunciado previa y oportunamente, en sede arbitral, la situación irregular que se invoca en el amparo arbitral, mostrando con esta exigencia el carácter residual del amparo arbitral.

En cuanto a los sujetos, debemos señalar que no sólo la impugnación es una facultad que tienen las partes del procedimiento arbitral, sino que terceros, ajenos a éste, pero afectados directamente por los resultados de dicho arbitraje, también pueden provocar la revisión; sin embargo, bajo ciertas causales y bajo el mecanismo de la impugnación autónoma, como el amparo constitucional o la revisión por fraude procesal (impugnación extraordinaria).

En el caso del amparo arbitral, el Tribunal Constitucional ha fijado como precedente vinculante en el expediente n.º 0142-2011-PA/TC-Lima de Sociedad Minera María Julia que «cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo

⁴ Expediente n.º 00142-2011-PA/TC Lima, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. Maria Julia.

⁵ En ambos casos será necesario que quien se considere afectado haya previamente formulado un reclamo expreso ante el tribunal arbitral y que éste haya sido desestimado, constituyendo tal reclamo y su respuesta, expresa o implícita, el agotamiento de la vía previa para la procedencia del amparo.

que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071».

El desarrollo del fraude en el procedimiento arbitral también es una posibilidad que justifica su revisión incluso por un tercero al convenio. El texto del artículo 178 del CPC señala que «puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se considere directamente agraviado por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título».

La actividad fraudulenta no puede ser excluida de la actividad arbitral; todo lo contrario, es una probabilidad que puede manifestarse en el arbitraje, sea de manera unilateral o colusiva, generando efectos perjudiciales entre partes y terceros.

El Decreto Legislativo n.º 1071 no regula ningún mecanismo orientado al control de estas situaciones delictivas en el arbitraje, pero esa omisión por vacío legislativo no es una justificante para dejar de admitir a debate la posible existencia del fraude en el arbitraje, sobre todo si estos efectos letales que se denuncian en el arbitraje están blindados bajo la autoridad de la cosa juzgada que genera el laudo arbitral. ¿Cuál será el mecanismo para esa revisión? Si tomamos como referente la cosa juzgada que genera el laudo, la alternativa de revisión en sede judicial sería la acción revisoria por fraude —calificada como nulidad de cosa juzgada—, cuyos elementos aparecen referidos en el artículo 178 del CPC.

La impugnación tiene como objetivo concreto el provocar la revisión del proceso en el que aparece la situación anómala que se denuncia, pues el fin es lograr la nulidad —total o parcial— del laudo y las medidas correctivas a la afectación. Este fin se aprecia evidenciado en todos los mecanismos a los que se recurra para la revisión.

En el caso de la impugnación recursiva (anulación), la ley especial contempla la nulidad del laudo arbitral (ver artículo 65 del Decreto Legislativo n.º 1071); en el caso del amparo, el propio Tribunal Constitucional ha establecido como precedente vinculante que «la sentencia que declare fundada la demanda de amparo por alguno de los supuestos indicados en el presente fundamento, puede llegar a declarar la nulidad del laudo o parte de él, ordenándose la emisión de uno nuevo que reemplace al anterior o a la parte anulada, bajo los criterios o parámetros señalados en la respectiva sentencia».⁶

En el caso de recurrir a la revisión por fraude arbitral, también se aprecia un efecto nulificante en la redacción del texto del artículo 178 del CPC: «Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo la nulidad no afectará a terceros de buena fe y a título oneroso».

Como vemos, el efecto generalizador para todo acto de revisión arbitral, en el supuesto de que se estimen los términos de la denuncia, será una declaración nulificante y correctiva de la situación irregular, si fuere el caso, pero de ninguna manera el juez o el Tribunal Constitucional podrán resolver el fondo de la controversia sometida a arbitraje aprovechando la revisión.⁷

A manera de idea resumen, señalamos que la posibilidad de la revisión de la actividad arbitral, postlaudo, es una alternativa legal que requiere de la impugnación para provocar la revisión. Esta impugnación puede ser recursiva o autónoma. El caso de la impugnación recursiva opera bajo supuestos cerrados que contempla el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071, puede invocar cualquiera de las partes que han

⁶ Expediente n.º 00142-2011-PA/TC-Lima, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia.

⁷ Esta afirmación también aparece reafirmada como precedente vinculante por el propio Tribunal Constitucional, en el caso del expediente n.º 00142-2011-PA/TC-Lima, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia.

participado en el arbitraje y tiene un efecto nulificante —sea total o parcial— del laudo.

En el caso de la impugnación autónoma, se trata de un mecanismo que toma como justificantes para la revisión, a través del proceso de amparo constitucional, tres supuestos: a) la vulneración de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional; b) el ejercicio del control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; c) la afectación de los derechos constitucionales de un tercero con el arbitraje. Este mecanismo busca alcanzar un efecto nulificante, sea total o parcial, del laudo.

En esta misma línea de impugnación extraordinaria encontramos a la revisión por fraude, promovida por la parte o terceros afectados con el arbitraje bajo la única causal de actividad fraudulenta, la misma que tiene que haber incidido de manera exitosa en el resultado del arbitraje. Como se advierte, no sólo la parte afectada por el laudo es la llamada a provocar la revisión sino que también pueden recurrir terceros.

3. LOS PARÁMETROS DEL CONTROL

El arbitraje se sustenta en el ejercicio de la autonomía privada de voluntad; éste es el sustento que rige este modo de solucionar conflictos; por tanto, si la autonomía privada no es un poder irrestricto, todo lo contrario, existe áreas por donde no puede transitar la voluntad, es vital que se controle el desarrollo y el resultado de la actividad arbitral desarrollada, a fin de verificar que no se ha transitado por zonas indisponibles, que se ha respetado los límites de la voluntad delegada a los árbitros y que el procedimiento que se ha seguido responda a un escenario de garantías mínimas de defensa.

Estos criterios que se esbozan en el control recursivo, aparecen desarrollados en el artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 y responden

a tres supuestos: ¿se respetó la voluntad de las partes?, ¿el procedimiento arbitral se siguió con garantías mínimas para la defensa? y ¿el objeto del arbitraje afecta derechos indisponibles?

Si revisamos el inciso 1 del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071 podemos decir que el acápite a) referido a que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz; el acápite c) que invoca la composición del tribunal arbitral o que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes; el acápite d) referido a que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión y el acápite g) que invoca que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral, son supuestos que buscan responder al parámetro del control vinculado con la interrogante sobre si los árbitros han respetado la voluntad de las partes.

Ese mismo inciso también contempla la posibilidad de controlar el procedimiento arbitral seguido, de ahí que el acápite b) haga expresa referencia a ese supuesto bajo el siguiente texto: «Una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos».

La posibilidad del control sobre el objeto de disposición tampoco es ajena al contenido del citado 1.º del artículo 63 del Decreto Legislativo n.º 1071. Expresamente, el inciso e) señala que se puede verificar si el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional. Hay que precisar que si bien el convenio arbitral, se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, ello no significa que exista un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado; todo lo contrario, como lo ha señalado el propio Tribunal Constitucional, «el principio de autonomía

de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados».

En el caso del control, a través del amparo constitucional, el parámetro de la revisión estará fijado en el precedente vinculante contenido en la STC n.º 00142-2011-PA/TC-Lima, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia, se busca: a) verificar la vulneración a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional; b) verificar el control difuso arbitral, sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y c) verificar la afectación de derechos constitucionales de un tercero por el arbitraje.

En la impugnación autónoma extraordinaria, el parámetro de la revisión es único y estaría fijado por el llamado fraude procesal, sea éste cometido en el o con el procedimiento arbitral. En opinión de Fernández,⁸ «la revisión sirve para introducir determinados hechos nuevos que, de haber sido conocidos por el árbitro, podrían haber alterado el sentido de la resolución dictada. Tampoco pretende el recurso de revisión, de modo fundamental, salvaguardar el interés público —aunque éste quede fortalecido con la anulación de una sentencia injusta— su finalidad se contrae a proteger derechos subjetivos lesionados, sea porque al actor se le denegó injustamente la tutela a que tenía derecho, sea porque el demandado fue injustamente condenado. De aquí, que el objeto del juicio de revisión sea, en primer lugar, la causa de revisión que se alega, y si el Tribunal Supremo la encuentra fundada, rescindiré la sentencia y reenviaré los autos al juez para que falle de nuevo sobre la materia que fue objeto del proceso (actividad que, en sentido propio, nada tiene que ver con la revisión)». Según Fernández, la revisión que se intente frente al laudo está sometida al mismo régimen jurídico que la acción de revisión que se intente frente a una sentencia judicial, incluido el

⁸ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. «La cosa juzgada y revisión de laudos firmes». En *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje* n.º 60/2003. Gonzales Soria (coord.). Madrid: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 472.

régimen de suspensión de una eventual ejecución despachada frente al condenado en el laudo arbitral.

4. LA OPORTUNIDAD DEL CONTROL

Abordar la oportunidad en la que se puede ejercer el control judicial nos lleva a señalar previamente, cuál es el escenario en el que se desarrollará ese control. Al respecto, diremos que el control del ejercicio de la autonomía privada será el escenario judicial, en el que —bajo el mecanismo de revisión provocada— será el juez estatal el que ejercerá una función de verificación bajo parámetros que no sólo involucran límites a la autonomía de voluntad, sino también el respeto de las garantías mínimas de defensa a quienes resulten involucrados con la actividad arbitral y a la verificación del objeto de disposición materia de arbitraje. Surge, entonces, la pregunta sobre el momento en el que se debe verificar el cumplimiento de esos referentes citados. El Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias ha establecido que el control judicial, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori* al laudo.⁹

Esto significa que, en tanto no concluya el procedimiento arbitral, bajo los diversos supuestos que contempla el artículo 60 del Decreto Legislativo n.º 1071, no puede tolerarse la intervención judicial sobre

⁹ «El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previstos en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir, que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo». Ver fj. 14 STC n.º 6167-2005-PHC/TC-LIMA.

la actividad arbitral.¹⁰ Este criterio aparece afirmado de manera permanente por las diversas decisiones del Tribunal Constitucional; sin embargo, resulta interesante ensayar la posibilidad de que el control jurisdiccional no se produzca postlaudo, sino de manera previa a éste. Nos estamos refiriendo a la posibilidad de recurrir al amparo arbitral, como una posibilidad extraordinaria de control de la actividad arbitral contenida en una medida cautelar.

La intervención de la jurisdicción para controlar la medida cautelar dictada en sede arbitral, con antelación a la emisión del laudo, se podría justificar en casos en que los árbitros hayan dictado una medida cautelar que pudiera ser arbitraria o con efectos desbocados al objeto de la pretensión en debate; en esos casos, nos preguntamos ¿sería posible intentar el amparo constitucional contra la medida cautelar dictada en un procedimiento arbitral? Sobre el particular, encontramos en la casuística del Tribunal Constitucional el caso *Backus/Ambev*, en el que se provocó el control constitucional frente a una medida cautelar.¹¹

Un argumento que se ha validado en ese proceso constitucional es la posibilidad del amparo contra resolución cautelar. A pesar de que la naturaleza de estas medidas son provisionales, nada obsta para que el control constitucional opere, pues, lo que justifica ese control, es la constatación de que se ha afectado de modo manifiesto algún derecho funda-

¹⁰ Artículo 60.- «Terminación de las actuaciones

1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67.
2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:
 - a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.
 - b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
 - c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible».

¹¹ STC n.º 1209-2006-PA/TC-LIMA, Compañía Cervecería Ambev-Perú S.A.C.

mental, y que el afectado haya agotado los medios procesales de defensa o impugnación, de modo que la decisión, o resolución judicial, sea una que haya adquirido firmeza en su trámite procesal.¹² En el caso del arbitraje, tampoco puede estar exento de este control, más aún, cuando muchas de estas medidas están referidas a pronunciamientos antelados al fondo de la decisión futura, como el mantener o restablecer el *statu quo* en espera de que se resuelva la controversia.

Como dice el texto del artículo 47.2 del Decreto Legislativo n.º 1071, «por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia [...]».

En el caso *Ambev/Backus*, a través del amparo constitucional se cuestionó la falta de adecuación de la medida cautelar en atención a la pretensión principal que se buscaba asegurar. El Tribunal Constitucional en relación a la adecuación de la medida cautelar estableció: «Quizá el argumento más relevante que ha presentado la empresa recurrente para cuestionar la decisión cautelar en su contra, lo constituye la afirmación según la cual ésta resulta incongruente con la finalidad que persigue en el proceso principal. [...] mientras que AmbevPerú sostiene que existe incongruencia entre lo solicitado en el proceso principal (demanda declarativa de propiedad) y lo concedido en la medida cautelar, Backus sostiene que lo concedido por el juez se ajusta perfectamente a lo solicitado en el proceso principal [...]. Esta aparente contradicción

¹² Artículo 49.- «Reconsideración.

1. 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.
2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

podría; sin embargo, ser fácilmente solucionada leyendo los petitorios concretos de la demanda en el proceso principal y luego contrastándola con los términos en que ha sido otorgada la medida».

Como se puede evidenciar, este presupuesto permite que el juzgador pueda adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar. A través de la flexibilización, el juez se halla habilitado para determinar el tipo de la medida adecuada a las circunstancias del caso. Además, cuenta con la facultad de requerir la modificación de la medida propuesta, si ésta no es adecuada con aquello que se pretende asegurar.

De este modo, el Tribunal considera que no es la congruencia procesal, que no siempre alcanza relevancia constitucional, la que debe analizarse en el caso de autos, sino la posibilidad de que la medida cautelar dictada haya violado el principio de proporcionalidad y, en consecuencia, devenga en una decisión contraria a la Constitución por desproporcionada y porque además, una decisión judicial con tales características viola el principio de tutela jurisdiccional previsto en el artículo 139.3 de la Constitución.

A todo ello, hay que apreciar que bajo el texto del Decreto Legislativo n.º 1071 se ha calificado a la medida cautelar, una decisión que pudiera tener forma de laudo; si asumimos este texto podríamos asemejar las medidas cautelares a pronunciamientos finales como el laudo.

Si no se hubiera promovido este mecanismo de control, se estuviera abdicando o negando que la actividad cautelar arbitral pueda desarrollarse sin ningún mecanismo de control a través de los procesos constitucionales.

La tutela cautelar supone un juzgamiento en base a probabilidades, por tanto, su potencial de constituirse en acto arbitrario es, incluso, mayor al de una sentencia que ha merecido una mayor cautela y conocimiento por parte del juez.

Pretender cerrar la posibilidad de su control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta incongruente con los postulados básicos del Estado Democrático de Derecho, entre éstos, con el principio de interdicción de la arbitrariedad.

5. EL CONTROL IRREGULAR DEL LAUDO

Hay supuestos que conllevarían a un control jurisdiccional a través de mecanismos no convencionales, ajenos a la impugnación; véase el caso del control del laudo en ejecución judicial.

No es un tema recurrente, pues, se parte del supuesto que el laudo debe ser controlado en sede judicial, a través del recurso de anulación; sin embargo, nos planteamos la posibilidad de que si un laudo que ha ingresado a la ejecución y en ella se cuestione situaciones como que el objeto del arbitraje que esté referido a materias inarbitrables, o que el laudo se constituye en un título que afecta derechos de terceros, pueda ser controlado dichos argumentos como parte de la ejecución; ¿concurriría la posibilidad de que el laudo se declare inejecutable?; en otras palabras, la actividad arbitral desarrollada y culminada con la emisión del laudo, podría terminar siendo una actividad ineficaz para el contenido de lo laudado, siempre y cuando éste laudo no se haya sometido al control del recurso de anulación.

La idea es que el juez executor no puede enjuiciar el fondo mismo de lo resuelto en el laudo arbitral que se ejecuta, su examen y control debe circunscribirse a los aspectos puramente formales; tampoco en ejecución podría declarar la nulidad del laudo, sin embargo, en supuestos como los que presenta Córdón,¹³ donde el procedimiento se basó en un convenio arbitral que no existe o es nulo, o se dictó sobre una materia excluida del arbitraje o contraria al orden público material, causales so-

¹³ CORDÓN MORENO, Faustino. *Arbitraje y jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Navarra: Cuadernos Civitas, Thomson Reuters, 2010, p. 214.

bre las cuales se puede fundamentar la anulación del laudo, pero si ésta no se ejercitó, «cuesta entender que el juez actúe como un autómatas, a lo peor con la confabulación de las partes».

Hay una posición discutida en la doctrina que sostiene que podría rechazarse el laudo, por no ser conforme a la naturaleza y contenido del título, cuando verse sobre materias no susceptibles de arbitraje (contrario a su naturaleza) o se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo (contrario a su contenido). Asimismo, Córdón¹⁴ considera que podría denegarse la ejecución cuando el contenido sea contrario al orden público, entendido, desde la perspectiva constitucional como el conjunto de principios jurídicos, privados y públicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados.

5.1. Ejecución de laudos contra terceros

A continuación desarrollaremos el tema vinculado con la ejecución de laudos que afectan derechos de terceros ajenos al convenio arbitral y al procedimiento en el que se emitió el laudo materia de ejecución.¹⁵ Véase el caso, en el que se pacta la venta del bien, sin hacer referencia a que éste se encuentra ocupado por un tercero ajeno al vendedor. Además,

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ En los casos analizados tienen como partícipes en común al Notario Serafín Martínez Gutarra y al árbitro único: Eugenio Martín Cisneros Navarro. Véase el caso seguido entre Rita Espinoza Lara con Asesores y Liquidadores de Empresas Aladem EIRL sobre obligación de dar bien inmueble. Laudo protocolizado en la citada Notaría Cisneros Navarros el 10 de septiembre 2009. Otro caso, véase el seguido por Eyner Flores Ramos con Orellana Asesores y Consultores SAC sobre entrega de bien inmueble determinado. Laudo protocolizado en la Notaría Cisneros Navarro con fecha 27 de agosto de 2009. Comparto este *modus operandi* en los casos analizados: «celebrar la compraventa de un inmueble y someter la contratación al convenio arbitral, para luego buscar un árbitro *ad-hoc*, que no sólo ordene la desocupación del predio al vendedor obligado con la entrega, sino que además extienda los efectos de su fallo a terceros ocupantes del predio, contra quienes dispone su lanzamiento, con la intervención judicial».

en dicho contrato se pacta el convenio arbitral y luego se busca a un notario y un árbitro *ad-hoc* (que, por coincidencia, son los mismos en los casos analizados) para que completen la faena de emitir el laudo que ordene dentro de un plazo breve, que la parte demandada (vendedor) cumpla con entregar la posesión efectiva de la finca al comprador, sino que además ordene:

[...] de no verificarse la entrega y posesión efectiva del inmueble dentro del plazo fijado, se procederá al lanzamiento de los demandados y terceros que ocupen el área referida en ejecución judicial de este laudo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 690 CPC.

Como se aprecia, el objetivo es construir un título extrajudicial en la que no sólo se vincule para la entrega del inmueble al contratante del convenio, sino incluso a terceros ocupantes de éste; de tal manera que con «tremendo» laudo se recurra a la jurisdicción, para que se proceda complacientemente con la ejecución forzada de éste.

La afirmación que el convenio arbitral se extiende a aquéllos que hayan expresado su consentimiento de someterse al arbitraje, es una ficción en los casos citados; en igual forma, la que sostiene que la eficacia del convenio arbitral sólo afecta a las partes y a sus sucesores por asumir la personalidad de aquéllas, pero no a los terceros frente a los cuales el contrato es *res inter alios acta*.

Esta situación descrita genera posiciones encontradas entre los propios jueces, quienes sí admiten esa intervención, contra terceros, siempre y cuando se cumpla con lo dispuesto en el artículo 690 del CPC, que dice: «cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución». Con este razonamiento se convalida la manipulación de los mecanismos procesales para obtener por vía indirecta —la ejecución del laudo contra terceros— lo que no se puede hacer por vía directa, como es, laudar respecto de terceros.

Cuando hay un exceso en el pronunciamiento del árbitro, que afecta a terceros, quien está llamado a controlar ese desborde será el propio juez de la ejecución, siempre y cuando no se haya interpuesto el recurso de anulación contra el laudo; para lo cual tomará como referente el propio convenio arbitral para ese control formal.

El árbitro puede ordenar el lanzamiento de los demandados, pero no contra terceros, aunque las partes que han suscrito el convenio arbitral, les hayan delegado facultades de ejecución; sin embargo, como la *vis* compulsiva requiere de la intervención forzada de la jurisdicción, la parte beneficiada con ese laudo y ante la resistencia de la parte ejecutada, buscará la intervención de la jurisdicción para lograr la ejecución del laudo, en los mismos términos de la condena, esto es, buscará se disponga el lanzamiento y los apremios complementarios a ello, si fuere el caso.

En estos casos, el juez de la ejecución debe verificar esas facultades para controlar los límites de actuación del árbitro, sobre todo cuando involucra la afectación de terceros. Hay que afirmar que el arbitraje sólo puede afectar a quienes a él se sometieron. Sólo puede versar sobre conflictos planteados por personas que comprometieron a aceptar la decisión y no puede extenderse a personas ajenas al pacto; en consecuencia, no comparto la posición que bajo el argumento de la tutela de los derechos de los terceros afectados con el desalojo, buscan citarlos, con el mandato de ejecución, pues la ejecución del laudo no puede alcanzar a estos terceros para involucrarlos en las resultas del proceso de ejecución.

El rechazo debe ser liminar por el juez de la ejecución, caso contrario, implicaría convalidar la afectación de los derechos fundamentales de estos terceros, que sin haber tenido posibilidad de controvertir la pretensión del demandante en sede arbitral, quedarían vinculados por lo laudado.

La ejecución del laudo que afecta a terceros ha generado posiciones encontradas en la judicatura a tal punto que ha sido materia de reflexión

en el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de Lima en el año 2010. En ella concurrieron dos posiciones. La primera que sostenía que sí debería notificarse al tercero, siempre y cuando se notifique la demanda y mandato de ejecución; la segunda posición partía por afirmar que no es posible notificar al tercero del mandato de ejecución, porque el laudo vincula a las partes del proceso arbitral y no puede ser convalidada su omisión con la notificación del artículo 690 del CPC. No corresponde la notificación con el mandato de ejecución de los laudos contra terceros porque terceros no participaron en el proceso arbitral, por cuanto el convenio arbitral se extiende sólo a aquéllos que prestaron el 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, ello de conformidad al artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071.¹⁶

La ausencia del tercero en el proceso arbitral determina la inaplicación del laudo respecto de él y no podrá ser superada mediante la notificación del artículo 690 del CPC.¹⁷

¹⁶ El artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071 dispone que el convenio arbitral se extiende a aquéllos que prestaron el 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 a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos, siendo así el laudo arbitral sólo resulta vinculante a quienes encontrándose dentro de los supuestos de dicha norma, hubieran intervenido en el arbitraje, ello en atención al principio de la autonomía privada expresadas por las partes en el convenio arbitral.

¹⁷ En el referido cónclave se afirmó que, tanto en el laudo arbitral que apareja ejecución, ni del convenio arbitral que lo sustenta, han intervenido los terceros a quienes alude el ejecutante al pretender su notificación con el mandato de ejecución, por lo que no puede hacerse extensivo lo resuelto en sede arbitral. Lo contrario implicaría una grave violación de los derechos fundamentales de los terceros, que sin haber tenido posibilidad de controvertir la pretensión del demandante en sede arbitral, quedarían vinculados por lo laudado.

La posición que acogió el Pleno asumió que «corresponde notificar con la demanda y mandato de ejecución a los terceros cuando la ejecución pueda afectar su derecho, debiendo su intervención estar sujeta a lo dispuesto por el artículo 101 del Código Adjetivo, ello en virtud a lo dispuesto por el artículo 690 del Código Procesal Civil». Bajo la posición asumida, por mayoría, debe entenderse que estos terceros son notificados para que puedan solicitar su incorporación y formular contradicción a la ejecución; para que puedan ejercer los mecanismos de impugnación, si es que se deniega su intervención.¹⁸ En este último caso, un caso que gráfica la indefensión de los terceros afectados con el laudo aparece en la siguiente ejecutoria, cuyas consideraciones transcribimos a continuación:

[...] por resolución n.º 1 se dispuso notificar a los ocupantes del inmueble **a fin de que tengan pleno conocimiento del proceso**; en consecuencia, queda establecido que **el ocupante del inmueble no resulta ser parte en el presente proceso, siendo ello así, téngase por no presentado el escrito**;

Que, asimismo el recurrente interpone apelación contra la citada resolución que dispone no tener presentado su escrito [...]; que, en la medida en que el quejoso ha sido notificado con el mandato de ejecución y en mérito al principio constitucional de pluralidad de instancias, la queja en estudio debe acogerse.¹⁹

¹⁸ Esto último también operaría con algunas restricciones, pues, estando prohibida la admisión de recursos que entorpezcan el laudo arbitral, el artículo 68, inciso 4) del Decreto Legislativo n.º 1071, se colige inevitablemente que la participación del tercero resultara severamente restringida. El artículo 68 del Decreto Legislativo n.º 1071 dispone que sólo puede formularse oposición a la ejecución si se acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66 del Decreto Legislativo citado, en el primer caso, el cumplimiento es pertinente y exigible a quien es parte en el contrato y no a los terceros; y en el segundo caso, el tercero no podrá oponer tal causal al no tener jurídicamente posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución, que está igualmente reservado a las partes en el arbitraje.

¹⁹ Ejecutoria 2.ª Sala Comercial de Lima. Expediente n.º 273-2010. Resolución de 19 de abril de 2010. Quejoso Julio Nicolás Varias Carbone contra el 10.º Juzgado Comercial. Expediente n.º 2009-09665.

Como se puede advertir, se notifica a los ocupantes del inmueble, pero, se les impide ejercer cualquier articulación o impugnación, pues, se considera no ser parte en el proceso de ejecución. Esta posición ha sido corregida por el Pleno Jurisdiccional citado, pues, se ha sostenido que la notificación a los terceros ocupantes del inmueble, debe permitir su incorporación y que puedan ejercer los mecanismos de impugnación, si es que se deniega su intervención.

Por último, lo rescatable de todo este debate en el citado cónclave es la posición final asumida por mayoría de los jueces, en el sentido de que en los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) del laudo arbitral, sustentando y acreditando que se encontraba en posesión del bien sub materia, incluso con anterioridad al proceso arbitral, el cual resolvió la desocupación del mismo, sin que él haya intervenido en dichos procesos; la oposición (contradicción) interpuesta judicialmente debe 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.

Lo expuesto en este caso, en relación a la ejecución del laudo arbitral contra terceros para afirmar dos ideas centrales: a) la inejecución del laudo frente a los terceros, no comprendidos en el convenio arbitral; y b) el rol contralor que debe asumir la judicatura para preservar derechos y garantías fundamentales, no sólo de las partes, sino incluso frente a situaciones que lleven a la indefensión de terceros; pues, el arbitraje debe ser un medio de resolución de controversias, que vincule a las partes que han querido someterse a él, bajo un claro e irrestricto respeto de los principios y valores constitucionales.

5.2. *El lanzamiento de terceros validado por la Casación n.º 2994-2010-Lima*

En la Casación n.º 2994-2010-Lima²⁰ se admite la posibilidad de que en ejecución de laudos se pueda apereibir con lanzamiento a terceros que no participaron en el procedimiento arbitral, bajo el criterio que de otra manera se restringiría los efectos del laudo arbitral válidamente emitido. La Sala Comercial de Lima desestimó esa posibilidad; sin embargo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema la amparó.²¹

²⁰ En los seguidos por Jorge Enrique Cortés Martínez contra Rodolfo Orellana Rengifo y otra, sobre Ejecución de Laudo Arbitral. Lima, 27 de junio de 2011. Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema.

²¹ El caso refiere que Rodolfo Orellana Rengifo, en octubre del 2007, formalizó el Contrato de compraventa a favor de Jorge Enrique Cortés Martínez, del inmueble constituido por la Unidad Inmobiliaria n.º 1 que es parte de la Unidad Catastral n.º 10414, Urbanización Fundo Santa Rosa, distrito de Lurín, provincia y departamento de Lima. En el referido contrato se estableció que el ejecutado debió hacer entrega de la posesión efectiva del bien inmueble de su propiedad totalmente desocupada, obligación que fue incumplida por el vendedor, alegando que se encontraba negociando la salida del inmueble de terceras personas. Ante dicha situación, las partes firmaron el Contrato de Obligación de Dar Bien Inmueble Determinado, el mismo que fue suscrito el tres de enero del año dos mil ocho. En dicho contrato el ejecutado Rodolfo Orellana Rengifo se obligó a que la entrega del bien inmueble de su propiedad se realizaría, indefectiblemente, a más tardar el 31 de marzo de 2008, estableciéndose además una cláusula arbitral en caso de incumplimiento. Al ver transcurrido el tiempo y no haber visto su derecho satisfecho, en virtud de la cláusula tercera del contrato anteriormente citado, decidieron someter la desavenencia a un arbitraje de derecho.

Es así que mediante laudo arbitral de fecha 15 de julio de 2008, el Arbitro Único de Derecho Eugenio Martín Cisneros Navarro, declaró fundada la demanda y por consiguiente dispuso: «que Rodolfo Orellana Rengifo cumpla con procurar a favor de Jorge Enrique Cortés Martínez, dentro de los diez días de notificado el presente laudo, la entrega y posesión efectiva del inmueble [...]. De no verificarse la entrega y posesión efectiva del inmueble dentro del término señalado, se procederá al lanzamiento del demandado y/o terceros que ocupen el predio en ejecución de laudo».

El referido laudo arbitral quedó consentido al no haberse interpuesto recurso impugnatorio alguno. El laudo arbitral fue notificado válidamente al ejecutado para

En dicho pronunciamiento se considera que, al haberse admitido la demanda sólo contra el emplazado Rodolfo Orellana Rengifo, resulta procedente que éste cumpla con lo dispuesto en el auto definitivo expedido, no correspondiéndole a la tercera, Martha Juana Tesén Quispe,

su cumplimiento; sin embargo, no fue cumplido, motivo por el cual se exige judicialmente su cumplimiento y pese a sus requerimientos notariales, el obligado no ha cumplido con hacer la entrega física del bien por lo que se ha visto en la necesidad de iniciar el presente proceso. Ante ello, el juez admite la demanda sólo contra el ejecutado Rodolfo Orellana Rengifo, y se declara improcedente la misma respecto a terceros ocupantes de la Unidad Inmobiliaria número uno. Luego, Martha Juana Tesén Quispe solicita su intervención litisconsorcial en el presente proceso alegando tener calidad de ocupante del bien *sub litis*, pedido que es aceptado y se le incorpora al proceso como tercera con interés. Posteriormente, se resuelve llevar adelante la ejecución hasta que el ejecutado cumpla con hacer entrega física del bien inmueble materia *sub litis*, bajo apercibimiento de lanzamiento del ejecutado y/o terceros que ocupen el predio, por cuanto el laudo arbitral de derecho que se recaudó a la demanda constituye título de ejecución conforme al artículo 688 del CPC, asimismo la parte ejecutada, conformada por Rodolfo Orellana Rengifo, no ha formulado contradicción, no desprendiéndose en lo demás de autos, hechos ni medios probatorios certeros que conduzcan a la desvinculación del cumplimiento de la obligación contenida en el laudo arbitral de derecho materia de ejecución. A fin de garantizar el derecho de terceros que se puedan ver perjudicados con la ejecución, se ha procedido a notificar a los ocupantes del inmueble con el mandato ejecutivo. Además, se ha incorporado al proceso a Martha Juana Tesén Quispe en la calidad de tercera con interés, al estar en posesión del bien materia de ejecución, habiéndose limitado su intervención sólo en tal calidad, no habiendo acreditado en modo alguno tener título que legitime tal posesión sobre el bien.

Ella, como tercera, apela el mandato de ejecución y la Sala Comercial confirma en el extremo que resuelve llevar adelante la ejecución hasta que el ejecutado Rodolfo Orellana Rengifo cumpla con hacer entrega física del inmueble materia *sub litis*, bajo apercibimiento de lanzamiento; y revoca el extremo que dispone apercibimiento de lanzamiento contra los terceros que ocupan el inmueble materia de ejecución. Posteriormente, el ejecutante recurre en Casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema cuestionando el extremo de la resolución de la Sala Superior que limita la ejecución del laudo contra terceros; cuestionamiento que termina siendo amparado, estableciendo los integrantes de dicha Sala que la orden de entregar el bien se dirige contra el obligado en cumplimiento del laudo arbitral y contra los terceros ocupantes.

cuestionar este extremo, sino al ejecutado Rodolfo Orellana Rengifo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 374 del CPC; sin embargo, el Colegio Superior advierte que no obstante haberse admitido a trámite la demanda sólo contra el ejecutado, en la parte *in fine* del auto definitivo se precisa un apercibimiento de lanzamiento también contra terceros que ocupan el bien, pronunciamiento que resulta incongruente con lo actuado en el proceso, toda vez que tal apercibimiento debió ser dirigido sólo contra el ejecutado, mas no contra terceros.

La Casación n.º 2994-2010-Lima revoca la resolución de la Sala Superior bajo los argumentos de que 1) Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes; 2) El laudo produce efectos de cosa juzgada; y 3) Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente.

Al respecto señalamos que no toda actividad proveniente de la jurisdicción encierra cosa juzgada; para lograr dicha cualidad en los actos jurisdiccionales, es necesario que concurren dos supuestos: a) un referente objetivo, cual es, la existencia de un conflicto de intereses que requiera ser dilucidado por la jurisdicción; esto implica que la intervención de la jurisdicción donde no hay contención, no va a generar cosa juzgada, de ahí que los procesos de declaración voluntaria o calificados por el Código como procesos no contenciosos, no genera cosa juzgada que permita oponer a futuro excepción alguna; por ejemplo, la declaración de sucesión intestada a que refiere el artículo 830 del CPC, no genera cosa juzgada y puede ser posteriormente cuestionada por futuros sucesores a través de la petición de herencia, en un proceso contencioso, en el que no cabe oponer la excepción de cosa juzgada; b) el referente subjetivo requiere que las personas contra quienes se va a oponer los efectos de la sentencia hayan sido debidamente emplazados en el proceso, esto es, hayan tenido conocimiento oportuno del proceso y la posibilidad de haber podido ejercer su defensa. Esto implica, que la cosa juzgada debe responder a la solución de un conflicto jurídico y a la vinculación previa

que debe existir, con la parte a quien se le va a extender los efectos del proceso, caso contrario no podríamos sostener la existencia de la cosa juzgada.

En el caso en comentario, podemos encontrar la existencia de un conflicto por definir entre el comprador y vendedor del inmueble, en cuanto a la entrega física del predio; sin embargo, esa declaración definida en el laudo vincula estrictamente a las partes de ese arbitraje, concurre aquí el elemento subjetivo, mas no puede extenderse los efectos de esa vinculación hacia terceros, bajo el argumento de la cosa juzgada, en otras palabras, para que se pueda alegar la cosa juzgada en un título ejecutivo, no sólo se requiere un elemento objetivo, esto es una situación conflictiva que se defina y un elemento subjetivo, la vinculación inter partes de los efectos que se va a decidir en dicho procedimiento, por ello, es vital en este extremo las notificaciones válidas y oportunas para afirmar un debido emplazamiento y los efectos que esto genera para el propio proceso en sí.

La referida Casación n.º 2994-2010-Lima, considera además que «con la interposición de la presente demanda, el accionante pretende llevar adelante su ejecución hasta que se cumpla con entregar físicamente el inmueble *sub litis*, bajo apercibimiento de lanzamiento del ejecutado y/o terceros que ocupan el predio, conforme se aprecia del contenido del Testimonio de la Escritura Pública de Protocolización de Laudo Arbitral; es decir, lo que se busca es dar cumplimiento a lo resuelto y dispuesto en el citado laudo que tuviera como participantes a Jorge Enrique Cortés Martínez, en su calidad de demandante; y Rodolfo Orellana Rengifo, en su calidad de demandado, el cual tiene la calidad de cosa juzgada porque el ejecutado no solicitó en su oportunidad la anulación del mismo».²²

²² El laudo protocolizado tenía la siguiente fórmula de redacción: ordeno que (xxx) dentro del plazo de cinco días de notificado el presente laudo, cumpla con entregar la posesión efectiva de la finca (xxx). De no verificarse la entrega y posesión efectiva del inmueble dentro del término antes señalado, se procederá al lanza-

Al respecto, reafirmamos que el cuestionamiento no se remite a la cosa juzgada que vincula al ejecutado Orellana Rengifo, sobre ello no hay discusión. Lo que se cuestiona son los alcances de ese laudo frente a terceros, sobre los que se quiere extender el concepto de cosa juzgada hacia éstos; no está en discusión si Rodolfo Orellana Rengifo, en su calidad de demandado, le vincula los efectos de la cosa juzgada del laudo materia de ejecución; tampoco está en discusión el comportamiento procesal del ejecutado, al no haber solicitado en su oportunidad la anulación del mismo. Esos argumentos son propios para la defensa del ejecutado Orellana, pero hay que recordar que quien cuestiona los alcances del laudo no es Orellana —como ejecutado— sino el tercero afectado con el mandato de ejecución judicial que ha ordenado cumplir textualmente con la fórmula del laudo que extiende sus alcances hacia terceros, al ordenar su lanzamiento, en caso el ejecutado no cumpla con la entrega voluntaria del predio.

Otro argumento que se señala en la Casación n.º 2994-2010-Lima, es que «si bien la presente demanda que fue admitida únicamente contra el demandado, Rodolfo Orellana Rengifo, mas no contra terceros ocupantes del bien inmueble *sub litis*, también es cierto que se dispuso notificar a éstos con el escrito de demanda, tal como se acredita del auto admisorio, y como consecuencia de dicho acto, Martha Juana Tesén Quispe solicitó su intervención como litisconsorte incorporándosele al proceso en calidad de tercero con interés; siendo así, se acredita que no existe afectación al Principio de Congruencia Procesal, pues la decisión recaída en primera instancia guarda relación con los hechos controvertidos que es objeto de debate y que es materia de grado; es decir, se busca la ejecución de un laudo arbitral que tiene como finalidad la entrega de un bien inmueble, el cual en caso de incumplimiento se procederá al lanzamiento tanto del demandado como de terceros que vengán ocupando el predio, no pudiéndose en vía de ejecución, cuestionarse el

miento de los demandados y terceros que ocupen el área referida en ejecución judicial de este laudo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 690 del CPC.

alcance o contenido de un laudo arbitral que produjo los efectos de cosa juzgada; razón por la cual este extremo del recurso de casación debe ser amparado».

Este argumento nos lleva a precisar que la citación con el mandato de ejecución a la tercera ocupante del predio no puede convalidar su omisión derivada del procedimiento arbitral del que proviene el título; el cuestionamiento parte, precisamente, por verificar cómo en un laudo arbitral, se puede condenar expresamente el lanzamiento a los ocupantes del predio, cuando éstos no han sido involucrados en esa discusión que ha generado ese pronunciamiento; hay un exceso en el pronunciamiento arbitral, al no vincular estrictamente su fallo a las partes que han participado del convenio y del procedimiento arbitral; en ese sentido, no puede avalarse la condena que se hace, expresamente, en el laudo contra los terceros, con la citación del mandato de ejecución a que se refiere el artículo 690 del Código Procesal Civil, como lo dice el texto del propio laudo arbitral.

Sostenemos que cuando hay un exceso en el pronunciamiento del árbitro, que afecta a terceros, quien está llamado a controlar ese desborde será el propio juez de la ejecución, siempre y cuando no se haya interpuesto el recurso de anulación contra el laudo; para lo cual tomará como referente el propio convenio arbitral para ese control formal.

El árbitro puede ordenar el lanzamiento de los demandados, siempre y cuando se le haya delegado facultades de ejecución; sin embargo, la *vis* compulsiva requiere de la intervención forzada de la jurisdicción; que como parte de esa ejecución dispondrá el lanzamiento y los apremios complementarios a ello; por tanto, mal puede el árbitro —que no cuenta con esas facultades de ejecución— irrogarse ellas en la intervención arbitral. En estos casos, el juez de la ejecución debe verificar esas facultades para controlar los límites de actuación del árbitro; sobre todo, cuando involucra la afectación de terceros.

En conclusión, nos reafirmamos en que el arbitraje sólo puede afectar a quienes a él se sometieron. Sólo puede versar sobre conflictos planteados por personas que se comprometieron a aceptar la decisión y no puede extenderse a personas ajenas al pacto.²³

Otro criterio expuesto a favor de la Casación es el siguiente: «teniendo en cuenta que lo resuelto en el laudo arbitral produce los efectos de cosa juzgada, cuyo cumplimiento es obligatorio, se encuentra proscrito que en vía de ejecución del mismo se revise el fondo de lo resuelto o sus alcances; asimismo, no es factible que se proceda a analizar el acierto o desacierto de la decisión adoptada en el laudo arbitral».

Efectivamente, en ejecución del laudo no se puede ingresar al análisis del fondo del laudo, pues, evidentemente ello es competencia de los árbitros; sin embargo, la jurisdicción no puede dejar de abdicar al

²³ Precisamente, uno de los temas que abordó el Pleno Jurisdiccional Distrital Comercial de 2010 fue la intervención de los terceros en el proceso de ejecución, llegando a las siguientes conclusiones: a) procede la notificación a terceros cuando lo soliciten las partes, el propio tercero o lo disponga el juez de oficio; b) se debe conceder la intervención y eventualmente admitir la contradicción formulada por los terceros que no participaron en el proceso arbitral siempre que se compruebe su evidente interés y se aprecie el perjuicio que se le causaría; c) se debe conceder la apelación del tercero contra el auto que deniega su incorporación, siempre que ello no implique la suspensión de la tramitación de autos; d) el juez debe denegar la apelación interpuesta por las partes contra el auto que incorpora a un tercero al proceso de ejecución, pues, el artículo 101 del CPC señala que sólo es apelable la resolución que deniega la intervención; e) en los casos de restitución o entrega de bienes inmuebles, si el tercero se opusiera a la ejecución (o alegara contradicción) contra el título, sustentando y acreditando que se encontraba en posesión del bien sub materia, incluso con anterioridad a la fecha de celebración del acta de conciliación o del proceso arbitral que resolvió la desocupación del mismo, sin que él haya intervenido en dichos procesos, la oposición (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 a la defensa, toda vez que el tercero quedaría en total indefensión.

control formal sobre el laudo; eso no significa que se va a declarar la validez o invalidez del laudo, sino que se debe advertir la existencia de alguna anomalía, en la misma constitución del título, que podría llevar a su inejecución. El control judicial no debe llevar a declarar la nulidad del título, ello no es posible, pero sí limitar la ejecución del título, como sería el declarar la inejecutabilidad del título en cuanto a terceros no citados ni vinculados con el debate arbitral.

Felizmente, para contrarrestar este desborde de la actividad arbitral, los terceros afectados con estas actuaciones pueden recurrir al amparo constitucional. El Tribunal Constitucional, expresamente, ha establecido con carácter de precedente vinculante que «no se podrá declarar la improcedencia del amparo arbitral cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14 del Decreto Legislativo n.º 1071».²⁴

Una vez más insistimos que cuando se argumenta en la Casación n.º 2994-2010-Lima, que «al haberse incumplido lo resuelto en el citado laudo, así como también con lo dispuesto en el auto de ejecución —entrega físicamente del bien *sub litis* por parte del ejecutado—, corresponde hacer cumplir lo resuelto en el laudo arbitral; es decir, llevar adelante su ejecución; más aún, si se tiene en cuenta que en vía arbitral el ejecutado no interpuso medio impugnatorio —recurso de anulación— que cuestione su validez y en vía judicial no formuló oposición al mandato de ejecución»; esa argumentación es propia para el cuestionamiento que quisiera hacer el demandado en relación a los alcances del laudo en la ejecución; sin embargo, quien cuestiona esos alcances es el ejecutante, de un acto que le afecta directamente, no al ejecutado sino a una tercera persona, poseedora del predio que es materia de ejecución. Hubiera

²⁴ STC n.º 00142-2011-PA/TC-Lima, Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia.

sido interesante que el control que se hace desde la Casación hubiera confirmado el pronunciamiento hecho por los jueces de la Sala Comercial de la Corte de Lima, de tal manera que se limite los alcances de la ejecución del laudo, por más que se proclame que es un título que genera cosa juzgada, pues, como ya hemos explicado, ella no es extensiva a terceros no emplazados ni citados en el proceso en el que ha recaído ese efecto nocivo en el pronunciamiento final.

5.3. La inejecutabilidad del laudo firme

Un caso emblemático que aborda el control en sede judicial de un laudo firme aparece referido en la STC n.º 03841-2012-PA/TC-Lima. En ella se aprecian los efectos del control, tanto por la justicia ordinaria como por la constitucional, hacia el resultado de la actividad arbitral.

La historia está vinculada con el laudo recaído en el arbitraje seguido entre las empresas *Sacip* con *Flotal*, mediante el cual se ordena que Sacip ceda la administración judicial que tiene a favor de Flotal, y además dispone que Sacip ceda indefinidamente la posesión del inmueble ubicado en Ate, inmueble de propiedad de Giovanni Paredes, el demandante en el proceso constitucional. Hay que precisar, que quien asume el rol de parte en arbitraje es Sacip y no el accionista mayoritario Giovanni Paredes.

Son dos situaciones diferentes que concurren en la historia y que motiva preguntarnos, si ¿el tribunal arbitral estaba obligado a notificar a Paredes, como accionista mayoritario de Sacip? Evidentemente que no. Lo que le legitima para intervenir en el proceso arbitral no es su condición de socio mayoritario de la empresa demandante en el arbitraje, como sostiene Paredes, sino el hecho de ser propietario del inmueble ubicado en Ate (que no le pertenecería a Sacip) sobre el que se ha venido discutiendo la posesión en el procedimiento arbitral.

Es aquí donde aparece la vulneración, no sólo al derecho de propiedad del actor —que además es el poseionario— sino al debido proceso, pues, el laudo decide sobre los atributos de uso y goce del derecho de propiedad del actor, sin haber suscrito éste el convenio y sin haber sido citado en el procedimiento arbitral.

Especial comentario merece la intervención del juez especializado en lo comercial de Lima, quien declaró la inejecutabilidad del laudo. Véase que se trata de un laudo, sobre el cual no se ha provocado recurso alguno ante la jurisdicción ordinaria (léase anulación del laudo); sin embargo, el juez de ejecución realiza un control —no sobre la validez del laudo— sobre los alcances del laudo, para concluir por la inejecutabilidad, por haber vulnerado los derechos a la defensa y propiedad del actor; sin embargo, el tema también pasa por analizar si el objeto de la pretensión sobre el cual se ha pronunciado el laudo se trata de una materia disponible.

Las materias de debate en ese procedimiento arbitral acoge varias pretensiones, una de ellas está referida a la cesión de la administración judicial a favor de Flotal y la otra, a la entrega de la posesión del inmueble en Ate, a favor de Flotal; esta última es perfectamente disponible, mas no la primera. Nos preguntamos, ¿los mandatos judiciales son materia de disposición por las partes?; esto es, si la autoridad judicial ha dispuesto una administración judicial a favor de Sacip, la revocatoria o modificación de esa administración judicial, sólo puede alcanzarse a través de la intervención judicial, pues, es un mandato originario de dicho fuero y no de la intervención de los privados, por tanto, ese extremo de la pretensión que se debatió en el arbitraje, no sólo no resulta inejecutable, sino es nula por haber vulnerado derechos indisponibles, pues, no está bajo la esfera de disposición de los intereses privados, el modificar o levantar los alcances de un mandato sobre la administración judicial.

Si dicho laudo hubiera sido sometido al control jurisdiccional sobre su validez, los jueces revisores al verificar una materia inarbitrable, a

pesar de que no haya sido invocada en el recurso de anulación, podrían declarar de oficio su nulidad. (Ver artículo 63.2 del Decreto Legislativo n.º 1071).

En cuanto a los efectos del control constitucional, no hay una posición uniforme por el Tribunal Constitucional. En mayoría, se asume que «el laudo es ineficaz e inejecutable y no produce efectos de cosa juzgada». Hay que tener en cuenta que en el laudo no sólo se condena a la entrega de la posesión de un inmueble de terceros, sino que se discute una pretensión vinculada con la cesión de la administración judicial, tema no analizado por el Tribunal Constitucional, a pesar de estar referido a una materia inarbitrable.

Al declarar la ineficacia del laudo, se reconoce la validez, pero se cuestiona los alcances de éste frente a terceros, pero, no se trata de la validez sino de la invalidez del laudo y por ende de la ineficacia de éste, no sólo frente a Paredes sino frente a los propios contratantes que provocaron el procedimiento arbitral de una materia inarbitrable.

Tampoco se trata de la inejecutabilidad del laudo, el mismo que puede ser perfectamente válido y eficaz, pero inejecutable. En este caso, como el Tribunal Constitucional no ha deslindado los alcances de cada una de las pretensiones contenidas en el laudo, atribuye la inejecutabilidad total, descartando la validez o no del laudo. Consideramos, en el caso que refiere la STC n.º 03841-2012-PA/TC-Lima, que el laudo es inejecutable en el extremo de la cesión de la administración judicial, pero en cuanto la entrega de la posesión del inmueble, es ineficaz y por ende, inejecutable dicho mandato frente a terceros no involucrados en el arbitraje.

5.4. La limitación de la publicidad del laudo que afecta a terceros

Lamentablemente, la afectación del derecho de terceros también ha tenido una repercusión en la inscripción de los laudos ante Registros

Públicos. Si bien, se había establecido que las instancias arbitrales no podían calificar en la inscripción de los laudos arbitrales, la validez ni eficacia objetiva o subjetiva del laudo o de los actos procedimentales realizados por los árbitros, tampoco podían cuestionar las decisiones motivadas del árbitro que pretendían incorporar a un tercero al procedimiento arbitral, o de extender los efectos del laudo a dicho tercero, mediante la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos, n.º 226-2014-SUNARP/SN, publicada en El Peruano, el 10 de septiembre de 2014, p. 532165, se ha modificado el artículo 32-A del Reglamento General de los Registros Públicos, a fin de disponer que «no será inscribible el laudo arbitral que afecte a un tercero que no suscribió el convenio arbitral».

En las consideraciones que se expone para asumir la modificación normativa, se sostiene que se ha evidenciado algunas inconsistencias de la institución arbitral al momento de laudar sobre determinadas controversias, en parte, por la precaria formalidad que estos instrumentos revisten para su inscripción registral, la ausencia de un registro de árbitros *ad-hoc*, el pronunciamiento sobre temas que no son de su competencia, o la extensión de los alcances de la decisión arbitral a personas que nunca suscribieron el convenio arbitral, entre otros.

En efecto, los casos que se expone en los acápites anteriores, vinculados con la Casación n.º 2994-2010 LIMA y la STC n.º 03841-2012-PA/TC-LIMA, tienen como elementos comunes, el de provenir de un arbitraje *ad-hoc* y afectar derechos de terceros ajenos al laudo. De ahí que resultan acertadas las motivaciones que se esgrime para modificar el Reglamento, como es, «el hecho de incorporar en virtud de un laudo arbitral a un tercero que no formó parte del proceso arbitral, esto es, una persona que pese a no suscribir el convenio arbitral le son alcanzables los efectos de la decisión arbitral, esta Superintendencia considera que con ello se podría estar generando una situación de evidente indefensión para el tercero, por cuanto sin ser parte en dicho proceso, con la decisión arbitral se estaría vulnerando su autonomía privada al

no mediar su consentimiento de someterse al arbitraje y su derecho de defensa». De ahí que suscribimos la nueva postura de Registros Públicos, en el sentido de que sea inscribible el laudo arbitral que afecte a un tercero que no es parte en el proceso arbitral, circunstancia que *a priori* se acredita por la no suscripción del convenio arbitral.

6. EL CONTROL FORMAL EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO

El control judicial sobre el laudo arbitral también debe pasar por verificar si reúne las condiciones de ejecutabilidad propias de un título ejecutivo; este control es necesario, sobre todo, cuando estamos ante casos de laudos ilíquidos o calificados también como condena con reserva de liquidación, pues, requieren un pronunciamiento complementario por los propios árbitros, para que recién se configure como título ejecutivo, mientras ello no sucede lo podemos catalogar como laudos parciales.

Hay que recordar que lo que se pacta en el convenio arbitral es la solución de la controversia. El artículo 54 del Decreto Legislativo n.º 1071 señala que «salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios»; y, por tanto, podemos colegir que la emisión del laudo parcial no concluye la controversia.

Precisamente, una mala práctica en el arbitraje, está referida a laudos ilíquidos. Los árbitros, asumen que con este tipo de laudos han puesto fin al arbitraje; sin embargo, tenemos que decir que ello no es así. Hay que asumirlos como «laudos parciales», porque requiere ser complementado por otra decisión que liquide la condena genérica, para que recién pueda ser exigido el laudo, como un título ejecutivo. Lo preocupante es que la pretensión en debate siempre se formuló sobre una condena, sobre la declaración de una obligación; sin embargo, el laudo no contiene un pronunciamiento al respecto, sino una mera declaración con reserva de condena; caso contrario, sería si el actor se ha limitado

a interponer una acción meramente declarativa para que se declare la obligación de indemnizar, pero, como tal acción es meramente declarativa exigirá otro declarativo posterior en el que se obtenga una condena (esta vez a cantidad concreta) que pueda ser ejecutada.

Consideramos que la liquidación de la condena debería ser realizada por los propios árbitros, que han esbozado la fórmula genérica de solución y no dejar que sean los jueces del Estado, los que tengan que continuar con esa fase de liquidación, pues las partes no han buscado que sean éstos los que resuelvan su controversia, sino de manera particular y especializada: los árbitros. Fernández,²⁵ considera que no es saludable que el actor pida que se declare en el proceso arbitral —únicamente— la obligación de indemnizar y se deje su cuantificación a la fase de ejecución de sentencia, pero, sí puede el actor fijar (o, al menos, ofrecer para la fase de prueba) las bases conforme a las que desea que se calcule la cantidad debida, y siempre que: a) la condena a prestación haya sido, efectivamente, objeto del proceso; b) que lo que se deje para la ejecución de sentencia sea la «cuantificación»; en ningún caso la determinación de los daños y perjuicios, y menos aún, el juicio, si los daños son o no achacables o imputables al hecho dañoso; c) que se fijen las bases conforme a las que debe hacerse la liquidación en ejecución de sentencia.

Con estas limitaciones la condena con reserva podría ser una institución de suma utilidad práctica, pues, cuando, efectivamente, sea imposible o muy difícil pedir una cantidad determinada de daños y perjuicios, se evita la inconveniente necesidad de incoar un segundo arbitraje, cuyo único objeto sea la cuantificación.

Lamentablemente, hay la mala praxis de calificar a esos laudos como títulos ejecutivos y exigir que sea el juez del Estado, el que liquide las fórmulas de condena genérica del laudo, con un claro perjuicio para las

²⁵ FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, p.466.

partes, por la demora procesal y por la falta de especialización del juez en el objeto del arbitraje.

Estos laudos ilíquidos, al igual que las sentencias judiciales, son calificados como decisiones «perversas», pues, ellos en sí, no generan el título ejecutivo que se esperaba, todo lo contrario se trata de una solución «a medias», que ampara el derecho de la parte actora, pero, que aún es inejecutable, pues, requiere de una decisión que complementa el contenido de lo ya decidido.²⁶ Esto es, se afirma en el laudo, que hay obligaciones que satisfacer, pero, no se señala la magnitud de éstas, todo lo contrario, se deja para que se definan al momento de la ejecución, de ahí que sea una obligación ilíquida, que no puede ser catalogada aún como un título ejecutivo, ni menos ingresar a la ejecución de éste.

Lamentablemente bajo una mal consabida tutela jurisdiccional, los jueces acogen los laudos ilíquidos para la ejecución, a sabiendas de sus limitaciones; esperando tal vez, que el ejecutado formule contradicción al mandato ejecutivo por la iliquidez del título, para luego archivar el caso, sin embargo, los jueces deberían tener una posición más proactiva

²⁶ Para Fernández, el actor no puede pedir que se declare en el proceso arbitral la obligación de indemnizar y se deje su cuantificación a la fase de ejecución de sentencia. Pero, sí puede el actor fijar (o, al menos, ofrecer para la fase de prueba) las bases conforme a las que desea que se calcule la cantidad debida (que prueba) las bases conforme a las que desea que se calcule la cantidad debida (que, en muchos casos, sigue devengándose hasta que la sentencia sea firme o se acuerda la ejecución provisional) y siempre, claro es, que: a) la condena a prestación haya sido, efectivamente, objeto del proceso; b) que lo que se deje para la ejecución de sentencia sea la cuantificación; en ningún caso la determinación de los daños y perjuicios y, menos aún, el juicio, si los daños son o no achacables o imputables al hecho dañoso; c) que se fijen las bases conforme a las que debe hacerse la liquidación en ejecución de sentencia. Con estas limitaciones, la condena con reserva es una institución de suma utilidad práctica, pues, cuando efectivamente sea imposible o muy difícil pedir una cantidad determinada por daños y perjuicios, se evita la inconveniente necesidad de incoar un segundo arbitraje cuyo único objeto sea la cuantificación (y salvo, claro es, que las partes expresamente pacten lo contrario). *Op. cit.*, p. 467.

y de plano rechazar la pretensión e instar a que sean los árbitros los que culminen su labor, por tratarse simplemente de un «laudo parcial» e inejecutable.

Terminamos estas líneas afirmando que no se debe tolerar que cuando los árbitros emitan un laudo ilíquido, asuman que con él, han concluido el procedimiento arbitral. Deberíamos asumir que con esa decisión, estamos ante un laudo parcial, pendiente de liquidar su contenido, por los propios árbitros, a través de un futuro laudo complementario.

7. CONCLUSIONES

1. La actividad arbitral como está sostenida en el ejercicio de la autonomía de la voluntad requiere que el resultado de ésta sea sometida al control jurisdiccional a fin de afirmar el respeto a los límites de actuación de la voluntad delegada, el procedimiento seguido que contemple un mínimo de garantías para la defensa y que el objeto de disposición contemple derechos disponibles.
2. A pesar de que se ha fijado el control postlaudo, en el precedente STC n.º 6167-2005-PH/TC-Lima, se plantea la posibilidad de ensayar un control jurisdiccional previo al laudo, sobre las decisiones cautelares dictadas en sede arbitral. Cerrar la posibilidad del control jurisdiccional a través de los procesos constitucionales, resulta incongruente con el principio de interdicción de la arbitrariedad reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
3. Un laudo arbitral sometido a la ejecución judicial, tiene la posibilidad del control judicial para declarar su inejecutabilidad, en la medida en que éste no haya sido sometido al control or-

dinario del recurso de anulación y se cuestione el objeto de disposición y la afectación de derechos de terceros.

4. Los mecanismos que se pueden ejercer para el control arbitral desde la jurisdicción son el control recursivo postlaudo, a través del recurso de anulación; el amparo constitucional, como en el caso que en plena actividad arbitral se vulnera derechos de terceros, desde la jurisdicción se podría contrarrestar ello, a través del amparo constitucional (STC n.º 00142-2011-PA/TC-Lima) y la impugnación vía acción a través de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta que regula el artículo 178 del CPC, en el supuesto de que se demuestre la comisión de fraude en el o con el procedimiento arbitral.

LA IDONEIDAD DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL FRENTE A LA INSEGURIDAD DEL ARBITRAJE *AD-HOC**

Oswaldo Hundskopf Exebio

Sumario: 1. Presentación del tema.— 2. Conceptos generales sobre el arbitraje.— 3. Ventajas del arbitraje frente al proceso judicial.— 4. Algunos aspectos favorables a considerar en los procesos judiciales.— 5. Existencia del convenio arbitral frente a una determinada controversia.— 6. Tipos de arbitraje.— 7. Arbitraje *ad-hoc*. — 7.1. Ventajas del arbitraje *ad-hoc*.— 7.2. Desventajas del arbitraje *ad-hoc*.— 8. Arbitraje institucional.— 8.1. Institución arbitral.— 8.2. Orígenes del arbitraje institucional.— 8.3. Características de las instituciones arbitrales especializadas.— 8.4. Reglamentos procesales de las instituciones arbitrales.— 8.5. Aportes metodológicos del arbitraje institucional.— 8.6. Aceptación del arbitraje por la institución arbitral.— 8.7. Costo de los servicios de la institución arbitral.— 8.8. Costo de los servicios de la institución arbitral-modelos.— 8.9. Responsabilidad de la institución arbitral.— 8.10. Principales instituciones arbitrales en el Perú.— 9. ¿Por qué de la idoneidad del arbitraje institucional frente a la inseguridad del arbitraje *ad-hoc*?— 10. Sugerencias y recomendaciones.— 11. Anexos.

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

Nadie puede poner en duda la importancia que el arbitraje tiene en la actualidad, como un mecanismo alternativo a la jurisdicción ordinaria,

* Ponencia preparada para el curso de arbitraje organizado por el CEAR del Colegio de Abogados de Lima, adaptado como un artículo que incluye las fuentes bibliográficas utilizadas.

para la solución de controversias de contenido patrimonial sobre materias de libre disposición, conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen. Sin embargo, hay algunos asuntos que generan preocupación, algunos de los cuales ya se han tratado en diversos ensayos elaborados por colegas árbitros, y que tienen que ver con los mecanismos de selección de los árbitros y de los presidentes de los tribunales vía mecanismos de presión o poco transparentes respecto de las personas naturales, que con la idoneidad, moral y profesionalismo requeridos, deben resolver las controversias, ya sea en base a derecho o por equidad, con la designación de árbitros como abogados de parte, con la designación supletoria por parte de las Cámaras de Comercio, con la infracción a la confidencialidad durante el desarrollo del proceso arbitral y después del laudo, y con el control constitucional del arbitraje entre otros ensayos.

En esta ocasión, motivado por algunos laudos que hemos podido leer, ya que al haberse protocolizado notarialmente se han convertido en instrumentos públicos, los cuales han sido expedidos en arbitrajes *ad-hoc*, tanto en lo formal como en lo procesal, nos generan múltiples dudas e inseguridades, y por qué no decirlo en ellos, hacen referencia a actuaciones arbitrales que, además de dudarse de su efectiva realización, pueden ser cuestionadas, razón por la cual, nos parece pertinente y oportuno retomar un tema que, si bien ya ha sido objeto de algunos trabajos efectuados por destacados colegas, no está de más hacer nuevamente una comparación actualizada entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad-hoc*, para los efectos de destacar las ventajas y desventajas de cada uno de ellos, y finalmente, tomar una posición al respecto, la que desde ya se percibe por la elección del título del presente trabajo.

2. CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE

Como se sabe, el arbitraje es el ejercicio de la facultad jurisdiccional que ha recibido el árbitro y/o los árbitros, para con la anuencia de las partes,

resolver un conflicto de intereses, y de esta forma solucionar una controversia. En consecuencia, al arbitraje se le considera como un mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, ya que la facultad de los árbitros de resolver un conflicto deriva de la voluntad de las partes, las que a través del convenio arbitral han delegado en los árbitros, su solución.

Por este motivo, el arbitraje no es comparable a la mediación, transacción o conciliación, en razón a que éstos son métodos autocompositivos de resolución de conflictos, en las que las propias partes, si bien con el auxilio de facilitadores, ponen fin a una controversia, mientras que el arbitraje, como hemos señalado, es heterocompositivo, como lo es también la jurisdicción ordinaria, pues en el primer caso serán los árbitros, y en el segundo caso serán los magistrados del Poder Judicial, los que en definitiva resuelvan las controversias, es decir terceras personas distintas a las partes.

A su vez, el arbitraje es una institución jurídica típica y autónoma; no tiene naturaleza contractual ni procesal, tiene connotación jurídica propia y puede originarse en un mandato legal (ej.: artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo n.º 1017), ya que de acuerdo a ley, los conflictos de intereses en los que se encuentren vinculadas entidades estatales, deberán resolverse a través del arbitraje.

Es pertinente destacar que el arbitraje como jurisdicción autónoma es reconocido por la Constitución Política de 1993 en su artículo 139, numeral 1, donde al detallar los principios y derechos de la función jurisdiccional, se declara que «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral».

En opinión de Paolo del Águila,¹ «en cierta medida el monopolio estatal para la administración de justicia cede terreno y ofrece mecanis-

¹ DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. En artículo denominado «Arbitraje Institucional o Arbitraje *Ad-Hoc*. ¿He ahí el dilema?». En *Revista de Arbitraje*, año 2005, n.º 1, pp. 231 y 232.

mos, muchas veces mas técnicos, rápidos, imparciales, al de la denominada justicia ordinaria, uno de ello es precisamente el sistema arbitral».

El arbitraje se presenta a su vez, como una vía alternativa al Poder Judicial, ya que al ser una jurisdicción independiente, los árbitros poseen *notio* (facultad de conocer el conflicto planteado), *vocatio* (facultad de ordenar la comparecencia de las partes), y de *iuditio* (facultad de resolver el conflicto), poniendo solución a la controversia mediante la emisión del laudo arbitral.

Asimismo, los árbitros poseen las facultades de *coertio* y *executio* de forma mediata, al igual que los magistrados de la Corte Suprema, salvo excepciones, cuando las partes hayan otorgado al árbitro o tribunal facultades de ejecución cuando las circunstancias y características del proceso lo permitan, y en caso contrario deberán recurrir a los jueces de primera instancia para la ejecución de la decisión materia del Laudo.

Precisamente, las dos características que diferencian a los árbitros de los magistrados y jueces son las siguientes:

- a) Fungibilidad.- Implica que las funciones de los árbitros terminan con la emisión del laudo.
- b) Especificidad.- Implica que los árbitros únicamente tienen facultades para litigios determinados y específicos para los cuales han sido designados.

3. VENTAJAS DEL ARBITRAJE FRENTE AL PROCESO JUDICIAL

Del estudio de ambas jurisdicciones, concluimos que existen algunas ventajas que tiene el arbitraje sobre el proceso judicial, de las cuales mencionaremos algunas:

1. El arbitraje no es formalista y rígido como el proceso judicial, pudiendo adecuarse a las necesidades de las partes, en cada caso en particular.
2. La especialidad de los árbitros, tema que se ha reducido sustancialmente a raíz de la creación de la jurisdicción comercial, en la que magistrados especializados en materia comercial están en total capacidad para resolver conflictos especializados que tengan a su cargo.
3. La composición del Tribunal depende de las partes, es decir, cada una de las partes tienen la facultad de elegir por lo menos a uno de los árbitros, y entre los dos elegidos nombran al Presidente del Tribunal. Asimismo, puede ser que el arbitraje esté dirigido por un árbitro único, el cual es elegido por el acuerdo de ambas partes.
4. En definitiva, es menor el costo del proceso arbitral por ser más rápido y corto en el tiempo, aun cuando en principio los costos puedan depender de la cuantía de la controversia sometida a discusión.
5. La confidencialidad y reserva absoluta del arbitraje, frente a la publicidad de las actuaciones en un proceso judicial.
6. Las partes pueden optar por una determinada clase de arbitraje, ya sea de derecho o de equidad, *ad-hoc* o institucional, salvo los casos de excepción de un arbitraje de derecho obligatorio, como es el caso de la solución de controversias, bajo el régimen de contratación con el Estado, en el cual, por ley, no hay opción distinta posible a la señalada.

7. Es de instancia única e inapelable. La posible anulación judicial del laudo se sustenta por razones de forma y no de fondo.
8. Hay mayor flexibilidad en las actuaciones arbitrales, en la actuación de los medios probatorios y en la valoración de éstos.

4. ALGUNOS ASPECTOS FAVORABLES A CONSIDERAR EN LOS PROCESOS JUDICIALES

Por su parte, los procesos judiciales también tienen aspectos muy positivos a resaltar, de los cuales mencionaremos los siguientes:

1. La doble instancia. Brinda la posibilidad de revisión de los actos por un órgano colegiado superior.
2. La posibilidad de llegar a la Corte Suprema, por la vía del recurso de casación, en los supuestos de defectos de forma que hayan vulnerado aspectos y derechos esenciales que deben respetarse en el desarrollo de todo el proceso judicial.
3. Hoy, con la jurisdicción comercial también brindan la posibilidad de que los conflictos sean resueltos por personas especializadas en la materia.
4. Es un proceso público pleno de garantías constitucionales.
5. Es factible sistematizar sus resoluciones, sobre todo en la jurisdicción comercial.
6. Mayor predictibilidad, pues ante los mismos supuestos, se pueden conocer las tendencias y los precedentes vinculantes.

5. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL FRENTE A UNA DETERMINADA CONTROVERSIA

El convenio arbitral, de acuerdo a la noción contenida en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo n.º 1071, publicado en el diario oficial «El Peruano», el 28 de junio de 2008, en adelante simplemente, L. de A., es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias, o ciertas controversias, que hayan surgido, o que puedan surgir, entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

De acuerdo con lo anterior, podemos determinar los siguientes presupuestos:

1. Que el convenio arbitral se haya suscrito antes de que surja la controversia o que sea suscrito una vez surgida la controversia.
2. Que en el convenio arbitral se señale que la controversia sea administrada por una institución arbitral, o sea llevada a cabo mediante un arbitraje *ad-hoc*.
3. Que el convenio arbitral se encuentre en una cláusula incluida dentro del contrato o mediante un acuerdo independiente, el cual se entiende que forma parte del contrato.
4. Que el convenio arbitral esté basado en la voluntad de las partes, manifestada a través de algún medio escrito.
5. Que el convenio arbitral esté suscrito antes de la controversia, y que luego de presentado el conflicto, sea ampliado y/o modificado por las partes.
6. Que se trate de un convenio arbitral estatutario o societario.

6. TIPOS DE ARBITRAJE

En la Ley de Arbitraje se distingue, los siguientes tipos de arbitrajes:

- a) Arbitraje nacional e internacional, aunque ahora hay una regulación única, pues se ha pasado de un sistema dualista a un sistema monista, que trata de manera unitaria al arbitraje. El arbitraje nacional es aquel que se da cuando todo el proceso arbitral y sus efectos se lleven a cabo en un Estado, mientras que el arbitraje Internacional se da cuando concurra alguna de la siguientes circunstancia, señaladas en el artículo 5 de la L. de A.:
 - Que al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan domicilios en estados diferentes.
 - Si el lugar del arbitraje, determinado por las partes en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en el que las partes domicilian
 - Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial, las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de controversia, tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.
- b) Arbitraje de derecho o arbitraje de conciencia, este último también llamado arbitraje de equidad. El arbitraje es de derecho cuando los árbitros resuelven la controversia con arreglo al derecho aplicable, mientras que el arbitraje será de conciencia o equidad cuando los árbitros resuelvan de acuerdo a su conocimiento y su leal saber y entender.
- c) Arbitrajes *ad-hoc* o institucional. El arbitraje será *ad-hoc* cuando este sea administrado y organizado de forma independiente por una persona diferente a las que conforman el Tribunal, quién tomara a su cargo la secretaría arbitral hasta la culminación de

las actuaciones arbitrales. Mientras que el arbitraje institucional se dá cuando la administración y organización del proceso será llevado a acabo por una institución o centro, creado para tales fines. Es nuestra opinión que la tendencia actual del arbitraje moderno está orientada hacia el desarrollo del arbitraje institucional, lo que apoyamos dadas las garantías y las ventajas de éste, frente al *ad-hoc*.

Sabemos que el arbitraje es un mecanismo eficiente para la solución de controversias que el orden jurídico nos ofrece y al que el orden económico nos conduce. Siendo ello así, consideramos que se debe implementar el arbitraje de manera eficaz, ponderando los aspectos positivos que posee, y al mismo tiempo reduciendo al máximo los riesgos que se podrían generar.

Aquí encontramos dos caminos, que con características distintas persiguen el mismo fin, que es la solución de una controversia. ¿Arbitraje *Ad-hoc* o Arbitraje Institucional? ¿Cuál camino tomar?

Para llegar a establecer una respuesta, primero debemos conocer más en detalle qué implica cada uno de estos tipos de arbitraje, así como los efectos y resultados que su uso adecuado nos puede traer. Ello es fundamental porque el arbitraje *ad-hoc* en nuestra opinión no ofrece la seguridad e idoneidad que ofrece el arbitraje institucional; sin embargo, resulta atractivo por otros motivos. En consecuencia, incursionaremos en un análisis paralelo y veraz a efectos proveer al lector con la información necesaria para tomar la elección correcta de acuerdo a sus necesidades.

7. ARBITRAJE *AD-HOC*

Estaremos dentro de un arbitraje *ad-hoc*, cuando las partes pactan libremente las normas, el desarrollo y la continuidad del proceso. En estos

arbitrajes, los árbitros trabajan por su cuenta, en forma independiente y para eso contratan un secretario arbitral que también presta servicios en forma *ad-hoc*. Por esto es también conocido como «arbitraje libre» o «arbitraje flexible».

Sus reglas son definidas por las partes y/o por los propios árbitros y se les aplica supletoriamente la L. de A. En consecuencia, tiene diferencias importantes con el arbitraje institucional, y en algunos casos, puede ser más ventajoso para las partes, pero en la mayoría, consideramos que puede ser más inseguro. Ello se debe a que en esta clase de arbitraje solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización y administración del mismo, sin involucrarse por lo tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia.

Jorge O' Farrel,² describe dos formas de arbitraje *ad-hoc*:

1. **El arbitraje *ad-hoc* en sentido abstracto**, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales.
2. **El arbitraje *ad-hoc* en el sentido amplio**, en el cual las partes se someten a un reglamento predeterminado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral.

Como bien señala Paolo del Águila,³ en una u otra forma, siempre van a tener las partes, con la colaboración de los árbitros, las prerrogativas a efectos de llenar de contenido el proceso arbitral, sea que opten por elaborar reglas *ad-hoc*, es decir, especificar para cada caso concreto, o que basándose en el reglamento de una institución arbitral, elaboren una mixtura de normas destinadas a pautear el desarrollo del proceso

² O'FARREL, Jorge. En artículo denominado «Arbitraje Internacional, solución de futuro», publicado en la Revista Jurídica argentina *La Ley*. Buenos Aires, 1992, p. 804.

³ DEL ÁGUILA DE SOMOCURCIO, Paolo. *Op. cit.*, p. 237.

arbitral, eliminando cualquier rezago de participación de la institución titular de dicho reglamento.

Dado que el arbitraje *ad-hoc* comienza de «cero», es decir, las partes que acuerdan dirimir sus actuales o futuras controversias a través del arbitraje, deben también definir las reglas procesales para llevarlo a cabo de una manera efectiva, para lo cual convenio arbitral debe ser lo suficientemente amplio para regular distintas situaciones que se van a generar o podrían generarse al inicio del arbitraje, durante su tramitación e incluso luego de emitido el laudo. Esto exige de las partes dos cosas fundamentales: a) Una muy buena disposición para negociar y b) Bastante conocimiento y experiencia de la que se está negociando.

Siguiendo a Bernardo Cremades,⁴ el arbitraje *ad-hoc* nos conduce a un grado de previsión normativa absoluta, lo cual es muy difícil de lograr, siendo por el contrario un lugar propicio para que aparezcan las denominadas «cláusulas patológicas», las que rara vez son eliminadas una vez que aparece el litigio.

Se entiende por «cláusulas patológicas» aquellas cláusulas arbitrales que han sido mal redactadas y que debido a ello su contenido resulta ambiguo, contradictorio o simplemente poco claro, presentando serios problemas en la oportunidad en que, surgido el conflicto, una de las partes pretende iniciar el proceso arbitral, situación que generará mayores costos de transacción y favorecerá en algunos casos, actuaciones de mala fe.

Por su parte, Carlos Ruska Maguiña⁵ señala que en nuestro país, tratándose del arbitraje nacional o doméstico tenemos una marcada

⁴ CREMADES, Bernardo. En artículo denominado «España ante el arbitraje comercial internacional». En *Estudio sobre arbitraje comercial internacional*, publicado por el Centro de Estudios Comerciales (CECO). Madrid, 1983, p. 38.

⁵ RUSKA MAGUIÑA, Carlos. «Arbitraje *ad-hoc* o arbitraje administrado. El Rol de las instituciones arbitrales en el Perú». En *Arbitraje comercial y arbitraje de inversiones*, editado por el Instituto Peruano de Arbitraje, Ediciones Magma, 2008, pp. 91-98.

preferencia por el arbitraje *ad-hoc*. Si bien no existen estadísticas confiables que nos permitan determinar con exactitud el número de arbitrajes *ad-hoc* que se han llevado adelante en los últimos años, según dicho autor, por conversaciones sostenidas durante los últimos seis meses con los árbitros más destacados de nuestro medio, le permiten concluir, que los arbitrajes *ad-hoc* representan hoy en día no menos del sesenta y cinco por ciento del total de arbitrajes del mercado peruano.

Ahora bien, también es interesante señalar que la percepción generalizada es que el arbitraje *ad-hoc* es más económico que el arbitraje institucional, y que respecto a este último, no existe una justa equivalencia entre los costos administrativos de éste y el servicio que se brinda.

7.1. Ventajas del arbitraje *ad-hoc*

Entre las principales ventajas que presenta el arbitraje *ad-hoc*, tenemos las siguientes:

1. Mayor libertad en la elección de los árbitros. Las partes pueden escoger libremente a estos, sin necesidad de tener que elegirlos de alguna lista predeterminada. Sin embargo, esta ventaja puede convertirse en una desventaja que en algunos casos puede retrasar el inicio del arbitraje.
2. Mayor libertad en el diseño de las reglas a seguir en el arbitraje.
3. Puede resultar menos costoso que el arbitraje institucional, pues no existe una institución a la que se le tenga que pagar por los servicios de organización y administración del arbitraje. Sin embargo, es de observar que a veces sucede que en este tipo de arbitraje *ad-hoc*, los árbitros fijan honorarios a su antojo, pues no hay tarifas predeterminadas, pudiendo generarse situaciones de indefensión.

7.2. Desventajas del arbitraje *ad-hoc*

Además de las situaciones previamente comentadas, el arbitraje *ad-hoc* también presenta otras desventajas, algunas de las cuales son:

1. Mayor riesgo de redactarse cláusulas patológicas.
2. La ausencia de un soporte institucional que comprende tanto la infraestructura física necesaria para el adecuado desarrollo del arbitraje, como el personal especializado que le da soporte a los árbitros y a las partes. Generalmente en el arbitraje *ad-hoc*, la sede del tribunal es la oficina del Presidente, lo cual, puede generar cierta desconfianza.
3. La designación del secretario del proceso arbitral es potestad del presidente del tribunal o del árbitro único.
4. Las audiencias del proceso no se hacen en lugares especialmente acondicionados, improvisándose espacios físicos, sin ningún tipo de seguridad o garantía.
5. La custodia misma de las actuaciones arbitrales o del expediente, es también un serio problema que conlleva inseguridad.
6. Las notificaciones de las resoluciones y del propio laudo, no generan certeza sobre todo para el cómputo de los plazos.

8. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

El origen funcional del arbitraje institucional se encuentra en el propio convenio arbitral, ya que en él, las partes señalan la institución que se hará cargo de la administración y organización del arbitraje a seguirse. La L. de A., permite a las partes en su artículo sétimo encomendar la gestión

y administración del arbitraje, como la designación de los árbitros, a una institución arbitral, las cuales deben ser personas jurídicas con o sin fin del lucro. Señala además dicho artículo que cuando se trata de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

En caso de falta de designación de una institución arbitral en el convenio arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*. Igual sucede cuando la institución arbitral es inexistente, o cuando la institución no acepta el encargo.

8.1. Institución arbitral

La institución arbitral es una persona jurídica, privada o pública, que asume la función (con carácter permanente), de gestionar y administrar procesos arbitrales. El ejercicio de sus funciones es regulado por un reglamento arbitral interno al que las partes aceptan someterse en orden a dar solución a una controversia determinada. A su vez, podrían participar únicamente como entidad nominadora de árbitros y limitarse a ello.

Asimismo, la institución arbitral es conocida con diferentes denominaciones tales como: Centro de Arbitraje, Consejo, entre otros.

8.2. Orígenes del arbitraje institucional

El arbitraje institucional surge debido a las necesidades del comercio, como un negocio de servicios, ya que al comerciante lo que le interesa es hacer contratos y negocios, en consecuencia y dado que es inevitable que haya conflictos, surge el servicio del arbitraje institucional, el mismo que se encontraba originalmente vinculado a los demás gremios empresariales.

Se dice que el origen del arbitraje institucional está vinculado al comercio de granos entre Argentina y los Estados Unidos de América, a

principios del siglo xx, de donde aparece la necesidad de someter las controversias de esos negocios al arbitraje internacional en un terreno neutral, y la Cámara de Comercio Internacional responde a esa necesidad, convirtiéndose en el paradigma en materia de arbitraje institucional.

Esencialmente, el arbitraje institucional supone la aplicación de un reglamento para la solución de la controversia, cuya aplicación se pactará por la vía de una «cláusula o convenio arbitral tipo».

Generalmente los centros de arbitraje proporcionan sus convenios arbitrales «tipo» a efectos de atraer casos arbitrales. Una vez surgida la controversia, difícilmente las partes modifican el convenio arbitral, puesto que la situación de conflicto lo impide.

Es usual que tales reglamentos contengan reglas sobre la organización del Centro (una secretaría general, una Corte o Consejo Superior, un cuerpo de secretarios, un órgano a cargo de decisiones respecto de recusaciones de árbitros y otros temas previstos en el reglamento, como la arbitrabilidad de la controversia en el ámbito de la institución).

Además, las instituciones arbitrales suelen incorporar Códigos de Ética para árbitros, listas de árbitros, reglas sobre tarifas y honorarios y evidentemente, reglas «procesales» o adjetivas que sirven para organizar y administrar el arbitraje, de acuerdo a los estándares comúnmente aceptados.

Los centros de arbitraje suelen usar como guía la Ley de Modelo de Uncitral y otras fuentes, así como los usos y costumbres sobre la materia. Incluso ya se habla de una «lex mercatoria procesal». Eso permite que los centros hagan actualización permanente de sus servicios, aprovechando el estado actual de la técnica y las innovaciones a partir de la casuística que manejan. De ahí viene todo el tema por ejemplo del tratamiento de terceros, entre otras disciplinas del arbitraje contemporáneo.

Esto supone una serie de ventajas, tales como la posibilidad de conocer las tarifas, aplicables en función de la cuantía de la controversia. Esa predictibilidad abarca también los demás temas, como las reglas aplicables que el usuario conocerá con anticipación, entre otras ventajas, como el hecho de que los centros, finalmente, cuentan con infraestructura para poder organizar y administrar el arbitraje, compitiendo así entre centros; como es el caso de los servicios de la CCI, que compiten con los servicios de arbitraje internacional de la *American Arbitration Association* (AAA), por ejemplo.

A eso se suma la lista de árbitros, que sirve para que los centros hagan designaciones en defecto de las partes. Generalmente, los centros son muy exigentes en la conformación de sus listas. Hay un factor de calidad que los Centros cuidan, pues la pérdida de calidad incide directamente en la posibilidad de mantenerse competitivos en el mercado de servicios, que ha crecido mucho en los últimos años en el ámbito internacional.

8.3. Características de las instituciones arbitrales especializadas

Su función es gestionar y administrar el arbitraje y no actuar como un árbitro, para lo cual cuentan con los medios humanos y materiales necesarios para brindar un adecuado servicio. Asimismo —como ya hemos mencionado— se rigen por sus propios reglamentos de reglas procesales, así como por sus propios reglamentos éticos o códigos de conducta.

La jurisdicción estatal no puede intervenir en el modo en que la institución arbitral realiza su función de gestión y administración, ni suspender su administración.

A su vez, la aceptación de una institución arbitral para llevar un proceso arbitral es independiente y previa a la aceptación de los árbitros.

8.4. Reglamentos procesales de las instituciones arbitrales

Como ya hemos comentado, los reglamentos procesales de las instituciones arbitrales contienen los criterios normativos adicionales a las disposiciones de la Ley de Arbitraje, y poseen carácter vinculante para las partes y para los árbitros.

El carácter vinculante hacia las partes nace de la voluntad de las mismas, contenida en el convenio arbitral; sin embargo, sus disposiciones deben ajustarse a las normas de carácter imperativo contenidas en la L. de A.

8.5. Aportes metodológicos del arbitraje institucional

El arbitraje institucional a nuestro criterio genera los siguientes aportes metodológicos:

1. Facilidad en la elección de árbitros. Cada institución arbitral cuenta con una lista de árbitros que permite a las partes contar con una guía para elegir los miembros del tribunal arbitral.
2. Designación de los árbitros. El Poder Judicial no puede controlar los acuerdos adoptados respecto a la designación de los árbitros.
3. Reglas claras. Cada institución arbitral cuenta con un reglamento que establece las reglas a seguir en el arbitraje.
4. Especialización. Posibilita la existencia de instituciones que gestionen y administren arbitrajes especializados con arreglo a materias o actividades específicas.
5. Sede. La institución arbitral facilita el ambiente físico que sirve como sede del Tribunal Arbitral.

6. Infraestructura. La institución arbitral cuenta con locales y personal dedicado a la recepción y tramitación de los escritos.
7. Actividades de control. Las instituciones arbitrales ejercen una doble actividad de control, la primera respecto de su propia competencia en cada ocasión en que se presenta una solicitud de arbitraje, y la segunda, respecto del proceso y de los árbitros.
8. Conservación y custodia del proceso arbitral. Constituye una ventaja frente a los arbitrajes *ad-hoc*.
9. Honorarios de los árbitros y gastos del proceso. Son fijados y administrados por la institución arbitral según sus tarifas preestablecidas la que se encarga de exigir a las partes el pago.
10. Árbitro prudencial. Facilita la sistematización de los laudos arbitrales, permitiendo la creación de una doctrina árbitro prudencial (conjunto de laudos arbitrales de una institución arbitral y la doctrina que estos contienen).

8.6. Aceptación del arbitraje por la institución arbitral

Es indispensable mencionar que resulta necesario que la institución arbitral designada por las partes acepte de forma expresa la gestión del arbitraje. Esta aceptación puede darse de manera simple o motivada.

Cabe resaltar que la aceptación se refiere sólo a la gestión administrativa del arbitraje, no supone el inicio del proceso arbitral, pues este último es determinado por los árbitros, con la presentación de la petición de arbitraje.

8.7. Costo de los servicios de la institución arbitral

Como regla general, los servicios de administración y gestión prestados por las instituciones arbitrales son onerosos, y el costo de estos servicios es asumido por las partes.

Asimismo, la institución arbitral puede exigir a las partes el pago anticipado de los gastos y costos del arbitraje. El costo de este servicio es establecido por cada institución arbitral. Sin embargo, su cuantificación final es fijada por el órgano arbitral a través del laudo, dentro del concepto de gastos del arbitraje, artículo 70 de la L. de A.

8.8. Costo de los servicios de la institución arbitral-modelos

Existen dos modelos para establecer el costo de los servicios:

1. Concreto. La institución arbitral establece de forma directa el importe a pagar por sus servicios.
2. De referencia. Se calcula el costo de los servicios de acuerdo a tablas de honorarios establecidas por otra entidad o por el Colegio de Abogados.

8.9. Responsabilidad de la institución arbitral

Las instituciones arbitrales desde su formación, nacen con la finalidad de contribuir a la solución de controversias mediante la administración eficaz, imparcial e independiente de los procesos de arbitraje. En ese sentido, cada institución arbitral deberá asumir la importante responsabilidad de conducir el proceso de conformidad con sus respectivos reglamentos arbitrales, los mismos que no pueden ser contrarios a las normas imperativas de la L. de A.

Esta responsabilidad no sólo se limita al desarrollo del proceso arbitral cumpliendo los plazos y actuaciones establecidos en el reglamento

de la institución, sino también incluye los servicios administrativos, tales como, servicios de asesoría especializada, disponer de instalaciones adecuadas para el desarrollo del arbitraje, etc.

La institución arbitral tiene la obligación de realizar sus funciones dentro de los plazos establecidos por la L. de A. y/o su propio reglamento.

8.10. Principales instituciones arbitrales en el Perú

Entre las principales instituciones arbitrales del país podemos mencionar las siguientes:

1. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.
2. Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima (CEAR-CAL).
3. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos Pontificia Universidad Católica del Perú.
4. Centro de Arbitraje Amcham Perú.
5. Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

9. ¿POR QUÉ DE LA IDONEIDAD DEL ARBITRAJE INSTITUCIONAL FRENTE A LA INSEGURIDAD DEL ARBITRAJE *AD-HOC*?

Podríamos hablar de diferentes casos que son realmente preocupantes, pero solo a manera de ejemplo y respetando a la confidencialidad del arbitraje, voy a citar solamente un caso, obviamente con nombres cambiados, pero con fechas precisas.

Una empresa transfirió por escritura pública en el año 2009 los derechos de uso sobre un terreno, así como la propiedad de la infraestructura construida en el mismo, estableciéndose que la contraprestación debería pagarse con la entrega de un inmueble. Como no se cumplió

con la entrega de la posesión, el adquirente le requirió el cumplimiento de sus obligaciones propiciando la celebración de una transacción judicial en la que se incorporó de común acuerdo una cláusula de solución de controversias para que en el supuesto de que alguna de las partes no cumpliera con los compromisos asumidos en la transacción, dicha controversia se resolvía a través de un arbitraje *ad-hoc* y de derecho y conviniendo que sea un árbitro único quien resuelva la controversia, designándose en la misma transacción con nombre propio, el abogado que sería el árbitro.

Por comunicación del adquirente, cursada en el mes de diciembre del 2010, a raíz del incumplimiento de una de las partes, se solicitó el inicio del proceso arbitral, la cual fue aceptada a los dos días, por el árbitro único quien aceptó el cargo por escrito, instalándose el arbitraje en enero del 2011, mes en el cual no solamente se presentó la demanda, sino se contestó ésta. La audiencia de saneamiento fue a inicios del mes de febrero y en la misma semana el árbitro resolvió dictar el juzgamiento anticipado atendiendo a que todos los medios probatorios ofrecidos y admitidos, eran de naturaleza documental, concediendo a las partes cinco días hábiles para presentar sus alegatos, los cuales fueron admitidos en la tercera semana de febrero cerrándose la etapa probatoria y fijándose en treinta días de plazo para laudar. En la primera semana de marzo del 2011, el árbitro único expidió el laudo, declarando fundada la demanda reconociéndole el derecho de uso y disfrute del inmueble, así como el derecho de propiedad sobre la infraestructura y se ordenó la entrega inmediata de la posesión y de la propiedad; en su caso, ordenando la inscripción del laudo en el registro público, lo cual se hizo en el mismo mes de marzo, una vez que se logró protocolizar notarialmente el laudo.

El caso anteriormente expuesto es un claro ejemplo de una utilización irregular de un arbitraje *ad-hoc*, hecho exprofesamente a favor de una parte interesada, no pudiéndose verificar o comprobar si, efectiva-

mente, se llevaron a cabo las notificaciones a las partes y las audiencias arbitrales.

He tomado conocimiento también de otros casos de arbitrajes *ad-hoc*, en los cuales se han ofrecido como prueba expedientes arbitrales que no se pueden ubicar físicamente, pues quien actuó como secretario arbitral no se encuentra habido, siendo imposible su ubicación.

La situación se complica más aun ahora, cuando ya no existe la obligación de conservar el expediente arbitral por el presidente del tribunal o por el arbitro único conforme lo establecía el artículo 57º de la Ley 26572, (sin señalarse plazo) sino que ahora existe la obligación únicamente de conservar las actuaciones arbitrales hasta por tres meses, conforme lo establece el artículo 61º de la L. de A. y una vez vencido dicho plazo cesará la obligación del Tribunal Arbitral de conservar la documentación del arbitraje, salvo que se haya interpuesto recurso de anulación.

10. SUGERENCIAS Y RECOMENDACIONES

Si bien el inciso 2 del artículo 61 de la L. de A. señala que a costo del solicitante, las actuaciones pueden ser remitidas en custodia a la Cámara de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicio de conservación y archivo de actuaciones arbitrales, nos permitimos sugerir que, en pro de la seguridad de los arbitrajes *ad-hoc*, deberían estudiarse diversos mecanismos que lo garanticen a través de los cuales se señale alguna dependencia u oficina por ejemplo del Ministerio de Justicia, en el cual obligatoriamente se tengan que registrar todos los arbitrajes *ad-hoc*, los nombres de los árbitros, la fecha de iniciación del proceso, los puntos controvertidos, las audiencias arbitrales y la fecha del laudo, indicándose además, claro está el nombre del secretario arbitral. Comprendemos que esto es difícil de implementar y tiende a ir en contra de la libertad del arbitraje *ad-hoc*, pero contribuirá a la seguridad del mismo.

Tenemos entendido que en el caso de los arbitrajes *ad-hoc* que versan sobre materias de contrataciones del Estado, además de llevarse la audiencia de instalación en el local de la OSCE para fines estadísticos, existe la obligatoriedad de que los laudos, así como las resoluciones que resuelven las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, deben ser depositadas ante el OSCE, para su posterior publicación, pero ello debido a que resuelven controversias con entidades del Estado que son de interés público.

Es posible, además, hacer algunos agregados a la L. de A. estableciendo algunos tipos de mecanismo de seguridad y de confidencialidad que sean establecidos por la propia ley para todos los arbitrajes *ad-hoc*.

11. ANEXOS

ANEXO 1

REGLAMENTO DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

El Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima fue creado en 1993. Es una unidad económica de la Cámara de Comercio de Lima.

Inicio del arbitraje

- Solicitud de arbitraje debe ser presentada por escrito y dirigida al secretario general del Centro (artículo 17).
- En caso la solicitud de arbitraje no cumpliera con requisitos de admisión señalados, se le otorga un plazo de tres días para subsanarla (inciso 3 del artículo 21).
- La solicitud de arbitraje es notificación al demandado, y se le otorga un plazo de cinco días para apersonarse al arbitraje y conteste la solicitud (inciso 2 del artículo 21).
- Recursos y cuestiones previas contra la admisión a trámite o sobre competencia son resueltos por el órgano arbitral, una vez instalado el tribunal arbitral (inciso 5 del artículo 21).

Actos

- El órgano arbitral es competente para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales promovidas durante el proceso (artículo 36).
- Previa citación a las partes, se elabora un acta de instalación del tribunal arbitral. Basta la presencia de los árbitros y el secretario general o arbitral en su caso (artículo 37).
- Dentro del plazo de diez días hábiles, contados desde la verificación del pago del íntegro de los gastos arbitrales, el demandante debe presentar su demanda. Presentada ésta, se corre traslado de la demanda, para que el demandado conteste la demanda y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción dentro del plazo de diez días hábiles desde notificada la demanda (literales b) y c) del artículo 38).
- Un trámite alternativo es la presentación simultánea de las posiciones, que deben expresarse en el convenio de las partes (inciso 2 del artículo 38).
- Salvo acuerdo en contrario, en el transcurso de las actuaciones, las partes pueden modificar o ampliar su demanda, contestación o reconvencción.

Rebeldía

- Si el demandado, que es debidamente notificado, no cumple con contestar la demanda, se continuará con el proceso.
- No se considera como aceptación de las alegaciones (artículo 48).

- Si una de las partes, debidamente requerida para presentar documentos, no lo hace en los plazos fijados, se podrá dictar el laudo basándose en las pruebas que se disponga n el expediente (artículo 48).

Medios probatorios

- Los árbitros tienen la facultad exclusiva de determinar su admisibilidad, pertinente y su valor (artículo 43).
- Pueden solicitar información adicional y disponer de oficio la actuación de medios probatorios adicionales (artículo 43).
- El órgano arbitral puede limitar o rechazar la comparecencia de testigo o peritos (inciso 5 del artículo 44).
- Cada parte es responsable de los costos y disponibilidad de los testigos y peritos que convoque (artículo 44).

Alegatos e informes orales

- Después de cerrada la etapa probatoria, el tribunal puede disponer la presentación de los alegatos finales.
- Asimismo, por decisión del tribunal o a solicitud de parte presentada dentro del plazo otorgado para los alegatos escritos, se podrá citar a una audiencia de informe oral (artículo 46).

Desistimiento y transacción

- Previamente a la instalación del tribunal, la demandante puede desistirse del proceso arbitral.

- De común acuerdo y antes de notificado el laudo, cualquiera de las partes puede desistirse de una o más pretensiones de la demanda o de la reconvención, dejando a salvo su derecho de iniciar otro arbitraje.
- Durante las actuaciones las partes pueden acordar resolver sus diferencias, en forma total o parcial, por lo que podrá continuarse el arbitraje respecto de los extremos de las controversias que no hayan sido objeto de acuerdo.
- Si las partes lo solicitaran, contará ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes, sin necesidad de motivación.

Laudo

- El laudo se dicta por mayoría, salvo disposición distinta de las partes (artículo 53).
- El laudo debe constar por escrito y ser firmado por los árbitros, con los votos particulares, si fuera el caso (artículo 54).
- Basta que sea firmado por la mayoría. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo, ni emite voto particular, se adhiere al de la mayoría o al del presidente, en su caso (artículo 54).
- Plazo para laudar es de treinta días, prorrogable por una sola vez, hasta por quince días adicionales (artículo 55).
- El laudo debe pronunciarse sobre la procedencia de condena para el pago de los costos del arbitraje (artículo 57).

- Las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, deberán presentarse dentro del plazo de diez días de notificados con el laudo (artículo 59).

Conservación del expediente

- El expediente será conservado por el Centro por un plazo de tres años desde el término de las actuaciones arbitrales. Luego de ello, podrá eliminarlo, sin responsabilidad alguna (artículo 63).

Costos

Los costos del arbitraje comprenden (artículo 57):

- Honorarios del órgano arbitral.
- Gastos administrativos del Centro.
- Costos de los medios probatorios.

ANEXO 2

REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA

El Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima (CEAR CAL), es un órgano autónomo del Colegio de Abogados de Lima.

Inicio del arbitraje

- Solicitud de arbitraje es presentada por escrito y dirigida al secretario general (artículo 20).
- Esta solicitud debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 21.
- En caso de no cumplir requisitos de admisión: se otorga plazo de tres días para que subsane la solicitud (artículo 22).
- Presentada la solicitud, se corre traslado al demandado por un plazo de cinco días hábiles para apersonarse (artículo 23).

Actos postulatorios

- Dentro de un plazo de diez días desde la aceptación de los árbitros y la cancelación de los gastos administrativos y honorarios del tribunal, se procederá a citar a la audiencia de instalación. No es necesaria la presencia de las partes (artículo 46).

- El demandante deberá presentar la demanda dentro del plazo de diez días de notificada el acta de instalación (artículo 48).
- Presentada la demanda, se correrá traslado al demandado para que en un plazo de diez días, cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción (artículo 48).
- Las partes podrán pactar las alegaciones simultáneas, caso en el cual se seguirán los plazos señalados.

Medios probatorios

- Los árbitros tienen la facultad exclusiva de determinar admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios (artículo 55).
- Los costos de su actuación son asumidos por la parte que los presenta, bajo apercibimiento de tenerla por desistida (artículo 59).

Desistimiento y suspensión

- En cualquier momento antes de la notificación del laudo, de común acuerdo y siempre que se comunique al tribunal arbitral, las partes podrán desistirse del arbitraje. Cuando se trate de alguna de sus pretensiones, bastará comunicar al tribunal arbitral la decisión de desistimiento (artículo 64).
- Las partes podrán también suspender el proceso por el plazo razonable que, de común acuerdo, establezcan y según la naturaleza de la controversia (artículo 64).

- En todos estos casos, el escrito deberá constar de las firmas de las partes legalizadas ante Notario Público o certificadas por el secretario general del Centro (artículo 64).

Laudo

- Se dictan por mayoría, salvo pacto en contrario.
- El tribunal decidirá la controversia en un solo laudo, o en tantos laudos parciales como estime necesario (artículo 72).
- Plazo para emitir el laudo definitivo es de treinta días, contados desde la presentación de los alegatos, prorrogable por treinta días adicionales (artículo 73).
- El laudo debe ser notificado a las partes dentro de los cinco días de emitido (artículo 78).
- Las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, deberán ser presentadas dentro del plazo de quince días de notificados con el laudo (artículo 79).

Conservación del expediente

- El expediente será conservado por el Centro por un plazo de dos años desde el término de las actuaciones arbitrales. Luego de ello, las partes podrán solicitar la devolución de los documentos presentados (artículo 83).

ANEXO 3

REGLAMENTO DEL CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Inicio del arbitraje

- La solicitud de arbitraje debe ser presentada por escrito y dirigida al secretario general (artículo 10).
- Esta solicitud de arbitraje debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 13 del Reglamento.
- En caso la solicitud no cumpliera con requisitos de admisión, se le otorgará un plazo de tres días para que lo subsane (artículo 14).
- Presentada la solicitud, se pondrá en conocimiento del demandado por un plazo de cinco días para apersonarse (artículo 14).
- Absuelta o no el traslado de la solicitud, la secretaría general podrá citar a las partes a una audiencia especial para intentar conciliar a las partes.
- Recursos y cuestiones previas contra la admisión a trámite o sobre la competencia de los árbitros serán resueltos por éstos con posterioridad a su instalación (artículo 14).

Actuaciones arbitrales

- Previa citación a las partes, se elabora un acta de instalación. Basta la presencia de los árbitros y el secretario general o arbitral, en su caso (artículo 40).
- Se le otorgará un plazo de diez días para que el demandante presente su demanda. Presentada la demanda se correrá traslado al demandado para que en un plazo de diez días conteste la demanda y, de considerarlo conveniente, formule (incisos a), b) y d) del artículo 41).
- Dentro de los cinco días de notificada la demanda o reconvencción, las partes podrán formular cuestiones probatorias, excepciones y defensa previas. Éstas serán puestas en conocimiento de la contraparte para que en un plazo de cinco días las absuelvan (artículo 44).

Rebeldía

- Si la parte, debidamente notificada, no cumple con contestar la demanda o reconvencción, se continuará con el proceso. Lo cual no se considera como aceptación de las alegaciones (inciso c) del artículo 41).

Medios probatorios

- Los árbitros tienen la facultad exclusiva de determinar la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de los medios probatorios (artículo 49).
- Pueden solicitar información adicional y disponer de oficio la actuación de medios probatorios adicionales (inciso a del artículo 49).

- Cada parte es responsable de los costos y disponibilidad de los testigos y peritos que convoque (artículo 50).

Alegatos e informes orales

- Cerrada la etapa probatoria, los árbitros podrán solicitar la presentación de alegatos escritos dentro del plazo de cinco días de notificado el requerimiento del tribunal (artículo 58).
- Asimismo, de oficio o a pedido de parte, los árbitros podrán convocar a una audiencia de informe oral (artículo 58).

Laudo

- El laudo debe constar por escrito y deberá estar firmado por los árbitros, con los votos discrepantes, de ser el caso.
- Basta que sea firmado por mayoría para formar decisión. El árbitro que no firma, ni emite voto discrepante, se adhiere al de la mayoría o al del presidente, según corresponda.
- El plazo para laudar es de treinta días, prorrogables por una sola vez, hasta por treinta días adicionales.
- Las solicitudes de anulación de laudo deberán ser presentadas dentro del plazo de diez días de notificados con el laudo (artículo 69).

Conservación del expediente

- El expediente será conservado por el Centro por un plazo de dos años desde el término de las actuaciones arbitrales. Luego de ello, podrá eliminarlo, sin responsabilidad alguna (artículo 73).

ANEXO 4

REGLAMENTO DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA AMERICAN CHAMBER OF COMMERCE DEL PERÚ (AMCHAM PERÚ)

El Centro Internacional de Arbitraje está adscrito a la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham Perú).

Inicio del arbitraje

- La petición de arbitraje debe ser presentada por escrito y dirigido al secretario general, de acuerdo a los requisitos establecidos en el inciso 2 del artículo 11.
- Si el secretario encuentra que la petición de arbitraje no cumple los requisitos establecidos, otorga al demandante un plazo no menor a cinco días, a partir de la fecha de notificación para subsanar las omisiones encontradas (artículo 12).
- Dentro del plazo de diez días de notificada la solicitud del inicio del arbitraje, el demandado presenta una contestación (artículo 13).
- Cualquier recurso o cuestión previa que se interponga contra la admisión a trámite del arbitraje o que esté relacionada con la

competencia del tribunal arbitral, es resuelto por éste, una vez constituido (artículo 12).

Actuaciones arbitrales

- Constituido el tribunal arbitral, éste establece las reglas del arbitraje en un acta de instalación que se notifica a las partes, pudiendo citarlas para tal efecto a audiencia (artículo 26).
- Se otorgará al demandante un plazo de veinte días para que presente su demanda. Presentada ésta, se correrá traslado al demandado por un plazo de veinte días para que la conteste y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción (incisos a), b) y c) del artículo 28).
- Las excepciones y objeciones al arbitraje serán propuestas hasta el momento de contestar la demanda o la reconvencción, según corresponda, las que son puestas en conocimiento de la contraparte para que proceda a su absolución, dentro del mismo plazo que se tuvo para contestar tales actos (artículo 29).

Rebeldía

- Si la parte que es debidamente notificada, no cumple con contestar la demanda o reconvencción, se continuará con el arbitraje (artículo 33).

Medios probatorios

- El tribunal determina la admisión de las pruebas y prescinde motivadamente de las pruebas admitidas que considere necesarias (artículo 32).

- El tribunal está facultado para regular discrecionalmente las declaraciones.
- El tribunal arbitral puede aplicar, de manera supletoria, las reglas de la *International Bar Association* (IBA) sobre práctica de prueba en el arbitraje internacional (numeral 7 del artículo 32).

Alegatos e informes orales

- Después de cerrada la etapa probatoria (artículo 35).
- Presentación de alegatos escritos dentro del plazo de quince días de notificado el requerimiento del tribunal (artículo 35).
- El tribunal podrá invitar a las partes a una audiencia de informes orales (artículo 35).

Laudo

- Debe constar por escrito, con los votos disidentes, de ser el caso (artículo 40).
- El plazo para laudar es de treinta días, prorrogables por una sola vez, hasta por quince días adicionales (artículo 39).
- Excepcionalmente, mediante solicitud motivada presentada dentro de los quince primeros días del plazo para laudar, pueda ampliarse el plazo hasta por un máximo de quince días adicionales.
- Las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, deberán ser presentadas dentro del plazo de quince días de notificados con el laudo (artículo 43).

Conservación del expediente

- El expediente será conservado por la secretaría por un año, vencido el plazo se procederá a su destrucción, conservando sólo los laudos y las actas de audiencias, salvo que las partes soliciten la devolución de los documentos (artículo 65).

ANEXO 5

REGLAMENTO DEL SISTEMA NACIONAL DE ARBITRAJE DEL OSCE

El Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE) fue aprobado mediante la Resolución n.º 016-2004-CON-SUCODE/PRE de fecha 15 de enero de 2004, el cual fue modificado mediante Resolución n.º 172-2012-OSCE/PRE de fecha 2 de julio de 2012.

Inicio del arbitraje

- La parte interesada en iniciar el arbitraje debe presentar la demanda ante la secretaría del SNA-OSCE, cumpliendo con los requisitos establecidos (artículo 25).
- Presentada la demanda se correrá traslado a la parte demandada para que, en un plazo de diez días, cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción. El escrito de contestación y reconvencción también deben cumplir con los requisitos señalados (artículo 26).
- En caso la demanda o la contestación o reconvencción no cumplan con los requisitos establecidos, se les otorgará un plazo de tres días para que subsanen las omisiones (artículos 225 y 26).

Oposición al arbitraje

- Las oposiciones referidas exclusivamente a la competencia institucional del SNCA, deberán ser formuladas por la parte demandada, dentro del plazo de cinco días de notificada la demanda y serán puestas en conocimiento de la parte demandante, para que en el plazo de cinco días exprese lo que estime conveniente a su derecho, luego de lo cual deberá ser resuelta por la dirección del SNA, dentro del plazo de diez días, previa presentación de informe interno de la secretaría general del SNCA (artículo 28).

Impugnación a los medios probatorios

- Las impugnaciones a los medios probatorios deberán ser formulados en los escritos de contestación de la demanda o en el de contestación a la reconvención.
- Éstas podrán ser resueltas en la audiencia de instalación y determinación de puntos controvertidos o en el laudo, sin perjuicio de su actuación.

Instalación del tribunal y determinación de puntos controvertidos

- Cuando se trate de un arbitraje con árbitro único, las partes deberán ponerse de acuerdo sobre su designación en un plazo de cinco días contados a partir de la notificación de la contestación de la demanda o de la contestación de la reconvención (artículo 32).
- Cuando se trate de un tribunal, cada parte deberá designar un árbitro en la demanda y contestación, quienes, a su vez, deberán designar al tercer árbitro y presidente del tribunal (artículo 32).

- Vencido el plazo para recusar a los árbitros y efectuados los anticipos de los honorarios, la secretaría convocará a la audiencia de instalación del tribunal y para que se proceda a determinar los puntos controvertidos (artículo 43).
- La inasistencia de una de las partes no impide la realización de la audiencia. Si ambas no cumplen con asistir, serán nuevamente citadas. La inasistencia reiterada de las partes a la audiencia de instalación supone el archivamiento de actuaciones arbitrales (artículo 43).
- En esta audiencia los árbitros se ratificarán en la aceptación de sus cargos, resolverán las oposiciones al arbitraje u objeciones a su competencia o reservarán su decisión al momento de la expedición del laudo; determinarán los puntos controvertidos y admitirán los medios probatorios ofrecidos y se pronunciarán sobre la actuación de los medios probatorios (artículo 44).

Medios probatorios

- La audiencia de pruebas se realizará, de preferencia en un solo acto, salvo que el tribunal considere necesaria la realización de audiencias especiales (artículo 45).
- Los árbitros tienen facultad discrecional sobre actuación de las pruebas (flexibilidad) (artículo 46).
- El costo que irroque la actuación de medios probatorios será asumido por la parte que solicitó su actuación (artículo 47).

Alegatos finales e informes orales

- Concluida la etapa de actuación de medios probatorios, el tribunal concederá a las partes un plazo de cinco días para que

presenten sus alegatos y las citará a la audiencia e informes orales (artículo 48).

Laudo

- Luego de recibidos los alegatos, el tribunal arbitral expedirá la resolución que fija el plazo para laudar, el que no podrá exceder de veinte días, pudiendo ser prorrogado por quince días (artículo 49).
- Salvo que el Colegio de Arbitraje Administrativo del SNA-OSCE disponga la extensión de estos plazos a solicitud del tribunal arbitral.
- El laudo, al igual que las resoluciones se dictan por mayoría de votos de los árbitros. En caso de falta de mayoría decide el voto del presidente del tribunal (artículo 56).
- Los árbitros no pueden abstenerse o inhibirse de votar al momento de laudar y están obligados a expresar y sustentar su voto en discordia (artículo 56).
- Los árbitros deben depositar el laudo en la secretaría del SNA dentro del plazo para expedir el laudo y deberá ser notificado en un plazo no mayor a cinco días a partir de su depósito (artículo 60).
- Las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, deberán formularse dentro del plazo de cinco días de notificado el laudo (artículo 61).
- Conservación del expediente

- El expediente será conservado por la secretaría del SNA, salvo en los casos de protocolización del laudo, pudiendo disponer de su contenido con fines académicos, así como de investigación y desarrollo (artículo 64).

2 de agosto de 2013

UNA MIRADA CRÍTICA DEL ARTÍCULO 45.1 DE LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Ricardo Gandolfo Cortés¹

Sumario: 1. Número de árbitros.— 2. Texto extenso y reiterativo.— 3.— ¿Qué hace con la conciliación?— 4. Las juntas de resolución de disputas.— 5. Otros medios de solución de controversias.— 6. Prestaciones adicionales de obra.— 7. Mayores prestaciones de supervisión.— 8. El Poder Judicial.

La nueva Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225, promulgada el 10 de julio de 2014 y publicada en el diario oficial al día siguiente, trae algunas novedades en lo que respecta a la solución de controversias.

El tema se aborda en el artículo 45 y a través de nada menos que trece incisos, uno más extenso que el otro. Obviamente, se debió prescindir de varios de ellos y reducir otros más en beneficio de un texto más pedagógico, más académico y menos reiterativo. La redacción actual propicia la confusión. Justo es reconocer que éstas son deficiencias que se vienen arrastrando desde hace varios años y normas anteriores. No es patrimonio exclusivo de esta última. Ni tampoco del solitario

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, experto en contratación pública, autor del proyecto de la primera Ley de Contrataciones del Estado. Árbitro, conferencista y consultor internacional de entidades y empresas del sector público y privado. Catedrático de la maestría en Gestión de Proyectos de la Universidad Nacional de Ingeniería y de la PUCP. Director de Asociación Peruana de Consultoría, editor y fundador del semanario electrónico *Propuesta* (www.edicionespropuesta.blogspot.com).

dispositivo; uno de cuyos incisos, el primero de ellos, que denomino simplemente artículo 45.1, es materia de este comentario.

La norma reitera, al igual que la mayoría de las leyes que precedieron a ésta, que «las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes» para rematar advirtiendo que «las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje».²

La única ley que no entró a este pormenorizado detalle fue la primera, cuyo proyecto personalmente preparé, a solicitud del antiguo Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas, que se adelantó a la reforma y planteó un texto bastante ambicioso que recogía la tendencia universal de unificar regímenes de contratación pública y de establecer mecanismos uniformes para todos los procesos.

Esa primera ley dispuso en 1997 que «cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de licitación pública y concurso público, surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley n.º 26572».

A continuación, precisaba que «el arbitraje será decidido por un árbitro único o por un tribunal arbitral, designados, en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de éste [...] por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado» para coronar su texto señalando que «el laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes».³ Nada más.

² Primer párrafo del inciso 45.1 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado n.º 30225.

³ Inciso b) del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado n.º 26850. El texto simple y corto es pionero en el mundo porque incorpora dentro de la legislación nacional de un país al arbitraje como mecanismo obligatorio para la resolución de los conflictos que se derivan de los contratos que celebra

1. NÚMERO DE ÁRBITROS

Respecto del número de árbitros, en la Ley de Arbitraje si no está pactado, son tres, y en contratación pública, uno. ¿Por qué? Aquella dispone que las partes pueden fijar libremente el número de árbitros que conforman el tribunal. Sin embargo, precisa que «a falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros».⁴ La Ley de Contrataciones del Estado vigente, no regula este asunto. Lo hace por delegación su Reglamento, al establecer que el arbitraje será resuelto por árbitro único o por un tribunal conformado por tres árbitros, según el acuerdo de las partes. A continuación, señala que «a falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único».⁵

¿Qué dispositivo prevalece en un caso de contrataciones del Estado? ¿La Ley de Arbitraje por tener una mayor jerarquía normativa? ¿O el Reglamento, aprobado por Decreto Supremo, por ser la norma específica? Ese es otro asunto. Pero queda anotado. ¿A qué se debe finalmente que ambas normas traten una situación idéntica de manera totalmente distinta?

En primer término, adviértase que no siempre la ley general y la ley específica tuvieron posiciones diferentes en este tema. La ley general, la que regula el arbitraje, no ha variado en sus distintas variantes. En 1992 señalaba que a «falta de acuerdo sobre el número de árbitros [...], serán tres [...]».⁶ En 1996 disponía que «a falta de acuerdo o en caso de duda, los árbitros serán tres». Por si acaso, agregaba que «si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al

el Estado con los particulares. La Ley n.º 26572 era la Ley General de Arbitraje entonces vigente.

⁴ Artículo 19 del Decreto Legislativo n.º 1071.

⁵ Artículo 220 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-200-EF.

⁶ Artículo 19 del Decreto Ley n.º 25935.

nombramiento de un árbitro adicional, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral».⁷

La norma especial, la que regula las contrataciones del Estado, en cambio, ha ido variando en sus distintas versiones. Inicialmente, en 1998, estipulaba que «a falta de acuerdo, o en caso de duda, los árbitros serán tres (3) y constituirán un Tribunal Arbitral».⁸ Sólo aceptaba tribunales unipersonales o de tres árbitros. En lo primero, coincidía con la ley general. En lo segundo, discrepaba pues, como queda dicho, la ley general aceptaba eventualmente un número mayor de tres árbitros.

En el 2001 preceptuaba un esquema mixto para el caso de que no hubiere acuerdo entre las partes respecto al número de árbitros. Para el caso de licitaciones, concursos y adjudicaciones directas para ejecución y consultoría de obras: tres. Para el caso de otras adjudicaciones directas y adjudicaciones de menor cuantía: árbitro único. Y para el caso de exoneraciones, el número de árbitros se determinaba en función del proceso que hubiera correspondido convocar.⁹

En el 2004 estableció que «el arbitraje será resuelto por un árbitro o por tres árbitros, según el acuerdo de las partes» para agregar a continuación que «a falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único».¹⁰ Es decir, la normativa sobre contratación pública cambia y opta frontalmente por el árbitro único para los casos en que no se haya pactado nada sobre el particular.

Queda claro, por tanto, que, en contrataciones del Estado, desde 1998 hasta el 2004, durante seis años, a falta de acuerdo el arbitraje era

⁷ Artículo 24 de la Ley n.º 26572.

⁸ Artículo 140 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 039-98-PCM.

⁹ Artículo 189 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM.

¹⁰ Artículo 278 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM.

resuelto por un tribunal de tres árbitros. Desde el 2004 hasta ahora, durante los últimos diez años, a falta de acuerdo resuelve un solo árbitro.

El primer Reglamento, en cuya elaboración participé activamente, siguió la línea invariable de la ley general en el entendido de que siempre es mejor un tribunal colegiado que uno unipersonal, entre otras razones, porque permite un intercambio de opiniones y una reflexión colectiva. Los últimos Reglamentos han cambiado la línea priorizando la celeridad procesal. Es obvio que una persona puede resolver lo que tiene entre manos más rápido que un conjunto de tres que deben concertar fechas para celebrar audiencias, tener algunas reuniones de trabajo y en lo posible tratar de unificar criterios. La necesidad de administrar justicia de la manera más ágil prevalece, en consecuencia, para que la norma se decida en la última década por el árbitro único en caso de que no haya acuerdo entre las partes respecto del número de árbitros.

¿Está bien? Es una opción, válida como cualquier otra. Personalmente preferiría que se privilegie al tribunal colegiado en toda circunstancia. Está bien apurar y acelerar el proceso. Pero confiar en una sola persona no parece lo más recomendable. Quizás, por una cuestión de costos, esa alternativa pueda reservarse para los casos de adjudicaciones directas y de menor cuantía. O de reclamaciones que por sus cuantías corresponderían a esta clase de procesos.

2. TEXTO EXTENSO Y REITERATIVO

En el 2001 se publicó un primer Texto Único Ordenado de la ley que incorporó las modificaciones efectuadas por otras tres leyes promulgadas desde que entró en vigencia.¹¹ Y empezó el desmadre.

En la parte general, por decirlo de algún modo, mantuvo un apartado en el que reiteraba que «toda controversia surgida durante la eta-

¹¹ Las Leyes n.ºs 27070, 27148 y 27330 introdujeron los cambios.

pa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje» para enseguida subrayar que «en caso de que no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento» y terminar advirtiendo que esta forma de solucionar las controversias «no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General ejerce control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para el efecto».¹² Comenzó de esta manera esa péfida práctica de arañarle competencias al arbitraje y de pretender crear jurisdicciones paralelas o supranacionales dentro del mismo país.

Eso no fue todo. En la parte relativa a la solución de controversias el Texto Único Ordenado incluyó un conjunto de disposiciones muy similares a las que existen hasta hoy. Una de ellas preceptuaba que «las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato».¹³

¿Es necesario tanto detalle? Todo parece indicar que no. Que basta un texto simple, corto y directo. Ello, no obstante, en el segundo Texto Único Ordenado aprobado en el 2004 se repitió el error.¹⁴ Lo mismo

¹² Inciso b) del artículo 41 del TUO aprobado mediante Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM.

¹³ *Idem*. Inciso 53.2 del artículo 53.

¹⁴ Inciso b) del artículo 41 y numeral 53.2 del artículo 53 del TUO aprobado mediante Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM que incorporó las modificaciones que trajo consigo la Ley n.º 28267.

se puede decir de la Ley más reciente y aún vigente, promulgada en el 2008.¹⁵

Queda por aclararse las razones por las que en la nueva ley las controversias sobre nulidad del contrato no pueden resolverse en conciliación y necesariamente deben ir a arbitraje.¹⁶ Eso es una novedad. Me temo que los conflictos sobre la nulidad del contrato deberían tener el mismo tratamiento que se les dispensa a aquellos que versan sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del mismo contrato. No encuentro mayor diferencia que justifique una medida como la adoptada. Pero en fin, la advertencia está hecha a través de una norma de carácter imperativo, que prevalece sobre cualquier acuerdo. Si se reclama la nulidad de un contrato, no hay conciliación, aún en la eventualidad de que esté pactada.

3. ¿QUÉ HACER CON LA CONCILIACIÓN?

La Ley invita a reflexionar sobre la conciliación. Sobre la posibilidad de resolver algunas discrepancias en esta vía. Durante los dieciséis años de vigencia del nuevo régimen de contratación pública la conciliación no ha tenido éxito. ¿Cuál es el motivo? El temor reverencial y comprensible de los funcionarios públicos que prefieren no actuar con tal de no encontrarse involucrados en problemas mayores. Más ahora que la Contraloría General de la República ha tomado el control de las oficinas encargadas de la fiscalización interna en 54 entidades entre las que se encuentran los 25 gobiernos regionales, 18 municipalidades provinciales y 5 distritales así como el Seguro Social, las Fuerzas Armadas y la Policía. Eso significa que ha pasado a designar directamente a todo el personal de estos órganos que ahora dependen totalmente de ella.

¹⁵ Inciso b) del artículo 40 y numeral 52.1 del Decreto Legislativo n.º 1017, modificado a su vez por la Ley n.º 29873 promulgada el 2012.

¹⁶ Última parte del primer párrafo del artículo 45.1 de la Ley n.º 30225.

La ocasión debería ser propicia para reorientar las tareas que desarrollan los auditores a efectos de que puedan convertirse en aliados estratégicos de los procuradores y demás servidores públicos —y no en enemigos como equivocadamente se piensa— en el objetivo de celebrar acuerdos y superar de esta forma las desavenencias que se suscitan en los contratos que suscriben los particulares con las reparticiones de la administración pública y para evitar que éstas escalen y se transformen en conflictos mayores, lo que es moneda corriente en la actualidad.

Las audiencias de conciliación que se celebran con ese fin, cuando se celebran, son, hasta hoy, una absurda puesta en escena donde las partes ya conocen de sobra el papel que les toca desempeñar y actúan con una mecánica natural digna del mejor teatro del mundo. No tienen ninguna utilidad práctica y terminan encareciendo y dilatando la solución de las controversias en lugar de constituirse en opciones válidas para acabar con ellas en el plazo más corto posible.

Lo habitual debería ser que en la transacción se sacrifiquen algunas pretensiones en aras del inminente acuerdo y del cobro inmediato, lo que favorece a la entidad porque castiga la deuda. Sin embargo, ello no sucede porque el funcionario no concilia, no porque no tenga facultades para hacerlo sino porque en el fondo prefiere quedar a salvo de la acción punitiva del órgano de control que puede involucrarlo en un proceso de determinación de responsabilidades y más adelante en un litigio civil o penal de incalculables consecuencias.

En ese contexto el acreedor incrementa su demanda, reponiendo montos a los que iba a renunciar en la etapa previa y añadiendo los intereses así como los daños y perjuicios que la demora le ocasiona. Al final el Estado pierde innecesariamente un monto siempre mayor al que hubiera conciliado y lo que es todavía peor: la obra, el servicio o la prestación de que se trate, queda paralizada por un tiempo más extenso con lo que es el país el que termina perdiendo más.

La idea es comprometer a los órganos de fiscalización para que emitan sus informes antes de que se celebren los acuerdos. Eso es posible. Hasta hace poco no lo era porque estas oficinas sólo se pronunciaban después de haberse producido los hechos sujetos a investigación, cuando las fichas ya estaban jugadas o cuando ya no podían jugarse. Contar con esos pronunciamientos antes de tomar alguna decisión será el sustento indispensable para proteger a los funcionarios y para proceder a conciliar de la manera más rápida y eficaz en defensa de los legítimos intereses del Estado.

4. LAS JUNTAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

La nueva ley incorpora otra novedad que se caía de madura al señalar que «las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias».¹⁷ En consecuencia, procede pero sólo para obras y no para todas, sino para aquéllas en las que el monto de inversión comprometido así lo exige, al margen de otros requisitos que el futuro Reglamento podrá estipular.

Previamente, esta institución de la junta de resolución de disputas —o *dispute board*, como se le conoce universalmente— se había incorporado, conjuntamente con la figura del amigable componedor, a la Ley Marco de Asociaciones Público-Privadas con el objeto de intentar solucionar los problemas y desavenencias que pudieran presentarse en el marco de los contratos que ella regula.¹⁸ Cuando en estos contratos se establezca una etapa de trato directo, antes de iniciar el arbitraje —que

¹⁷ Segundo párrafo del artículo 45.1 de la Ley n.º 30225.

¹⁸ La undécima disposición complementaria modificatoria de la Ley n.º 30114 de Presupuesto del Sector Público para el 2014 amplió el texto del artículo 9.6 del Decreto Legislativo n.º 1012 con este propósito.

es la vía en la que se solucionarán en forma definitiva todas las controversias en esta materia—, las partes podrán acordar la intervención de un tercero neutral denominado amigable componedor, designado por ellas mismas, de manera directa o por delegación, o de manera indirecta, a través de un centro o institución que administre mecanismos alternativos de resolución de conflictos.

El amigable componedor propondrá una fórmula de solución que, de ser aceptada en forma parcial o total por las partes, producirá los efectos legales de cosa juzgada.

La norma también preceptúa que en los nuevos contratos, antes de iniciar un arbitraje, las partes podrán someterse a una junta de resolución de disputas (JRD) que se activará, en el caso de haberse pactado, cuando una cualquiera de ellas lo solicite. La junta estará conformada por uno o tres expertos designados por las partes o por un centro o institución que administre esta clase de mecanismos de resolución de conflictos. La junta emitirá una decisión vinculante que, sin embargo, no impide en última instancia, recurrir al arbitraje.

El texto añade que tanto el amigable componedor como los miembros de la junta de resolución de disputas podrán ser terceros neutrales de nacionalidad distinta a la de las partes, precisión innecesaria —dicho sea de paso— que debería eliminarse y que puede interpretarse en perjuicio de los expertos nacionales a quienes eventualmente se les estaría postergando en beneficio de aquellos otros especialistas procedentes del exterior. El texto también advierte, como es obvio, que ni el amigable componedor ni la JRD podrán actuar en los casos en que la desavenencia tenga que someterse a un mecanismo internacional de solución de controversias.¹⁹

¹⁹ A los que se refiere la Ley n.º 28933 que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en conflictos internacionales de inversión.

Ésta fue la primera vez que se reconoció en la legislación peruana la posibilidad de incorporar al *dispute board* como mecanismo para solucionar un conflicto contractual, objetivo que persigue desde tiempo atrás el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú que incluso tiene aprobado un Reglamento especial para la junta de resolución de disputas. La segunda vez es ésta en que la institución se introduce en la Ley de Contrataciones del Estado, en la que también se ha indicado que «en los casos en que [...] resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a ésta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma» para luego sentenciar, de un lado, que «las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas sólo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra», y, de otro, que «las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, conforme a lo señalado en el reglamento».²⁰

Esto es: cualquier discrepancia que aparezca hasta antes de que la obra sea recibida puede ir a la JRD. Una vez recibida la obra, van directamente a arbitraje. A arbitraje también pueden ir las decisiones emitidas por la junta dentro del plazo perentorio que se establece para otros casos específicos, pero contado no a partir del momento en que surge el conflicto sino a partir de la recepción de la obra con lo que se lo difiere con un objetivo disuasivo evidente pero de éxito incierto.

La ley quisiera que no todo vaya a arbitraje y en ese afán procura que algunas discusiones se queden en una etapa de trato directo, de conciliación o de JRD. En mi opinión, necesita de una fuerza coercitiva mayor y más eficaz para lograrlo. En definitiva, el éxito del *dispute board* dependerá en gran medida del porcentaje de discrepancias que se solucionen sin necesidad de recurrir a la vía arbitral del mismo modo que el éxito del amigable componedor, en lo que a las Asociaciones

²⁰ Cuarto párrafo del artículo 45.2 de la Ley n.º 30225.

Público-Privadas concierne, radicaré en el porcentaje de acuerdos con efecto de cosa juzgada que logre alcanzar.

5. OTROS MEDIOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

El primer Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado estableció visionariamente en 1998 que «sin perjuicio de lo establecido en la Ley y en el presente reglamento, las partes podrán acordar suspender el inicio o prosecución del procedimiento arbitral, a fin de someterse de mutuo acuerdo a otros mecanismos alternativos para la solución de conflictos, tales como la negociación asistida, la conciliación y el peritaje».²¹

El mismo dispositivo refería que «en cualquier estado de la controversia y antes de la instalación del arbitraje, las partes podrán acordar someter la solución de la misma a un peritaje técnico. Para estos efectos, las partes designarán de común acuerdo al perito, cuya decisión pondrá fin a la controversia en un plazo no mayor a veinte (20) días luego de la aceptación del encargo formulado» para terminar añadiendo que «cualquier controversia que surja respecto al peritaje, y que no pueda ser resuelta directamente por las partes, dará lugar al reinicio del procedimiento arbitral en el cual el o los árbitros evaluarán el mérito de la pericia.»²²

No era un perito que se limitaba a elaborar un informe que el tribunal arbitral podía o no considerar sino un perito que resolvía el conflicto y en esa medida cumplía el rol del adjudicador²³ en la junta de resolución de disputas, salvando las distancias, naturalmente.

²¹ Artículo 134 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 039-98-PCM.

²² *Ídem*. Artículo 158.

²³ Nombre que se le da a quien integra la junta de resolución de disputas.

En la misma línea, se permitía que «antes de iniciado el proceso de designación de árbitros, las partes podrán acordar la participación de un tercero especializado que contribuya a lograr una solución negociada de la controversia» con cargo a que «el honorario de este especialista será compartido por las partes proporcionalmente» y a que «en caso que las partes logren un acuerdo satisfactorio en el proceso de negociación asistida, éstas, conjuntamente con el tercero especializado, suscribirán un documento en forma de transacción, con firmas legalizadas conteniendo el acuerdo al que han llegado».²⁴

A diferencia del peritaje previo, en la negociación asistida, como su nombre lo indica, había espacio para que las partes puedan consensuar sus posiciones en procura de un acuerdo que impida que el conflicto escale y tome otras dimensiones.

Por último, este primer Reglamento también establecía que «antes de iniciado el proceso de designación de árbitros, las partes podrán acordar someter la controversia a un Centro de Conciliación debidamente constituido, conforme a la ley de la materia.»²⁵ El precepto estaba consignado más para dar cumplimiento a la ley general pero no de manera obligatoria sino opcional, condicionada al pacto al que eventualmente podían llegar las partes, bien sea antes de suscribir el contrato, incluyendo la cláusula respectiva dentro de su texto, o después, antes de empezar el arbitraje.

Esta buena práctica de abrir frontalmente la ley hacia diversas formas y mecanismos de solución de controversias desapareció de las siguientes normas aunque algunas dejaron entrever tímidamente y sin mayor éxito que en el contrato se podían acordar algunas de ellas.²⁶

²⁴ Artículo 159 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 039-98-PCM.

²⁵ Ídem. Artículo 160.

²⁶ Señaladamente, el último párrafo del artículo 267 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 084-2004-EF admitía que «en caso de que surgiese

En la nueva Ley se dice con más énfasis que «el reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias»²⁷ y esa declaración más categórica da pie para imaginar que se podrá dejar en libertad a las partes para que arreglen sus diferencias creativamente, como lo hacían en un principio.

6. PRESTACIONES ADICIONALES DE OBRA

«La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas» consagra solemnemente la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Enseguida agrega que «las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial» para concluir advirtiendo que «todo pacto en contrario es nulo».²⁸

Antes de entrar de lleno a la revisión de este acápite es pertinente precisar que su antecedente más inmediato sostenía que «la decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar

alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida». El mismo precepto repite el penúltimo párrafo del artículo 209 del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, modificado por el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF.

²⁷ Parte final del segundo párrafo del artículo 45.1 de la Ley n.º 30225.

²⁸ *Idem*. Tercer párrafo.

o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a arbitraje. Tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requiera aprobación previa de la Contraloría General de la República».²⁹

Lo primero que salta a la vista es que el texto anterior se concentraba en el arbitraje y que el nuevo ya no mantiene esta exclusividad. Hace extensivo el impedimento para el caso de la conciliación, arbitraje y JRD. No alude a esos otros medios de solución de controversias que eventualmente podrían estar pactados en el contrato.

En segundo lugar, la nueva redacción incorpora tres materias: enriquecimiento sin causa, enriquecimiento indebido e indemnizaciones y además incluye a cualquier otra pretensión «que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la Entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda», las cuales «no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente Ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial».

Extender la prohibición a otras reclamaciones responde a la necesidad de bloquear la posibilidad de que hábilmente se le saque la vuelta a la ley, como venía ocurriendo hasta no hace mucho, hasta que la jurisprudencia de la Corte y del Tribunal Constitucional optó por declarar la nulidad de los laudos que, según se dijo, admitían pretensiones sobre el reconocimiento de prestaciones adicionales solicitadas por concepto de enriquecimiento indebido.

En el debate que precedió a la nueva ley dije que si ésta impide que se arbitre sobre enriquecimiento indebido, expresado en esos términos,

²⁹ Artículo 41.5 de la Ley de Contrataciones del Estado, promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1017 y modificada por la Ley n.º 29873.

habrá quienes reclamen enriquecimiento sin causa y si esa pretensión también es proscrita habrá quienes pidan una indemnización probablemente procedente a juzgar por el daño causado por una ejecución que finalmente no se reconoce. Por eso quizás la norma prohíbe «cualquier otra pretensión que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas».

En cualquier caso, lo que hay que destacar es que lo que se impide, tanto en la nueva como en la antigua ley, es discutir en cualquiera de estas vías la decisión que adopta la entidad o la Contraloría de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales. La nueva ley, ya no prohíbe, como sí lo hacía la anterior, someter a arbitraje o a conciliación las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y las mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República. En este último caso, todavía vigente, admítase, *contrario sensu*, que si pueden llevarse a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y de las mayores prestaciones de supervisión que no requieran de aprobación previa de la Contraloría. En cuanto entre en vigencia el nuevo ordenamiento, eventualmente podrán llevarse a arbitraje unas y otras, tanto las que requieran como las que no requieran de aprobación previa de la Contraloría.

¿Cómo armoniza esta conclusión con lo preceptuado en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control? Adviértase que esta norma señala que «las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje». A continuación expresa que «tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del artículo

22 de la ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General».³⁰

Al margen de referirse a leyes actualmente derogadas, estas atribuciones, que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General, son las de «otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento».³¹

En la hipótesis de que en la práctica estas disposiciones incorporadas en la ley general prevalezcan sobre la ley especial, lo que de por sí y teóricamente puede ser muy discutible, lo cierto es que podrían ser sometidas a arbitraje y a cualquier otro medio de solución de disputas previsto en la normativa específica o en el contrato, no las decisiones de aprobar o no determinadas prestaciones adicionales, sino aquellas decisiones que versan sobre materias comprendidas en la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra así como en las mayores prestaciones de supervisión que no requieran de la autorización previa de la Contraloría, así como aquellas otras que, requiriéndola o no, versen sobre materias ajenas por complejo a la ejecución y al pago de estas materias y que podrían relacionarse a la interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, invalidez o nulidad de esas mismas prestaciones a juzgar por las diversas controversias que la propia ley enumera taxativamente y que se pueden dilucidar a través de los medios de solución de conflictos que ella misma reconoce.³²

En la eventualidad, más probable desde el punto de vista teórico, de que la nueva ley prevalezca lo único que no se podría llevar a arbitraje

³⁰ Artículo 23 de la Ley n.º 27785.

³¹ *Idem.* Inciso k) del artículo 22.

³² En el ya citado artículo 45.1.

serían las decisiones de aprobar o no las prestaciones adicionales lo que parece natural habida cuenta de que nadie en su sano juicio debería poder obligar a alguien a ejecutar aquello que no quiere, salvo, claro está, de que no hacerlo suponga algún riesgo que corresponde evitar a toda costa. Reducir el impedimento a esos niveles constituiría, sin duda, una señal inequívoca de seguridad jurídica para todos y una invitación a invertir con mejores garantías en el país en circunstancias como las actuales en que la economía comienza a retraerse y a demandar otros impulsos para retomar los bríos más recientes.

7. MAYORES PRESTACIONES DE SUPERVISIÓN

Las normas de la Ley del Sistema Nacional de Control, en concreto, contravienen con lo que enuncia y con lo que omite la nueva Ley de Contrataciones del Estado, con lo que ésta dice y con lo que calla. Más con esto último que con aquello, pues, como se sabe, en ocasiones los silencios son más elocuentes que lo que se afirma, incluso a voz en cuello.

Ahora está claro que, para la norma específica que regula las contrataciones públicas, no puede someterse ni a conciliación, ni a arbitraje ni a la JRD, las decisiones que adoptan las entidades o la Contraloría, según corresponda, de aprobar o no «la ejecución de prestaciones adicionales».³³

Para la norma general que regula las actividades del Sistema Nacional de Control, en adición a esas decisiones, aunque ciertamente ella sólo menciona a las que emite la Contraloría, tampoco pueden someterse a esas vías alternativas las controversias que versan sobre sus atribuciones de «otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública», de un lado, y de otorgar autorización previa al pago —y no a la ejecución— «de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de

³³ Primera parte del tercer párrafo del artículo 45.1 de la Ley n.º 30225.

obras, cuyos montos [en ambos casos] excedan a los previstos en la Ley [...]], de otro lado.³⁴

Hay que subrayar que, en lo que a la supervisión se refiere, la autorización de la Contraloría es previa al pago y no a la ejecución. También hay que subrayar que la autorización de la Contraloría en supervisión de obras se requiere para «los casos distintos a los adicionales de obra», lo que en la Ley del Sistema Nacional de Control está de la mano con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado vigente,³⁵ pero se contrapone con la nueva, pues ésta ya no prohíbe expresamente que se sometan a estas vías alternativas «las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran de aprobación previa de la Contraloría General de la República».

Podrían someterse a conciliación, a arbitraje y a la JRD, por consiguiente, las controversias referidas a la ejecución de adicionales de obra y de supervisión, que requieran o que no requieran de la autorización previa de la Contraloría. Es decir, todos los adicionales. Por lo pronto, sólo las que no requieran de esta aprobación. Cuando entre en vigencia la nueva norma, todas, como queda dicho.

Entre otras razones, porque la ley específica prevalece sobre la general, según lo recuerda el principio de la especialidad —*lex specialis derogat generali*—, porque la norma más reciente prevalece también sobre la anterior —*lex posterior derogat priori*— y además porque la derogación no necesariamente se produce siempre por declaración expresa, sino por incompatibilidad entre la nueva; es decir, la más reciente, y la anterior, o cuando la materia de esta última, o sea, de la antigua, es íntegramente regulada por la nueva, tal como lo aclara sabiamente, recogiendo esos preceptos el artículo I del Título Preliminar del Código Civil.

³⁴ Artículo 23 de la Ley n.º 27785.

³⁵ Artículo 41.3 de la LCE promulgada mediante Decreto Legislativo n.º 1017.

Sin perjuicio de ello, no estaría de más que el Congreso de la República modifique, de una vez por todas, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República y ponga cada cosa en su lugar sin renunciar un ápice a la lucha frontal que debe mantenerse contra todas las formas de corrupción.

8. EL PODER JUDICIAL

Por primera vez, desde 1997, en esta última versión de la Ley de Contrataciones del Estado, que aún no está vigente, se anuncia que estas pretensiones sobre adicionales, en todo caso, podrían «ser conocidas por el Poder Judicial», remarcándose además que «todo pacto en contrario es nulo».

Antes de la unificación legislativa que supuso el nuevo ordenamiento que rige en el Perú desde hace dieciséis años, la vía administrativa se desarrollaba en el caso de bienes y servicios generales en los Consejos Regionales, regulados por el Reglamento Único de Adquisiciones (RUA),³⁶ en el caso de obras en el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Consulcop), regulado por el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Rulcop)³⁷ y en el caso de los servicios de consultoría en el Consejo Nacional Superior de Consultoría (Conasuco), regulado por la Ley de Consultoría³⁸ y por el Reglamento General de las Actividades de Consultoría (Regac),³⁹ norma esta última en cuya elaboración también participé, redactando el proyecto final y decidiendo que sugerencias y planteamientos debían incorporarse y cuáles no, de un impresionante conjunto de opiniones y propuestas que llegaron al Ministerio de Economía y Finanzas procedentes de diversas entidades, empresas, gremios, reparticiones de la

³⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 065-85-PCM.

³⁷ Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 034-80-VC.

³⁸ Ley n.º 23554 promulgada el 29 de diciembre de 1982.

³⁹ Aprobado mediante Decreto Supremo n.º 208-87-EF.

administración pública y público, en general, que respondieron masivamente a la invitación que se formuló a propósito de la publicación de un anteproyecto inicial.

Agotada la vía administrativa, en los tribunales que tenían estos Consejos, quedaba expedita la vía judicial a la que, sin embargo, casi nadie recurría porque desde entonces la carga procesal era tan fuerte, que un proceso podía fácilmente extenderse a lo largo de muchos años, al cabo de los cuales terminaban perdiendo ambas partes. Obviamente, el que perdía, pero también el que ganaba, porque lo gastado en tasas, derechos, abogados, horas/hombre y demás diligencias, no compensaba lo que teóricamente se le iba a reconocer que, por lo demás, todavía no había cobrado, trámite que, al igual que ahora, demanda otro plazo, otras gestiones y otros sufrimientos.

La Constitución Política del Perú establece que las resoluciones administrativas que causan estado, son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.⁴⁰ Es en virtud de esta disposición que una vez que queda agotada la vía administrativa, por ejemplo, dentro de un proceso de reclamación por prestaciones adicionales, cabe seguir con el diferendo en el Poder Judicial, si así lo estima pertinente la parte que se considera, finalmente, perjudicada, aunque ciertamente, como lo recuerda la Ley de Contrataciones del Estado y de su Reglamento, dicha acción no suspende lo resuelto en la última instancia administrativa ni su ejecución.⁴¹

La ley que regula el proceso contencioso-administrativo estipula que, conforme a sus previsiones y cumpliendo con los requisitos expresamente aplicables a cada situación particular, procede la demanda y son impugnables en esta vía, las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la misma administración pública, con excepción de

⁴⁰ Artículo 148 de la Constitución.

⁴¹ Artículo 53 de la LCE, penúltimo párrafo, y artículo 126 de su Reglamento.

los casos en los que sea obligatorio, o se decida de acuerdo a ley, someter la controversia a conciliación o arbitraje.⁴²

Tal como lo admite expresamente ahora la Ley de Contrataciones del Estado, quienes encuentren fundamentos para proseguir con su reclamación sobre prestaciones adicionales más allá del trámite administrativo ante la entidad o ante la Contraloría, deberían hacerlo en la vía judicial. La creencia de que nadie quiere transitar por este camino impulsa a algunos a enviar allí muchas disputas respecto de las que no tienen ninguna posibilidad de ganar en una buena lid. Los enemigos del arbitraje se muestran así, enemigos también de todo aquél que quiere ser correctamente retribuido por su trabajo.

Es hora de enfrentarlos en todo terreno.

⁴² Inciso 5 del artículo 4 de la Ley n.º 27584, promulgada el 6 de diciembre de 2001.

**EL PANORAMA DEL ARBITRAJE,
PACTA SUNT SERVANDA Y AUTONOMÍA,
EL CAMINO RECORRIDO Y EL QUE FALTA POR
RECORRER PARA PREVENIR «ARBITRICIDIOS»¹**

*Franz Kundmüller Caminiti**

Sumario: 1. Introducción y antecedentes institucionales.— 2. Heterogeneidad normativa, aspectos culturales e históricos.— 3. Heterogeneidad y primer «arbitricidio».— 4. Cláusula compromisoria y compromiso, «arbitricidio» consumado.— 5. La *praxis* en el arbitraje, del papel sello sexto a la nueva práctica.— 6. El nuevo «arbitricidio», otro atentado contra la autonomía del arbitraje.— 7. Sólo el convenio arbitral de tercera generación nos salvará de otro «arbitricidio».— 8. Convenio arbitral antes que «jurisdicción independiente».— 9. Convenio arbitral, libertad, *pacta sunt servanda* y buena fe.— 10. La teoría híbrida, el *pacta sunt servanda* y la buena fe.— 11. El *pacta sunt servanda* y la buena fe como base para la autonomía arbitral.— 12. Las partes y los árbitros.— 13. Conclusión.

¹ Término inventado por Thomas E. Carbonneau, para explicar la tendencia «anti arbitral» del Congreso de los Estados Unidos de América, por contraste con la tendencia «pro arbitral» de la Corte Suprema de dicho país a lo largo de los últimos cuarenta años, ver: CARBONNEAU, Thomas (2007). «*Arbitricide: the Story of Anti Arbitration Sentiment in the U.S. Congress*». En *American Review of International Arbitration*; n.º 233.

* Profesor en el curso de Arbitraje Nacional e Internacional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES INSTITUCIONALES

Cuando en 1993, hace ya más de veinte años, se puso en marcha el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima; en adelante: CANI-CCL, no era posible saber con precisión cual iba a ser el desarrollo de la práctica arbitral en el Perú, pero se le identificaba como una necesidad para el comercio, para el sector privado y también para el Estado, en su iniciativa de reinserción económica global. Prueba de ello es el gran volumen de tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones así como tratados de libre comercio, que incorporan el arbitraje y que vinculan al Estado internacionalmente.

Los antecedentes más cercanos a la creación del CANI-CCL indicaban que no iba a ser tarea fácil promover y materializar la práctica arbitral en el Perú, no obstante el proceso de liberalización económica y de reforma normativa que caracterizó a la coyuntura por la que pasaba el país en ese momento.

Pocos años antes y en otra coyuntura, se había creado al interior del mismo gremio empresarial, el Centro de Arbitraje Comercial, Cearco, el que por diversas razones, algunas de las cuales reseñaremos acá, no tuvo el impacto esperado. Lo cierto es que Cearco fue un precedente para el arbitraje institucional moderno en el Perú.

Sin embargo, algo faltaba para que Cearco y sus servicios de arbitraje institucional se desarrollen y consoliden. Aparentemente, tenía todo para tener éxito, una excelente lista de árbitros, un reglamento conforme los estándares del momento, el respaldo institucional de destacados profesionales y de un gremio empresarial centenario como la Cámara de Comercio de Lima e incluso una potencial demanda de servicios, entre otros.

Pero todo eso no bastaba, en tanto que su creación se dio en un contexto en el que la autonomía del arbitraje era precaria y como veremos en estas líneas, la verdad es que sigue siéndolo, pero con otras ca-

racterísticas igualmente preocupantes, que amenazan su sostenibilidad. A lo antes mencionado, se sumó un «déficit cultural» y un sesgo anti arbitral que se mantiene en forma intermitente a lo largo del tiempo, no obstante el notable e innegable crecimiento de la práctica arbitral peruana en distintos ámbitos.

Sin perjuicio de esta autonomía precaria del arbitraje como institución jurídica y medio de solución de controversias, también es importante destacar que Cearco fue la primera propuesta para crear un centro de arbitraje moderno, siguiendo estándares internacionales recogidos en la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), además de otras fuentes de similar importancia, como los documentos y fuentes de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Cnudmi),² la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales, la Convención de Panamá, entre otros.

Un modelo similar se siguió respecto del Ccani-CCL inaugurado en 1993, pero esta vez con resultados exitosos que se aprecian hasta la actualidad, dado el crecimiento significativo en el volumen de casos y cuantías, abarcando incluso arbitrajes internacionales.³ Lo que también ha dado lugar a que la experiencia comience a replicarse en otras Cámaras de Comercio en el ámbito nacional, con bastante éxito.

Cabe destacar que Cearco, al igual que el Ccani-CCL y otros centros de arbitraje en Cámaras de Comercio, se constituyeron basándose al mismo tiempo en los antecedentes tradicionales del primer Estatuto de la Cámara de Comercio de Lima del año 1888, refrendado oficialmente por el gobierno del Mariscal Andrés Bolognesi. La historia demuestra que en el Perú la función arbitral tenía raíz en los tribunales

² Cfr. CARBONNEAU, Thomas. «Arbitral Law Making». En *Michigan Journal of International Law*, 25 Mich. J. Int'l, L. 1183, 2004.

³ *Veinte años de Arbitraje en el Perú*, publicación de la Cámara de Comercio de Lima, 2013.

del Consulado del siglo xvii y se la estableció como parte de los servicios a cargo del gremio de comerciantes en el ámbito nacional.⁴

De otro lado, hasta un poco antes de iniciar sus operaciones institucionales y al año 1993, el Ccani-CCL surge en un medio en el que, apenas unos años atrás, el arbitraje estuvo regulado en el marco normativo nacional en forma heterogénea y donde la «cultura arbitral» era prácticamente inexistente, o en todo caso, «tenue», a pesar de contar con profundas raíces que, como vemos, se extienden al siglo xvii.

A lo que se suma —reiteramos— la precariedad de la autonomía del instituto arbitral, no obstante la vigencia del principio *pacta sunt servanda*⁵ que, entre otros, le brinda sustento jurídico, constituyéndose en su piedra angular, junto con el principio de la buena fe, de reconocimiento universal.

Esto ocurrió, como es lógico, en un contexto en el que el ordenamiento jurídico y la comunidad comercial local e internacional (*curia mercatoria*) mantienen la expectativa de que el arbitraje se materialice de buena fe,⁶ a partir de una concepción lógica y natural del acuerdo y de los contratos.

En efecto, como bien precisa Espinoza, respecto de la buena fe, citando a Díez-Picazo y Roppo:⁷

⁴ *Ibidem*, pp. 25 y siguientes.

⁵ Sobre el principio, ver: GARRIDO GÓMEZ, María Isabel. «Lo que queda del principio clásico *pacta sunt servanda*». En *Derecho y Cambio Social*, en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista025/pacta_sunt_servanda.pdf, revisada en enero 2015.

⁶ Ver: PETERS, Ann. «International Dispute Settlement: a Network of Cooperative Duties». En *European Journal of International Law*. Cambridge University Press, 2003, 5th edition, p. 914.

⁷ ESPINOZA, Juan. *El acto jurídico negocial*, pp. 225-226.

Se ha advertido que existen tres vías de concreción del principio de la buena fe:

- a) Como un canon o criterio hermenéutico. Es importante tener en cuenta que la regla de la buena fe en la interpretación quiere ser una medida razonable de lo justo, representando también un límite a la discrecionalidad del intérprete.
- b) Como un criterio de conducta conforme al cual deben ser cumplidas las obligaciones. En el ámbito de la relación contractual, la buena fe obliga a cada una de las partes a comportarse de manera tal de no perjudicar y más bien, de salvaguardar el razonable interés de la contraparte, cuando ello no importe ningún apreciable e injusto sacrificio a cargo suyo.
- c) Como un canon o criterio al que debe someterse el ejercicio de los derechos subjetivos.

La segunda concepción de la buena fe como «criterio de conducta» que, por cierto, es congruente con las otras dos, es la que nos interesa en este trabajo y, en realidad, se remonta a varios siglos atrás,⁸ siguiendo un modelo que, finalmente, redundará a favor de la seguridad y viabilidad del comercio y las inversiones, atendiendo a los intereses de la *curia mercatoria*, así como a la realidad de los contratos.

La reflexión que se pretende motivar con este artículo gira en torno a la necesidad de reconocer la importancia de estos principios para preservar la autonomía del arbitraje en el Perú.

⁸ En efecto, es a partir del titánico esfuerzo de los glosadores europeos y con posterioridad al siglo XI, que se dio el desarrollo del Derecho Canónico de los Contratos, el mismo que fuera inspirado por los valores cristianos, pero que a su vez recoge las prácticas seculares de la *curia mercatoria*. La combinación de dichas prácticas seculares con el principio cristiano de la buena fe (*bona fides*), desembocó en la relevancia del acuerdo de voluntades en la conformación de los contratos en tiempos pre modernos. Lo demuestra la Concordia o Decreto de Graciano, que en la época de los escolásticos se orientó por la necesidad de «concordar los cánones discordantes». Cf. LESAFFER, Randall. «The Medieval Canon Law of Contract and Early Modern Treaty Law». En *Journal of History of International Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2000, n.º 2, pp. 182-183.

2. HETEROGENEIDAD NORMATIVA, ASPECTOS CULTURALES E HISTÓRICOS

Haciendo una somera revisión del marco legislativo nacional y su evolución, se constata que justo antes de la promulgación de la primera Ley de Arbitraje, el Decreto Ley n.º 25935, a principios de los años noventa, estaban vigentes las normas referidas al arbitraje en sede constitucional sobre arbitraje-jurisdicción.

La Constitución del año 1993 mantuvo la misma regulación que la de 1979, en donde el arbitraje se entiende como una jurisdicción independiente, al igual que la jurisdicción militar y a manera de excepción al principio de unidad y exclusividad del Poder Judicial.

Nótese que dichas normas regían junto a las del ámbito de aplicación del entonces Código de Procedimientos Civiles de 1912, sobre arbitraje-proceso «sub-judicial», a las que se sumaban las normas del marco normativo del Código Civil de 1984, sobre arbitraje-contrato. ¿Qué era el arbitraje, jurisdicción, proceso, contrato o todo junto y nada a la vez?

Esta heterogeneidad en el tratamiento normativo, sumada a otros factores, afectó el desarrollo de la práctica profesional arbitral en nuestro medio e influyó negativamente en la formación de un oficio, y una «cultura arbitral», reduciendo así las probabilidades para que se pueda consolidar en forma relativamente rápida un mercado de servicios especializados y creando condiciones para el «arbitricidio», a partir del mismísimo acuerdo para arbitrar, en la forma de la cláusula compromisoria.

Es decir, no se tuvo el suficiente cuidado de ordenar y uniformizar el marco normativo en materia arbitral, mediante una visión que, además, integre un enfoque estratégico, incluyendo aspectos económicos y comerciales que son inherentes al instituto. ¿A qué se debió esto? ¿Falta de interés y visión, carencia de voluntad política, incompetencia, falta de experiencia? ¿Qué impacto o efecto tenía esta forma de legislar sobre el arbitraje en la práctica arbitral?

El hecho es que esta heterogeneidad en la regulación del arbitraje generó inevitable inseguridad jurídica para los usuarios. Como es lógico, la inseguridad e incertidumbre surge de las múltiples perspectivas de regulación simultánea, que no necesariamente confluyen en forma pacífica entre sí y que, además, se ubicaban en diversas jerarquías de la «pirámide de Kelsen», fomentando distintas interpretaciones y aplicaciones prácticas.

A mayor abundamiento, las normas no sólo eran heterogéneas, pues también fueron objeto de promulgación en diversos momentos en el tiempo. De modo que esta situación era como un «laberinto kafkiano»⁹ para los potenciales usuarios del arbitraje, en el que se meterían desde el momento mismo de pactar su cláusula compromisoria.

A esto se suma la consiguiente erosión de la confianza en el arbitraje como medio efectivo y eficiente de solución de controversias, por la prevalencia de la regulación del Código Civil de 1984 y por la falta de práctica y conocimiento técnico especializado, en donde la carencia de una «cultura arbitral» y, en general, de información congruente, sin duda es un factor negativo que siempre genera un incremento de los costos de transacción para los agentes económicos.¹⁰

Es más, no sólo había problemas de «cultura» en esta situación, sino que además, el correspondiente mercado de servicios, no existía. Esto ocurría en detrimento de los usuarios del arbitraje y del comercio. Siguiendo a Caivano y Cantuarias, esta «carencia cultural» que observamos en el caso del arbitraje, es un fenómeno que, a pesar de no ser jurídico, es relevante para la puesta en práctica de cualquier institución jurídica e impacta en el medio y, en especial, en la comunidad comercial.

⁹ En alusión a las obras del literato existencialista Franz Kafka, autor de notables libros como *La Metamorfosis* y *El Proceso*.

¹⁰ Ver: CANTUARIAS, Fernando y Roque CAIVANO. «La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editorial Magna, 2008, n.º 7, p. 50.

En efecto, como bien señalan los autores:

Como el árbitro es un particular, sus decisiones aparecen a los ojos de un lego, con menos fuerza vinculante. Quien resulta perjudicado por la decisión emanada de un árbitro tiende a creer que puede alzarse contra esa decisión o que, en todo caso, la obligatoriedad del laudo no es definitiva. Sólo los abogados (y, para ser sinceros, ni siquiera todos ellos) saben que el laudo arbitral es una verdadera sentencia, que hace tránsito a la cosa juzgada y cuya ejecución forzada se realiza por los procedimientos de apremio o ejecución de sentencias judiciales.¹¹

Al déficit cultural se suma además la problemática histórica, como señala de Trazegnies:

[...] el tribunal del Consulado, inaugurado en Lima a inicios del siglo XVII entre trompetas y chirimías, tomando el modelo europeo [...] fue mal visto por los forjadores liberales de nuestra independencia. Y así se consideró que un Estado democrático debía dejar de lado esas instituciones que eran evocaciones medievales; por consiguiente, el tribunal fue suprimido en 1822. Sin embargo, algunos años más tarde se comprobó que el papel que jugaba el tribunal del Consulado como justicia privada y adaptada al mundo comercial, era de todas maneras necesario. Y es así como sólo siete años más tarde, el tribunal del Consulado volvió a aparecer. Sin embargo, su existencia no era bien vista por los políticos y finalmente fue clausurado en forma definitiva en 1887, considerándose que la justicia debía estar a cargo solamente del Poder judicial.¹²

¹¹ *Ibidem*.

¹² DE TRAZEGNIES, Fernando. Prólogo al libro *Veinte años de arbitraje en el Perú*, publicación de la Cámara de Comercio de Lima, 2013, p. 12.

3. HETEROGENEIDAD Y PRIMER «ARBITRICIDIO»

Pero, dejando de lado por un momento los aspectos referidos a la historia y a las deficiencias en materia de cultura arbitral, como incentivos para el «arbitricidio» y regresando al tema de la heterogeneidad normativa; el hecho es que hacia principios de los años noventa del siglo xx, se constata en nuestro medio que, por un lado, la Constitución de 1993 se refería al arbitraje como «jurisdicción independiente», como una excepción a la estatal.

Pero también, por otro lado, estaban vigentes algunas partes del código entonces llamado de «procedimientos civiles» de principios del siglo xx. Éste, en realidad, normaba un arbitraje propio del siglo xix, adscrito esencialmente a la autoridad jurisdiccional de los jueces de la República, bajo la fórmula de la cláusula compromisoria y donde el señor juez ejercía una suerte de tutela exorbitante sobre el arbitraje.

Finalmente, también estaba en vigencia el Código Civil del año 1984, que regulaba la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, en la forma menos útil y eficiente, que ofrecía el «contractualismo» arbitral en el que se inspiraron los legisladores del Código.

A lo que se sumaba el contexto regional, en donde la preeminencia de la cláusula Calvo en sede constitucional, también constituía un factor limitante para el arbitraje,¹³ con otras connotaciones jurídicas y económicas no menos importantes, que recién han comenzado a ser revertidas en los años noventa, ante una realidad inevitable conformada por el significativo crecimiento del comercio y las inversiones.

Ahora que hacemos una revisión panorámica del instituto, es conveniente evocar los diversos factores que afectaron al arbitraje, para que no se vuelvan a presentar o, en lo posible, para contribuir a eliminarlos

¹³ Ver: CREMADES, Bernardo. «Resurgence of the Calvo Doctrine in Latin América». En *Business Law International*, January 2006, vol. 7, n.º 1, pp. 53 y ss.

y prevenir futuros «arbitricidios», en la perspectiva de contribuir con un grano de arena a la sostenibilidad del instituto.

Con lo que, reiteramos, a las graves carencias culturales y sesgos históricos negativos, se sumaba la ausencia de un mercado de servicios. Por si esto fuera poco, se podía constatar que jurídicamente el arbitraje era, al mismo tiempo, jurisdicción, además de una especie de proceso «sub judicial» y también era una suerte de contrato de contratar; en suma, reiteramos, un pequeño laberinto «kafkiano», donde confluían muchos factores negativos y limitantes.

Pero, al final, el efecto era el mismo, ya que esta complicada situación terminaba minando la autonomía y exigibilidad del arbitraje, comprometiendo su viabilidad y afectando, por ende, al comercio y a la *curia mercatoria*.

En consecuencia, si algo caracterizó al panorama del arbitraje en el marco normativo nacional, a fines de los años ochenta y principios de los noventa, en la época de creación de Cearco es, precisamente, el escenario descrito y las serias limitaciones para preservar su autonomía.

Lamentablemente, parte de esa situación se mantiene en la actualidad, aunque con otras características y matices, a pesar de los innegables avances que se han producido en veinte años, gracias al esfuerzo de muchas personas e instituciones.

4. CLÁUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO, EL «ARBITRICIDIO» CONSUMADO

A principios de los años noventa en el Perú, las reglas del Código Civil de 1984 incorporaban elementos contractuales más cercanos a la noción del «contrato de contratar», justamente antes de la primera Ley de

Arbitraje, el Decreto Ley n.º 25935, que introdujo, por primera vez, el concepto de convenio arbitral.

Pero, lo cierto es que las reglas del Código estaban lejos de garantizar la existencia y exigibilidad de una noción de convenio arbitral autónomo, tal como éste se entiende en la actualidad. En realidad, en la práctica, constituían una «trampa mortal» para acceder al arbitraje y para su adecuada realización, consumando así un primer gran «arbitricidio».

Si bien brindaban una estructura «jurídicamente perfecta», lo cierto es que esta situación complicaba tremendamente el acceso de las partes al arbitraje, haciéndolo ineficiente, oneroso y complicado.

Eso se debía, esencialmente, a que la norma combinada de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, era una fórmula tributaria del Código de Procedimientos de 1912, que obligaba a las partes a pactar el compromiso, una vez que se suscitaba la controversia. Es decir, el compromiso arbitral se debía pactar a manera de ejecución de las estipulaciones contenidas en la cláusula compromisoria contenida en el contrato. Luego de eso, recién se arbitraba.

Así se generaba el absurdo que consistía en que el surgimiento de la controversia era una condición necesaria e indispensable para que se lleve a cabo el arbitraje y para, a raíz de eso, recién pactar el compromiso, para ahora sí arbitrar.

De modo que la cláusula compromisoria no conducía a las partes a arbitrar de manera inmediata. Tampoco brindaba acceso directo e incondicional de las partes al arbitraje, tal como se dispone bajo las reglas vigentes del convenio arbitral. Era recién en el compromiso arbitral y durante su ejecución, donde las partes ponían en práctica una serie de reglas que hacían posible el arbitraje, antes no.

Como es obvio, una vez surgida la controversia y por elementales motivos derivados de la dinámica de acción-reacción de la escalada del conflicto y por la exacerbación de los intereses en juego (deudor *versus* acreedor), difícilmente se iban a producir acuerdos adicionales entre las partes y mucho menos, para llevar a cabo un arbitraje. Lo que demuestra que éste era un modelo de regulación que no tenía en cuenta la realidad de los conflictos y, finalmente, beneficiaba a los deudores, en detrimento de los intereses de los acreedores, perjudicando, finalmente, también al comercio como conjunto.

De modo tal que, dado el momento y las circunstancias, era muy fácil para el deudor simplemente negarse a celebrar el compromiso arbitral, a pesar de haber incorporado la cláusula compromisoria en el contrato. De esta manera y como es obvio, el deudor podía demorar, considerablemente, la realización del arbitraje. En consecuencia, el acreedor se veía en la necesidad de recurrir a sede judicial, haciéndolo mediante un proceso denominado como de otorgamiento de compromiso arbitral,¹⁴ que lo podía llevar a litigar durante años contra el deudor, agotando así todas las instancias judiciales, sin resultados prácticos.

Este escenario ya no es posible, pero hoy lo que sí es posible es que el deudor agote el recurso de nulidad, y cumpliendo ciertos requisitos establecidos jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional, podrá plantear una acción de amparo contra el laudo y litigar algunos años.

Pero, digamos que la fórmula de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral era «jurídica y procesalmente perfecta», pero no satisfacía las necesidades inherentes a las transacciones comerciales, ni se ajustaba a la esencia del arbitraje como medio de solución de controversias. Hacía difícil el acceso inmediato, causando un sesgo anti económico en contra de los acreedores e incentivando el abuso por parte de

¹⁴ Ver: CAIVANO, Roque. *La cláusula arbitral, evolución histórica*. Bogotá: Editorial Cámara de Comercio de Bogotá, 2008, pp. 109-111.

los deudores. El «arbitricidio» estaba consumado y esta situación duró muchos años, demorando absurda e innecesariamente el desarrollo del arbitraje en nuestro medio.

Si el acreedor sobrevivía económica y comercialmente, luego de otorgado judicialmente el compromiso arbitral y cuando, finalmente, llegaba al arbitraje a «hacer valer sus derechos conforme a ley», resultaba evidente que el negocio que tenía con su deudor, ya era historia pasada. Sus intereses comerciales terminaban «fossilizados», sin lograr resarcimiento alguno. Entonces, era mejor no pactar el arbitraje y someterse directamente a la jurisdicción estatal.

El hecho es que en la práctica, el acreedor terminaba asumiendo toda la pérdida que generaba esta situación, perjudicando también al sistema comercial como conjunto, pues una de las finalidades más importantes de contar con medios eficientes y eficaces de solución de controversias, es la exigibilidad y el cumplimiento oportuno de los contratos. Cuando eso no ocurre y se complica el acceso a los medios de solución de controversias, se afecta gravemente el Estado de Derecho, con los subsiguientes efectos negativos en la economía, el comercio y la seguridad jurídica en el país, en general.

Y lo que era más grave, dichos procesos de otorgamiento judicial de compromiso arbitral, no solamente demoraban una eternidad, pues, de otro lado, si el acreedor quería evitarse ese trance y recurrir directamente a la vía judicial para resolver el fondo de la controversia, el deudor tenía todo el derecho a formular una excepción arbitral y así paralizaba el proceso judicial, hasta que se lleve a cabo el arbitraje.

En suma, desde todo punto de vista, el gran «arbitricidio» estaba consumado y se mantuvo durante muchos años, perjudicando gravemente las posibilidades para desarrollar una práctica y una cultura arbitral local. Con lo que, ante esta situación y contra todo pronóstico, el deudor se convertía en el gran privilegiado ante las dificultades de

acceso al arbitraje, siendo para él un «buen negocio» pactar la cláusula compromisoria en sus contratos.

Es relevante comentar el viejo antecedente de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, tal como aparecían regulados en el Código Civil peruano de 1984 y hasta principios de los años noventa, porque paradójicamente este modelo normativo es poco conocido en la actualidad por nuestros grandes «decisores» en materia de normas legales y políticas públicas.

Así como tampoco es suficientemente conocida la prevalencia de la heterogeneidad normativa que afectó al arbitraje peruano durante mucho tiempo, pues eso es parte de las carencias «culturales» comentadas líneas arriba y que se mantienen en la actualidad, incentivándose así la posible comisión de diversos «arbitricidios» que, lamentablemente, tienden a proliferar, incluso hoy, en pleno siglo XXI. Súmese a lo dicho los antecedentes históricos anti arbitrales y el panorama está completo.

Cabe precisar en este punto que el origen de la regulación compuesta por la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, no está en la legislación peruana, sino en cierta jurisprudencia francesa, que limitó el acceso al arbitraje en ese país en el siglo XIX, como consta en la sentencia de la Corte de Casación de 1843, en el caso *L'Alliance con Prunier*.¹⁵

El de la cláusula y el compromiso es uno de los pocos casos en los que la doctrina informa que una jurisprudencia del Consejo de Estado francés, por razones políticas antes que jurídicas, dio lugar luego a la creación de una estructura normativa con tan peculiar configuración y concibiendo a la cláusula compromisoria como una suerte de contrato de contratar.

¹⁵ Ver: TAYLOR VON MEHREN, Arthur. «International Commercial Arbitration, the contribution of French Jurisprudence». En *Louisiana Law Review*; 1986, vol. 46, n.º 5, pp. 1045-1059.

Como, lamentablemente, ocurre con otras instituciones jurídicas de nuestro ordenamiento jurídico, no sería extraño que en el futuro, algún «iluminado» integrante de nuestra ilustre comunidad jurídica local o de nuestra destacada política nacional, proponga un cambio normativo en la legislación arbitral, para regresar a ese caduco modelo de regulación combinando cláusula y compromiso.¹⁶

Ya que, a fin de cuentas y aunque caduco, en apariencia y como se ha precisado, el de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, era un modelo «jurídica y procesalmente perfecto», no obstante su absoluta inutilidad práctica y su severo impacto anti económico para el comercio y las inversiones que tanto nos afanamos en promover y atraer.

5. LA *PRAXIS* EN EL ARBITRAJE, DEL PAPEL SELLO SEXTO A LA NUEVA PRÁCTICA

De otro lado, en lo concerniente a la práctica arbitral local, a fines de los años ochenta el arbitraje era exclusivo, había muy pocos arbitrajes y árbitros en ejercicio. Generalmente, eran juristas de reconocido prestigio profesional y académico, que contaban con el apoyo de algunos secretarios de juzgado, que también eran conocidos por la calidad de su trabajo, honestidad y por su amplia experiencia en el oficio de secretaría judicial.

El arbitraje no se había expandido como ahora y los casos que se presentaban se llevaban a cabo sobre la base del prestigio de los árbitros, antes que por efecto de la normativa heterogénea y confusa.

En general, los arbitrajes eran muy pocos y se conducían bajo la metodología y la práctica procesal judicial, altamente «ritualizada» y formal, con expedientes «cosidos» y diligenciados por los secretarios,

¹⁶ De hecho, no debería llamar la atención que una cosa así ocurra, cuando, por ejemplo, recientemente se pretende regular la función arbitral como si fuera función pública, tal como consta en el Proyecto de Ley n.º 4029-2014-CR de 27 de noviembre de 2014.

como si se tratara de expedientes judiciales, usando para ello el lenguaje procesal, el papel «sello sexto» vendido en exclusiva por el Estado, imperando los usos propios de la judicatura, la protocolización de los laudos y otras prácticas.

Bajo esta perspectiva, el arbitraje era un «*cuasi* proceso», una suerte de jurisdicción privada de «tercera» o foro de «menor categoría» a la del proceso civil, donde se ponía en evidencia en toda su expresión el factor cultural e histórico con sesgo anti arbitral antes citado y donde la especialidad técnica del arbitraje aún no se manifestaba como tal.

Es recién en los años noventa, con la coyuntura económica de la década y con la secuela de leyes de arbitraje que se promulgaron en el Perú hasta el año 2008, cuando surge por primera vez una base normativa especializada y con rango de ley, que con mucho esfuerzo se viene abriendo espacio hasta la actualidad, lo que ocurre además en forma «inevitable», como bien señala Santistevan de Noriega.¹⁷ A lo que se debe agregar la relevancia del incremento sustantivo de la práctica arbitral.

A diferencia del aspecto cultural antes referido, el nuevo escenario normativo y práctico evolucionó muy rápidamente¹⁸ y se caracterizó desde un principio por adoptar modelos de regulación propios y congruentes con la especialidad técnica de las disciplinas del arbitraje. Asimismo, se amplió significativamente el volumen de casos y las personas dedicadas al arbitraje, ya sea árbitros, secretarios arbitrales, abogados, instituciones, etc.

¹⁷ Ver: SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Inevitabilidad del arbitraje ante la nueva ley peruana (Decreto Legislativo n.º 1071)*. En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2008, n.º 7, pp. 85 y ss.

¹⁸ En efecto, tomar en cuenta que la primera Ley de Arbitraje, n.º 25935, era de 1992; la segunda, la Ley n.º 26572, era de 1996 y la actual, el Decreto Legislativo n.º 1071, es del año 2008.

Se le dio prioridad a los principios de informalidad, flexibilidad, relevancia y separabilidad del convenio arbitral, entre otros, garantizando el acceso directo al arbitraje, así como su regulación autónoma, la misma que es vital para la sostenibilidad del instituto y para su eficiencia práctica en el ámbito de las relaciones comerciales locales e internacionales.

Es usual que dichos principios generen la percepción entre legos, en el sentido que el arbitraje «no tendría» las mismas «garantías» que un proceso judicial. Ése es un grave error de apreciación, pues la diferencia está, precisamente, en la especialidad del instituto, que comienza con la celebración de un convenio arbitral y no con la presentación de una demanda arbitral, entre otros rasgos distintivos.

Para revertir esa percepción, es necesario incentivar la cultura arbitral pero también perfeccionar el oficio de arbitrar por parte de árbitros, secretarios arbitrales y partes litigantes con sus abogados.

Sólo así se podrá entender mejor el arbitraje. Es un error común percibir al arbitraje bajo el paradigma judicial, de modo que resulta necesario hacer ahora un esfuerzo adicional para consolidar al arbitraje como una especialidad que no depende, pero que interactúa con la jurisdicción estatal, a partir del convenio arbitral.

En el camino, no cabe duda de que se presentan otros retos y se construyen otros mitos. Por ejemplo, en ninguna parte de la ley de arbitraje, en adelante, LA, se obliga a los interesados y a los árbitros a llevar a cabo una «audiencia de instalación del tribunal» y a suscribir un acta. Sin embargo, esta práctica es usual en todos los arbitrajes y es un rezago del *receptum arbitrii*.¹⁹

Otro gran mito es el del «sacro santo expediente», mientras que la experiencia enseña que, como ocurre en otros contextos y países, sim-

¹⁹ Ver: FUMURESCU, Alin. *Compromise, a political and philosophical history*. Cambridge University Press, 2013, p. 65.

plemente, el «expediente arbitral» no existe; por el contrario, en nuestro medio hemos desarrollado el «culto al expediente», a partir de la premisa elemental que hemos creado nosotros los abogados, cuando decimos: «si no está en el expediente, no es de este mundo». En consecuencia, todavía queda muchísimo por hacer, aunque se ha avanzado significativamente, en especial, en la práctica que desarrollan los centros de arbitraje más importantes del país.²⁰

6. EL NUEVO «ARBITRICIDIO», OTRO ATENTADO CONTRA LA AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE

Guardando las distancias del caso y por los efectos anti arbitrales que causa, en términos prácticos, algo similar al primer «arbitricidio» está ocurriendo en la actualidad con la injerencia del Tribunal Constitucional en cuestiones arbitrales, que al igual que en el caso de la cláusula arbitral y el compromiso arbitral, es una intervención que también se percibe como «jurídicamente perfecta».²¹

Se trata de un fenómeno que se ha dado bajo el amplio paraguas de la «tutela de los derechos constitucionales». De otro lado, en el ámbito doctrinario, la versión local de la «motivación defectuosa»,²² como su-

²⁰ En efecto, los centros de arbitraje en el Perú, comenzando por la Cámara de Comercio de Lima y siguiendo con el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y el de la Cámara de Comercio Peruano-Americana (Amcham), han hecho diversas reformas en sus reglamentos para perfeccionarlos, se han introducido medios electrónicos de gestión, desarrollando mejoras en la administración de los casos e incluso han obtenido validaciones internacionales como el ISO y, además, han entrado en alianzas estratégicas con operadores globales en materia de arbitraje, etc.

²¹ Sobre la constitucionalización del arbitraje ver: DE JESÚS, Alfredo. «La autonomía del arbitraje comercial internacional a la hora de la constitucionalización del arbitraje en América Latina». En *Lima Arbitration*, 2008-2009, n.º 3.

²² WONG ABAD, Julio. *La motivación defectuosa como causal de nulidad del laudo*. Lima: Ed. Jurista, 2013.

puesta causal de nulidad de laudo,²³ también es una iniciativa que va a generar impactos negativos en detrimento de la autonomía del arbitraje.

¿Acaso la «motivación defectuosa» no estaría comprendida en la causal general de afectación del derecho de defensa de las partes previsto en el artículo 63.1.b de la LA? De otro lado, es importante tomar en cuenta que la doctrina del «manifest disregard of the law» no recibe tratamiento uniforme ni pacífico por parte del Poder Judicial en los Estados Unidos de América, que al mismo tiempo, es donde más ha sido invocada.²⁴

Regresando al Perú, pareciera que después de veinte años no habría quedado claro que la autonomía del arbitraje está sustentada en el principio *pacta sunt servanda* y en la buena fe que debe regir en el arbitraje, para que éste cumpla su finalidad y tenga plenitud de efectos. Lo que realmente nos debería preocupar acá, es consolidar de una vez esa autonomía arbitral y que los usuarios del arbitraje se hagan responsables al pactar sus convenios arbitrales como parte de sus negocios y, llegado el momento, si en caso tienen que llevar a cabo un arbitraje, que también asuman la responsabilidad que les corresponde al designar a sus árbitros, para tener buenos arbitrajes y lograr laudos debidamente fundamentados conforme a lo pactado en el convenio arbitral.

De modo que no cabe duda de que la jurisprudencia constitucional, en esencia, es hoy una muestra de comprobada injerencia judicial no deseada por el convenio arbitral ni por la ley de arbitraje.

²³ Para ver la evolución del tratamiento del «manifest disregard of the law standard» en los Estados Unidos de América, cabe tener presente el caso *Hall Street Associates vs. Mattel Inc.* del año 2008, resuelto por la Corte Suprema, que haciendo referencia al caso *Wilko vs. Swan* precisó que «maybe the term manifest disregard was meant to name a new ground for review, but maybe it merely referred to the (Federal Arbitration Act) § 10 grounds collectively, rather than adding to them». En LE ROY, Michael. «Are arbitrators above the law? The manifest disregard of the Law Standard». En *Boston College Law Review*, 2011, vol. 52, n.º 137, p. 137.

²⁴ *Ibidem*.

Esto es así, debido a que los límites establecidos en la LA se extienden específicamente al confín trazado por las causales de anulación de laudo, para que el Poder Judicial haga el control jurisdiccional que le corresponde, a iniciativa de la parte interesada, y en estricta aplicación de la misma LA. De modo que la tramitación del recurso de nulidad de laudo no es otra cosa que la continuación del arbitraje en el ámbito judicial, reiteramos, debe hacerse en estricta aplicación de la LA.

En suma, la diferencia entre los tiempos del primer «arbitricidio» y lo que ocurre ahora, es que si bien antes se inutilizaba el vínculo contractual para recurrir al arbitraje, mediante el intrincado laberinto «kafkiano» someramente reseñado líneas arriba, ahora y en pleno siglo XXI, el laberinto se ha desplazado hacia adelante y el blanco objeto de ataque es, ni más ni menos, que el laudo, en una tendencia que se ha expandido en la región, probablemente, con matices diferentes, pero con el mismo efecto intervencionista.

Se ha usado como pretexto que las causales de anulación de laudo previstas en la LA, no bastarían para asegurar la defensa de las partes ni la tutela del derecho al «debido proceso», por lo que, en la práctica, el deudor que, eventualmente, no cumpla con el laudo, puede impugnarlo vía recurso de nulidad y, finalmente, puede recurrir a la vía procesal constitucional, cumpliendo ciertos requisitos formales establecidos por el propio Tribunal Constitucional, que si bien ahora son más rigurosos que antes, lo cierto es que el arbitraje termina vulnerado al poner al laudo en la cuerda floja, en absoluta contravención con la *ratio legis* de la LA.

En el fondo, en ambos «arbitricidios», el de entonces y el de ahora, no cabe duda de que lo que se da es una grave afectación a la autonomía del instituto arbitral, que no es otra que una afectación a la libertad de las partes para pactar el arbitraje.

Esa libertad se ejerce conforme a los principios antes citados (*pacta sunt servanda* y buena fe), con todas las consecuencias y efectos legales que ello implica que, por cierto, tienen un sentido técnico y económico; consecuencias y efectos que el ordenamiento jurídico y el Estado deben proteger en forma integral y no precaria o parcial.

7. SÓLO EL CONVENIO ARBITRAL DE TERCERA GENERACIÓN NOS SALVARÁ DE OTRO «ARBITRICIDIO»

En gran medida y mirando en perspectiva los antecedentes reseñados, se constata que el convenio arbitral fue el principal «protagonista» de la reforma que caracterizó a la nueva legislación arbitral peruana a partir de los años noventa. Dados los antecedentes del «pequeño laberinto kafkiano» antes descrito, es lógico que haya sido así.

Esta tendencia se advierte como hilo conductor de las tres leyes de arbitraje que se han promulgado en el Perú desde aquel entonces; no una, sino tres. Marcando así una diferencia significativa respecto de la evolución normativa en la región, tanto para el arbitraje nacional como para el internacional. Aun así, para el Tribunal Constitucional y para cierto sector de la doctrina nacional, esto parece no haber sido suficiente para reconocer la indispensable autonomía integral del arbitraje. ¿Miedo a la libertad?

El convenio está previsto técnicamente en la LA como la base jurídica y contractual para llevar a cabo el arbitraje nacional e internacional, con las características propias de la especialidad. Éstas son, entre otras, la separabilidad del convenio,²⁵ el régimen de autonomías que implica

²⁵ SCOTT RAU, Alan. «Everything you really need to know about “separability” in seventeen simple propositions». En *American Review of International Arbitration*, 14 *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2003, n.º 1.

pactarlo, así como la libertad de pactarlo o no,²⁶ incluyendo las consecuencias del convenio para las partes, los árbitros y los jueces que hagan control jurisdiccional,²⁷ entre otras.

A lo que se suma la flexibilidad en su regulación,²⁸ el carácter de cosa juzgada del laudo y su inmediata exigibilidad desde el momento de su notificación y sin necesidad de que «quede consentido», a diferencia de una sentencia judicial, etc.²⁹

Todas estas reglas o disciplinas son propias de la especialidad y tienen una lógica y una *ratio legis* en el contexto integral de la LA. Es decir, conforman una unidad jurídica que no puede ser escindida sin perjudicar al instituto en conjunto y a los intereses de las partes que recurren a él para arbitrar. De lo contrario, el arbitraje se desnaturaliza y perjudica, al igual que los intereses de las partes.

Adicionalmente, la actual LA es una norma de tercera generación atendiendo a la necesidad de perfeccionar la regulación arbitral en el Perú por tercera vez, en el año 2008. La LA garantiza el acceso al arbitraje, pero también el carácter vinculante inmediato del laudo, simplemente a partir de su notificación a las partes, sin necesidad de que venza ningún plazo, salvo que excepcionalmente y por vía de tramitación del recurso de nulidad de laudo, la parte interesada solicite la suspensión de la ejecución ante el juez ejecutor.

La LA contiene, entonces, varias disposiciones que significan avances respecto de la forma como anteriormente se regularon determinadas

²⁶ RUSKA, Carlos. «Pacte con cuidado, podría terminar en el Poder Judicial». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2007, n.º 4, pp. 49-64.

²⁷ KAHN, Ali. «Arbitral Autonomy». En *Louisiana Law Review. La. L. Rev.*, 2013, vol. 74, n.º 1, p. 2.

²⁸ RUBIO GUERRERO, Roger. «Ruido en la calle principal: las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones». En *Thémis*, 2007, n.º 53, pp. 7-28.

²⁹ Artículo 59.1. de la Ley de Arbitraje: «Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes [...]».

disciplinas en las dos normas arbitrales anteriores; es decir, el Decreto Ley n.º 25935 y la Ley n.º 26572. Y además, es estratégica para efectos de asegurar la necesaria armonía y congruencia normativa con los diversos tratados ratificados por el Perú, que incorporan el arbitraje como medio de solución de controversias.

En la noción actual sobre la validez del convenio arbitral, por ejemplo, «se da preeminencia al contenido por sobre el continente: en tanto cumpla la principal finalidad que se atribuye a la forma en el moderno derecho de los contratos (dar seguridad a los actos, constatar la presencia del individuo al realizar el acto y registrar su voluntad; en suma, ser objetivamente reconocible y valorable [...]).»³⁰

Bajo este enfoque, se constata que la «arbitrabilización» de la normativa se ha profundizado y tiende a consolidarse lentamente, a pesar de las iniciativas «arbitricidas».³¹ Existe ahora una marcada tendencia a tomar en cuenta la realidad, tal como por ejemplo, se advierte de lo establecido en el artículo 14 de la LA.³²

Asimismo, hay precisiones importantes en lo que concierne a los aspectos de forma y de fondo,³³ entre otras características que la doctrina local y comparada han destacado en diversas publicaciones, en el Perú y en el extranjero, en los últimos años. Sin embargo, a pesar de todo esto, se ha perpetrado el último «arbitricidio».

³⁰ CANTUARIAS y CAIVANO. *Ibidem*, p. 58.

³¹ Cfr. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Es urgente “arbitrabilizar” al arbitraje peruano». En *Revista Arbitraje PUCP*, 2011, pp. 58 y ss.

³² SILVA ROMERO, Eduardo. «El artículo 14 de la nueva ley peruana de arbitraje de 2008: reflexiones sobre el contrato de arbitraje-realidad» En *Revista Lima Arbitration* (2010-2011).

³³ MANTILLA SERRANO, Fernando. «Breves comentarios sobre la nueva ley peruana de arbitraje de junio de 2008». En *Revista Lima Arbitration* (2010-2011).

8. CONVENIO ARBITRAL ANTES QUE «JURISDICCIÓN INDEPENDIENTE»

Como se ha adelantado líneas arriba, todo lo dicho en cuanto a características especializadas del arbitraje, no bastaría en nuestro medio para asegurar plenamente la autonomía del instituto, pues también se requieren decisiones políticas y jurisdiccionales acertadas.

Si bien en los tiempos del primer «arbitricidio», los problemas y deficiencias estaban en el ámbito de la regulación del convenio arbitral y su efectividad, hoy los problemas derivan de las iniciativas para atacar y debilitar al laudo, restando nuevamente autonomía al arbitraje y con el argumento que es «cosa juzgada», dada su naturaleza «jurisdiccional», derivando de ahí la aplicación de toda la doctrina procesal del debido proceso y obviando sorprendentemente el carácter prioritariamente contractual del instituto.

Es decir, ya no hay problemas de acceso como en las épocas del primer «arbitricidio», pero el Tribunal Constitucional, seguramente con muy buenas intenciones, ha habilitado una instancia adicional en la vía procesal constitucional contra el laudo. Se afecta así la ejecución del laudo, con el pretexto que es «cosa juzgada». Así la *res judicata* es entendida e interpretada desde la perspectiva netamente jurisdiccional y no arbitral, abriendo la posibilidad de revisar el laudo en el ámbito de la jurisdicción constitucional.

Se procede como si las causales de nulidad de laudo previstas en la LA no fueran suficientes para impugnarlo y como si los elementos de balance y garantías previstos en la LA, no fueran útiles para tutelar el derecho de defensa de las partes durante toda la secuela de las actuaciones arbitrales, incluso desde el momento mismo de la celebración del convenio. Es decir, en el fondo, se advierte el ánimo probablemente involuntario, de perforar la autonomía del instituto y eso es tremendamente perjudicial para el futuro del arbitraje en el Perú.

Y lo que es peor, se actúa como si las partes en realidad no hubieran tomado la decisión libre de pactar el convenio arbitral y como si no hubieran sido ellas las que tienen la prioridad de designar a sus árbitros y hacerse responsables de sus arbitrajes. Con lo que se termina imponiendo una suerte de «paternalismo judicial» que, en realidad, no es querido ni por el convenio arbitral ni por la LA.

Esto se debe a que, a pesar de todo, lo que se ha avanzado, seguimos inmersos en un contexto con déficit cultural y prácticas deficientes, de modo que sorprendentemente se mantiene vigente la vocación «arbitricida», que hoy se ensaña con el laudo, ya que el convenio, prácticamente, es inatacable e incluso hoy es aplicable a partes «no signatarias».

Como es evidente, en general, el «litigante renegado»³⁴ que pierda un arbitraje, hará lo posible y lo imposible por recurrir a todos los medios a su alcance para impugnar el laudo o demorar su ejecución, inclusive intentará recurrir a la jurisdiccional constitucional, más aún si ésta se encuentra expedita en virtud de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en el gran arco que éste ha trazado a lo largo de unos seis años, entre la sentencia STC n.º 6167-2005-PHC/TC y la sentencia STC n.º 00142-2011-AA/TC.

Es importante destacar en este punto que la actual LA es una norma que no solamente superó inconsistencias, que limitaban gravemente el acceso al arbitraje, sino que además ha tomado en consideración la abundante casuística y experiencia práctica de la aplicación de la anterior LA, la n.º 26572. Ésta estuvo vigente desde el año 1996 en el Perú, durante un período de doce años, justamente en la etapa de mayor expansión de la práctica arbitral en nuestro medio, conforme se aprecia

³⁴ Término acertadamente usado por Kahn; ver: KAHN, Ali. «Arbitral Autonomy». En *Louisiana Law Review*, *La. L. Rev.*, vol. 74, n.º 1, 2013.

de las estadísticas del Ccani-CCL, que pueden servir de muestra para entender la magnitud de dicho proceso de expansión.³⁵

Pero, nuevamente todo eso parece no ser suficiente, ante el último contexto «arbitricida» que se ha generado en la actualidad. A mayor abundamiento, la modernización que implica contar con una LA actualizada y nutrida de experiencias prácticas, se constata en que un aspecto esencial en el que se sustentó la reforma sucesiva del marco normativo, es el tratamiento del convenio arbitral y su consolidación como noción y concepto jurídico, dando lugar a la posibilidad de que las partes arbitren directamente, siguiendo parámetros técnicos especializados, regulados con toda precisión y al mismo tiempo, satisfaciendo sus intereses conforme el negocio que las vincule.

Lamentablemente, esos parámetros técnicos de la LA siguen siendo poco conocidos y eso demuestra que aún falta mucho para consolidar una cultura arbitral en nuestro país, a partir de la esencial noción de convenio, con todo lo que eso implica, ante la necesidad de preservar la autonomía arbitral.

9. CONVENIO ARBITRAL, LIBERTAD, *PACTA SUNT SERVANDA* Y BUENA FE

En consecuencia, abundando en lo dicho, bajo el actual marco normativo y dentro de los estándares universalmente aceptados para la regulación del arbitraje, es una rotunda verdad de Perogrullo que pactar el convenio es resultado de una decisión libre de las partes. Ése es el concepto de base en el que se sustenta, prácticamente, toda LA, así como el derecho comparado contemporáneo sobre la materia.

Como es evidente, el efecto principal de dicho pacto en libertad es la obligación indiscutible de arbitrar, lo que implica la exclusión de

³⁵ Ver: *Veinte años de arbitraje en el Perú*, publicación de la Cámara de Comercio de Lima, 2013.

la vía jurisdiccional estatal para resolver el fondo de la controversia y circunscribir la actividad del Poder Judicial al específico ámbito del control jurisdiccional del laudo por vía del recurso de nulidad, dentro de los parámetros técnicos de la LA. Dicha exclusión opera por vía del acuerdo de voluntades.

Además, téngase presente, que conforme el mismo principio de autonomía tantas veces citado, las partes pueden haber pactado, inclusive, una apelación arbitral o judicial en su convenio arbitral, no habiendo ninguna limitación al respecto en la LA. Sin embargo, las partes domiciliadas no pueden pactar renuncia al recurso de nulidad, a diferencia de las no domiciliadas.

Cabe reiterar que la tramitación del recurso de nulidad no es otra cosa que la continuación del arbitraje en sede judicial, dentro de los parámetros legales de la LA. Por eso es que las causales de nulidad versan exclusivamente sobre aspectos formales y existe junto a éstas una prohibición expresa para que los jueces del Estado conozcan el fondo de la controversia, salvo pacto en contrario de las partes. Lamentable y «arbitricidamente», la tendencia es a que esa regla no se cumpla.

Otro efecto del convenio, en el marco de la LA, es la consiguiente obligatoriedad del laudo arbitral, a ser cumplido inmediatamente por las partes, desde el momento de su notificación, en tanto que no es necesario esperar que el laudo «quede consentido», a diferencia de lo que ocurre con una sentencia judicial.

Esto último tampoco se cumple en la práctica, pues en la mayoría de casos, la parte interesada en la ejecución, solicita al tribunal arbitral que declare «consentido» el laudo, para certificar que no se habría producido un recurso de nulidad conforme la LA, confundiendo el plazo para interponer el recurso con el plazo de supuesto «consentimiento».

Es decir, los litigantes no leen la LA o se guían por el paradigma judicial.³⁶ Y lo que es más grave, lo cierto es que el tribunal arbitral no puede emitir ninguna certificación válida en ese sentido, porque el mencionado recurso se presenta por el interesado directamente en sede judicial y no ante los árbitros. De modo que, en realidad, éstos no están enterados formalmente de la existencia del recurso, y si se enteran es porque la parte interesada se los hizo saber o porque se les ha cursado un oficio para la remisión de los actuados arbitrales.

En suma y como es evidente, si las partes no quisieran que se produzcan todos los efectos que produce el convenio, no tendría ningún sentido que las partes decidan pactar que se arbitre una controversia y, simplemente, bastaría con no decir nada en el contrato o sujetarse a la jurisdicción de los tribunales de la República, para que sean éstos y no los árbitros los que resuelvan el fondo de la controversia. Ésta es otra verdad de Perogrullo.

Como sabemos, pactar un convenio arbitral implica una decisión tomada por los interesados y no por terceros, que se caracteriza por un elemento esencial cuya existencia es otra perogrullada que mucha gente olvida y que consiste en la libertad que ejercen los interesados para pactar o no pactar un convenio arbitral, estableciendo así las estipulaciones que más convengan a sus negocios y asumiendo las respectivas consecuencias en el marco de la LA. Arbitrar es mucho más que sólo haber escogido la vía procesal para resolver la controversia y abarca todos los supuestos contenidos en la LA.

Justamente, la Constitución Política del Estado y la LA permiten y garantizan esa libertad, en lo concerniente a la celebración de las estipulaciones del convenio, en armonía con diversos tratados internacionales y con la legislación nacional. De modo que también esta libertad de base permite que existan potencialmente una amplísima variedad de

³⁶ El artículo 59.1. de la LA precisa que «todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes».

posibilidades, en la forma cómo diversas estipulaciones se pueden incorporar al convenio arbitral, en armonía con la ley y atendiendo a los intereses específicos de las partes en cada negocio.

Esta libertad de pactar o no pactar, se extiende incluso a los casos del contrato de adhesión, donde la parte contratante no está obligada a contratar con su contraparte y si lo hace, se obligará por el convenio arbitral, eventualmente, incorporado al contrato de adhesión. Y para eso, el convenio debe cumplir ciertos requisitos previstos en la LA.

Por lo que, finalmente, también en este caso se verificará la obligación de arbitrar las controversias. Pero, en esencia, lo cierto es que nada obliga a la parte a pactar el contrato de adhesión,³⁷ así como nada obliga a las partes a pactar un convenio arbitral en un contrato privado.

También es evidente que, de conformidad con la legislación arbitral contemporánea, el resultado de haber decidido libremente pactar el arbitraje, crea un vínculo obligatorio para las partes, que consiste en arbitrar, pero también tiene como consecuencia la exclusión de cualquier otro medio de solución de controversias que no haya sido pactado, porque sino no tiene ningún sentido arbitrar.

Es decir, siguiendo con las «perogrulladas», como sabemos, se arbitra para resolver las controversias que, eventualmente, surjan del contrato. Y para tal efecto, es posible usar, por ejemplo, una «cláusula arbitral tipo» de algún centro de arbitraje o se pueden pactar reglas «a la medida» que satisfagan los intereses de las partes.

³⁷ Guardando las distancias del caso, algo similar ocurre en el caso del arbitraje en contratación pública en el Perú, donde la parte cocontratante del Estado no está en obligación de participar en los respectivos procesos de selección para contratar con el Estado. Y si lo hace, entonces, se somete a las cláusulas que deben ser incorporadas obligatoriamente al contrato por mandato de ley, como son la cláusula resolutoria, la cláusula arbitral y las cláusulas de garantía.

Prácticamente, insistimos, no existen limitaciones en la LA para establecer las estipulaciones a incorporar en el convenio arbitral, en armonía y a medida del negocio que exista entre las partes, incluyendo la posibilidad de pactar hasta segundas instancias arbitrales o judiciales.

En un contexto como el actual, en el que los contratos y el comercio tienden a especializarse cada vez más, es lógico e incluso necesario que esto sea así, pero también es lógico y necesario que los laudos se cumplan en concordancia con la LA y que la parte litigante «renegada», que resulte perdedora en un arbitraje, no entorpezca su ejecución.

En consecuencia, hoy las partes pueden pactar un arbitraje local o internacional, establecer la ley aplicable, el idioma, el lugar del arbitraje o el lugar de ejecución del laudo, fijar reglas para las actuaciones arbitrales o para la designación de los árbitros, pactar una segunda instancia, someter su arbitraje a una institución arbitral o hacer un arbitraje *ad-hoc*, llevar a cabo el arbitraje con árbitro único o con tribunal arbitral, pactar estipulaciones híbridas para la solución de las controversias, combinando técnicas de negociación asistida como la conciliación, combinada con el arbitraje, etc.

Pero, en la actualidad, ante la nueva tendencia «arbitricida», puede ocurrir que, justamente, aquello que no han pactado, como es recurrir a la vía jurisdiccional constitucional, como lo permite la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es a lo que recurrirá una parte «renegada», saliéndose por completo del marco normativo de la LA, de manera «jurídicamente perfecta».

Sin embargo, téngase presente, además, que las posibilidades en lo que concierne a las estipulaciones del convenio arbitral son infinitas, siempre que no se rompan los equilibrios que ordena la LA, que son de carácter universal.³⁸ Sin embargo, parece que eso tampoco es suficiente

³⁸ Por ejemplo, el artículo 26 de la LA precisa que «si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna

para asegurar la autonomía del instituto en nuestro medio. Esas posibilidades abarcan, de ser el caso, la posibilidad de que las partes pacten una segunda instancia. Aunque no sea usual incluir ese tipo de estipulaciones, lo cierto es que la LA no lo prohíbe.

Optar por cualquier alternativa, en realidad, depende específicamente de lo que quieran las partes en su negocio, siempre que ninguna de ellas se coloque en situación de privilegio respecto de la otra, porque el principio de igualdad entre las partes, es otro elemento ordenador que no puede ser obviado en el marco de la normativa arbitral.

Así las cosas, no cabe duda de que la obligatoriedad del laudo al ser *res judicata*, desde el momento de la notificación del mismo, es consecuencia directa de la aplicación de la LA, así como de la libertad de decisión de las partes y no es un fin en sí mismo, sin perjuicio de que la Constitución Política establezca que el arbitraje es una «jurisdicción independiente», pues debe prevalecer el principio del *pacta sunt servanda*, porque también se encuentra reconocido constitucionalmente.

Justamente ese carácter de «independiente» vincula a la jurisdicción arbitral con el marco de libertades inherente al convenio arbitral y no puede convertirse, de ninguna manera, en un elemento atentatorio contra esas libertades esenciales.

En consecuencia, en sede arbitral el origen de esa función jurisdiccional «independiente», radica indiscutiblemente en el convenio arbitral, en atención a los principios antes mencionados. A tal punto que, si no hay convenio, no hay arbitraje.

de las partes, dicha estipulación es nula».

10. LA TEORÍA HÍBRIDA, EL *PACTA SUNT SERVANDA* Y LA BUENA FE

Estando a lo establecido en la norma constitucional y la LA, en el Perú nos encontramos ante normas sobre arbitraje que mantienen una concepción híbrida del instituto.³⁹

Bajo este modelo y, en particular, en el caso peruano, debe tenerse en cuenta que la «fuerza de gravedad» radica en la libertad de las partes para pactarlo, en congruencia con los principios del *pacta sunt servanda*, la igualdad entre las partes y la buena fe. De lo contrario, no estaríamos ante una jurisdicción «independiente». Y como señalábamos, esa independencia no puede ser parcial y va desde el convenio arbitral hasta el laudo, en forma continua e integral, atendiendo a la necesidad de que el *iter* arbitral sea protegido como conjunto.

Por lo que no cabe duda de que en la legislación peruana «el arbitraje es un acuerdo (contrato) con efectos jurisdiccionales. Afirmar lo contrario es pretender tapar el sol con un dedo»,⁴⁰ como bien advierten Cantuarias y Repetto, en reciente publicación, que acertadamente retoma el análisis sobre la naturaleza jurídica del arbitraje peruano.

En efecto, se intenta tapar el sol con un dedo cuando el Tribunal Constitucional lleva a cabo interpretaciones en las que abraza unilateral e incondicionalmente la doctrina jurisdiccional del arbitraje, de espaldas y en detrimento de sus elementales características contractuales, habiendo muy bien podido adoptar una interpretación congruente con la naturaleza híbrida del instituto, con énfasis en las características propias del convenio arbitral, lo que se ratifica, además, con los antecedentes

³⁹ Sobre teorías del arbitraje ver: HONG Lin Yu (2005). *Explore the Void: An Evaluation of Arbitration Theories*. En: *International Arbitration Law Review*; Int. A.L.R. 2005, 8(1).

⁴⁰ CANTUARIAS, Fernando y José Luis REPETTO. «La naturaleza jurídica del arbitraje según el Tribunal Constitucional: riesgos en el camino». En *Revista Forseti*. Lima: Universidad del Pacífico, 2014, p. 109.

reseñados líneas arriba y con unos veinte años de experiencia práctica de arbitraje en el Perú.

Sin embargo, pareciera que el Tribunal habría obviado dicha naturaleza híbrida y ha ido ensayando diversos criterios de interpretación dándole prioridad a la perspectiva jurisdiccional, lo que, finalmente, contribuye a otro gran «arbitricidio». Por ahora y gracias a la última interpretación, no es uno expreso sino latente, pues el criterio del Tribunal va variando en el tiempo y así lo demuestra el tránsito entre la sentencia STC n.º 6167-2005-PHC/TC y la sentencia STC n.º 00142-2011-AA/TC, incluyendo las que se han producido en el ínterin,⁴¹ como si la normativa arbitral peruana no fuera lo suficientemente clara y precisa en lo que concierne al convenio, la autonomía del arbitraje y la prohibición expresa de cualquier injerencia, sea judicial o de otra índole.

De acuerdo, debemos reconocer que la última sentencia es mucho mejor que las anteriores, pero el problema sigue presente. Hay comprobada e indeseada injerencia de la autoridad jurisdiccional constitucional en el arbitraje, rompiendo así el carácter independiente del instituto.

Y mientras eso siga así, la autonomía del arbitraje se perjudica, con todo lo que eso implica para los derechos e intereses de las partes que lo pacten. A fin de cuentas, mañana dicho criterio puede cambiar mediante otra sentencia. Y ésta, ¿será mejor o peor que la STC n.º 00142-2011-AA/TC? Como hemos comentado y sustentado, esa incertidumbre es gravemente perjudicial para el arbitraje, así como para el comercio y las inversiones. Pues, en los hechos, es hoy posible que el arbitraje no concluya con el laudo.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 108-109.

11. EL *PACTA SUNT SERVANDA* Y LA BUENA FE COMO BASE PARA LA AUTONOMÍA ARBITRAL

Abundando en lo dicho, otra consecuencia práctica del convenio arbitral, por ejemplo, consiste en la facultad de una parte para requerir el arbitraje a la contraria y que la contraria responda oportunamente, como es designar árbitros y llevar a cabo todos los actos que correspondan para que el *iter* arbitral se materialice y surta plenos efectos; de lo contrario, se aplica lo pactado en el convenio arbitral, en la ley o en el Reglamento de Arbitraje al que se hayan sometido las partes.

Todo esto termina con la emisión del laudo y el cumplimiento de lo que se ordene en el mismo. De lo contrario, jurídica y económicamente, no cabe duda de que no tiene ningún sentido pactar el arbitraje.

Para eso las partes han tenido la oportunidad de designar a los árbitros y han podido escoger entre los mejores especialistas que se hagan cargo de su caso, de modo que si obraron diligentemente, al menos en teoría, la conformación del tribunal arbitral debería satisfacer en gran medida las expectativas de las partes, para que la controversia se resuelva en forma adecuada. E incluso, dado que la LA, generalmente privilegia lo que las partes pacten, regulando «salvo acuerdo en contrario»; al final, no debería haber incentivos para que haya «partes renegadas»⁴² que formulen objeciones al arbitraje o al laudo.

Por eso el artículo 38 de la LA, precisa que «las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje». La aplicación del principio de la buena fe no es un saludo a la bandera, pues tiene una utilidad práctica en cuanto a la realización de las actuaciones arbitrales y el cumplimiento de lo establecido en el laudo.

⁴² KAHN. *Ibidem*, cita 27.

Como vemos, las actuaciones arbitrales son en esencia, la puesta en ejecución de las estipulaciones contenidas en el convenio arbitral y la buena fe debe estar presente y considerada como fundamento al momento de celebrar el convenio y durante toda la secuela del arbitraje, incluyendo la designación de los árbitros y hasta la culminación de las actuaciones, mediante el laudo arbitral y su inmediato acatamiento. De lo contrario, ¿para qué se pacta un arbitraje?

Para Sandrock, la buena fe es un principio general del Derecho que es común a todos los ordenamientos jurídicos del mundo y, en consecuencia, debe ser entendido como un principio que es inmanente a todos los ordenamientos y que además, en su interpretación, tiene carácter «*supra legal*».⁴³

La regla que ordena el acatamiento del principio de la buena fe en la LA, debe ser entendida en armonía con otras disciplinas reguladas en la LA, con las que se organiza el marco normativo especializado en la materia, conforme a estándares universalmente aceptados.⁴⁴

Es perfectamente congruente con la lógica que subyace a principios como la separabilidad del convenio arbitral y a la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia,⁴⁵ lo que nos lleva a desta-

⁴³ Citado por WHITTAKER, Simon y ZIMMERMANN. «Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape». En *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, 2000, p. 14.

⁴⁴ CREMADES, Bernardo. *Good Faith in International Arbitration*. En *American U. Int'l Review*, 2012, vol. 27, n.º 4, pp. 761 y ss.

⁴⁵ Lo que ha sido objeto de reciente pronunciamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, en el caso *Rent A Center West c/ Jackson* del año 2010: «The arbitrator, and not any federal, state or local court or agency, shall have exclusive authority to resolve any dispute relating to the interpretations, applicability, enforceability or formation of this agreement including, but not limited to any claim that all or any part of this agreement is void or voidable». Citada por HALVERSON CROSS, Karen. «Letting the arbitrator decide unconscionability challenges». En *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 2011, vol. 26, n.º 1.

car el ineludible y necesario parentesco consanguíneo que existe entre el arbitraje y la *Lex Mercatoria*, como bien señala De Jesús.⁴⁶

Tanto la buena fe como el *pacta sunt servanda* son principios consustanciales a la autonomía del arbitraje pactado libremente por las partes, esto, a efectos de que se verifique y se pueda garantizar la eficiencia y eficacia del convenio y con la finalidad de preservar la integridad y seguridad jurídica necesarias para las relaciones comerciales, así como los intereses de las partes vinculadas por el convenio arbitral y por el contrato.

En suma, son factores no escindibles, a ser considerados como una unidad, que contribuyen a que las partes cumplan con lo acordado en el convenio arbitral, conforme el principio *pacta sunt servanda*; es decir, el principio que dispone que «lo pactado obliga» y que los obligados actúen en todo momento de buena fe en el cumplimiento de lo pactado y como consecuencia del convenio arbitral que las vincula. De lo contrario, *pari passu*, las partes están en absoluta libertad de no pactar el arbitraje.

El convenio constituye un vínculo esencial, querido y acordado por las partes, mediante una decisión libre, que garantiza, a su vez, la autonomía del arbitraje, la misma que encuentra expresión en la facultad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia durante las actuaciones arbitrales, entre muchos otros aspectos ya mencionados, cuyo desconocimiento genera un ambiente propicio para «arbitricidios».

Siguiendo a Roppo, es pertinente precisar en este punto que el *pacta sunt servanda*, «es el imperativo moral de fidelidad a la palabra dada, de no traicionar el compromiso dado, de asumir la responsabilidad de sus elecciones, de afrontar las consecuencias de sus decisiones».⁴⁷ El ordenamiento jurídico y el Estado, así como los particulares, estamos llamados a respetar y preservar el principio en lo que concierne al convenio arbitral, salvo excepciones previstas claramente en el ordenamiento, entre

⁴⁶ DE JESÚS, *ibidem*.

⁴⁷ ROPPO, Vincenzo. *El Contrato*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 496.

las que no figura la posibilidad de desconocer los alcances de un laudo, recurriendo a la vía procesal constitucional, ni tampoco figura la posibilidad de desconocer unilateralmente el efecto vinculante del convenio.

Para eso la LA me concede libertad para pactar las estipulaciones del convenio, pudiendo, incluso, pactar una segunda instancia. Recordemos, la LA en la mayoría de sus artículos dice: «[...] salvo acuerdo de las partes».

De donde se infiere válidamente que el principio sub comentario, en modo alguno implica un acto de egoísmo de las partes ni se da de espaldas al ordenamiento jurídico, pues es el propio ordenamiento jurídico el que le da sustento al principio para asegurar el cumplimiento de los contratos y, por ende, para garantizar el tráfico comercial y de las inversiones, en forma predecible y conforme lo manda la ley.

De lo contrario, sería imposible que las partes puedan contar con la certeza y efectividad de los derechos contenidos en el convenio arbitral, «a su vez, ligados a la estabilidad de los efectos nacidos de sus propios contratos: en efecto, éstos estarían expuestos al arbitrio de la contraparte. Los contratos no servirían de nada, o servirían de poco y de esta eliminación o empobrecimiento de la función del contrato, el sistema económico social saldría destruido».⁴⁸

El principio *pacta sunt servanda* es, entonces, el hilo conductor que existe entre el contrato y el convenio arbitral, en un contexto de buena fe. Ambos deben ser preservados, ya que nos remite a la esencia eminentemente transaccional de los acuerdos y contratos en el ámbito comercial.⁴⁹

Es oportuno destacar que, por ejemplo, respecto de la autonomía del arbitraje, ya existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Connecticut, en el caso *State vs. Conn.Emps.Union Indep.*, donde se precisa que:

⁴⁸ *Ibidem.*

⁴⁹ *Cfr. LESAFFER, ibidem.*

Arbitration is a contractual remedy designed to expedite informal dispute resolution. Its autonomy requires a minimum of judicial intrusion.⁵⁰

De otro lado, la Constitución peruana establece en su artículo 62 que «[...] los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase». Precisamente, si la regla prevista en la LA es la inmediata exclusión de cualquier otra vía que no sea la arbitral, para resolver la controversia, es coherente interpretar que la controversia se debe resolver exclusivamente en sede arbitral, porque eso es lo que se pactó.

De donde es lógico que ni la demanda de amparo contra laudo arbitral debería de ser admitida a trámite en estos casos y que debería ser declarada improcedente de plano, no obstante que esto parezca una herejía. Nuevamente, se debe suponer que las partes tienen que haber sido diligentes al pactar libremente el arbitraje y, además, tienen el derecho a designar a los árbitros que juzgarán su caso, debiendo tener mucho cuidado al momento de hacerlo, pues esa debida diligencia le corresponde a las partes desde el momento que celebraron un convenio arbitral.

Todo esto debería ser así, porque, como se puede constatar del marco normativo, el principio *pacta sunt servanda* es un elemento central para la preservación de la autonomía del arbitraje, que debería ser protegida y garantizada en forma integral y, por ende, indivisible, atendiendo a la debida diligencia de las partes vinculadas por el convenio.

Además, es necesario tener en cuenta que el principio *pacta sunt servanda* también quedó incorporado en el ordenamiento jurídico nacio-

⁵⁰ Traducción libre del autor: «El arbitraje es un remedio que sirve al contrato y que ha sido diseñado para brindar una solución expeditiva e informal a las disputas y para la preservación de su autonomía requiere de un mínimo de intrusión judicial». Jurisprudencia citada por: KAHN, Ali. *Arbitral Autonomy*. En *Louisiana Law Review*, La. L. Rev., 2013, vol. 74, n.º 1, p. 2.

nal como una norma de rango constitucional,⁵¹ a tal punto que, como sabemos, ni las leyes ni las disposiciones de cualquier clase, pueden modificar lo acordado por las partes, bajo el amparo del principio tutelado constitucionalmente.

La relación del arbitraje con las disciplinas jurídicas del contrato radica, precisamente, en que; por ejemplo, la LA en su artículo 2 sobre arbitrabilidad, señala que se podrán someter a arbitraje «las materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquéllas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

Obviamente, esta referencia a la «libre disposición», implica discrecionalidad de las partes para pactar el arbitraje sobre materias disponibles, haciéndolo en congruencia y cumpliendo con el principio *pacta sunt servanda*, que vincula jurídicamente y opera como un hilo conductor, tanto para el contrato como para el convenio arbitral respectivo, excluyendo la vía jurisdiccional estatal.

De otro lado, la LA ha previsto que las partes, efectivamente, quisieron el arbitraje y que lo pactaron conforme a los requisitos establecidos en la ley; reiteramos, en congruencia con sus intereses. En consecuencia, están obligadas por lo estipulado en el convenio arbitral, porque «lo pactado obliga», tal como reza expresamente el principio citado. Es decir, el principio no dice que «lo pactado obliga a medias y hasta donde me conviene nomás».

Es más, cabe reiterar que en el convenio arbitral las partes pueden haber pactado todo aquello que convenga a sus intereses y que no esté prohibido por la ley, contando para ello con las respectivas garantías previstas en el artículo 62 de la Constitución Política del Estado y con las reglas de la LA, que definen técnicamente el marco jurídico corres-

⁵¹ AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. «Aplicabilidad de la cláusula *pacta sunt servanda* del artículo 62 de la Constitución a los Contratos regulados por el Derecho Público». En *Thémis*, n.º 40, pp. 255.

pondiente, comenzando por lo que la norma ha previsto como materias arbitrables en su artículo 2.

Esto implica, además, que al haber pactado un convenio arbitral, las partes deben cumplir el artículo 13 de la LA, que precisa que «el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».

La norma es clara y, en tal sentido, establece una orden de carácter positivo; es decir, la obligación a cargo de las partes de arbitrar, con todo lo que eso implica, incluyendo el acatamiento inmediato del laudo arbitral, una vez notificado.

Por ejemplo, si una parte solicita el arbitraje a su contraparte y ambas se encuentran obligadas por el convenio arbitral, entonces, se tiene que cumplir esa obligación de arbitrar de buena fe, durante toda la secuela del arbitraje por parte de ambas partes; sin perjuicio del derecho a formular objeciones, en el marco de la propia LA y procediendo así en concordancia con sus derechos.

Además, existen otros elementos que brindan seguridad jurídica y que le dan sustento a esta disposición positiva de arbitrar. Los encontramos en el artículo 18 de la LA, que regula la renuncia al arbitraje y precisa que ésta «será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita».

La norma detalla entonces con toda claridad lo que se entiende por renuncia expresa y tácita; «[...] es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente».

Nótese que para dejar sin efecto el convenio arbitral, la regla recogida en la LA establece en forma general la necesidad que se haya producido un acuerdo de las partes en ese sentido específico, en orden a que no cabe dejar sin efecto en forma unilateral el convenio arbitral.

En consecuencia, la regla general es que, salvo pacto en contrario, en el arbitraje no hay «desistimiento unilateral» en el sentido del proceso judicial. En éste, el litigante (justiciable) se desiste del ejercicio unilateral del derecho de acción ante el juez, el mismo que es inherente a su actividad procesal, en el marco de las normas que tutelan el debido proceso ante la autoridad jurisdiccional.

En el arbitraje, en cambio, ambas partes tendrían que dejar sin efecto el convenio arbitral y el árbitro no es una autoridad jurisdiccional, puesto que es un privado con función jurisdiccional temporal, cuya investidura generalmente concluye con el laudo, que a su vez, es producto de la ejecución de lo establecido en el convenio arbitral y que a mayor abundamiento, ha sido designado por las propias partes.

El haber pactado un convenio arbitral, además de garantizar el efecto positivo antes descrito y que consiste en la obligación de arbitrar,⁵² también establece una regla de efecto negativo;⁵³ en tanto que, como ya se ha señalado reiteradamente líneas arriba, está terminantemente prohibido recurrir a la vía jurisdiccional estatal para resolver la controversia, así como también está terminantemente prohibido que el juez conozca el fondo de la controversia, bajo responsabilidad.⁵⁴

⁵² SILVA ROMERO, Eduardo. «Una obligación de hacer: someter el litigio al arbitraje (introducción)». En *El contrato de arbitraje*. Lima: Ed. Legis, 2005, pp. 525- 527.

⁵³ *Ibidem*, «Una obligación de no hacer: no someter los litigios a la jurisdicción estatal». En *El contrato de arbitraje*. Lima: Ed. Legis, pp. 695-696.

⁵⁴ El artículo 3.4 de la LA precisa que «ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de nulidad del laudo contemplado en este decreto legislativo. Cualquier intervención judicial distinta,

A lo que se suma la prohibición de que en el arbitraje intervenga la autoridad judicial, «salvo en los casos en que esta norma así lo disponga». Dicha prohibición deriva del hecho de haber pactado libremente un convenio arbitral y es consecuencia inmediata de la celebración del mismo.

Esto es lo que claramente ha establecido el numeral 1 del artículo 3 de la LA, sobre principios y derechos de la función arbitral. La norma tiene una lógica de base, ya comentada líneas arriba, que radica en el hecho de que las partes pactaron el arbitraje y nadie los obligó a hacerlo, debiendo por ello asumir las respectivas consecuencias de haberlo pactado.

De modo que si lo pactaron, entonces, están obligados a arbitrar y ninguna autoridad puede interferir, pues eso atenta contra el acuerdo de voluntades plasmado libremente en el convenio arbitral; *contrario sensu*, las partes no hubieran pactado el convenio.

Como es evidente, toda injerencia de la autoridad jurisdiccional estatal también atenta contra la más elemental y esencial autonomía inherente al arbitraje, afectando así a los principios de base como el *pacta sunt servanda*; lo que también implica afectar al contrato que vincula a las partes, en lo que estrictamente concierne a sus negocios, en el contexto general de los intereses, generalmente, aceptados y conocidos de la *curia mercatoria*.

En consecuencia, tanto el efecto positivo como el negativo, que son inherentes al convenio arbitral y que se encuentran previstos en la LA, constituyen dos caras de la misma moneda, que no son divisibles y que, a su vez, se encuentran unidos por la «argamasa» del principio *pacta sunt servanda*, que sustenta y le otorga estructura interna al convenio arbitral

dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad».

pactado de buena fe en el contrato o en un documento vinculado, bajo la forma que regula la LA.

La norma sanciona entonces a la parte renuente al arbitraje durante las actuaciones arbitrales, tal como precisa su artículo 46 y además establece el principio de convalidación de actuaciones o renuncia a objetar, en el artículo 11.

Sin embargo, hay excepciones y como también hemos visto, la LA no va a premiar al litigante negligente; es decir, si una parte demanda a la otra en sede judicial y si lo hace a pesar de la existencia de un convenio arbitral y si el demandado en sede judicial actúa negligentemente y no formula la excepción arbitral conforme a lo previsto en el artículo 16 de la LA; entonces, se produce inmediatamente la renuncia tácita al convenio arbitral referida líneas arriba, con lo que automáticamente se extingue el convenio arbitral y queda expedita la competencia de la jurisdicción estatal para conocer el caso sin limitación alguna.

Como vemos, los diversos pasajes de la LA que han sido citados líneas arriba, comprenden una equilibrada estructura de balances, pesos y contrapesos, que tienen determinadas características técnicas, comunes en el derecho comparado sobre la materia y donde la norma escrita es tan importante como lo que se interpreta de la misma, a partir de los usos y costumbres arbitrales, tal como lo señala el artículo 34.3 de la LA, que remite, de ser necesario, a la *lex mercatoria procesal*,⁵⁵ que en la actualidad es el arbitraje del siglo XXI.

12. LAS PARTES Y LOS ÁRBITROS

Así las cosas, resulta de suma importancia, a efectos de tener buenos arbitrajes, el cuidado de las partes al pactarlo conforme a sus intereses,

⁵⁵ KAUFMANN KOHLER, Gabrielle. «Globalization of arbitral procedure». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36, pp. 1313-1333.

atendiendo a los alcances de la LA, a lo que se suma el litigar eficientemente en sede arbitral, con conocimiento de las respectivas disciplinas especializadas de la materia y finalmente, la calidad profesional y ética⁵⁶ de los árbitros.

Éstos son designados por las propias partes. Es responsabilidad de las partes y de los árbitros, que esta conjunción de factores se cumpla y para eso deben conocer la LA y aplicarla.

Recordemos que las partes no solamente pactan el arbitraje, sino que en su oportunidad, llevan a cabo las acciones que comprenden la materialización del arbitraje, entre las que está la designación de los árbitros.

Las partes deberían hacer designaciones responsables y asumir las respectivas consecuencias, siendo este otro aspecto cultural en el que resulta necesario trabajar, dado que en la actualidad, prácticamente, cualquiera puede ser árbitro, sin contar con mínima experiencia en la materia y lo que es peor, muchas veces se busca con las designaciones, que el árbitro sea un abogado de la parte que lo designó, contraviniendo así los requisitos de independencia, imparcialidad y neutralidad que le dan valor agregado y calidad al trabajo y la función del árbitro. De otro lado, esta situación ha traído como consecuencia la exacerbación de las recusaciones frívolas, que abundan en la práctica local.

Lo conveniente sería que, por lo menos, se exija a los árbitros un mínimo de tiempo de práctica acreditada, tanto como secretario a cargo de casos arbitrales como por haber ejercido como árbitro mediante casos que originalmente no revistan mayor complejidad, ni grandes cuantías, para ir desarrollando la práctica y las capacidades requeridas, en forma paulatina.

⁵⁶ FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos. «Clearer Ethics Guidelines and Comparative Standards for Arbitrators». En *Liber Amicorum Bernardo Cremades*. Madrid: La Ley, 2010, pp. 412-449; ROGERS, Catherine. «The Ethics of International Arbitrators». En *Bocconi Legal Studies Research Paper*, n.º 2007- 1.

De lo contrario, el riesgo de contar con arbitrajes de mala calidad se incrementa significativamente, en detrimento del arbitraje como institución jurídica y como medio de solución de controversias.

De otro lado, como es conocido, en el plano profesional y ético, un mal árbitro da lugar a un mal arbitraje.⁵⁷ No hay término medio. En la actualidad se confunde la mala calidad de los árbitros con las supuestas «falencias» del arbitraje, que no son tales.

A tal punto, que hoy se pretende convertir a los árbitros en funcionarios públicos, como si las partes no hubieran tenido la oportunidad de designarlos libremente, asumiendo la responsabilidad que implica designarlos.⁵⁸ ¿Y que hay de la rendición de cuentas de los que llevaron a cabo la designación del árbitro?

13. CONCLUSIÓN

Hoy, al cabo de más de veinte años de desarrollo del arbitraje en el Perú, seguimos identificando diversos factores que incentivan uno o varios «arbitricidios». A esto se suman iniciativas como las últimas dos reformas de la normativa de arbitraje en materia de contratación pública, que a todas luces desnaturalizan el instituto con el pretexto de la «especialidad», apartándose innecesaria y anti económicamente de la LA.

Se trata de un empeño inútil por «administrativizar» esta competencia arbitral,⁵⁹ en vez de aprovechar las fortalezas que ofrece la LA y profundizar la necesaria autonomía y ventajas del instituto.

⁵⁷ KOCH, Christopher. «Standards and procedures for disqualifying arbitrators». En *Journal of International Arbitration*, 2003, vol. 20, n.º 4, pp. 325-353.

⁵⁸ Ver cita n.º 16.

⁵⁹ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Crítica al nudo “Georgiano” en la nueva causal de anulación de laudos y a las ordalías contra los árbitros en la competencia arbitral especializada en contrataciones del Estado». En *Revista Arbitraje PUCP*, 2012, n.º 2.

No está en duda la buena voluntad y las buenas intenciones que seguramente inspiraron las sentencias del Tribunal Constitucional o las que alentaron diversas iniciativas legislativas que finalmente comprenden medidas y decisiones «arbitricidas», como incluso ocurre con las propuestas doctrinarias que ya podemos ver que existen en nuestro medio, tal como la supuesta nulidad por deficiente motivación del laudo y otras que, probablemente, surgirán en el futuro, incluida aquélla que pretende que los árbitros sean calificados como funcionarios públicos.

Todo esto es parte del proceso de evolución del arbitraje en el Perú. Pero justamente es necesario prevenir que la evolución no se convierta en involución, porque no cabe duda que; como señala el dicho popular, el camino al infierno está plagado de buenas intenciones. Frente a este escenario, ¿dónde queda la autonomía del arbitraje sustentada en el principio *pacta sunt servanda* y en la buena fe al pactar el convenio arbitral? ¿Acaso éstos son principios que no están protegidos y tutelados por la Constitución Política del Estado?

Si bien el pretexto de una «parte renegada» de alegar vulneración de derechos constitucionales para formular una acción de amparo contra un laudo puede ser una iniciativa «jurídicamente perfecta», ya hemos visto que en la experiencia práctica, lo «jurídicamente perfecto», no siempre contribuye a la consolidación de las disciplinas que regulan el arbitraje, por más que el Tribunal Constitucional se haya dado el trabajo de establecer los requisitos de procedencia de dichas demandas de amparo, dándole ahora prioridad al agotamiento de los recursos previstos en la LA.

Pero, en este escenario, ¿cómo queda el también constitucional principio del *pacta sunt servanda*? ¿Por qué se permiten procesos judiciales adicionales por la vía procesal constitucional, cuando una característica central de haber pactado de buena fe un arbitraje es excluir la vía jurisdiccional estatal?

Como se ha precisado, la verdad es que no es suficiente tener en vigencia normas legales apropiadas ni haber ratificado tratados internacionales especializados, ni tampoco basta la práctica para contar con un arbitraje autónomo, debidamente institucionalizado, que contribuya al comercio y las inversiones.

Se requiere más, mucho más que eso, pues eso justamente es lo que implica la creación y consolidación de una «cultura arbitral», basada en garantizar la autonomía absoluta del instituto y su sostenibilidad en el largo plazo. Eso significa que es necesario que las partes se hagan responsables de sus convenios arbitrales y de los árbitros que designan. Eso también implica acatar los laudos y que las acciones de amparo contra los mismos sean declaradas improcedentes de plano.

Además de todos esos factores, es necesario entender las ventajas y utilidad de asegurar dicha autonomía. Respecto de esto, la verdad es que queda mucho por hacer.

En el panorama actual, la autonomía del arbitraje está en peligro. Como se ha precisado, la autonomía del instituto se vio perjudicada en el primer «arbitricidio» por las dificultades de acceso y ahora el riesgo no está ahí, sino al final del arbitraje. El segundo «arbitricidio» ha sido consumado.

En consecuencia, resulta indispensable que se cumpla integralmente la LA para preservar la autonomía arbitral en toda su extensión. Por el momento no hay certeza de que ese cumplimiento integral esté garantizado. De modo que la *curia mercatoria* está advertida y deberá tomar sus medidas de prevención.

**FIANZA Y CARTA FIANZA
DOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA
CORTE SUPERIOR EN MATERIA ARBITRAL**

*Fernando Cantuarias Salaverry¹
José Luis Repetto Deville²*

En esta oportunidad comentaremos dos sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima referidas a la participación de los fiadores en el arbitraje. En la primera, se discute si un fiador civil es parte del convenio arbitral contenido en el contrato que sólo es suscrito por el acreedor y el deudor. En la segunda, se analiza si el emisor de una carta fianza es parte del convenio arbitral contenido en el contrato garantizado.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje Comercial y Arbitraje de las Inversiones. Árbitro nacional e internacional. Miembro del *Board of Reporters del Institute of Transnational Arbitration* (ITA), del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (Asadip), del Comité Editor de la Revista Peruana de Arbitraje, de la *Association for International Arbitration* (AIA), de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje y del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (Carat). Miembro de la lista de árbitros de los principales Centros de Arbitraje del Perú y del *Energy Arbitrators' list*. Coautor de la Ley de Arbitraje peruana del 2008.

² Alumno del Décimo Primer Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Ha sido Presidente del Consejo Directivo y Director de la Comisión de Edición de la Revista *Forseti*.

El objetivo de este artículo no es discutir a profundidad las raíces teóricas involucradas en la extensión del convenio arbitral, específicamente al fiador,³ sino centrarnos en los dos casos en comentario.

Estamos convencidos de que las dos sentencias servirán para introducirnos en la riquísima discusión acerca de si el fiador civil forma parte del convenio arbitral, y si ocurre lo mismo con el emisor de una carta fianza.

CASO AMÉRICA MÓVIL

a) El caso

Esta controversia se origina de un contrato de servicios comerciales, que celebraron América Móvil del Perú S.A.C. (América Móvil) y Global Internet Communications (Global). Este acuerdo fue suscrito únicamente por los representantes de las referidas empresas. Sin embargo, en la parte introductoria del contrato, se hacía referencia a que el señor Diego Alfonso Flores Torres (Flores Torres) también era parte del contrato. Sin embargo, esta persona no firmó el contrato.

Es importante señalar que este contrato contenía en unas páginas adicionales separadas del texto principal, una «Cláusula Adicional: Constitución de Fianza Personal», por la cual el señor Flores Torres se constituyó en fiador de Global por las obligaciones que esta empresa asumiera en virtud del contrato. En el acápite 1 de esta cláusula adicio-

³ Para un mayor análisis teórico, recomendamos leer a: CAIVANO, Roque. «Arbitraje y Fianza». En *Estudios de Derecho Privado Moderno. La Persona. Protección Patrimonial y Personal*. «Homenaje al doctor Julio César Rivera». Buenos Aires: La Ley, 2010, pp. 665 y ss. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2014, 2.^a edición, pp. 1459 y ss. y Bernard HANOTIAU. «Arbitration and Bank Guarantees: an Illustration of the Issue of Consent to Arbitration in Multicontract–Multiparty Disputes». En *Journal of International Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 1999, pp. 15-24.

nal, Flores Torres declaró conocer todas las estipulaciones contenidas en el contrato principal, teniendo conciencia de los alcances de cada una de las obligaciones asumidas por Global en él.

Por otro lado, en el acápite 4 de esta cláusula se expresaba la posibilidad de que América Móvil pudiera recurrir a la vía judicial para accionar contra el fiador. Es importante indicar que estas páginas sí fueron suscritas por Flores Torres.

Resulta que acaecida una controversia, América Móvil demandó en sede arbitral a Global y a Flores Torres. Frente a ello, Flores Torres se opuso a ser parte del arbitraje porque, en su opinión, no había acordado un convenio arbitral que lo vinculara al contrato. Este pedido fue rechazado por el tribunal arbitral quien sí lo consideró parte del arbitraje. El 19 de diciembre de 2008 se emitió un laudo tramitado ante el centro de arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. El 22 de diciembre de 2008, Flores Torres interpuso recurso de anulación contra el laudo, alegando las causales de inexistencia de convenio arbitral (artículo 63.1.a) y afectación del debido proceso porque no se habrían meritado correctamente las pruebas (artículo 63.1.b.). Corrido traslado, el escrito de absolución presentado por América Móvil no fue admitido por la Corte, debido a problemas de poderes.

El 10 de diciembre de 2009, la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima,⁴ declaró fundado el recurso de anulación y, en consecuencia, anuló el laudo, ordenando que se renueve el arbitraje desde el momento en que se incurrió en el vicio que produjo su invalidez.⁵

⁴ Sentencia (resolución n.º 10) recaída en el expediente n.º 02380-2008, emitida por la Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de 10 de diciembre de 2009.

⁵ Éste es un gravísimo error que suelen cometer los tribunales judiciales. En este caso, lo que se dispuso fue excluir del arbitraje, y obviamente del laudo, a Flores Torres, pero el laudo era plenamente aplicable a Global y a América Móvil. En-

En primer lugar, la Corte descartó la causal de afectación del debido proceso, porque Flores Torres en momento alguno objetó en sede arbitral este tema como correspondía.

En cuanto a la causal de inexistencia de convenio arbitral respecto de Torres Flores, la Corte Superior encontró que no existía tal convenio arbitral que vincule a Torres Flores. Esto por las siguientes razones.

Primero, porque la Corte encontró que Flores Torres no había suscrito el Contrato, sino sólo un documento independiente que contenía una cláusula por la cual se había constituido como fiador de Global por las obligaciones asumidas frente a América Móvil producto del contrato. En ese sentido, a juicio de la Corte, aquellas páginas (cláusula adicional) eran un documento distinto al contrato, que fueron presentadas a Flores Torres para su firma al margen del contrato principal.

Por consiguiente, la Corte Superior entendió que el contrato fue celebrado únicamente entre Global y América Móvil y que el documento denominado «Cláusula Adicional: Constitución de Fianza Personal» no fue firmado por Flores Torres como parte integrante del contrato principal, sino de manera independiente y particular.

Para arribar a esta decisión, la Corte razonó así:

- a) La cláusula adicional que contiene la fianza de Flores Torres no guarda armonía con el orden, «pues no mantiene la correlación de las cláusulas anteriores, sino que adopta la denominación totalmente distinta de cláusula adicional, sin que ese término se encuentre justificado por circunstancia alguna». En ese sentido, según el buen entender de la Corte, «de haber sido Flores Torres parte integrante del contrato principal desde un inicio, la cláusula de fianza hubiera tenido que guardar el orden de las demás y no tener una numeración absolutamente distinta; además de

tonces, ¿por qué se anuló el laudo y se remitió el caso nuevamente al árbitro? Se trata, pues, de un grave error judicial.

haber sido redactada en una página distinta cuando existía espacio para hacerlo en la última parte del contrato principal.

- b) Porque el contrato principal (y el convenio arbitral) sólo está firmado en la totalidad de sus páginas por el representante de Global y de América Móvil.
- c) Porque si la integridad del contrato principal (que contenía al convenio arbitral) hubiera sido aceptado por Flores Torres, éste debió firmar al final del mismo, cosa que no hizo.
- d) Porque si bien en el acápite 1 de la cláusula adicional, Flores Torres declara conocer el íntegro de las estipulaciones del contrato principal, teniendo conciencia de los alcances de las mismas, a juicio de la Corte Superior «esta manifestación se limita sólo a aseverar el conocimiento, mas no la aceptación ni la participación en el acuerdo de Global y América Móvil». Además, para la Corte Superior, la posibilidad de recurrir a la vía judicial para accionar contra el fiador es «absolutamente contradictoria con el convenio arbitral contenido en el contrato principal». Esto revelaría que la intención de Flores Torres jamás fue pactar un convenio arbitral ni adherirse a las cláusulas del contrato de servicios generales.⁶
- e) Por último, para la Corte Superior el hecho de que figure el nombre de Flores Torres en la parte introductoria del contrato principal, no puede implicar *per se* su participación en el mismo. Esto porque «diga lo que diga ese documento, mientras la persona allí mencionada no preste su consentimiento con cada uno de los términos del acto jurídico, no puede verse obligado a cumplir ninguno de ellos».
- f) Comentarios a la sentencia.

⁶ Los autores de esta nota no terminamos de entender este argumento de la Corte. Si la cláusula adicional fue suscrita única y exclusivamente por Flores Torres, acaso su decisión unilateral de ir al Poder Judicial puede vincular a Global y a América Móvil. Obviamente que no.

Como punto de partida, debemos mencionar que la validez y los alcances del convenio arbitral se regían por lo dispuesto en la hoy derogada Ley General de Arbitraje de 1996. Y es importante indicar que bajo la derogada norma, no existía una disposición similar al actual artículo 14 de la Ley de Arbitraje⁷ que expresamente reconoce la posibilidad de extender el convenio arbitral a partes no signatarias, que hayan tenido una participación activa y determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato, así como a aquellos sujetos que pretendan exigir derechos o beneficios del contrato.

Ahora bien, en cuanto a los méritos de la decisión, debemos afirmar que no compartimos el razonamiento vertido por los señores jueces por diversos motivos.

Como un asunto previo, consideramos importante partir con algunas ideas básicas de la fianza convencional. Mediante una fianza, el fiador se relaciona jurídicamente con el acreedor que es parte de una relación jurídica, comprometiéndose a responder por las obligaciones de un deudor.⁸ Es decir, por un lado tenemos una relación jurídica principal en la que forma parte un deudor y acreedor y, por otro lado, el fiador se compromete a responder por el incumplimiento de las obligaciones del deudor. Vale hacer la mención que la relación jurídica en la que forman parte el fiador y el acreedor, es distinta de la relación jurídica del acree-

⁷ 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.

⁸ Artículo 1868.- Por la fianza, el fiador se obliga frente al acreedor a cumplir determinada prestación, en garantía de una obligación ajena, si ésta no es cumplida por el deudor.

dor y el deudor. Sin embargo, la relación jurídica que nace de la fianza, está vinculada a la relación principal, siendo accesoria de esta última.⁹

Pasemos ahora a desarrollar brevemente el marco conceptual que debe aplicarse a casos como el que es materia de comentario.

El punto de partida pasa por recordar que el arbitraje tiene su génesis en un acuerdo de voluntades. Un acuerdo a través del cual las partes deciden someter sus controversias a arbitraje rechazando acceder al Poder Judicial. Además, y como ya hemos señalado, la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, es un tema complejo, porque se mezclan la autonomía de la voluntad y la eficacia que debe tener el arbitraje para solucionar las controversias.

En nuestra opinión, no tenemos duda de que restringir la posibilidad a que sólo los firmantes del convenio arbitral puedan ser parte del arbitraje, es jurídicamente incorrecto. Y lo es porque la mejor muestra de consentir el arbitraje es, sin duda, la propia conducta. En efecto, recordemos que, por ejemplo, nuestro ordenamiento jurídico consagra la conducta como un medio para manifestar la voluntad. Así, el artículo 141 del Código Civil peruano establece que la manifestación de la voluntad puede ser por medios expresos o tácitos. Además, en los casos de aceptación de la oferta, el artículo 1380 del Código Civil establece que la voluntad de aceptar puede quedar configurada de manera tácita, es decir, no diciendo estoy de acuerdo, sino simplemente empezando a ejecutar las prestaciones.

Además de la firma y la conducta como reveladores del consentimiento a arbitrar, existen otros supuestos en los cuales corresponde extender la eficacia de un convenio arbitral. Y éstos están referidos a la posibilidad de que un no signatario ocupe la posición contractual del

⁹ Artículo 1875.- La fianza no puede existir sin una obligación válida, salvo que se haya constituido para asegurar una obligación anulable por defecto de capacidad personal.

signatario o que adquiere derechos y obligaciones, siempre dentro del marco legal.

Ahora bien, en el caso específico de la fianza, Gary Born afirma correctamente lo siguiente:

A number of arbitral awards and judicial decisions have held [...] that guarantors are bound by arbitration clauses in the guaranteed contracts.¹⁰

Ello es así porque existen sólidas razones para permitir que un convenio arbitral se extienda a los fiadores del contrato garantizado. La primera razón, es que el fiador cuando cumple ante el incumplimiento del deudor, asume una serie de derechos de la relación contractual, lo que involucra también al convenio arbitral. Como bien señala Born:

A guarantor may be benefitted by an assignment of the guaranteed party's rights under the underlying contract if the guarantor is required to pay under the guarantee. In these circumstances [...] the guarantor's exercise of the assigned contractual rights may be subject to an arbitration agreement contained in the underlying contract.¹¹

Otra razón asociada a la anterior, es que el garante en ciertas circunstancias también ejecuta prestaciones que eran de cargo del deudor. Esta ejecución de prestaciones, no es más que la participación del fiador en el contrato garantizado. La doctrina y la jurisprudencia, e incluso nuestras normas, nos permiten inferir de la conducta del fiador, el consentimiento de verse involucrado por el convenio arbitral contenido en el contrato garantizado. Todo esto es resumido nuevamente por Born:

¹⁰ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. La Haya-Londres: Kluwer Law International, 2014, 2.^a edición, p. 1460.

¹¹ *Op.cit.*, p. 1461.

The guarantor may provide substitute performance under the guaranteed contract. [...] where a non-signatory performs a contract containing an arbitration agreement, the non-signatory may be bound by the arbitration clause. This analysis also applies in cases where a guarantor performs the guaranteed party's obligation under the guaranteed contract.¹²

La tercera razón es que la garantía puede incorporar los términos del contrato, lo cual involucra también la cláusula arbitral. Esto es como si se tratara de una incorporación por referencia. Born una vez más explica esto de la siguiente manera:

The guarantee may incorporate the terms of the underlying contract, including the arbitration agreement. This involves application of general principles relating to the incorporation of arbitration clauses, which can result in a conclusion that the guarantee incorporates the arbitration provision of the guaranteed contract.¹³

La última razón que identifica la doctrina, es que el fiador puede calificar como parte del contrato garantizado, sobre la base de un acuerdo implícito en el cual las partes del contrato garantizado y el fiador entendieron que este último sería parte del contrato y del convenio arbitral. Para ello, deberemos fijarnos en el fraseo del contrato y en las relaciones jurídicas de los involucrados:

In some cases, the guarantor may qualify as a party to the underlying contract, on the basis of an implied agreement granting it that status, and will therefore be liable under both the guarantee (to the guaranteed party) and the underlying contract (to the party who is owed the obligation). In determining whether the guarantor is impliedly a party to the underlying contract, the nature of the guarantee and the guarantor's contractual role is important. Typically, the more commercially-significant the role

¹² *Ibidem*, p. 1461.

¹³ *Ibidem*, p. 1461.

of the guarantor in performance of the underlying contract or transaction, the more likely it will be that the parties intended the guarantor to be a party to the arbitration agreement.¹⁴

Como podemos comprobar, existen sólidas razones para extender la eficacia de un convenio arbitral a un fiador. Limitarlo no sólo es atentar contra las formas de manifestación de voluntad, sino que, además, no permitiría resolver de manera adecuada las controversias. Por otro lado, Born¹⁵ indica que el análisis involucra tomar en cuenta las relaciones entre las partes y el lenguaje contractual empleado. Sostiene que tanto el lenguaje de la fianza como el de la cláusula arbitral será relevante, a fin de identificar si las partes querían que al fiador se le vincule y se beneficie del convenio arbitral. Además, también debe considerarse si el convenio arbitral fue redactado de forma amplia o si, por el contrario, sólo se refiere exclusivamente a las partes excluyendo así al fiador.

Por su parte, en un riguroso análisis, Caivano identifica una serie de supuestos en los que se ven involucrados fiadores como no signatarios, los cuales acarrearán distintas consecuencias prácticas. Veamos:

a) *La fianza se encuentra incluida en el contrato principal*

En estos casos, Caivano acertadamente sostiene que «siendo el instrumento que contiene la cláusula arbitral firmado también por el fiador, ese pacto alcanza al fiador, pues éste, al ser signatario del mismo documento, adhirió o consintió expresamente la jurisdicción arbitral».¹⁶ Creemos que este supuesto no acarrea mayor problema.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 1461-1462.

¹⁵ *Ibidem*, p. 1462.

¹⁶ CAIVANO, Roque. «Arbitraje y fianza». En *Estudios de derecho privado moderno. La persona. Protección patrimonial y personal*. Homenaje al doctor Julio César Rivera. Buenos Aires: La Ley, 2010, pp. 665 y ss.

- b) La fianza (separada del contrato principal) contiene una cláusula expresa de selección de jurisdicción, a favor de un tribunal judicial

En este supuesto, Caivano sostiene «que no podrían extenderse los efectos de la cláusula arbitral al fiador contra su voluntad. El fiador no podría ser obligado por el acreedor a acudir al arbitraje, no sólo porque no es parte del contrato —ni firmante del instrumento donde se estipuló el arbitraje— sino porque, en su específica relación con el acreedor, pactó de manera expresa una jurisdicción diferente. El derecho del acreedor a reclamar la prestación prometida por el deudor surge, respecto del deudor, del contrato principal. Pero, su derecho a reclamarla del fiador surge de la obligación asumida por éste, a través del contrato de fianza. La obligación del fiador, aunque sea accesorio de la que asumió el deudor principal —y aunque su contenido pueda ser idéntico—, es diferente de aquélla, es «otra» obligación. La relación entre acreedor y fiador, si bien referida a una prestación debida por el deudor, es principalmente regida por el contrato de fianza y, en principio, lo allí pactado impera en la relación entre ambos».¹⁷

- c) La fianza (separada del contrato) contiene una cláusula arbitral

En este supuesto, Caivano entiende que «la duda no radica en la extensión de la jurisdicción arbitral al fiador, porque él también manifestó su expresa voluntad de someterse a arbitraje. El problema, en todo caso, puede suscitarse respecto de la posibilidad de acumular las acciones iniciadas por o contra el fiador en el mismo arbitraje en que está tramitando la controversia entre acreedor y deudor».¹⁸ En otras palabras, importará aquí que los convenios arbitrales contenidos en el contrato principal y en la fianza sean compatibles.

¹⁷ *Ob. cit.*, pp. 665 y ss.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 665 y ss.

d) La fianza (separada del contrato) no contiene cláusula arbitral

Caivano indica que «el fiador: (i) puede invocar la cláusula arbitral contenida en el contrato principal, sea para procurar la declaración de incompetencia del tribunal judicial ante el cual fue demandado por el acreedor, o para hacerse parte en el juicio arbitral en que acreedor y deudor discutan la existencia, validez o alcance de la obligación; y (ii) está obligado a aceptar la jurisdicción arbitral si es demandado por el acreedor, porque esa estipulación le es oponible, al haberse obligado, salvo pacto en contrario, a lo mismo que se había obligado el deudor principal y al haber incorporado al contrato de fianza, por referencia, el acuerdo arbitral contenido en el contrato principal».¹⁹

Muy bien, con este marco, pasemos a analizar el caso en comentario.

La pregunta que se hace la Corte es: ¿le es vinculante al fiador un convenio arbitral contenido en el contrato principal que está garantizando, el cual no ha firmado, pero cuya fianza se encuentra en un anexo? Nosotros consideramos que sí.

En el caso en comentario, debemos señalar que el fiador no era una persona extraña a la relación contractual entre América Móvil y Global. Resulta que haciendo simples indagaciones a efectos de realizar este comentario, tomamos conocimiento, en base a información pública proporcionada por los Registros Públicos, que el fiador (Flores Torres) era el Gerente General de Global, al momento que se celebró el contrato y se originó la controversia. En ese sentido, si bien la fianza fue realizada a título personal por Flores Torres, resulta más que evidente que conocía (o debía conocer en ejercicio de su cargo), perfectamente el contenido del contrato y saber que el mismo contenía una cláusula arbitral.

Además, es importante señalar que si bien la fianza no se encontraba incluida en el contrato principal, ésta se encontraba

¹⁹ *Ibidem*, pp. 665 y ss.

«físicamente adjunta al mismo», el fiador era nada más y nada menos que el gerente general del deudor y en el contrato principal se hacía expresamente referencia a que el fiador era parte del mismo. De esta manera, pues, y más allá de meros argumentos formales como los desarrollados en este caso por la Corte, el fiador conocía todas las obligaciones y pactos, entre ellos el convenio arbitral, respecto de los cuáles el fiador se comprometió a honrar.

En otras palabras, consideramos que es inadecuado el razonamiento de la Corte, quien señala que la declaración de conocimiento no supone consentimiento. La declaración de conocer todas las obligaciones del deudor supone que el fiador se va a hacer responsable por todas las obligaciones incumplidas. En ese sentido, claramente, mientras que por un lado se conoce, también se presta el consentimiento a ser responsable por el incumplimiento del deudor. Por lo tanto, el fiador consiente también la posibilidad de ser demandado en sede arbitral.

Por lo tanto, creemos que la decisión de la Corte fue incorrecta.

e) Emisor de carta fianza: Caso Mapfre c/ Consorcio Lima y otros

El presente caso se origina del contrato de obra —instalación de un colector de alivio del colector de circunvalación—, distrito de Chorrillos, suscrito el 7 de diciembre de 2007 entre el Consorcio Lima (integrado por Corporación Terranova Edificaciones S.A.C., Ortiz Rey Ingenieros S.A. Sucursal del Perú, *Assistance & Construction* Contratistas Generales S.A.C. y don Hernán Sanabria Sotelo (en adelante, el Consorcio Lima)) y Sedapal. Para la celebración de este contrato, el Consorcio Lima solicitó a Mapfre que emita varias cartas fianza a favor de Sedapal y que las renueve o las ejecute al solo requerimiento de esta última.

Resulta que Sedapal solicitó a Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros (en adelante, Mapfre). Ante ello, Mapfre, vía proceso civil, demandó al Consorcio Lima, a fin de que le pague

la suma de S/. 5'840,000.00 más las costas, costos e intereses legales desde la fecha en que se ejecutaron las dos cartas fianza.

Notificado el Consorcio Lima, éste interpuso una excepción de convenio arbitral, argumentando que el contrato entre Sedapal y el Consorcio Lima contiene una cláusula arbitral. En ese sentido, afirmó que Mapfre se había subrogado en los derechos de Sedapal en dicha relación obligacional y que, por lo tanto, Mapfre se encontraba bajo los alcances del convenio arbitral. Además, existía una medida cautelar concedida por un tribunal arbitral que ordenaba mantener vigentes las cartas fianza durante el arbitraje.

El 16 de septiembre de 2011, el juez de primera instancia declaró fundada la excepción de convenio arbitral, al considerar que deberá ser un tribunal arbitral quien decida acerca de su propia competencia de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, señaló que la subrogación de Mapfre respecto a Sedapal es una pretensión que se deriva del contrato entre Sedapal y el Consorcio Lima.

El 15 de marzo de 2011, se emitió la resolución que es objeto de este comentario. La Corte Superior de Justicia de Lima²⁰ revocó la decisión del juez de primera instancia, declarando infundada la excepción de convenio arbitral. Esto por las siguientes razones:

En primer lugar, la Corte Superior entendió que este caso no se trata de uno referido a la competencia-competencia de los árbitros (artículo 41.1. de la Ley de Arbitraje), sino que es uno de análisis de la excepción de convenio arbitral (artículo 16 de la Ley de Arbitraje).

Luego la Corte Superior pasó a analizar el artículo 14 de la Ley de Arbitraje. Según la Corte, este artículo permite incluir en el arbitraje a quienes han consentido el conve-

²⁰ Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial.

nio arbitral sin haberlo suscrito. Sostiene que no se trata propiamente de terceros, sino de partes que no han firmado el convenio, pero que son incorporados por «su participación mediante actos distintivos que configuran un consentimiento tácito al mismo, por lo que el intérprete debe evaluar la existencia de tal consentimiento», o «pretenden derivar algún beneficio o derecho del contrato sometido a la cláusula arbitral (como el caso de beneficiario del contrato de seguro —sujeto por las partes a arbitraje—, quien si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de dicho contrato».

Acto seguido, la Corte afirmó que debe verificar «si el convenio arbitral se extiende a Mapfre, considerando su posición jurídica respecto a la relación obligacional entre Sedapal y el Consorcio».

A continuación, la Corte identificó que paralelamente a este proceso judicial, existía en trámite un arbitraje en el que se discutía la validez de la resolución del Contrato Sedapal-Consorcio Lima y en el que el Consorcio Lima solicitó una indemnización por los daños y perjuicios originados por la supuesta indebida ejecución de las dos cartas fianzas. En este arbitraje, el tribunal arbitral había ordenado como medida cautelar que Mapfre se abstuviera de ejecutar otra carta fianza, en tanto se encontrara en trámite el arbitraje. El 22 de julio de 2011, el tribunal arbitral emitió un laudo de derecho, en el que concedió al Consorcio Lima una indemnización por la indebida ejecución de las dos cartas fianzas que eran el objeto del reclamo por parte de Mapfre al Consorcio Lima en el proceso judicial objeto de este comentario. Es importante indicar que en el arbitraje jamás se incluyó como parte a Mapfre.

Luego, la Corte analizó las cartas fianzas emitidas por Mapfre a solicitud de Consorcio Lima, identificando que tienen como característica el ser irrevocables, solidarias, incondi-

cionadas, de realización automática y sin beneficio de excusión a favor de Sedapal.

En ese sentido, la Corte Superior entendió que se tiene que distinguir la carta fianza de la fianza contractual regulada en el Código Civil, en tanto esta última supone una relación obligacional, en la cual el fiador puede ser demandado en un proceso en el cual podrá defenderse e incluso contradecir la pretensión (naturaleza accesorio de la fianza contractual). Sin embargo, la naturaleza de una carta fianza (proveniente de una entidad crediticia) tiene una naturaleza singular y muy distinta a una fianza contractual. Las características de incondicional y de realización automática le quitan la lógica obligacional, porque no se puede discutir ni objetar el requerimiento, sino que se encuentra limitada a tener que entregar el dinero sin preguntar el porqué.

Asimismo, agregó que las cartas fianzas cumplen una función vital en la contratación de obras públicas, porque es un instrumento necesario que no debe entorpecer las actividades económicas que se garantizan y, por ello, es que se libera de manera sencilla el dinero.

Por todos estos argumentos, la Corte Superior arribó a la conclusión que cuando Mapfre emitió (a solicitud del Consorcio Lima) las cartas fianzas a favor de Sedapal, y cuando las pagó (a requerimiento de Sedapal), ambos actos no tienen vínculo alguno con la relación obligatoria Sedapal-Consorcio Lima. En tal sentido, la Corte concluyó que por la naturaleza y la finalidad que cumplen las cartas fianza en el sistema financiero y contractual, la participación de Mapfre no se encuentra dentro del supuesto previsto en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, ya que Mapfre no sólo no es parte del contrato, sino que, además, «no pu[ede] [...] inferirse bajo ningún punto de vista una voluntad tácita de adherirse al convenio arbitral, como tampoco obtiene beneficios que se deriven de dicho contrato».

También agregó la Corte que resultaba relevante el hecho de que en el arbitraje ni las partes ni el tribunal arbitral consideraron necesario que Mapfre integrase el arbitraje, aun a pesar de que en dicho proceso se incluyó la pretensión que involucraba la ejecución de las cartas fianza.

En consecuencia, la Corte Superior señaló que si Mapfre quería recuperar su dinero, debía realizarlo de modo separado e independiente de la relación y el conflicto entre Sedapal y el Consorcio Lima.

Por último, la Corte Superior indicó que, si bien Mapfre señaló que se había subrogado en todos los derechos de Sedapal para lograr obtener la restitución de lo que pagó, ello sólo es un mecanismo jurídico para formular su pretensión, pero esto «no altera la sustancia de las citadas relaciones contractuales, ni implica la renuncia de la entidad crediticia a la tutela jurisdiccional del Estado, como tampoco sometimiento alguno a las cláusulas de contratación ni al convenio arbitral que sólo vinculan a las partes del contrato de obra».

f) Comentario de la sentencia

Consideramos que el razonamiento desplegado en la sentencia es el correcto. Para que el reclamo de Mapfre al Consorcio Lima hubiera podido ser conocido por un tribunal arbitral, tendría que haberse establecido en las cartas fianza otorgadas por Mapfre a solicitud del Consorcio Lima, el sometimiento de la controversia al arbitraje, lo que no sucede en este caso.

En efecto, ¿es el emisor de una carta fianza parte del convenio arbitral contenido en el contrato que se está garantizando? Coincidimos con la Corte, en que el emisor de una carta fianza no es parte de la cláusula arbitral contenida en el contrato garantizado.

Estamos de acuerdo con la Corte en que la fianza convencional es distinta a una carta fianza. La naturaleza es distinta. En una fianza convencional se crea una relación jurídica que conlleva una serie de derechos y obligaciones diferentes a los de una carta

fianza. En efecto, en la fianza convencional el fiador puede ser demandado y este último podrá oponer las defensas de la relación contractual del acreedor y deudor. Esto no ocurre en una carta fianza. De hecho, la carta fianza emitida por una entidad bancaria o de seguros es incondicional y de realización automática. El banco o la aseguradora actúa como un mandatario, quien sólo tiene que realizar lo que el beneficiario de la carta fianza le ordena. De hecho, el banco o la aseguradora no puede oponerse a liberar el dinero, ni discutir la orden ni puede oponer las defensas de la relación contractual entre el acreedor y el deudor.

Es más, difícilmente se puede afirmar que un emisor de una carta fianza ha tenido una participación activa y determinante en el contrato, como para poder concluir la existencia de una parte no signataria.

Por último, destacamos que la Corte haya entendido la diferencia entre partes no signatarias del convenio arbitral y terceros que son ajenos al convenio arbitral. Como bien se señaló en el fallo, quienes no firman el convenio arbitral pueden ser terceros o pueden ser partes no signatarios del convenio arbitral. Los primeros son sólo espectadores que no han tenido participación y a quienes no se les puede atraer al arbitraje. En cuanto a los no signatarios, son justamente aquéllos que si bien no firmaron el contrato que contiene el convenio arbitral, pueden verse vinculados a la luz de su propia conducta o porque pretenden derivar derechos o beneficios del contrato. Este correcto entendimiento es sumamente provechoso, además de sentar una línea jurisprudencial sólida que entienda que el arbitraje no sólo depende de los árbitros sino también (y en gran medida) de los jueces. Son ellos quienes, finalmente, tienen la última palabra.

Indice, Instructivo

*+ Auto de 19.12.09
+ Aplica DL 1071
+ p.d. no factu.*

*20
Descont.
Cuentas*

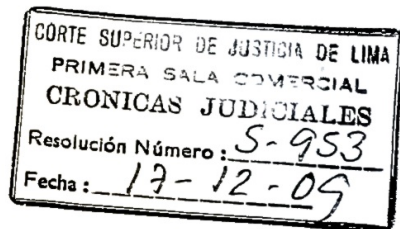
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA CIVIL SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

Expediente número: 02380-2008

Resolución número: DIEZ

Lima, diez de diciembre
de dos mil nueve.-

20/23-12



VISTOS:

A través de su recurso de anulación, presentado el veintidós de diciembre de dos mil ocho (fojas treinta y seis), DIEGO ALFONSO FLORES TORRES **pretende que este órgano jurisdiccional declare nulo el Laudo Arbitral de Derecho** expedido el diecinueve de diciembre de dos mil ocho, por el árbitro único ENRIQUE CUBA BUSTINZA, en el proceso arbitral seguido por AMERICA MOVIL PERU S.A.C. (en adelante CLARO) con GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS S.A.C. (en adelante GLOBAL) y el ahora recurrente, tramitado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, con número de expediente arbitral 1333-106-2007.

Conforme a los términos expuestos en su recurso de anulación, DIEGO ALFONSO FLORES TORRES pretende la nulidad del referido laudo arbitral invocando como causales para ello

PODER JUDICIAL

284
Decreto
Arbitral

textualmente las siguientes: "Nulidad del Convenio Arbitral" y "Afectación del derecho al debido proceso". Estas dos alegaciones, según se desprende del texto de la ley, se subsumirían sin duda dentro de las causales de anulación contenidas en el artículo 63º, inciso 1, literales a y b, del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. Además, **como fundamentos de su petitorio**, el recurrente expone esencialmente, **los siguientes**:

- **Respecto a la primera causal.**- Considera que él no debió ser incorporado al proceso arbitral del cual proviene el laudo impugnado, pues el contrato en el cual obra el convenio arbitral no fue suscrito por él, sino sólo por CLARO, quien solicitó el arbitraje, y GLOBAL, quien mantuvo relaciones comerciales con CLARO; y si bien en su momento él se constituyó fiador de GLOBAL por las obligaciones que ella pudiera tener frente a CLARO, lo hizo suscribiendo únicamente un documento que contenía una cláusula adicional en la cual adoptaba esa obligación, y no el contrato que contenía el convenio arbitral. Por tanto, nunca tuvo obligación de someterse al arbitraje.

- **Respecto a la segunda causal.**- Sobre este asunto, DIEGO FLORES TORRES aduce que el laudo ha vulnerado su derecho a un debido proceso porque en él no se merituaron debidamente las pruebas presentadas en el proceso arbitral para acreditar dos cosas: primero, que CLARO incumplió con las obligaciones que le imponía el contrato celebrado con GLOBAL; y segundo, que por una serie de razones, el fracaso de la relación contractual se debió a la política comercial de CLARO, quien realizó una serie de actos que provocaron la inviabilidad de la actividad empresarial esperada.

PODER JUDICIAL

MARIA DEL ROSARIO MATOS GUZMÁN
SECRETARIA

2
buen
orden

A través de la resolución número tres, de fecha dos de julio de dos mil nueve, el recurso de anulación de laudo es admitido y se ordena correr traslado del mismo a CLARO.

Notificado el recurso de anulación de laudo, según lo ordenado en la resolución antedicha, los señores PEDRO BENJAMÍN AYALA MARTINEZ y EDGAR LAZARO ALCANTARA presentan un escrito de absolución del traslado (fojas doscientos cuarenta y seis), aduciendo actuar en representación de CLARO, como sus apoderados, pero sin acreditar esa condición. Por esta razón, por resolución número cuatro (fojas doscientos cincuenta y cuatro) se ordena a las referidas personas presentar las instrumentales que acrediten la calidad de apoderados que se atribuyen, así como el registro único de contribuyente de CLARO, sin haberlo hecho hasta la fecha. Por ello, a través de la resolución número cinco (fojas doscientos cincuenta y ocho) se tiene por no contestado el recurso de anulación de laudo y se fija fecha para la vista de la causa, de acuerdo al artículo 64° del Decreto Legislativo N° 1071.

Traídos los autos para sentenciar, y actuando como ponente el señor vocal Solter Rodríguez, pasamos a expresar las siguientes consideraciones para sustentar nuestra decisión:

CONSIDERANDO:

PRIMERO: De acuerdo al primer párrafo del artículo 62° del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje: *"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°".*

PODER JUDICIAL
MARIA DEL ROSARIO MATOS GUZMAN
SECRETARIA
Primera Sala Civil Subsecretaría

0300
02/05/2018

SEGUNDO: Asimismo, la segunda parte de esta disposición expresa: "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*" (resaltado agregado). En estos términos, resulta claro para este Colegiado que el conocimiento de una causa referida –como en esta ocasión– a la anulación de un laudo arbitral, debe ser resuelta por el órgano jurisdiccional de modo restrictivo, pronunciándose exclusivamente sobre la causal invocada expresamente por el actor en su recurso, en armonía con el principio dispositivo, informador de este proceso (con la sola excepción de lo dispuesto por la última parte del inciso 3, del mismo artículo), y sin entrar a evaluar el fondo de lo resuelto en el laudo.

TERCERO: Ello porque el proceso de anulación de laudo no ha sido diseñado por nuestro legislador nacional, como un medio para reabrir una discusión ya resuelta en sede arbitral, y menos para evaluar si el criterio adoptado por el árbitro para aplicar el derecho o evaluar las pruebas, ha sido el mejor; sino como un instrumento para determinar si el desarrollo del proceso arbitral se encuentra afectado por una causal que lo afecte en cuanto a su validez como acto jurídico mismo, y no en relación al sentido de la decisión que contiene, tal como se desprende con facilidad de las disposiciones antes reseñadas. De lo contrario, el proceso de anulación de laudo arbitral, podría convertirse en un instrumento de clara afectación a la calidad de cosa juzgada, que el artículo 61º de la Ley General de Arbitraje otorga a estos actos e,

REDACTED

indirectamente, al reconocimiento constitucional de la vía arbitral, recogido por el artículo 139º, inciso 1, de nuestra Constitución Política.

CUARTO: En este caso, –como ya hemos mencionado– el recurso de anulación de laudo arbitral interpuesto por DIEGO ALFONSO FLORES TORRES se encuentra sustentado en alegaciones subsumibles en las causales de anulación contenidas en los literales a y b del inciso 1 del artículo 63º del Decreto Legislativo N° 1071, es decir, “Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz” y “Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”, arguyendo específicamente, que: a) él no aceptó la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre CLARO y GLOBAL; y b) al laudar, el árbitro único no ha tomado en cuenta una serie de pruebas que apoyan su defensa dentro del proceso arbitral.

Cumplimiento del requisito previo establecido en el inciso 2 del artículo 63º del Decreto Legislativo 1071

QUINTO: En estos términos, habiendo sido invocadas por el recurrente las causales de anulación de laudo contenida en los literales a y b del inciso 1 del artículo 63º del Decreto Legislativo N° 1071, resulta necesario evaluar primero si aquel ha cumplido con el requisito previo contenido en el inciso 2 del artículo 63º del Decreto Legislativo 1071, según el cual: “Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal

PODER JUDICIAL

arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas" (resaltado agregado).

los
del

SEXTO: En cuanto a la primera de las causales, obra a fojas diecinueve, una copia fotostática de la Resolución N° 0150-2007/CSA-CA-CCL, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, con la cual se acredita que el señor **DIEGO ALFONSO FLORES TORRES** se opuso oportunamente a ser parte del arbitraje porque, en su criterio, él no había acordado un convenio arbitral que lo vinculara a esa vía. No obstante, en ese momento, la referida institución desestimó su pedido por discrepar de él.

SÉTIMO: En cuanto a la segunda causal invocada en el recurso, en cambio, no sucede lo mismo. Sobre ella, no obra en el expediente instrumental alguna que acredite que la supuesta falta de valoración de las pruebas del ahora recurrente, fue objeto de reclamo oportunamente ante el árbitro único que dirigió el proceso arbitral. Al contrario, por resolución número uno, se ordenó al árbitro único presentar copias certificadas, entre otras cosas, del "Cargo de Notificación del Laudo Arbitral y de su respectiva Aclaración, si fuese el caso" (resaltado agregado), sin que haya sido presentada copia de algún pedido de corrección posterior al laudo. Por tanto, el extremo del recurso de anulación referido a la causal de violación al debido proceso, debe ser desestimada desde ya, por no haber sido objeto de reclamo oportuno dentro del proceso arbitral, conforme al artículo 63°, inciso 2, del Decreto Legislativo 1071, restando pronunciarnos sólo en relación a la primera de las causales alegadas.

PODER JUDICIAL

14 00

Evaluación de la causal contenida en el artículo 63º, inciso 1, literal a del Decreto Legislativo 1071

OCTAVO: De acuerdo al artículo 63º, inciso 1, literal a, del Decreto Legislativo N° 1071, un laudo arbitral debe declararse nulo cuando quien pretenda esa declaración alegue y pruebe: "Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz", es decir, cuando el Tribunal Judicial que conoce el recurso de anulación de laudo, determine que no existe en el caso específico, un convenio arbitral sobre el cual descansa el laudo arbitral cuestionado.

NOVENO: Esta causal de anulación encuentra su justificación en la esencia misma del arbitraje, pues como lo acepta pacíficamente la doctrina, "No hay duda para nosotros de que para que estemos ante un supuesto de arbitraje, tiene que mediar un contrato que active este mecanismo de solución de controversias. El contrato entre dos sujetos de Derecho que buscan que un tercero administre una justicia que no es la que administran los tribunales ordinarios del Estado, pero que está permitida por ese Estado, es un elemento esencial de cualquier definición de arbitraje (...) En efecto. Es porque la realidad así lo expone que es imposible negar que el nacimiento del arbitraje sólo tiene lugar en la medida de que los particulares, por un acto voluntario amparado por la ley, deciden someter sus conflictos, presentes o futuros, al arbitraje. Así, únicamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que, ausente el contrato, no será posible que se proceda a resolver controversia alguna por medio

PODER JUDICIAL

ANTONIO GUZMÁN

De
un

del arbitraje"¹. Claro está que existen otros supuestos de arbitraje, como el forzoso o el estatutario, en los cuales no es necesaria la existencia de una cláusula arbitral para justificar el arbitraje, pero estos son justamente supuestos de excepción recogidos y autorizados por la ley, la cual en los demás casos impone la necesidad de un acuerdo previo para la instauración y justificación de una jurisdicción distinta a la estatal y, **por tanto, la falta de dicho acuerdo viciará determinadamente a cualquier proceso arbitral.**

DÉCIMO: En el presente caso, en su recurso, DIEGO ALFONSO FLORES TORRES no cuestiona la existencia de una cláusula arbitral en el Contrato de Servicios Comerciales celebrado –según su posición– únicamente entre CLARO y GLOBAL, pero afirma categóricamente que él no suscribió ese contrato, sino sólo un documento que contenía una cláusula por la cual se constituyó fiador de GLOBAL por las obligaciones que ésta asumiera frente a CLARO producto del contrato.

UNDÉCIMO: El meollo del asunto estriba, entonces, en determinar si en realidad, las dos páginas que contienen la Cláusula Adicional por la cual el señor DIEGO FLORES TORRES se constituyó fiador de GLOBAL, fueron siempre parte integrante del contrato celebrado entre esta última y CLARO, formando un solo acto jurídico, de tal suerte que así fueron presentadas al recurrente, quien prestó su consentimiento no sólo a la parte que lo constituía como fiador, sino también a todas y cada una de las cláusulas del contrato, incluida la arbitral; o, si por el contrario, aquellas páginas

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia, Biblioteca de Arbitraje (Volumen I), Perú, Palestra, 2006, pp. 39 y 48.

PODER JUDICIAL
MARTHA DEL ROSARIO MATOS CUECANO
SECRETARIA
Comercio y Turismo

en realidad son un documento distinto al contrato, las cuales fueron presentadas al señor DIEGO FLORES TORRES para su firma -como él lo alega- al margen del contrato principal, que fue firmado sólo por GLOBAL y CLARO. No cabe duda que de optar por lo último, no existiría convenio arbitral que justificara la incorporación forzosa del recurrente al proceso arbitral, debiendo declararse nulo el laudo por inexistencia de convenio arbitral que lo sustente; mientras de ser lo primero, el recurso debería desestimarse.

DUODÉCIMO: Pues bien, luego de analizar detenidamente la integridad del *Contrato de Servicios Comerciales* y la denominada "**CLÁUSULA ADICIONAL: CONSTITUCIÓN DE FIANZA PERSONAL**", obrantes en copia certificada de fojas cincuenta a ciento cincuenta y nueve, este Superior Colegiado considera que, en efecto, tal como lo alega el recurrente, el *Contrato de Servicios Comerciales* fue celebrado únicamente entre GLOBAL y CLARO, y el documento denominado "**CLÁUSULA ADICIONAL: CONSTITUCIÓN DE FIANZA PERSONAL**" no fue firmado por él como parte integrante del contrato principal, sino como uno independiente y particular, que le fue presentado y fue entendido por él como independiente de aquel. Ello por las siguientes razones:

- a. El *Contrato de Servicios Comerciales* se encuentra redactado en el siguiente orden: primero una introducción y, luego, una serie de cláusulas identificadas consecutivamente desde la primera hasta la vigésima quinta; empero, la cláusula de fianza no guarda armonía con este orden, pues no mantiene la correlación de las cláusulas anteriores, sino que adopta una denominación totalmente distinta de **CLÁUSULA ADICIONAL**, sin que ese término se encuentre justificado.

PODER JUDICIAL

por circunstancia alguna, si se entiende que desde un inicio formó parte del contrato principal y las partes celebrantes eran siempre tres: GLOBAL, CLARO y el recurrente. Creemos que de haber sido parte integrante del contrato principal desde un inicio, la Cláusula de Fianza debería haber guardado el orden de las demás y no tener una denominación absolutamente distinta, además de haber sido redactada en una página distinta cuando existía espacio para hacerlo en la última parte del contrato principal. Este hecho –apreciado conjuntamente con los demás descritos a continuación– hacen presumir a este Colegiado que la CÁUSULA ADICIONAL no fue parte originaria del contrato, sino un documento independiente agregado luego por CLARO al contrato original.

- b. El Contrato se encuentra firmado en la totalidad de sus páginas por el representante de GLOBAL, sin embargo, no sucede lo mismo en relación al señor DIEGO FLORES TORRES, sin justificación alguna tampoco para ese hecho. En el caso de CLARO, la ausencia de su firma en cada página es comprensible, porque en nuestro medio es común que las empresas que redactan los contratos por adhesión no los firmen en el momento de su suscripción, sino sólo los adherentes; pero en cuanto a DIEGO FLORES TORRES, no se justifica que no se le haya pedido también colocar su firma en cada página del contrato si éste se le presentaba en su totalidad y se pretendía que estuviera de acuerdo con cada una de las cláusulas de él. Este es, a nuestro criterio, un indicio más de que el documento por el cual se constituyó

PODER JUDICIAL

fiador de GLOBAL fue presentado al recurrente independientemente y fue suscrito por éste de esta forma.

c. De otro lado, si la integridad del contrato fue aceptado también por DIEGO FLORES TORRES no existiría explicación para que al final de la totalidad del contenido del contrato, incluyendo los distintos anexos de él (fojas ciento cincuenta y nueve), sólo obren firmas de GLOBAL y CLARO, pero no de aquel, pues estas serían sólo firmas redundantes y, en todo caso, deberían tener también la del recurrente. Para nosotros, esta circunstancia hace presumir también que la totalidad del Contrato original fue celebrado únicamente entre GLOBAL y CLARO, y la denominada Cláusula de Fianza fue un acuerdo distinto que luego fue adherido al principal, sin que la voluntad de DIEGO FLORES TORRES fuera consentir la totalidad de las cláusulas de este último.

d. Finalmente, si bien en el acápite 1 de la Cláusula Adicional de fianza, el fiador (DIEGO FLORES TORRES) declara conocer íntegramente todas y cada una de las estipulaciones contenidas en el contrato principal, teniendo conciencia de los alcances de cada una de las obligaciones asumidas por GLOBAL en él, esta manifestación se limita sólo a aseverar el conocimiento, mas no la aceptación ni la participación en el acuerdo de GLOBAL y CLARO. Además, el documento denominado "CLÁUSULA ADICIONAL: CONSTITUCIÓN DE FIANZA PERSONAL" establece claramente, en su acápite 4, la posibilidad de CLARO de recurrir a la vía judicial para accionar contra el fiador, disposición contractual que es absolutamente contradictoria con el convenio arbitral

PODERADO
[Firma]

contenido en el contrato principal; por lo cual lo más conveniente es entender que el ahora recurrente suscribió la denominada Cláusula de Fianza sin intención alguna de pactar un convenio arbitral ni adherirse a las Cláusulas del Contrato de Servicios Comerciales.

Ahora, si bien la parte introductoria del Contrato de Servicios Comerciales suscrito por GLOBAL y CLARO señala como una de sus partes a DIEGO FLORES TORRES, esto no puede implicar *per se* la participación de éste último en aquel, pues diga lo que diga ese documento, mientras la persona allí mencionada no preste su consentimiento con cada uno de los términos del acto jurídico, no puede verse obligado a cumplir ninguno de ellos; y en este caso, por las razones que ya hemos referido, lo cierto es que DIEGO FLORES TORRES nunca consintió los términos del Contrato de Prestación de Servicios, sino sólo adoptó la obligación, por un acto independiente, de constituirse fiador de las obligaciones asumidas en él por GLOBAL frente a CLARO.

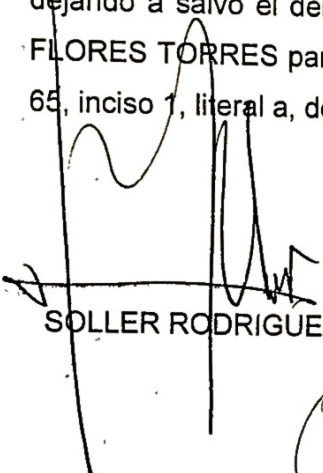
DÉCIMO TERCERO: Así las cosas, de todos los indicios antes reseñados, podemos afirmar, en aplicación de los artículos 276°, 277° y 281°, que en efecto, DIEGO FLORES TORRES no aceptó la totalidad de Cláusulas contenidas en el Contrato de Servicios Comerciales y, entre ellas, el Convenio Arbitral acordado entre GLOBAL y CLARO para resolver las controversias que pudieran surgir a raíz del contrato. En consecuencia, no existe un convenio arbitral que justifique su incorporación forzada al proceso arbitral del cual proviene el laudo arbitral cuestionado, debiendo declararse la nulidad de éste según la causal contenida en el artículo 63°, inciso 1, literal a, del Decreto Legislativo N° 1071.

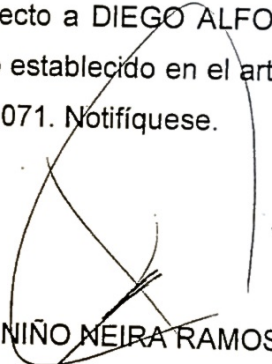
PODER JUDICIAL

MARIA DEL ROSARIO MATOS GUZMAN
SECRETARIA

Por cuyas razones:

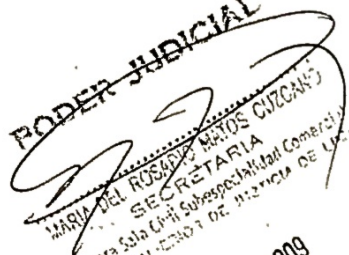
DECLARAMOS FUNDADO el recurso de anulación de laudo arbitral, formulado por DIEGO ALFONSO FLORES TORRES y, en consecuencia, **NULO** el Laudo Arbitral de Derecho expedido el diecinueve de diciembre de dos mil ocho, por el árbitro único ENRIQUE CUBA BUSTINZA, en el proceso arbitral seguido por AMERICA MOVIL PERU S.A.C. (en adelante CLARO) con GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS S.A.C. (en adelante GLOBAL) y el ahora recurrente, tramitado en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, con número de expediente arbitral 1333-106-2007. Además, **ordenamos** al árbitro único la renovación del arbitraje desde el momento en que se incurrió en el vicio que provocó su invalidez; dejando a salvo el derecho de CLARO respecto a DIEGO ALFONSO FLORES TORRES para actuar conforme a lo establecido en el artículo 65, inciso 1, literal a, del Decreto Legislativo 1071. Notifíquese.


SOLLER RODRIGUEZ


NIÑO NEIRA RAMOS


LA ROSA GUILLÉN

SR/ean

PODER JUDICIAL

MARIA DEL ROSARIO MENDOZA GUZMAN
SECRETARIA
Primera Sala Civil Subsección Judicial Comercial
Calle 511-2207 DE INDEPENDENCIA DE LIMA
21 DEC 2009



SUNARP
SUPERINTENDENCIA NACIONAL
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
N° Partida: 11846972

**INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS
GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS SAC**

REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS
RUBRO : CONSTITUCION
A00001

Por Escritura Pública del 08.02.2006 otorgada ante Notario de Lima Dr. Ricardo Ortiz de Zavallos Villarán.

SOCIOS FUNDADORES Y APORTES:

- 1.- Wilfredo Italo Martín Fernández Origgi, casado con Ruth Adriana Barrera Taboada, suscribe 40 acciones.
- 2.- Alfredo Agustín Toso Marchena, casado con Giovanna Ayvar Hermosa, suscribe 10 acciones.

OBJETO: (Art.)

Prestación de servicios generales para la transmisión de sonidos, imágenes, datos y otros tipos de información por cable, estaciones de difusión y retransmisión, y satélite. Se incluyen las comunicaciones telefónicas, telegráficas, internet y por telex. Los indicados servicios incluyen actividades de telecomunicaciones en locutorios públicos. Asimismo, el objeto de la sociedad incluye la venta de equipos y materiales relacionados a servicios de telecomunicaciones, internet, telefonía y similares...

Fecha de iniciación de las operaciones: Fecha del Pacto social

Duración: Indefinida

Domicilio: Lima, pudiendo establecer sucursales en cualquier lugar del país o del extranjero.

CAPITAL SOCIAL: S/. 500.00 Nuevos Soles, dividido en 50 acciones nominativas de S/. 10.00 nuevo (s) sol (es) cada una, pagado Totalmente.

RÉGIMEN DE LA JUNTA GENERAL : El Quórum y adopción de acuerdos es conforme a los Arts. 125°, 126° y 127° de la Ley General de Sociedades. La convocatoria a Juntas Generales se realizará en la forma prescrita en el Art. 116 y 245° de la Ley General de Sociedades.

La sociedad no tendrá directorio

La Junta Obligatoria Anual se reunirá dentro del primer trimestre de cada año, tiene por objeto Pronunciarse sobre la gestión social y los resultados económicos del ejercicio anterior expresados en los estados financieros del ejercicio anterior; resolver sobre la aplicación de las utilidades, si las hubiera; resolver sobre la aplicación de utilidades si las hubiera; designación de auditores externos, cuando corresponda y resolver sobre los demás asuntos que le sean propios conforme al estatuto y sobre cualquier otro consignado en la convocatoria. **Compete asimismo a la Junta General:** modificar el estatuto; aumentar o reducir el capital social; emitir obligaciones; Acordar la enajenación, en un solo acto, de activos cuyo valor contable exceda el cincuenta por ciento del capital de la sociedad, Disponer investigaciones y auditorías especiales; Acordar la transformación, fusión, escisión, reorganización y disolución de la sociedad, así como resolver sobre su liquidación y Resolver en los casos en que la ley o el estatuto dispongan su intervención y en cualquier otro que requiera el interés social.

RÉGIMEN DE LA GERENCIA : La sociedad tendrá uno o más Gerentes nombrados por la Junta General de Accionistas / Directorio.

Facultades:

- a.- Organizar y dirigir la sociedad...
- b.- Nombrar a otros gerentes y demás funcionarios...
- c.- Vender, enajenar, permitir o transferir en cualquier otra forma, permitidas por las leyes comunes y especiales, los valores, bienes muebles o inmuebles de la sociedad...
- d.- Comprar toda clase de valores bienes muebles o inmuebles...
- e.- Otorgar, fianzas, avales, prendas o hipotecas o cualquier otro gravamen sobre los bienes de la sociedad.



SUNARP

SUPERINTENDENCIA NACIONAL
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
N° Partida: 11846972

**INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS
GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS SAC**

f.- Celebrar contratos de arrendamiento, subarrendamiento y leasing, depósito, comodato, fideicomiso y mutuo... Asimismo, celebrar contratos de préstamos con la entidades bancarias...
g.- Abrir y cerrar cuentas corrientes y realizar operaciones de créditos documentarios y demás operaciones bancarias...
h.- Firmar y endosar conocimientos de embarque, warrants, certificados de depósito y demás documentos mercantiles.
j.- Otorgar poderes en favor de cualquier persona; de manera especial o general.
l.l.- Representar a la sociedad en procesos judiciales o fuera de ellos quedando investido con las facultades generales del art. 74 del CPC y especiales del art. 75 del CPC...
U. El gerente podrá endosar y cobrar cheques girados a nombre de la empresa en la ventanilla del bco. pagador.
V.- Delegar o sustituir en una o más personas parte o la totalidad de las atribuciones establecidas en el presente artículo...

ESTADOS FINANCIEROS Y APLICACIÓN DE UTILIDADES : Según los Arts 221° y siguientes de la L.G.S.

Régimen para la Disolución y Liquidación de la Sociedad : Según L.G.S.

Se nombra como:

GERENTE GENERAL a : Wilfredo Italo Martin Fernandez Ongel con DNI 09838608

Gerente Administrativo a: Alfredo Agustin Toso Marchena con DNI 09535592

El título fue presentado el 09/02/2006 a las 03:23:30 PM horas, bajo el N° 2006-00072879 del Tomo Diario 0472.
Derechos S/. 108.00 con Recibo(s) Numero(s) 00012520-08 -LIMA, 10 de Febrero de 2006.

D.L. MARIELLA VILELA GUEVARA
Registrador Público
ORLC

Zona Registral N° IX - Sede Lima
PUBLICIDAD
ZONAL CERCADO DE LIMA

17 JUN. 2010

ENTREGADO



SUNARP

SUPERINTENDENCIA NACIONAL
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
N° Partida: 11846972

**INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS
GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS S.A.C.**

REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS

RUBRO : OTRAS INSCRIPCIONES

D00001

Rectificación.

Consta del Título Archivado N° 72879 de fecha 09.02.2006, que diera origen al asiento A0001 que antecede que el sr. Wilfredo Italo Martín Fernandez Origg, Gerente General de la sociedad, se identifica con el D.N.I. N° 00868308 y no como se indicara erróneamente.

Queda de esta manera rectificado dicho asiento de conformidad con lo previsto por el Reglamento General de los Registros Públicos.

El título fue presentado el 10/04/2006 a las 11:57:15 AM horas, bajo el N° 2006-00180301 del Tomo Diario 0474. Derechos S/0.00 con Recibo(s) Numero(s) 00015083-06-LIMA, 11 de Abril de 2006.

Mery Luz Mendoza Galvez
MERY LUZ MENDOZA GALVEZ

Registrador Público

OREG

Zona Registral N° IX - Sede Lima
PUBLICIDAD
ZONAL CERCADO DE LIMA

17 JUN. 2010



SUNARP

SUPERINTENDENCIA NACIONAL
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
N° Partida: 11846972

**INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS
GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS S.A.C.**

REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS

**RUBRO : NOMBRAMIENTO DE MANDATARIOS
C00001**

Por Junta General de fecha 31.05.2006 se acordó: 1) **REVOCAR** al señor **ALFREDO AGUSTÍN TOSO MARCHENA** como Gerente Administrativo de la sociedad, así como las facultades conferidas. 2) Aceptar la **renuncia** del señor **WILFREDO ITALO MARTÍN FERNÁNDEZ ORIGGI** como Gerente General, revocándole todos los poderes otorgados a su favor por la sociedad. 3) Designar como nuevo **GERENTE GENERAL** de la sociedad con efectos a partir del 04 de Junio del 2006, al señor **ALFREDO AGUSTÍN TOSO MARCHENA** con DNI N°09535592, quien ejercerá a sola firma las facultades y poderes que señala el Art. 24° del estatuto social.

Así consta de la Copia Certificada expedida por el Notario Eduardo Laos De Lama con fecha 03.06.2006 en la ciudad de Lima. El acta de Junta General corre a fojas 03-04 del Libro de Actas de accionistas N°01 legalizado con fecha 21.04.2006 bajo el Número 030149 ante el mencionado Notario. El título fue presentado el 05/06/2006 a las 10:17:03 AM horas, bajo el N°2006-00280012 del Tomo Diario 0476. Derechos S/.52.00 con Recibos N°0037709-07 y 0045853-05.- LIMA, 16 de Junio de 2006.

MARIA YOLANDA ZAELANA BRICEÑO
Registrador Público
ZONA REGISTRAL N° IX - SEDE LIMA

zona Registral N° IX - Sede Lima
PUBLICIDAD
ZONAL CERCADO DE LIMA

17 JUN. 2010

 SUNARP SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PÚBLICOS	ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA OFICINA REGISTRAL LIMA N° Partida: 11846972
	INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS S.A.C.

REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS
RUBRO : NOMBRAMIENTO DE MANDATARIOS
C00002

Por Junta General de Accionistas de fecha 27-10-2006 se acordó aceptar la renuncia al cargo de Gerente General del Sr. Alfredo Agustín Toso Marchena y nombrar como nuevo Gerente General a partir del 28-10-2006 al Sr. **DIEGO ALFONSO FLORES TORRES** CON C.E. N° 000080503, quien ejercera a sola firma las facultades y poderes, que señala el artículo vigésimo del estatuto social. Libro de actas N° 01 legalizado ante notario **EDUARDO LAOS DE LAMA**, el 21-04-2006, bajo el numero 030149.- Así consta en copia certificada del 13-11-2006 otorgada ante notario **EDUARDO LAOS DE LAMA**. El título fue presentado el 23/11/2006 a las 03:35:08 PM horas, bajo el N° 2006-00577394 del FonoDiario 8481.Derechos S/.36.00 con Recibo(s) Numero(s) 00095443-08.-LIMA, 28 de Noviembre de 2006.

INES VIALTA PAUCAR
Registrador Público
Zona Registral N° IX - Sede Lima

Copia Certificada
Sin Inscripciones Pendientes de Inscripción
Y Títulos Suspendidos y/o Pendientes de Inscripción
Hora : 8:00 AM

ona Registral N° IX - Sede Lima
PUBLICIDAD
ZONAL CERCADO DE LIMA

17 JUN. 2010

ENTREGADO



SUNARP

SUPERINTENDENCIA NACIONAL
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
N° Partida: 11846972

**INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS
GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS S.A.C.**

REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS

RUBRO : NOMBRAMIENTO DE MANDATARIOS

C00003

Por Junta Universal de Accionistas del 12.05.2008 se acordó lo siguiente:

- **Aceptar la renuncia** al cargo de Gerente General de la empresa Diego Alfonso Flores Torres.
- **Nombrar como nuevo Gerente General** de la empresa a **RICARDO CORNEJO MORILLO**, DNI N° 09872453.
- Designar como **Apoderado** a **Ernesto Adrian Nuñez Puente**, DNI N° 10771679, quien ejercerá dicho cargo a partir de la fecha con las siguientes facultades y atribuciones.

1. Representar a la Sociedad en toda clase de Procesos Judiciales, Proceso de Conocimiento, Proceso Abreviado, Proceso Sumarísimo, Proceso Cautelar, Proceso de Ejecución, Procesos Laborales, Procesos sometidos a cualquier otra clase de procedimientos cualquiera que fuere su denominación o trámite, como demandante, demandado o tercerista, cualquiera que fuere el monto de las demandas que interponga en procesos en todas sus instancias, hasta la corte suprema si fuere el caso, hasta su total y completa terminación, pudiendo presentar toda clase de recursos previstos en el Código Procesal Civil o disposiciones de Procesos Privativos vigentes en el país o que en el futuro se creen gozando de las facultades generales y especiales del mandato contenidas en los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil, y cualquier otra facultad prevista en los Procesos Especiales, pudiendo contestar demandas nuevas, ofrecer pruebas, y de manera especial en todos los procesos en que la empresa sea demandante, demandado o tercerista, para que pueda prestar confesión o declaración de parte, presentarse en las audiencias y para practicar los demás actos, reconocer documentos, allanarse a las demandas, desistirse de las demandas que pudiera tener establecidas o de las demandas que se interpongan en su nombre, transigir o conciliar en el proceso e interponer todos los recursos ordinarios y extraordinarios previstos en el Código Procesal Civil tales como: reposición, apelación, casación, queja; asimismo podrá solicitar toda clase de medidas cautelares, ampliarlas y/o modificarlas y/o sustituirlas y/o desistirse de las mismas; así como ofrecer contracautela, sustituir o delegar este poder en todo o en parte en persona de su confianza reasumiéndolo cuando lo estime conveniente.

Dichas facultades se entienden otorgadas para todo el proceso, incluso para la ejecución de sentencia y el cobro de costos y costas.

2. Representar a la sociedad ante todo tipo de Procesos Arbitrales, ya sea como demandante; demandado o tercero, con todas las atribuciones señaladas en la Ley General de Arbitraje N° 26572, o los Reglamentos de los Centros Arbitrales existentes a nivel Nacional, en especial del Centro de Arbitraje de la Cámara Comercio de Lima, otorgándole todas las facultades contenidas en el punto anterior (Arts. 74° y 75° del C.P.C.) en lo que fuere pertinente.

3. Representar a la sociedad en toda clase de Procesos Penales, con las facultades específicas de denunciar, constituirse en parte civil, prestar instructiva, preventiva

Zona Registral N° IX - Sede Lima
PUBLICIDAD
ZONA CERCADO DE LIMA

17 JUN. 2010



SUNARP

SUPERINTENDENCIA NACIONAL
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA
OFICINA REGISTRAL LIMA
N° Partida: 11846972

**INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES ANONIMAS
GLOBAL INTERNET COMMUNICATIONS S.A.C.**

y testimoniales, pudiendo acudir a nombre de la empresa ante las autoridades policiales, judiciales sin restricción.

4. Asumir la representación de la empresa especialmente ante procedimientos laborales, ante el Ministerio de Trabajo y juzgados y salas especializadas de trabajo..

5. Representar a la empresa ante los poderes del estado, instituciones nacionales, extranjeras y todo tipo de autoridades civiles administrativas, policiales y militares.

6. Representar a la empresa ante toda clase de autoridades administrativas de gobierno central, gobiernos locales, gobiernos regionales, municipalidades, organismos descentralizados de desarrollo, instituciones autónomas... pudiendo iniciar toda clase de expedientes administrativos cualquiera fuera la naturaleza de tales tramites...

7.- Tendrá amplias facultades para sustituir o delegar total o parcialmente, cuantas veces lo considere conveniente, las facultades que por este instrumento se le confieren, revocando las delegaciones que pudiere haber efectuado, reasumiendo las facultades respectivas...

Libro de Actas de Accionistas N° 01 (fs. 07, 08 y 09) legalizada ante Notario de Lima Dr. Eduardo Laos De Lama el 21.04.06 y registrada bajo el N° 030149. Así consta de las COPIAS CERTIFICADAS expedidas ante Notario de Lima J. Antonio Del Pozo Valdez con fecha 09.05.2008.

El título fue presentado el 12/05/2008 a las 11:19:40 AM horas, bajo el N° 2008-00303861 del Tomo Diario 0492. Derechos cobrados S/.58.00 nuevos soles con Recibo(s) Número(s) 00002338-12 00002680-14.- LIMA, 23 de Mayo de 2008.

INES VILLALTA PAUCAR
Registrador Público
Zona Registral N° IX - Sede Lima

Zona Registral N° IX - Sede Lima
PUBLICIDAD
ZONA REGISTRAL DE LIMA
17 JUN. 2010
ENTREGADO



CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
SEGUNDA SALA CIVIL CON SUBESPECIALIDAD COMERCIAL

AUTO

EXPEDIENTE 09534-2009-27

RESOLUCIÓN CUATRO

Lima, 15 de marzo de 2012.-

Observando las formalidades previstas por ley, vista la causa el 15 de marzo de 2012 e interviniendo como ponente la Jueza Superior **Jiménez Vargas-Machuca**, esta Sala Civil Subespecializada en lo Comercial emite la presente resolución.

I. EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS:

AUTO FINAL APELADO.- Es materia de apelación por parte de Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros el auto emitido mediante resolución 07¹ de fecha 16 de setiembre de 2011 que declaró fundada la excepción de convenio arbitral y, en consecuencia nulo todo lo actuado e improcedente la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN.- Argumentos del recurso²:

- i. El codemandado, don Hernán Sanabria Sotelo, ha confundido el derecho de subrogación de la recurrente respecto del pago que por cuenta del Consorcio efectuó en virtud del contrato de fianza.

De ese modo, según el señor Sanabria, por efecto de la subrogación la recurrente pasaría de ser garante a ser parte de la relación jurídica material, por lo que le alcanza el convenio arbitral suscrito en la relación jurídica material entre ellas, lo cual es totalmente erróneo.

- ii. Mapfre no fue parte contratante en el citado contrato de obra en el que se pactó el convenio arbitral y no le alcanza la *ratio legis* del artículo 14 de la Ley de Arbitraje.

II. ANÁLISIS:

UNO.- De acuerdo al artículo 13.1 de la Ley de Arbitraje (LA), el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

¹ Págs. 279 a 282.

² Págs. 289 a 301.

De ese modo, se crea la obligación de las partes de someter sus controversias (de acuerdo a lo pactado) a la competencia de un tribunal arbitral, en cuyo caso se produce una renuncia implícita a la jurisdicción de los tribunales judiciales, los cuales no podrán conocer las controversias sometidas a la jurisdicción arbitral.

DOS.- En el presente caso, Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros (Mapfre) demandó en la vía del proceso de conocimiento³ a Consorcio Lima, Corporación Terranova Edificaciones SAC, Ortiz Rey Ingenieros SA Sucursal Perú, Assistance & Construction Contratistas Generales SAC y don Hernán Sanabria Sotelo, a fin de que le paguen en forma solidaria la suma de S/. 5'840,000.00 nuevos soles, más costas, costos e intereses legales devengados desde la fecha de ejecución de la Carta Fianza 68-01001192-05 y Carta Fianza 68-01001193-05.

Refiere que Corporación Terranova Edificaciones SAC, Ortiz Rey Ingenieros SA Sucursal Perú, Assistance & Construction Contratistas Generales SAC y don Hernán Sanabria Sotelo conformaron el Consorcio Lima para celebrar un contrato de obras con la empresa SEDAPAL ("Instalación de un colector de alivio del colector de circunvalación - Distrito de Chorrillos") el 07 de diciembre de 2007.

Para suscribir el referido contrato, los demandados solicitaron a Mapfre (antes Latina Compañía de Seguros y reaseguros SA) la emisión de una garantía personal (carta fianza) a favor de Sedapal que se renueve y/o ejecute al solo requerimiento de ésta. Se emitieron las citadas cartas fianza, las cuales fueron ejecutadas a solicitud de Sedapal el 04 de mayo de 2009. Dado que los integrantes del consorcio responden solidariamente del incumplimiento del contrato de obra con la entidad (ahora Mapfre por el efecto subrogatorio), se ha planteado la demanda contra todos ellos.

- Por escrito presentado con fecha 07 de junio de 2010 el codemandado señor Sanabria Sotelo deduce excepción de convenio arbitral. Señala que el contrato celebrado entre Sedapal y el Consorcio contiene cláusula arbitral, y que al haber surgido una discrepancia entre ambas respecto del cumplimiento del contrato, se sometieron a un arbitraje de derecho. De ese modo, al haberse Mapfre subrogado en los derechos de Sedapal en dicha relación obligacional, y existiendo una medida cautelar concedida por el tribunal arbitral ordenando mantener vigentes las cartas fianza durante el proceso arbitral, Mapfre se encuentra bajo los alcances del convenio arbitral.

- Por resolución 07 de fecha 16 de setiembre de 2011 (materia de la presente apelación), el Sr. Juez A quo declaró fundada la excepción por considerar que el tribunal arbitral será el que decida sobre su propia competencia (competencia de la competencia) de acuerdo al art. 41.1 LA, y además por cuanto la subrogación de Mapfre respecto de Sedapal es una pretensión que se deriva del contrato entre Sedapal y el Consorcio.

³ Demanda en pág. 89 y ss.

Para reforzar su posición, el Juez hace una referencia bibliográfica en la que se comenta la segunda parte del art. 14 LA, con un ejemplo de contrato de seguro en el que el beneficiario es una persona distinta al asegurado.

TRES.- El Juez declaró fundada la excepción por considerar que, de acuerdo al principio de competencia de la competencia, el tribunal arbitral será el que decida sobre su propia competencia, de acuerdo al art. 41.1 LA.

Al respecto, el principio competence-competence, recogido en el artículo 41.1 LA, consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral, conocida como el efecto positivo del principio, pero ello es **cuando la excepción o el cuestionamiento de la competencia de los árbitros se deduce dentro de un proceso arbitral**, lo que indiscutiblemente no ha ocurrido en este caso.

En tanto, el llamado efecto negativo -por un sector de la doctrina, recogido de la vertiente francesa- del citado principio se encuentra regulado por el art. 16 LA: **en las demandas judiciales, al deducirse la excepción de convenio arbitral**, luego de un examen del convenio arbitral, **los tribunales estatales (u ordinarios), en caso la declaren fundada, deben remitir a las partes al arbitraje.**

Resulta de una obviedad manifiesta que el presente supuesto se enmarca en el previsto por el art. 16 LA y no por el 41 LA, por cuanto esta demanda se ha planteado en sede judicial y aquí se ha deducido la excepción.

CUATRO.- El artículo 14 LA.

4.1 El artículo 14 LA establece la extensión del convenio arbitral:

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

Esta norma, inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL con los aportes de la versión 2006, tiene como rasgo principal una mayor flexibilidad al espectro de cobertura del convenio arbitral, dejando de lado la anterior concepción rígida en la que aquél únicamente se extendía a quienes lo habían suscrito (por escrito, como formalidad solemne) y a lo que expresamente se había pactado. Así, este numeral permite incluir a quienes han consentido en su contenido sin haberlo suscrito.

4.2 Ahora bien, es preciso no incurrir en interpretaciones erróneas, dado que no se trata propiamente de terceros sino de **partes** que no han firmado el convenio pero que son incorporados por su participación mediante actos distintos que configuran un consentimiento tácito al mismo, por lo que el intérprete debe evaluar la existencia de tal consentimiento.

Esto incluye a quienes pretendan derivar algún beneficio o derecho del contrato sometido a cláusula arbitral (como el caso del beneficiario del contrato de seguro – sujeto por las partes a arbitraje-, quien si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de dicho contrato)⁴.

En ese sentido, se ha precisado lo siguiente:

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

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria⁵

4.3 Esto es consistente con la sentencia del Tribunal Constitucional, que distingue –para efectos de la legitimidad para obrar en los procesos de amparo arbitral como de anulación de laudo arbitral– los terceros ajenos por completo al convenio arbitral, de las personas a que se refiere el artículo 14 LA (a quienes si bien también llama terceros, los diferencia de los primeros):

“21. No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos:

a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

⁴ Ejemplo citado por el Juez A quo, y que configura un supuesto distinto al de este proceso, por lo que no le es de aplicación.

⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Extensión del convenio arbitral. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje (Coordinadores Dres. Soto Coaguila y Bullard González). T. I, Lima, Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 202 a 203.

b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.° 1071." (énfasis agregado).

CINCO.- En el presente caso, es menester verificar si el convenio arbitral se extiende a Mapfre, considerando su posición jurídica respecto a la relación obligacional entre Sedapal y el Consorcio.

SEIS.- Laudo arbitral.

6.1 En el proceso arbitral se incorporó a las pretensiones de Consorcio el pago de la suma de S/. 5'840,000.00 nuevos soles por concepto de indemnización por daños y perjuicios (recientemente originados) por la presunta indebida ejecución de las cartas fianzas de adelantos que el contratista (Consorcio) presentó en su oportunidad, lo que fue fijado como tercer punto controvertido.

En dicho proceso se ordenó a Mapfre que se abstenga de ejecutar otra carta fianza (garantía de fiel cumplimiento) en tanto se encuentre en trámite el proceso arbitral.

6.2 Con fecha 22 de julio de 2011 el Tribunal Arbitral emitió laudo de derecho⁶, en el que declaró fundada la referida pretensión, señalando lo siguiente en la parte considerativa:

"Como se puede apreciar del escrito presentado por el Contratista, en donde se establecen las cuantías de las pretensiones, la llamada indemnización a la que hace referencia el Contratista en esta pretensión, se encuentra relacionada con la devolución del monto íntegro cobrado por SEDAPAL, por concepto de las Cartas Fianza ejecutadas.

En tal sentido, corresponde que el Tribunal Arbitral declare fundada esta pretensión, y que corresponde ordenar el pago de la indemnización por la indebida ejecución de las Cartas Fianza de Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales a favor del Consorcio Lima, ascendente a la suma de S/. 5'840,000.00 nuevos soles. Cabe precisar que el mencionado monto a pagar por la empresa SEDAPAL corresponde al monto las Cartas Fianza de Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales, ejecutadas indebidamente por parte de SEDAPAL, y que la devolución de este monto servirá para volver a instaurar las mencionadas garantías que deberán ser renovadas por el Consorcio Lima durante la ejecución y posterior culminación del Contrato, pues ya se ha

establecido que la resolución de contrato practicada por SEDAPAL no tiene efecto alguno.

Nótese que esta situación deviene del hecho concreto y real del fallo emitido por este Colegiado en los puntos controvertidos anteriores, pues habiéndose dictaminado que el Expediente Técnico se encuentra aprobado, y además habiéndose declarado la ineficacia y nulidad de la resolución del contrato por parte de SEDAPAL, tenemos que la consecuencia directa de ello es que dicho contrato recobra su vigencia y que, entonces, corresponde a ambas partes cumplir con las obligaciones a su cargo, con lo cual resulta imperioso que el Consorcio recupere los montos indebidamente ejecutados de sus cartas fianzas, ya que no existían motivos para que se proceda de esa manera, y con ello generar nuevamente estas cartas fianzas para que cumplan con su cometido, esto es resguardar y proteger a la Entidad respecto del monto dinerario entregado para la ejecución del contrato materia de controversia, así como frente a los materiales e insumos dados.”

De ese modo manifestó en la parte resolutiva:

“NOVENO.- ORDENAR a la empresa de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - SEDAPAL, el pago de la indemnización al Consorcio Lima ascendente a la suma de S/. 5'840,000.00 (cinco millones ochocientos cuarenta mil y 00/100 nuevos soles), por indebida ejecución de las Cartas Fianza de Adelanto Directo y de Adelanto de Materiales, precisándose que para que se pueda reactivar la ejecución del Contrato N° 381-2007-SEDAPAL, el Consorcio Lima deberá tener vigentes dichas garantías.”

SIETE.- Las Cartas Fianza.

Las cartas fianza sub litis, emitidas a solicitud de Consorcio Lima, tienen las siguientes características⁷: irrevocable, solidaria, incondicionada, de realización automática y sin beneficio de excusión, a favor de Sedapal.

En primer lugar, se debe distinguir este tipo de fianza de la fianza contractual del Código Civil, que supone una relación obligacional de las reguladas por el Código Civil y en la que, de surgir el conflicto, el fiador puede ser demandado en un proceso en el que podrá defenderse y contradecir la pretensión. Es decir, se encuentra inmerso en esa relación obligatoria, formando parte de la misma por su carácter de accesoriedad.

Por su parte, la carta fianza (proveniente de una entidad crediticia) tiene una naturaleza propia y muy distinta: sus características de incondicionalidad y realización automática la alejan por completo de la lógica obligacional anterior y la

⁷ Págs. 213 y 214.

⁸ Págs. 43 y 44.

colocan en una dinámica diferente, en la que la entidad crediticia -que emite la carta fianza- no puede discutir ni objetar el requerimiento, ni siquiera puede averiguar el porqué del mismo, sino limitarse a entregar el dinero cual si de una orden de pago directa se tratara. Así, la relación entre Consorcio y Sedapal le resulta ajena por completo.

Es una entidad de crédito que se encuentra supervisada por la SBS y que cumple una función vital en la contratación de obras de cierto alcance, siendo las cartas fianza un instrumento necesario que es regulado por su propia normativa a efecto de no entorpecer el desarrollo de las actividades económicas que garantiza.

Por ello, en las cartas fianza se hace mención de la Ley General del Sistema Financiero y de Seguros, así como a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, siendo su única referencia al Código civil el art. 1898 (que regula la fianza a plazo determinado, estableciendo que de vencerse éste sin requerimiento del acreedor, el fiador queda liberado).

OCHO.- De ese modo, al pedir el cliente (en este caso, el Consorcio) a Mapfre la emisión de la carta fianza a favor de Sedapal, la entidad crediticia cumplió con el requerimiento emitiendo dicho instrumento y sin involucrarse en la relación obligatoria, debiendo solo asegurarse de que su cliente (Consorcio) tenga suficiente respaldo para recuperar el pago, en caso Sedapal ejecutase las cartas.

En consecuencia, por la naturaleza y función de las cartas fianza en el sistema financiero y contractual, y por la relación entre la entidad crediticia y su cliente, puede concluirse que la participación de Mapfre no configura el supuesto del artículo 14 LA, pues no es parte ni signataria del contrato celebrado entre Consorcio Lima y Sedapal, sino tercero ajeno a la misma, no pudiendo, por tanto, inferirse bajo ningún punto de vista una voluntad tácita de adherirse al convenio arbitral, como tampoco obtiene beneficios que se deriven de dicho contrato.

NUEVE.- Lo señalado es más claro cuando se aprecia que ni las partes ni el tribunal arbitral consideraron necesario que Mapfre integrara la relación procesal en el proceso arbitral, aún a pesar de que se incluyó la pretensión que involucraba la ejecución de las cartas fianza.

DIEZ.- Así, Sedapal (de acuerdo al laudo arbitral) deberá devolver a Consorcio, en mérito de la relación obligacional que le vincula con éste, el monto cobrado. De haber sido otra la decisión de los árbitros, Sedapal habría conservado esos montos cobrados.

Y en ambos casos, Mapfre, de modo separado e independiente de la relación y el conflicto entre Sedapal y Consorcio, debe recuperar su dinero exigiéndoselo a Consorcio.

ONCE.- El que Mapfre señale que se ha subrogado en todos los derechos de Sedapal para lograr obtener la restitución de lo que pagó es solo un mecanismo jurídico para articular su pretensión, y no altera la sustancia de las citadas relaciones contractuales, ni implica la renuncia de la entidad crediticia a la tutela jurisdiccional del Estado, como tampoco sometimiento alguno a las cláusulas de contratación ni al convenio arbitral que solo vinculan a las partes del contrato de obra.

DOCE.- Por ende, este Colegiado Superior concluye que el auto traído para ser revisado adolece de errores sustanciales que ameritan su revocación, debiendo en consecuencia declararse infundada la excepción de convenio arbitral deducida.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, impartiendo justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, este Colegiado **RESUELVE:**

- i. **REVOCAR** la resolución 08⁹ de fecha 02 de agosto de 2010 que declaró fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar de los demandados y **REFORMÁNDOLA**, declararla **INFUNDADA**.

En los seguidos por **MAPFRE PERU COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS** contra **ASSISTANCE & CONSTRUCTION CONTRATISTAS GENERALES SAC y otros**, sobre Obligación de Dar Suma de Dinero.

Notifíquese y devuélvase, conforme al artículo 383 del Código Procesal Civil.

LA ROSA GUILLÉN

MARTEL CHANG

JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA

Nº Ref. de Sala : 00073-2012-27
Procedencia : 12º Juzgado Civil con
Subespecialidad Comercial
Juez : Dr. Luciano Cueva Chauca
Especialista : Dr. Marco Antonio Espino Cabezas

LA INEJECUCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

*Fernando Vidal Ramírez**

Sumario: 1. Planteamiento del tema.— 2. Los antecedentes: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.— 3. El convenio arbitral.— 3.1. La capacidad para celebrarlo.— 3.2. La formalidad para su celebración.— 3.3. Su contenido.— 3.4. Oportunidad para su celebración.— 4. La eficacia vinculante del convenio arbitral y su oponibilidad.— 5. La inejecución del convenio arbitral.— 5.1. El régimen legal aplicable.— 5.2. Los casos de inejecución.— 5.2.1. La inejecución por recurrir a la jurisdicción ordinaria.— 5.3. La inejecución en cuanto a la conformación del tribunal arbitral y la designación de los árbitros.— 5.4. La inejecución por no comparecer al proceso.— 6. Consideración final.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El convenio arbitral que ha sustituido a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, fusionándolos, es un acuerdo mediante el cual, quienes lo celebran, deciden someter a la solución arbitral la controversia suscitada entre ellos, o las que se susciten en el futuro, como consecuencia de una relación jurídica, por lo general contractual, que las vincula.

* Ex Presidente y Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Ponencia presentada en el Segundo Congreso Internacional de Métodos Alternos: Arbitraje, Mediación y Evaluación Neutral, realizado en San Juan, Puerto Rico, en el mes de mayo del año 2006.

Se trata de un genuino acto o negocio jurídico que puede ser celebrado de manera especial o estar contenido en un contrato y en relaciones jurídicas estándares, como son las cláusulas generales de contratación y los contratos de adhesión. Además, se ha previsto su inserción en los estatutos de las personas jurídicas, lo que da lugar al denominado «arbitraje estatutario», y aun en los pliegos testamentarios, lo que da lugar al denominado «arbitraje sucesorio».

Cualquiera que sea la modalidad de la existencia del convenio arbitral, su eficacia es vinculante en cuanto a las personas que lo han celebrado, en cuanto a las personas que se han relacionado a la persona jurídica que lo tiene inserto en sus estatutos y para quienes están en la posibilidad de adquirir derechos sobre el patrimonio causado por el autor del pliego testamentario, todas ellas, en la obligación de solucionar sus conflictos de intereses o controversias mediante arbitraje.

El tema que se plantea es el de la inejecución de la obligación surgida del convenio arbitral propiamente dicho, del miembro de la persona jurídica que le ha dado cabida en una de sus normas estatutarias y de aquéllos que devienen en omisos al cumplimiento de la voluntad testamentaria.

2. LOS ANTECEDENTES: LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO ARBITRAL

Como ya hemos advertido, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral fueron integrados a un acto jurídico que recibió el *nomen iuris* de convenio arbitral.

Según los romanistas, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral registran antecedentes en el Derecho Romano. Marrone los destaca como conceptos vinculados al hacer referencia al *compromittere* y al *compromissium*, pero que por este último el *arbiter*

asumía de manera privada la función de juez.¹ Desde entonces, históricamente, en virtud de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, el arbitraje ha tenido presencia como institución jurídica.

En nuestro país, advenida la República, el arbitraje tuvo asiento en su ordenamiento jurídico, siendo reconocido en la Constitución de 1839 y legislado desde la perspectiva procesal, pues tuvo cabida en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851 y luego en el Código de Procedimientos Civiles de 1911 hasta la reforma procesal de 1993. La jurisdicción arbitral tuvo reconocimiento en la Constitución de 1979, primero, y luego reiterado por la vigente desde 1993. De este modo, el arbitraje, en el Perú, ha adquirido una connotación jurídica propia basada en el rol de la voluntad de quienes deciden someter a la decisión arbitral sus conflictos o controversias.

La cláusula compromisoria era una estipulación en virtud de la cual los estipulantes se obligaban a someter a arbitraje los conflictos o controversias que en el futuro podrían surgir entre ellos, sustrayendo de la jurisdicción ordinaria su conocimiento y solución. Se trataba de un convenio pactado con el carácter de preliminar, pues si el conflicto se presentaba, debía celebrarse el compromiso arbitral, que era el convenio definitivo celebrado en cumplimiento de la cláusula compromisoria, en cuya virtud las partes decidían encargar la solución de su conflicto a los árbitros escogidos por ellas.

Cuando una de las partes, suscriptora de la cláusula compromisoria, presentado el conflicto, era renuente a suscribir el compromiso arbitral, cuando el arbitraje era normado por el Código de Procedimientos Civiles, la otra parte podía recurrir al Juez en lo Civil, el cual, mediante un procedimiento sumario imputaba la inejecución y emplazaba a la

¹ MARRONE, Mateo. «Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana, en Roma e América». *Derecho Comune Romano, Revista de Diritto*. Roma, 1999.

parte con apercibimiento de sustituirla en la suscripción del compromiso arbitral y en la designación del árbitro que le correspondía. De este modo, la parte interesada en el arbitraje podía llevar adelante lo que en ese viejo Código se denominaba juicio arbitral.

El Código de Procedimientos Civiles, que ha sido derogado en 1993 al entrar en vigencia el Código Procesal Civil, estableció un precedente importante, pues la inejecución de la obligación de celebrar el compromiso arbitral no se traducía en una indemnización de daños y perjuicios sino en darle viabilidad al derecho de la parte interesada en ventilar y resolver su controversia arbitralmente.

3. EL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral reviste especial relevancia y trascendencia, pues constituye el meollo del arbitraje, pues sin él no puede haberlo. Es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje sus controversias, o ciertas controversias, que surjan, o puedan surgir entre ellas, en relación a un contrato o a una relación jurídica de distinta naturaleza.

Consideramos que no se trata propiamente de un contrato sino de un acto o negocio jurídico que se constituye como una fuente generadora de una relación jurídica de carácter especial con un efecto vinculante que obliga a quienes lo celebran, y a quienes de algún modo quedan vinculados, a sustraer su controversia de la jurisdicción ordinaria y someterla a la decisión de árbitros.

La legislación peruana le ha dado denominación de «convenio arbitral», por lo que siendo como convenio un acto jurídico bilateral; no obstante lo ha llevado a los estatutos de personas jurídicas como expresión de voluntad con eficacia vinculante, respecto de sus miembros y demás personas vinculadas a ellas, así como a terceros que no lo han

celebrado, como pueden ser los causahabientes de su causante, pero que quedan obligados por vínculos sucesorios.

El convenio arbitral no tiene características propias ni excluyentes, pues puede estar contenido en un documento especial, o en la cláusula de un contrato, en alguna de las cláusulas generales de contratación o en la de un contrato de adhesión, siendo, por tanto, un acto jurídico bilateral. Puede estar también contenido en los estatutos de una persona jurídica para obligar a sus miembros actuales o potenciales, siendo en este caso como en los anteriores, un acto jurídico *inter vivos*. Y puede también estar contenido en un pliego testamentario, siendo, por tanto, un acto jurídico unilateral y *mortis causa*.

La expresión de voluntad contenida en lo que la legislación peruana genéricamente ha denominado convenio arbitral es constitutiva, desde que da origen al derecho de exigir el arbitraje y, correlativamente, a la obligación de someterse al arbitraje.

3.1. La capacidad para celebrarlo

El convenio arbitral puede ser celebrado por personas físicas y por personas jurídicas.

Tratándose de personas físicas puede ser celebrado por el propio interesado o por un representante suyo. El interesado debe ser sujeto con capacidad de ejercicio tanto para celebrarlo directamente o por medio de representante, a quien debe otorgarle como facultad especial la de celebrarlo. Si el representante lo es de un incapaz, requiere de autorización judicial para celebrarlo.

Tratándose de personas jurídicas la vigente ley de arbitraje ha simplificado su celebración y no le exige a quien ejerza su representación poder ni facultad especial, pues el gerente general o el administrador de función equivalente, está facultado a celebrarlo en virtud de su nom-

bramiento, y si tiene facultad para celebrar determinados contratos, está legitimado también para celebrar el convenio arbitral.

3.2. La formalidad para su celebración

La vigente ley de arbitraje no ha prescrito una formalidad para la celebración del convenio arbitral sino que debe simplemente constar por escrito, por lo que la forma para su celebración es *ad probationem*, lo que significa que su existencia puede ser probada por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en el Derecho, pero siempre que lo evidencien documentariamente.

La existencia del convenio arbitral, en consecuencia, puede probarse por cualquiera que sea la forma documental en la que conste, pública o privada. Se admite en la existencia en una comunicación electrónica, siempre que la información en ella consignada se materialice, trátase de correo electrónico, télex o telefax. Se admite también su existencia por un intercambio epistolar, y aun en una demanda en la que se afirma su existencia y la otra parte no la contradice. Además, la vigente ley de arbitraje permite la presunción de la existencia del convenio arbitral cuando en un contrato se hace referencia a estar contenida en un documento aparte.

La demostración documentaria de la existencia del convenio arbitral tiene particular importancia. La vigente ley de arbitraje considera que el convenio arbitral no guarda relación de dependencia con el contrato, aun cuando sea una cláusula del mismo, por lo que no le es aplicable la máxima romana *accessorium sequitur suum principale*. Puede subsistir si el contrato se rescinde, se resuelve o se anula.

Si se trata de una norma estatutaria que dispone la obligación de sus miembros de resolver mediante arbitraje sus controversias con la persona jurídica o entre ellos, la disposición mantiene su eficacia mientras el estatuto de la persona jurídica mantenga su vigencia.

Si se trata de un pliego testamentario, en el que la voluntad del testador es que sus herederos y legatarios resuelvan sus controversias mediante arbitraje, puede quedar contenida en cualquiera de las formas testamentarias permitidas por el Código Civil. Sin embargo, al contrario de la cláusula arbitral de un contrato, la revocación del testamento o su nulidad, deja sin efecto la disposición del testador.

3.3. Su contenido

La expresión de voluntad que da contenido al convenio arbitral, a la norma estatutaria o al pliego testamentario, debe tener por contenido desde la simple referencia a la obligación de someter a arbitraje las controversias hasta el más mínimo detalle en cuanto a la materia de la controversia, la naturaleza y clase de arbitraje, la conformación del tribunal arbitral y la designación de los árbitros, las normas de procedimiento, los plazos y los demás detalles a los que se condiciona el arbitraje.

3.4. Oportunidad para su celebración

Si el convenio arbitral está contenido en una cláusula contractual, es obvio que tiene un sentido preventivo, de la misma manera si la obligación de someterse a arbitraje resulta de la norma del estatuto de una persona jurídica o de un pliego testamentario.

Si el convenio arbitral está contenido en un documento especial puede también ser celebrado de modo preventivo antes de que surja la controversia, o después de surgida la controversia, incluso, ya entablada la *litis* en la jurisdicción ordinaria.

4. LA EFICACIA VINCULANTE DEL CONVENIO ARBITRAL Y SU OPONIBILIDAD

El convenio arbitral, como lo hemos venido exponiendo, tiene una eficacia vinculante para las partes que las obliga a resolver sus conflictos o

controversias mediante un proceso arbitral y a someterse a la decisión de los árbitros. Su eficacia radica en la obligación que genera y que faculta a exigir su cumplimiento mediante la petición de arbitraje que formule la parte interesada y su oponibilidad a la parte contra quien se dirige, si esta falta a su cumplimiento y llegara a recurrir a la jurisdicción ordinaria para eludirla o plantear pretensiones que deban ventilarse arbitralmente.

Las partes del convenio arbitral quedan obligadas a realizar los actos que sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y tener su plenitud de efectos y, especialmente, comparecer al proceso y dar cumplimiento al laudo.

Tratándose de un convenio arbitral contenido o vinculado a un contrato, su eficacia se extiende y alcanza a quienes otorgaron su consentimiento para dar creación al contrato y para someterse a arbitraje. Su eficacia puede extenderse a quienes, no siendo parte en el contrato, han tenido una participación activa en la negociación, ejecución o terminación del contrato, así como a quienes pretendan derivar derechos o beneficios de ese contrato, pero siempre que consientan.

Tratándose de un convenio arbitral incorporado a las normas estatutarias de una persona jurídica, su eficacia alcanza a sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios, aun cuando se hayan apartado o cesado en sus funciones, y a los que se incorporen en el futuro, siempre que se trate de derechos y obligaciones respecto al cumplimiento de los estatutos o a la validez de los acuerdos adoptados por los órganos de la persona jurídica.

Tratándose de una disposición arbitral contenida en un pliego testamentario, su eficacia alcanza a todos los causahabientes del testador y los albaceas.

Como puede apreciarse, la eficacia del convenio arbitral propiamente dicho, así como la del incorporado a normas estatutarias o a un pliego testamentario, lo hace oponible a todos aquéllos a quienes alcanza, al extremo que su oponibilidad puede hacerse valer ante quien lo desconoce y recurre a la jurisdicción ordinaria.

En efecto, el Código Procesal Civil, manteniendo el criterio ya establecido por el viejo Código de Procedimientos Civiles, ha previsto la excepción de convenio arbitral a la que la vigente ley de arbitraje le ha dado nuevo impulso, obligando al magistrado a inhibirse de continuar conociendo del proceso postulado, bajo responsabilidad. En buena cuenta, la excepción se ha convertido en causal declinatoria de la competencia de la jurisdicción ordinaria a favor de la jurisdicción arbitral.

5. LA INEJECUCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El cumplimiento de lo pactado en el convenio arbitral, o de lo dispuesto en la norma estatutaria que lo incorporó, o de la disposición testamentaria, supone su ejecución (del latín *exsequi*, llevar a término, cumplir, realizar) de lo convenido o aceptado, en la acepción que, entre otras, le reconoce el Diccionario de la Lengua Española. Por el contrario, el incumplimiento constituye la inejecución de lo pactado o de lo dispuesto, que, pese a ser una locución no reconocida por el Diccionario de la Lengua Española, por lo menos hasta su vigésima primera edición,² es utilizada en el Derecho de Obligaciones por un sector de la doctrina y de la codificación, como es el caso del Código Civil peruano.

En el régimen de la inejecución de obligaciones establecido por el Código Civil, el incumplimiento da lugar a la indemnización de daños y perjuicios y es imputable por dolo o por culpa, sea ésta inexcusable o leve, no siendo imputable la inejecución por ausencia de culpa y por caso fortuito o fuerza mayor.

² Real Academia Española. Madrid, 1992.

La inexecución del convenio arbitral o de sus disposiciones no se rige por el Código Civil.

5.1. El régimen legal aplicable

El régimen legal aplicable a la inexecución del convenio arbitral y su expresión estatutaria y testamentaria, como acabamos de indicar, no es el del Código Civil, puesto que la inexecución del convenio arbitral no requiere de una imputación a título de dolo o de culpa ni da lugar a una indemnización por daños y perjuicios, pues los que cause la inexecución darán lugar a su resarcimiento mediante la fijación en el laudo de los costos arbitrales.

El régimen aplicable es, en consecuencia, un régimen *sui generis*, determinado por el carácter privado de la jurisdicción arbitral y que ha recibido un marco legal propio, cualquiera que sea la modalidad de la fuente que genera la obligación de someter el conflicto o controversia a la decisión de árbitros.

En la actualidad, estando normado el arbitraje por el Decreto Legislativo n.º 1071 vigente desde el 1 de septiembre de 2008, sus normas tienen una función supletoria a la voluntad de las partes, salvo aspectos que la misma ley considera de orden público.

5.2. Los casos de inexecución

De la revisión de las normas de la ley de arbitraje hemos encontrado tres casos de inexecución: por recurrir a la jurisdicción ordinaria, por no designar, cuando corresponde, al árbitro que debe conformar el tribunal arbitral y por no comparecer al proceso arbitral.

5.2.1 La inejecución por recurrir a la jurisdicción ordinaria

La finalidad del convenio arbitral y la de su incorporación a los estatutos de una persona jurídica o a un pliego testamentario, es la de sustraer de la jurisdicción ordinaria el conocimiento del conflicto o controversia. Por ello, recurrir a la jurisdicción ordinaria constituye una inejecución frente a la cual debe hacerse prevalecer la existencia del convenio arbitral o de sus disposiciones.

Al detenernos en la eficacia y oponibilidad del convenio arbitral y de las expresiones de voluntad que dan lugar al arbitraje estatutario y al arbitraje sucesorio (*supra* n.º 4), hemos enfatizado su fuerza vinculante y su eficacia que lo hace oponible, no sólo a la parte renuente sino al propio magistrado de la jurisdicción ordinaria, mediante la excepción de convenio arbitral.

La excepción puede ser opuesta antes o después de iniciado el proceso y el tribunal arbitral, si está conformado, puede dar inicio a las actuaciones arbitrales o continuarlas. Probada la existencia del convenio arbitral ante la jurisdicción ordinaria, el magistrado está obligado a inhibirse, bajo responsabilidad.

5.3. La inejecución en cuanto a la conformación del tribunal arbitral y la designación de los árbitros

Al detenernos en el contenido del convenio arbitral y de las expresiones de voluntad que dan lugar al arbitraje estatutario y al arbitraje sucesorio (*supra* n.º 3.3), hemos dejado expuesto que en él se puede considerar la conformación del tribunal arbitral y acordarse la manera cómo debe designarse a los árbitros. El tribunal arbitral puede constituirse con un árbitro único o puede ser un tribunal colegiado.

Si se trata de tribunal de árbitro único y una de las partes es renuente a acordar su designación, la inejecución legitima a la parte interesada

en promover el proceso arbitral a recurrir a la Cámara de Comercio del lugar para que haga la designación. De la misma manera, si se trata de un tribunal colegiado cuyos miembros deban ser nombrados de común acuerdo por las partes.

Si se trata de un tribunal colegiado, en el que cada parte deba designar un árbitro y los así nombrados designar al que presida el tribunal y una de las partes es renuente a la designación del árbitro que le corresponde, la inejecución legitima a la parte interesada en promover el proceso arbitral a recurrir a la Cámara de Comercio del lugar para que designe al que corresponde a la parte renuente.

En cualquiera de los casos, la inejecución trae como consecuencia que, una vez conformado el tribunal arbitral, se dé inicio al proceso emplazando a la parte renuente.

Igual procedimiento se sigue en caso de ser necesaria la designación de un árbitro sustituto, en los casos de renuncia, recusación o remoción del árbitro único o de alguno de los del tribunal colegiado.

5.4. La inejecución por no comparecer al proceso

Conformado el tribunal arbitral, luego de su instalación y declararse la apertura del proceso, debe procederse a su postulación, para lo cual las partes, dentro de los plazos establecidos, deben comparecer al proceso y plantear sus respectivas posiciones.

Si la peticionante del arbitraje, que viene a ser la parte pretensora, no presenta su demanda, inejecutando de ese modo el convenio arbitral, el tribunal arbitral dará por terminado el proceso, a menos que oída la parte demandada, ésta manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión que reservaba para una reconvencción.

Si es la parte demandada la que no comparece para ejercitar su derecho de contradicción, inejecutando de este modo el convenio arbitral, el tribunal arbitral continuará desarrollando el proceso, aunque sin considerar que la falta de comparecencia es una aceptación a las pretensiones de la parte demandante.

En ambos casos el tribunal arbitral decidirá sobre la controversia. El laudo se considera válidamente dictado.

6. CONSIDERACIÓN FINAL

De todo lo que ha sido expuesto, se llega a una conclusión que se resume en que el convenio arbitral, y su expresión estatutaria y testamentaria, tienen un efecto vinculante que obliga a someter a arbitraje los conflictos o controversias de quienes resultan vinculados.

El convenio arbitral y las indicadas modalidades en que puede ser expresado, sólo queda cumplido o ejecutado al entablarse el proceso arbitral y postularse las respectivas posiciones con el propósito manifiesto de las partes de aceptar la decisión de los árbitros.

LA GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DEL LAUDO IMPUGNADO. SU RAZÓN DE SER

*Enrique A. Palacios Pareja**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Efecto de la concesión del recurso de anulación.— 3. ¿Pueden las partes pactar que proceda la suspensión de los efectos del laudo impugnado, sin el requisito de la garantía?— 4. ¿La garantía para la suspensión de la ejecución de laudos constituye un desincentivo al cumplimiento de los laudos?— 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Fui invitado por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú al VII Congreso Internacional de Arbitraje, donde, dentro de un interesante formato de absolución de interrogantes preestablecidas, los panelistas propusimos respuestas a dichas preguntas que abordaron aspectos debatibles. Se trataba de incentivar el intercambio de opiniones entre los miembros del panel. A mí me tocó un inmejorable panel integrado por los distinguidos profesores Rodríguez, Arrarte, Simons, y Mandriotti, con quienes sostuve un alturado e intenso cambio de opiniones acerca de algunas ideas y conclusiones que propuse.

Con el presente artículo pretendo poner en «blanco y negro» aquellas ideas y conclusiones expuestas en ese evento, en torno a la garantía exigida en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) para la suspensión de la ejecución del laudo en el trámite del recurso de anulación.

* Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. EFECTO DE LA CONCESIÓN DEL RECURSO DE ANULACIÓN

A diferencia de lo que a la fecha constituye la regla general en materia recursiva en el proceso civil en el Perú, en el proceso arbitral, el recurso de anulación no suspende los efectos del laudo impugnado. Es decir, que —como señala la Ley de Arbitraje— la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial. Ésa es la regla general en el arbitraje, de la que —excepcionalmente— las partes pueden apartarse cuando la que impugna el laudo solicite la suspensión de los efectos de éste y cumpla con el requisito de la garantía, ya sea ésta acordada por las propias partes, o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito, y si, efectivamente, encuentra que la exigencia de la garantía está satisfecha, concederá la suspensión solicitada.

La propia ley señala claramente que, cuando no se haya acordado requisito alguno (es decir, ante la inexistencia de acuerdo de constitución de garantía), a pedido de la parte impugnante y solicitante de la suspensión de los efectos del laudo, la Corte Superior concederá dicha suspensión si se constituye fianza solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte, con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables, por todo el tiempo que dure el trámite del recurso, y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

El texto legal continúa diciendo que, si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero, o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes. Si el

tribunal arbitral no lo hubiere determinado, la parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el numeral anterior a la Corte Superior que conoce del recurso. También podrá solicitar su graduación cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral, de modo que sea la Corte Superior la que fije el monto definitivo en decisión inimpugnable.

De este modo, si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

Frente a este régimen legal se plantearon los siguientes cuestionamientos, que generaron discusión.

3. ¿PUEDEN LAS PARTES PACTAR QUE PROCEDA LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL LAUDO IMPUGNADO, SIN EL REQUISITO DE LA GARANTÍA?

Sostengo que no y lo fundamento en lo siguiente:

Queda claro que la norma en comento contiene, en su inciso 1, la regla según la cual la suspensión de los efectos del laudo impugnado, sólo se concede si se cumple con el requisito de la garantía, ya sea aquélla acordada por las partes o la establecida en el reglamento arbitral aplicable. La norma es enfática al imponer a la Corte Superior el deber de «verificar» el cumplimiento del requisito para, «de ser el caso» (es decir, de haber verificado dicho cumplimiento), conceder la suspensión.

Debemos distinguir entre los laudos que contienen una condena por un valor dinerario o suma líquida y aquéllos que son meramente declarativos o condenan a una prestación de dar bien determinado, de hacer o de no hacer.

El inciso 2 del artículo 66 de la Ley de Arbitraje exige el requisito de la garantía para la suspensión de los efectos del laudo impugnado que contiene una condena con valor determinado. Así, establece que aun cuando no haya acuerdo de constituir requisito alguno para la interposición del recurso, la Corte Superior concederá la suspensión solicitada por la parte, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo. Es decir, que, ante la inexistencia de pacto que establezca la garantía de que las partes deben cumplir para solicitar la suspensión de los efectos del laudo impugnado, la ley dispone que se concederá la suspensión de la ejecución del laudo impugnado, que contiene una condena de dar suma determinada, sólo cuando se otorgue la fianza bancaria.

La exposición de motivos de la norma en comento, me parece definitiva cuando señala que «sólo se produce la suspensión cuando se cumple con el requisito de la garantía acordado por las partes o, a falta de éste, cuando se constituye fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de condena del laudo».

Hasta aquí tenemos, entonces, que la regla establece que sólo se suspende el laudo impugnado —ya sea declarativo o de condena a cualquier tipo de prestación— cuando se satisfaga la garantía acordada por las partes o prevista en el reglamento arbitral; y, en el caso de laudos con condena de dar suma líquida, si no existe garantía prevista, sólo se concede la suspensión con la constitución de fianza bancaria.

Sostengo que esta regla normativa no admite pacto en contrario; lo que fue negado por mis colegas en el panel del Congreso. En mi opinión, las partes no pueden pactar que se suspendan los efectos del laudo impugnado sin el requisito de la garantía, porque estamos ante una norma que regula actuaciones judiciales y no actuaciones arbitrales. En efecto, la Ley de Arbitraje impone a la Corte Superior del distrito judicial correspondiente, el deber de verificar el cumplimiento del requisito

de la garantía acordada por las partes o fijada en el reglamento arbitral; y sólo en el caso de que ese requisito sea satisfecho, establece que la Corte Superior concederá la suspensión. Y cuando no exista acuerdo sobre la garantía y no esté fijada en el reglamento arbitral, la Corte Superior concederá la suspensión sólo cuando se constituya la fianza bancaria por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Esta disposición que estamos comentando, es de carácter procesal y de derecho público, en cuanto regula la actividad del Poder Judicial y de los justiciables ante dicho Poder del Estado. Por lo tanto, es claramente imperativa, como lo son —y por la misma razón— las normas del Código Procesal Civil, salvo regulación permisiva en contrario, tal como lo señala el artículo IX del Título Preliminar del mencionado Código. Tan cierto es lo expuesto, que la propia Ley de Arbitraje, en su Décima Disposición Complementaria, señala que la disposiciones procesales que contiene prevalecen y deben ser acatadas por el Poder Judicial sobre las normas procesales del Código Procesal Civil.

Se trata por lo tanto, reitero, de una norma de derecho público pues regula las actuaciones del y ante el Poder Judicial; y, por lo tanto, es de imperativo cumplimiento, salvo disposición permisiva en contrario. En armonía con lo expuesto, el artículo 34 de la Ley de Arbitraje establece que las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones; pero vemos que la regla que comento no se refiere a las actuaciones del tribunal, sino a las actuaciones judiciales de y ante la Corte Superior. Por lo tanto, las partes no pueden pactar en contrario. Sobre el particular cabe preguntarse: ¿pueden las partes cambiar las reglas procesales sobre la competencia y procedimiento judicial para las actuaciones en materia cautelar, de ejecución, del recurso de anulación previstas en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje? Evidentemente, no.

Adicionalmente, es de notar que la Ley de Arbitraje, cuando ha querido establecer que las partes pueden pactar en contrario de sus dis-

posiciones, lo ha señalado expresa y claramente en cada oportunidad. Así, en el artículo 10, en cuanto a la representación de la persona jurídica; en el artículo 12 sobre notificaciones y plazos; en el artículo 22, inciso 4 sobre vinculación de la parte por nombramiento del árbitro; en el artículo 27 en cuanto al plazo para aceptación del árbitro; en el artículo 29 que permite el libre procedimiento para recusación de árbitros; en el artículo 33 sobre el inicio de las actuaciones arbitrales; en el artículo 39, inciso 3 que permite pacto en contrario a la regla sobre modificación de la demanda y su oportunidad; en el 42, inciso 3 referido al carácter privado de las audiencias arbitrales; en el artículo 52, incisos 1 y 3 referidos a la forma de adopción de las decisiones por los árbitros y facultades de decisión individual del presidente del tribunal arbitral; en el artículo 54 referido al laudo único o laudos parciales; en el artículo 56 que prevé el pacto de las partes sobre la motivación del laudo; en el artículo 58 que permite pactos de las partes acerca de los pedidos de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo; en el artículo 67 que prevé el acuerdo sobre la ejecución del laudo por el propio tribunal, entre otros.

En el caso de la llamada garantía de cumplimiento de laudos que contienen condena dineraria, no existe norma que prevea el pacto en contrario.

Ahora bien, tratándose de laudos que condenan al pago de obligaciones de dar bienes determinados; de obligaciones de hacer o de no hacer o de laudos puramente declarativos, el inciso 3 del artículo 66 de la Ley de Arbitraje, sí prevé la posibilidad de un acuerdo distinto de las partes. Sin embargo, cabe preguntar: ¿ese pacto puede consistir en otorgarle efecto suspensivo al recurso de anulación contra laudo?; o ¿en permitir la solicitud de suspensión de los efectos del laudo impugnado, sin garantía alguna? o ¿tan sólo puede consistir en que las partes pacten un requisito distinto a la fianza bancaria en las condiciones (solidaria, incondicionada y de realización automática) fijadas en el numeral anterior del mismo artículo?

Soy de la opinión de que el pacto previsto en el numeral 3 que comento, se limita a la última situación propuesta: pactar una garantía distinta a la fianza bancaria. Explico la razón.

El inciso 3 del artículo 66 establece que, cuando la condena es puramente declarativa o no es valorizable en dinero, el tribunal arbitral puede fijar un monto razonable de la fianza bancaria como requisito para disponer la suspensión, salvo acuerdo distinto de las partes. Me queda claro que ese acuerdo distinto es —y sólo puede versar— sobre la forma de la garantía de cumplimiento, distinta a la fianza bancaria. Las partes no pueden pactar que el recurso de anulación tenga efecto suspensivo, o que la suspensión de la ejecución se solicite y obtenga sin requisito o garantía alguna.

Hemos visto que se trata de normas imperativas que regulan el proceso en sede judicial y que, por lo tanto, no pueden ser modificadas por las partes mientras no haya norma que lo permita expresamente.

El inciso 3 del comentado artículo 66 de la Ley de Arbitraje es una norma que señala una atribución del tribunal arbitral, tan sólo para fijar, en el propio laudo, el monto razonable de la fianza como requisito para la suspensión de los efectos del recurso de anulación, salvo que las partes hubieran pactado otro requisito distinto a la fianza, en cuyo caso, obviamente, no procederá la fijación de ese «monto razonable» por el tribunal arbitral ni por la Corte Superior.

Cuando nos referimos a la llamada garantía de cumplimiento estamos ante una carga (garantizar) que no depende de la voluntad de las partes, ni es una atribución del tribunal arbitral o de la Corte Superior. La garantía es el presupuesto *sine qua non* para la suspensión de la ejecución del laudo impugnado.

Lo que establece la norma es que la garantía es aquélla acordada por las partes o fijada en el reglamento arbitral aplicable. Si no se ha

previsto garantía alguna, deberá ser la fianza bancaria por el valor de la condena (para los laudos con condena dineraria) o por el «monto razonable» fijado por el tribunal arbitral o por la Corte Superior (para los laudos meramente declarativos o con condena no dineraria). Las partes no pueden pactar contra el cumplimiento de este requisito de garantía, exigido para la procedencia de la suspensión de los efectos del recurso a plantearse en sede judicial.

4. ¿LA GARANTÍA PARA LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAUDOS CONSTITUYE UN DESINCENTIVO AL CUMPLIMIENTO DE LOS LAUDOS?

Mi respuesta es no. Los argumentos para esta respuesta causaron también algún revuelo. Veamos.

Nuevamente distingamos entre laudos de condena de dar prestaciones dinerarias líquidas o liquidables mediante operación aritmética, y laudos meramente declarativos o de condena de prestaciones de dar bien determinado, de hacer o de no hacer.

En los primeros, la fianza es una garantía para el cumplimiento de dicha prestación de dar suma de dinero, mediante la simple ejecución de la carta fianza bancaria incondicional, irrevocable y de realización automática. Así, cuando, por ejemplo, el laudo condene al pago de una suma de dinero como indemnización, el demandante vencedor verá satisfecha su pretensión, luego de que se desestime por la Corte Superior el recurso de anulación, con la ejecución de la fianza bancaria, en tanto la fianza debe haberse otorgado por el importe del valor de la condena en el laudo. En consecuencia, mal puede hablarse de un desincentivo para el cumplimiento, cuando la garantía lo que hace es, precisamente, asegurar el cumplimiento de la prestación a la que condena el laudo.

Tratándose de laudos que condenan a prestaciones de dar bienes, o de obligaciones de hacer o de no hacer, o de laudos meramente decla-

rativos, soy de la opinión que la garantía tampoco constituye un desincentivo para el cumplimiento de los laudos. La única forma en que percibo que la garantía pueda ser un desincentivo para el cumplimiento del laudo, sería el considerarla como una prestación sustitutoria de aquélla a la que el laudo condena.

Así, si el laudo ordena la entrega de ciertos bienes (como podría ser 1000 TM de planchas de acero) o el cumplimiento de cierta obligación de hacer (como podría ser la instalación de 1000 Km. de tubería subterránea), la ejecución de la garantía desincentivaría el cumplimiento del laudo, pues la garantía constituida sustituiría a la prestación a la que el laudo condenó.

Contra la opinión de mis distinguidos colegas en el panel del Congreso y de algunos otros,¹ soy un convencido de que la garantía a que se refiere el artículo 66 de la ley, que ahora comento, no es una prestación sustitutoria a la condena de dar bien determinado, de hacer o de no hacer; evidentemente, tampoco lo es en los casos de laudos meramente declarativos. En otras palabras, con la ejecución de la fianza a que se refiere la norma en comento, el demandado no queda liberado de la condena de dar bien determinado, de hacer o de no hacer. Es claro que si así fuera, efectivamente, la garantía sería un desincentivo para el cumplimiento de los laudos.

Esta conclusión se sustenta en categorías procesales básicas que integran el concepto del debido proceso y que están recogidas en la propia Ley de Arbitraje. Me explico.

Según el artículo 63, inciso d) de la Ley de Arbitraje, el laudo puede ser anulado cuando el tribunal arbitral resuelva sobre materia no sometida a su decisión. Esta norma está sancionando como un supuesto de nulidad al laudo que incurra en falta de congruencia; es decir, aquel

¹ MEJORADA CHAUCA, Martín. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. AA.VV. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 742.

supuesto en el que se resuelve sobre aquello que las partes no han sometido al proceso, ya sea en la cláusula arbitral o como parte de sus pretensiones contenidas en la demanda o en la contestación y eventual reconvencción. En otras palabras, no se puede condenar al demandado a pagar algo que no ha sido reclamado en la demanda.

Pues bien, en las demandas arbitrales en las que se solicita, como en los ejemplos señalados anteriormente, el cumplimiento de una obligación de dar 1000 TM de planchas de acero o la instalación de 1000 Km. de tubería, son dichas prestaciones las que se reclaman y no el pago de una suma de dinero. El debate y la prueba en el proceso se limitarán a dichas obligaciones de dar o de hacer, y no al valor equivalente en dinero de las mencionadas prestaciones (salvo que se proponga dicho pago dinerario como pretensión alternativa). Por lo tanto, mal podría el tribunal arbitral en el laudo o la Corte Superior al calificar el recurso de anulación, establecer de manera definitiva —sin debate ni prueba suficiente— una suma de dinero por la que se debe otorgar una fianza bancaria en sustitución de la ejecución de la prestación ordenada en el laudo.

Aparece claro que esta decisión incongruente del tribunal al laudar o de la Corte Superior al calificar el recurso de anulación, estableciendo una prestación sustitutoria, adolecería claramente de una falta de motivación, pues no existiría fundamentación suficiente para definir el importe a pagar en sustitución de la prestación materia de condena, en tanto no se solicitó en la demanda, no se contradijo en la contestación a la demanda, ni hubo prueba ofrecida ni actuada que pueda ser valorada para fijar ese importe. En síntesis, ¿cómo podría el tribunal arbitral o la propia Corte Superior fijar un monto para satisfacer sustitutoriamente una prestación de entregar determinados bienes, o una declaración de propiedad o de resolución de un contrato, cuando ello no ha sido pretendido, discutido y probado en el proceso arbitral? ¿En base a qué criterio podría hacerse esa determinación?

Conforme al artículo 66, incisos 3 y 4 de la Ley de Arbitraje, lo que fija el tribunal arbitral o la Corte Superior, en su caso, es un «monto razonable» para la constitución de la fianza bancaria. El valor de la garantía es fijado *razonablemente*. En mi opinión, es insustentable la afirmación de que, incidentalmente, luego de un simple traslado de tres días a la parte contraria y mediante decisión inimpugnable (así lo señala la Ley de Arbitraje) dictada luego del laudo, se fije un «monto razonable» en sustitución de las prestaciones no dinerarias sobre las que resolvió el laudo, luego de todo el proceso arbitral. Me pregunto, ¿cómo operaría esta sustitución? ¿Operaría automáticamente con la desestimación del recurso de anulación y sería vinculante para ambas partes?, ¿podría el deudor decidir y optar unilateralmente entre cumplir la prestación de condena no dineraria y la sustitutoria?, ¿o quien tendría que optar es el acreedor?

Recordemos que cuando el acreedor demanda el cumplimiento de una obligación no dineraria, de hacer o de no hacer, lo hace porque quiere que se ejecute esa prestación y no su valor en dinero. De lo contrario, el acreedor hubiera optado en su oportunidad por la resolución del contrato por incumplimiento y así reclamar la indemnización correspondiente. En tal sentido, si se afirma que la garantía fijada por el tribunal arbitral en el laudo o por la Corte Superior es una prestación sustitutoria, sólo podría serlo si el acreedor demandante optara por ella. De lo contrario, se le estaría obligando a recibir una prestación distinta a la que pretendió, por el solo hecho de que el deudor impugnó el laudo y solicitó la suspensión de sus efectos.

Y, si se está sosteniendo que la fianza es una obligación sustitutoria, siendo que el acreedor opta por el pago de la obligación no dineraria demandada, entonces, tendría que devolverse la garantía al deudor que interpuso el recurso de anulación y lo perdió, con lo cual, ¿para qué sirvió la llamada garantía de cumplimiento?

En mi opinión, el monto fijado por el tribunal arbitral o en su caso por la Corte Superior en esta decisión incidental e inimpugnable no puede ser una prestación sustitutoria; es simplemente un importe fijado para garantizar el pago de los daños que ocasione la demora en la ejecución del laudo como consecuencia de la interposición del recurso de anulación. En ningún caso libera al deudor del cumplimiento de la prestación debida. Es algo similar *mutatis mutandi*— a la contracautela en la tutela cautelar.

Finalmente, la interpretación que propongo se condice perfectamente con lo expuesto en la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje cuando explica que «la idea central de la innovación del artículo 66 es favorecer el cumplimiento de los laudos y desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación». Me parece claro que la idea de la fianza como prestación sustitutoria no favorece el cumplimiento de los laudos, sino todo lo contrario, incentiva el incumplimiento ante la simple ejecución de la garantía. Por el contrario, su percepción en la forma que sugerimos, como indemnización por los daños causados por la demora en la ejecución del laudo como consecuencia de la interposición del recurso de anulación, es absolutamente coincidente con la finalidad perseguida de desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación.

5. CONCLUSIONES

En el proceso arbitral el recurso de anulación no suspende los efectos del laudo impugnado.

La suspensión de los efectos del laudo impugnado (ya sea de condena al pago de suma dineraria, de condena al pago de obligaciones de dar bien determinado, de hacer, de no hacer o meramente declarativo), sólo se concede por la Corte Superior cuando ésta verifica el cumplimiento

del requisito de la garantía, ya sea la acordada por las partes o la fijada en el reglamento arbitral aplicable.

Tratándose de laudo de condena por suma dineraria, cuando no haya pacto sobre la garantía, ésta consistirá en una fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática.

Las reglas precedentes no admiten pacto en contrario, aunque las partes sí pueden pactar una garantía distinta a la fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática.

La llamada garantía de cumplimiento no es una prestación sustitutoria de aquélla ordenada en el laudo, sino un mecanismo de caución por los daños que ocasione la demora en la ejecución de laudo, generada por el recurso de anulación.

Esta garantía no desincentiva el cumplimiento de los laudos. Por el contrario, tiene por finalidad favorecer el cumplimiento de los mismos y desincentivar la interposición maliciosa de los recursos de anulación.

EL ARBITRAJE POTESTATIVO: PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y MARCO NORMATIVO

Jorge Toyama Miyagusuku¹
Carole Ivonne Neyra Salazar²

Sumario: 1. La Constitución y la OIT: arbitraje potestativo.— 1.1. Conflictos laborales.— 1.2. La Constitución, arbitraje laboral y Tribunal Constitucional.— 1.3. Arbitraje potestativo: alcances generales.— 1.4. Criterios del Tribunal Constitucional.— 1.4.1. 1.4.1. Sentencia recaída en el expediente n.º 3561-2009-PA/TC (trabajadores portuarios).— 1.4.2. Sentencia recaída en el expediente n.º 02566-2012-PA/TC (caso SUNAT).— 1.4.3. Sentencia recaída en el expediente n.º 03243.2012-PA/TC (Fetratel Perú).— 1.5. Principios, convenios, declaraciones y pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).— 1.5.1. Principios de una negociación colectiva.— 1.5.2. Convenios de la OIT: Convenios n.ºs 87, 98 y 154.— 1.5.3. Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales.— 1.5.4. Comité de Libertad Sindical (CLS).— 1.5.5. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones.— 1.6. Arbitraje incausado.— 2. El arbitraje potestativo como mecanismo de solución de conflictos colectivos.— 2.1. Marco de la regulación laboral.— 2.1.1. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.— 2.1.2. Decreto Supremo n.º 014-2011-TR: Regulación del Ar-

¹ Profesor en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad del Pacífico y Universidad de Piura. Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de Soluciones Laborales.

² Magíster en Derecho de la empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada por la Universidad San Martín de Porres.

bitraje Potestativo (RAP).— 2.1.3. Resolución Ministerial n.º 284-2011-TR.— 2.1.4. La acción popular y el arbitraje potestativo.— 2.1.5. Lineamiento de la intervención administrativa en conflictos colectivos - Resolución Ministerial n.º 076-2012-TR.— 2.1.6. Proyecto de leyes.— 2.2. Desarrollo del proceso arbitral potestativo.— 2.2.1. Presupuestos del arbitraje potestativo.— 2.2.2. Supuestos de procedencia del arbitraje potestativo.— 2.2.2.1. Primera negociación colectiva.— 2.2.2.2. Determinación del nivel de negociación colectiva.— 2.2.2.3. La mala fe negocial.— 2.3. Selección de los árbitros.— 2.3.1. El laudo arbitral.— 3. Reflexiones finales.

El arbitraje potestativo, como forma de solución de conflictos laborales colectivos, se ha convertido en una herramienta relevante en las relaciones laborales durante las negociaciones colectivas entre las organizaciones sindicales y las empresas, cuyo origen, si bien data de fines del 2011, existen diversas posiciones e inclusive pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en adelante TC, sobre esta materia que han ido ajustándose hasta la actualidad.

El arbitraje potestativo es, probablemente, la reforma más relevante en las relaciones colectivas de trabajo de los últimos años. En virtud de la implementación de esta modalidad arbitral, las estrategias de las partes negociadoras han cambiado, que si bien algunas organizaciones de empleadores han cuestionado judicialmente la norma que estableció esta modalidad de solución de conflictos, no se puede desconocer el impacto generado en los actores laborales que participan en este proceso ha sido significativo, habiendo tenido éstas que adaptarse a las nuevas reglas de juego de la negociación colectiva.

En la primera parte de este artículo nos referiremos a la negociación colectiva y al arbitraje, desde una perspectiva constitucional, así como de los instrumentos y criterios de la Organización Internacional de Trabajo (en adelante, la OIT), vinculados a los principios de esa misma materia.

La segunda parte brinda una visión global del marco normativo sobre el arbitraje potestativo, contemplando desde su regulación primigenia, su desarrollo normativo en el 2011 hasta los proyectos encaminados a su modificación, e inclusive un análisis de la acción popular que cuestiona su inconstitucionalidad. En esta misma sección revisaremos los supuestos de su procedencia: la primera negociación colectiva, determinación del nivel de negociación colectiva y la consideración de la «mala fe»; para finalmente, en forma breve, referirnos al procedimiento arbitral, sin dejar de dedicar algunas reflexiones en torno a los casos sobre arbitraje incausado asumido por el TC y parte de la doctrina peruana.

Sin perjuicio de las posiciones discrepantes sobre el arbitraje potestativo que serán desarrolladas en este trabajo, también describiremos, con prescindencia de la constitucionalidad o no de esta modalidad arbitral, si ha servido para modificar el patrón de comportamiento de las partes, dentro del marco de las relaciones laborales. De esta forma, si bien en esta oportunidad no desarrollaremos la jurisprudencia arbitral, en tanto nos dedicaremos al análisis del marco regulatorio de los arbitrajes potestativos, consideramos que, a través de este trabajo buscamos contribuir al estudio sobre las relaciones laborales colectivas, desde una óptica teórica (con un enfoque constitucional laboral) a fin que persiga el debate de esta nueva institución laboral y que definitivamente ha tenido impacto en las relaciones laborales del país.

1. LA CONSTITUCIÓN Y LA OIT: ARBITRAJE POTESTATIVO

1.1. Conflictos laborales

Los intereses opuestos que se suscitan, entre los trabajadores y empleadores, dentro de un contexto laboral, conlleva a afrontar diversos conflictos laborales en una organización, que, considerando que cada quien tiene sus propios y legítimos intereses, es necesario conocer el contexto

donde se desarrollan los conflictos a fin de manejarlo de la forma más adecuada dentro de un marco laboral para evitar controversias que se dilaten en el tiempo y/o terminen afectando a las partes.

En relación a ello, y a fin de determinar cuál es la posición que el Estado debería adoptar en este tipo de conflictos es necesario contextualizar el régimen³ en el cual se encuentra el Perú. De esa forma, el modelo adoptado por la Constitución Política de 1993 (en adelante, la «Constitución»), se encuentra respaldada en un régimen de Estado Social y Democrático de Derecho, considerando que el Estado parte del reconocimiento de los conflictos laborales como un problema natural y circunstancial de las relaciones laborales entre los sindicatos y las empresas, y no como un mal dañino a la sociedad. Al respecto, el Estado no es un tercero ajeno a dicha relación, toda vez que el rol que desempeña —en dicho contexto laboral— es brindar a las partes los mecanismos más óptimos para la solución pacífica a sus propios conflictos.

1.2. La Constitución, arbitraje laboral y Tribunal Constitucional

La Constitución prevé el derecho de las personas para acudir a los procedimientos de solución de conflictos, por lo que cualquier persona que tenga legítimo interés de resolver un conflicto, de diversa índole, tiene plena facultad de recurrir, ya sea a la vía jurisdiccional o arbitral. Así, y partiendo de la premisa de que nos encontramos ante un Estado Social

³ De esa misma opinión es Sanguinetti, al señalar que «mientras dentro de los regímenes de corte autoritario e intervencionista tales conflictos suelen ser vistos como un elemento disfuncional o patológico [...]; en los regímenes de carácter democrático y liberal, más aún si se asumen la forma de Estado Social y Democrático de Derecho, se parte de aceptar a las situaciones de confrontación entre trabajadores y empresarios como manifestaciones de la dinámica misma de las relaciones laborales». SANGUINETTI RAYMOND, Wilfredo. «La mediación en los conflictos colectivos de trabajo». En *Mediación: un método de solución de conflictos*. Estudio interdisciplinar. Madrid: Ed. Colex, 2010, pp. 249-266.

y Democrático de Derecho,⁴ la interpretación que desarrolla el TC, lo realiza como un tema fundamental para la sistematización de los casos analizados, y que, inclusive, sirve de parámetro para el sustento de sus decisiones en los diferentes tipos de conflictos que se suscitan.

Consideramos que los alcances del artículo 28.2 de la Constitución deben sustentarse en el principio de autonomía de voluntad,⁵ teniendo, por un lado, a la negociación colectiva como un derecho de los sindicatos y empleadores; y por el otro, a la obligación del Estado de fomentar y de promover las formas de solución de conflicto de manera voluntaria. Ahora, si consideramos que el arbitraje es una forma de solución de conflictos colectivos, debemos partir del elemento de «voluntariedad» para comprender al arbitraje como método heterocompositivo, tal como el TC lo ha indicado de la siguiente manera: «[...] al normar un arbitraje obligatorio se contraviene el principio de autonomía de la voluntad y el derecho a la tutela judicial efectiva».⁶ A través de este considerando se refleja la posición del TC sobre el principio de autonomía de voluntad, al considerar que el arbitraje obligatorio lo contraviene.

En este caso, es necesario resaltar que, si bien el TC señala que el Estado es el encargado de promover y velar por el ejercicio adecuado de la autonomía colectiva, buscando que las propias partes lleguen a un acuerdo, ya sea a través de la negociación directa, conciliación, mediación o finalmente el arbitraje, ello no significa desplazar la decisión

⁴ Constitución Política del Perú.

Artículo 4.- «La enumeración de los derechos reconocidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre, del principio de soberanía del pueblo, del Estado social y democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

⁵ Constitución Política del Perú.

Artículo 2.- «Derechos fundamentales de la persona: Toda persona tiene derecho: [...] 24.a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe». (El subrayado es nuestro).

⁶ STC n.º 02513-2007-PA/TC, f. 33.

de las partes para someterlas a un arbitraje potestativo en el cual sólo decida una de ellas.

1.3. Arbitraje potestativo: alcances generales

El arbitraje es una institución jurídica que, a través del tiempo, ha logrado solucionar diversos conflictos en nuestra sociedad, que si bien ha tenido una mayor acogida en el ámbito comercial, no se puede desconocer el impacto de los arbitrajes colectivos en materia laboral.

Actualmente, si bien se cuenta con una normativa general sobre arbitraje, contenida en la Ley General del Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071), en el ámbito laboral ésta tiene su propia regulación contemplada en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante, LRCT), y su reglamento (en adelante, RLRCT), lo que no significa un distanciamiento de las disposiciones contenidas en el marco general, sino que se utiliza de forma supletoria al arbitraje laboral.

Por su parte, el arbitraje potestativo es una modalidad cuya primera vinculación jurídica se encuentra contenida en la sentencia del TC recaída en el expediente n.º 3561-2009-PA/TC. Si bien —legalmente— no existe una definición precisa del arbitraje potestativo,⁷ dicha resolución ha considerado al arbitraje potestativo como una forma de solución de conflicto de intereses, a través del cual una parte somete a la otra en cualquiera de los siguientes supuestos: a) cuando sea la primera negociación colectiva; o b) cuando el conflicto sea la determinación del nivel de la negociación colectiva; o cuando c) existan actos de mala fe

⁷ La Resolución Ministerial n.º 076-2012-TR, que contiene Directiva General n.º 005-2012-MTPE/2/14, define al arbitraje potestativo como «Llamado también unilateral o voluntario vinculante. Se conoce así al mecanismo extrajudicial mediante el que, en función de una prerrogativa normativa —inspirada en la jurisprudencia constitucional—, las partes se encuentran facultadas para someter la solución del conflicto a la decisión de un tercero, ajeno a ellas, con competencia para resolverlo a través de un laudo o fallo arbitral; quedando obligada la otra parte a dicho sometimiento y decisión».

que tenga por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo entre las partes.

A estas causales, como veremos más adelante, se tendría que agregar el arbitraje potestativo incausado que actualmente genera mayor debate a nivel de la doctrina y los procesos arbitrales, donde la sola voluntad de una de las partes vincularía a la otra.

De esa forma, si bien una de las partes en conflicto decide de forma voluntaria someterse al arbitraje, la participación de la otra —que usualmente es la empresa— queda supeditada a la decisión del tribunal arbitral. Por citar un ejemplo, si el sindicato considera que la información económica financiera proporcionada por la empresa, ha afectado el proceso de negociación colectiva, en tanto no ha sido suministrada de forma completa y oportuna, podría someter el conflicto a un arbitraje potestativo.

1.4. Criterios del Tribunal Constitucional

Sin lugar a dudas, no podemos desconocer que el caso más emblemático que ha dado origen al arbitraje potestativo como mecanismo de solución de conflictos laborales, es el recaído en los trabajadores portuarios (expediente n.º 3561-2009-PA/TC). Sin embargo, tampoco podemos dejar de mencionar dos análisis realizados por el TC en el caso del Sindicato de SUNAT (expediente n.º 02566-2012-PA/TC), en adelante, «Caso SUNAT», y en el caso de Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (expediente n.º 03243-2012-PA/TC), en adelante, «Caso Fetratel», que si bien adoptan una posición similar al caso de los trabajadores portuarios, tienen una nueva interpretación que, a diferencia de la primera que incluía causales específicas para someterse a un arbitraje potestativo, éstas señalan que, para acudir a un arbitraje potestativo, no se requeriría una causal específica.

De esa forma, a continuación desarrollaremos cada una de las resoluciones adoptadas por el TC, tanto el caso de los trabajadores portuarios como en el caso SUNAT y de Fetratel.

1.4.1. Sentencia recaída en el expediente n.º 3561-2009-PA/TC (trabajadores portuarios)

El 17 de agosto de 2009, el TC emitió la Resolución recaída en el expediente n.º 3561-2009-PA/TC (publicada el 3 de julio de 2010), mediante la cual se resolvió una controversia suscitada entre el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao (Sutramporpc) contra la Asociación Peruana de Operadores Portuarios (Asppor), la Asociación Peruana de Agentes Marítimos (APAM) y la Asociación Marítima del Perú (Asmarpe), en adelante, «las demandadas».

El petitorio de la demanda estaba referido al cumplimiento del Decreto 447 emitido por el Ministerio de Trabajo, en adelante, la AAT,⁸ así como al hecho de que las demandadas habían vulnerado su derecho de negociación colectiva, debido a que se resistían a negociar por rama de actividad, además de no haber asistido a las reuniones durante las etapas de trato directo y conciliación. Por su parte, las demandadas alegaron que el sindicato no tenía derecho a negociar colectivamente por rama de actividad, sino a nivel de empresa, en tanto no había acuerdo de partes, tal como lo establecía el artículo 45 de la LRCT.

⁸ Decreto n.º 447 de fecha 23 de noviembre de 2007, emitido por la División de Negociaciones Colectivas y Registros Generales de la Dirección de Trabajo y Promoción del Empleo del Callao, en el expediente n.º 052-2007-MTPE/2/12.710, que señala lo siguiente: «Por recibido el expediente de Negociación Colectiva seguido entre el Sindicato Único de Trabajadores Marítimos y Portuarios del Puerto del Callao con Asociación Peruana de Agentes Marítimos, Asociación Peruana de Operadores Portuarios y Asociación Marítima del Perú: Estando a lo dispuesto por el Auto Directoral n.º 037-2007-MTPE/2/12.7, de fecha 20 de noviembre de 2007, continúese con el procedimiento de negociación colectiva, en la etapa de trato directo».

En la citada resolución, el TC determinó que, negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o ejecutar actos de mala fe durante el proceso de negociación, es una afectación al derecho de negociación colectiva; y en este caso, teniendo en cuenta que las partes emplazadas no asistieron injustificadamente a la mayoría de reuniones convocadas, abusaron de su facultad para decidir el nivel de negociación. Por ello, el TC concluyó que, en tanto no exista acuerdo con respecto al nivel de negociación, es posible determinarlo de forma excepcional mediante el arbitraje, siempre que se evidencie que alguna de las partes ha incumplido su deber de negociar de buena fe.

Además, estableció el TC que, si bien los convenios de la OIT no imponen la obligación de negociar un acuerdo colectivo, ello no implica que el Estado se abstenga de su compromiso de fomentar los mecanismos de negociación; asimismo y en caso alguna de las partes se negara a negociar en un nivel determinado, ello no constituiría una contravención al derecho de negociación colectiva, salvo que se evidencien actos de mala fe, en cuyo caso será posible que el nivel sea establecido mediante arbitraje.

De esa forma, para este caso, el TC inaplicó el segundo párrafo del artículo 45 de la LRCT, manifestando que la frase: «A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa» es inconstitucional, toda vez que «no sólo contraviene la libertad para decidir el nivel de la negociación, sino también porque lesiona el derecho de negociación colectiva, en ese sentido [...] ninguna ley puede fijar imperativamente el nivel de la negociación, tal como ocurre con la frase referida».⁹ Una de las razones por las cuales el TC también optó por determinar la inconstitucionalidad de esta disposición, fue el hecho de que consideró que la legislación no debería imponer el nivel de negociación colectiva, en tanto que dicha determinación debería surgir de las propias partes, y en el presente caso, la LRCT establecía que, a falta de acuerdo, el nivel impuesto era el de empresa.

⁹ STC expediente n.º 03561-2009-PA/TC, f. 28.

Posteriormente, con fecha 1 de marzo de 2010 (publicada el 5 de julio de 2010), el TC emitió una resolución aclaratoria, determinando que «el arbitraje a través del cual debería decidirse el nivel de la negociación ante la falta de acuerdo entre trabajadores y empleadores es aquél al que hace alusión el artículo 61 del Decreto Supremo n.º 010-2003-TR, el cual es de carácter potestativo. En tal sentido, sometido el diferendo a arbitraje por cualquiera de las partes, la otra tiene el deber de someterse a éste».

Del contenido de la sentencia de trabajadores portuarios se desprende que el TC, a través de esta resolución, declara inconstitucional un enunciado del artículo 45 de la LRCT e incorpora al arbitraje potestativo como una figura innovadora, en aquellos casos que las partes no se ponen de acuerdo para determinar el nivel de negociación colectiva, siempre que durante el proceso de negociación se evidencien actos que contravengan el principio de buena fe de alguna de las partes.

En nuestra opinión, y teniendo en cuenta el principio de autonomía de voluntad que contempla la Constitución y el reconocimiento de la voluntad de las partes para optar por el acuerdo y procedimiento de solución de conflictos que mejor satisfaga a ambas, no compartimos la posición contemplada en la resolución del TC, debido a que consideramos que no debió haberse impuesto el arbitraje como una forma de solución de conflictos, toda vez que si bien esta figura se encuentra contemplada en nuestro ordenamiento jurídico, su naturaleza recae, precisamente, en un arbitraje voluntario, pero no potestativo; además que de una interpretación adecuada de la RLCT, se requiere acuerdo para someterse a un arbitraje, más aún cuando un sistema como el señalado atenta directamente contra la facultad de las partes de plantear las diversas formas pacíficas de solución de sus propios conflictos colectivos, y que inclusive más adelante veremos que contraviene los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical de la OIT, como por ejemplo, cuando señala que «La negociación colectiva, para ser eficaz, debe tener

carácter voluntario y no implica el recurso a medidas de coacción que alterarían el carácter voluntario de dicha aplicación».¹⁰

De esa forma, una alternativa que podría haberse planteado —con la finalidad de que las partes puedan continuar sus reuniones de negociación— es ordenar de inmediato que las partes exploren otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación o conciliación; que si bien la AAT ya lo había dispuesto, el mandato del TC hubiera tenido más impacto para su determinación.

1.4.2. Sentencia recaída en el expediente n.º 02566-2012-PA/TC (caso SUNAT)

Este caso se encuentra referido a un recurso de agravio constitucional¹¹ interpuesto contra la SUNAT por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (en adelante, el «Sindicato-SUNAT»), a fin de que se suscriba el

¹⁰ OIT. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 926, 5.ª edición (revisada).

¹¹ STC expediente n.º 02566-2012-PA/TC (Caso Sunat). La resolución emitida por el TC se deriva de un recurso de agravio constitucional interpuesto por el Sindicato Nacional de Unidad de Trabajadores de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (el Sindicato) contra la resolución expedida por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima que declara fundada la excepción de prescripción. El caso tiene como antecedente una acción de amparo interpuesta por el sindicato mediante la cual solicita suscribir el acta de compromiso arbitral para someter a arbitraje su pliego de reclamos 2008-2009, al no haber existido acuerdo entre las partes durante las etapas de negociación directa y conciliación.

En primera instancia el Primer Juzgado Constitucional de Lima declaró infundada la excepción de prescripción y fundada la demanda de amparo, por considerar que la negativa de la Sunat a someter a arbitraje el pliego de peticiones, sin existir justificación alguna para ello, vulnera el derecho de negociación colectiva. La Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima declara fundada la excepción de prescripción, al considerar que la carta de negativa a someterse a arbitraje enviada por la Sunat tiene fecha 25.09.2009, por lo que el plazo ya habría vencido a la fecha de la interposición de la demanda.

acta de compromiso arbitral, para someter a arbitraje el conflicto presentado con respecto a su pliego de reclamos por el período 2008-2009, dado que no habían llegado a un acuerdo durante las etapas de trato directo y conciliación, alegando además una vulneración de su derecho de negociación colectiva.

Teniendo en cuenta que la SUNAT no convocó a ninguna reunión para la instalación, procedieron a solicitar a la AAT que los convoque a la conciliación, no habiendo tampoco llegado a ningún acuerdo en dicha etapa, por lo que el Sindicato-Sunat decidió someter su diferendo a un arbitraje potestativo, al ser una opción excluyente del derecho de huelga.

Si bien tanto en primera como en segunda instancia, en adición al tema de la contravención del derecho de negociación colectiva, se enfocaron más en discutir un tema de excepción de prescripción alegada por la SUNAT, el TC consideró que al ser una denuncia de naturaleza continuada, sí era necesario evaluar el fondo de la controversia.

Es por ello que tomó como sustento preliminar la posición adoptada por el TC, en la resolución de la sentencia recaída en el expediente n.º 3561-2009-PA/TC (caso de trabajadores portuarios), en la cual se precisó que el arbitraje al que se hace referencia en el artículo 61 de la LRCT, es uno de carácter potestativo, y que para someterse a dicha modalidad arbitral, se requiere cumplir determinados supuestos, como por ejemplo, la configuración de los actos de mala fe.

No obstante, en el presente caso, el TC adicionalmente a ello, realizó una nueva interpretación del arbitraje potestativo con referencia a lo establecido en el expediente n.º 3561-2009-PA/TC, haciendo un análisis sistemático del contenido de los artículos 61, 62 y 63 de la LRCT. En dicha resolución se ratifica que el arbitraje contenido en el artículo 61 de la LRCT es potestativo y no voluntario; sin embargo, no menciona los requisitos para su procedencia, señalando que «[...] hallándonos

ante un arbitraje potestativo, la decisión de acudir corresponde única y exclusivamente a los trabajadores, debiendo el empleador someterse a dicho procedimiento, sin tener la facultad de oponerse o negarse, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 63 del TUO de la LRCT, que no es el caso».

En este supuesto, el TC también ha considerado que, en caso contrario, si los sindicatos no tuvieran la facultad de optar alternativamente por el arbitraje o la huelga, su facultad de recurrir a un método de solución de conflicto —como es el arbitraje— se vería limitado, toda vez que al tener dicha dificultad, ejercerían su derecho de huelga como medida de presión frente a una negativa de acuerdo colectivo.

Es por ello que, en virtud de lo previamente señalado, se desprende que la nueva interpretación del artículo 61 del TUO de la LRCT adoptada por el TC, conlleva a establecer que estamos frente a una nueva modalidad del arbitraje potestativo, pero que a diferencia del caso de los trabajadores portuarios, en ésta no se requiere una causal de mala fe, por lo que podríamos sostener que estamos ante el denominado «arbitraje potestativo incausado». Así, de los alcances de esta interpretación, los sindicatos y las empresas se encontrarían facultadas para someter cualquier conflicto de negociación colectiva, a un arbitraje potestativo, sin requerir ninguna causal previa, —en tanto no hayan ejercido su derecho de huelga en el caso de los sindicatos— y la contraparte estaría obligada a aceptarlo.

1.4.3. Sentencia recaída en el expediente n.º 03243.2012-PA/TC (Fetratel Perú)

El 21 de mayo de 2014, el TC emitió la resolución recaída en el expediente n.º 03243.2012-PA/TC, a través de la cual resuelven una controversia surgida entre la Federación de Trabajadores del Sector Comunicaciones del Perú (Fetratel Perú) contra Telefónica Gestión de Servicios Compartidos (TGSC). El petitorio de la demanda estaba referido al

sometimiento de la negociación colectiva al arbitraje, considerando que ya se habían concluido las etapas de trato directo y de conciliación. En atención a ello, la controversia se centró, principalmente, en determinar si la empresa había vulnerado el derecho de negociación colectiva de los trabajadores.

De esa forma, el juzgado especializado en lo constitucional (1ª instancia) declaró fundada la demanda al considerar que las formas de solucionar los conflictos colectivos conllevan a determinar que el arbitraje plasmado en el artículo 61 de la LRCT es potestativo y no voluntario. Por su parte, la Sala —que revisó el presente caso— declaró improcedente la demanda, al considerar que su sometimiento a la vía arbitral era impertinente, en tanto que su imposición sólo debería nacer de la voluntad de la ley. Con respecto a este último apartado, si bien comparáramos la posición de no imposición al arbitraje potestativo, no estamos de acuerdo en que la imposición nazca de la ley, sino que debería nacer de la voluntad de las propias partes.

Así, en la citada resolución el TC determinó que, el hecho de negarse a negociar en la vía arbitral —señalando que el arbitraje no puede ser obligatorio, en tanto tiene un carácter voluntario— demuestra una práctica abusiva que conlleva a entorpecer el proceso de negociación colectiva; en tanto que por un lado, vulnera el derecho de los trabajadores a la negociación colectiva; y por el otro, configura el abuso de la empresa para negociar.

En atención a lo expuesto podemos advertir que, en esta resolución, nuevamente el TC se ratifica en señalar que la naturaleza del arbitraje contemplado en el artículo 61 de la LRCT, es de carácter potestativo; y por ende, ante la manifestada voluntad de alguna de las partes de someterse a esta modalidad arbitral, la otra tiene la obligación de aceptarlo, no pudiendo negarse por ningún motivo ni circunstancia referida a la voluntad.

Sin perjuicio de lo señalado, es necesario manifestar el voto singular del magistrado Álvarez Miranda, quien no comparte la posición previamente señalada, considerando que no se puede forzar a los involucrados a solucionar sus controversias a través de un arbitraje, en tanto se estaría vulnerando la autonomía de la voluntad, lo que significa suprimir el consentimiento de una parte, y el abuso en contra de la otra que no desea ventilar sus conflictos, lo cual debería ser sopesado previamente con la autonomía de las empresas.

De esa forma, y considerando que el TC, a través de la presente resolución, ampara un supuesto que contraviene el principio de la negociación voluntaria, no estamos de acuerdo con la posición adoptada por dicho órgano, toda vez que la imposición de un método de solución de conflictos al no estar acorde a los principios constitucionales y pronunciamientos de la OIT genera una situación complicada, a fin de que las partes puedan asumir una negociación libre y voluntaria para lograr un acuerdo a través del diálogo directo.¹²

1.5. Principios, convenios, declaraciones y pronunciamientos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú¹³ y el artículo v del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹⁴ contemplan que los alcances de los derechos y liberta-

¹² OIT. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 926, 5.ª edición (revisada).

¹³ Constitución Política del Perú. Cuarta Disposición Final y Transitoria.- «Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú».

¹⁴ Código Procesal Constitucional.- Artículo v del Título Preliminar.- «El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como

des constitucionales deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los tratados, acuerdos y decisiones que hayan sido adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos, en tanto hayan sido ratificados por el Perú, los cuales, inclusive, forman parte de nuestra normativa interna.

En esa misma línea, en materia laboral el órgano facultado de emitir dichos alcances es la OIT, quien a su vez cuenta con diversas comisiones encargadas de velar que sus países integrantes cumplan con las disposiciones que se emiten. Así, en temas vinculados a relaciones colectivas laborales, la Comisión de Libertad Sindical, en adelante, CLS,¹⁵ y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, en adelante, Ceacr, son los entes encargados en temas referidos a la negociación colectiva y libertad sindical.

Al respecto, teniendo en cuenta que el derecho a la negociación colectiva, contemplado en la Constitución, no sólo tiene tutela constitucional sino también supranacional, se hace necesario considerar la vinculación del Derecho Internacional en nuestra normativa interna. Al referirnos al sistema internacional, no sólo debemos considerar a los convenios, sino también a las interpretaciones realizadas por sus órganos especializados. De esa forma, la interpretación que cualquier ente realice sobre el derecho de negociación colectiva, debe encontrarse acorde a los convenios de la OIT, por lo que cualquier alcance que contravenga dichas disposiciones también vulnera la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Perú. Bajo ese parámetro, desde nuestro punto de vista, la decisión adoptada por el TC sobre el arbitraje potestativo, no se encuentra acorde a los criterios emitidos por el CLS.

de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte».

¹⁵ Comité de Libertad Sindical, creado en 1951, con el objetivo de evaluar las quejas presentadas, ya sea por los empleadores o trabajadores, sobre contravenciones al derecho de libertad sindical contra los Estados miembro, hayan o no ratificado los Convenios n.ºs 87 y 98 sobre libertad sindical o negociación colectiva, respectivamente.

Por otro lado, y partiendo de la premisa que los pronunciamientos de la OIT son instrumentos internacionales que pueden influir en nuestra normativa nacional, es necesario establecer si sus alcances tienen carácter vinculante, o si por el contrario son *soft law*.¹⁶ Al respecto, el TC ha manifestado que las opiniones realizadas por el CLS y la Ceacr son *soft law*, tal como se reproduce a continuación:

En consecuencia, a partir de la interpretación dada a lo dispuesto en los referidos convenios por el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, la misma que reviste el carácter de *soft law* para el derecho interno.¹⁷

Sin embargo, para los laboristas, las recomendaciones de la OIT no «constituyen *soft law*, ni tampoco consisten en simple doctrina. Al contrario, son fuentes vinculantes del Derecho Internacional del Trabajo». Y, que dicha posición se ve reforzada «porque el Tribunal Constitucional ha considerado a un Convenio Internacional del Trabajo como parte del bloque de constitucionalidad [...]» y «porque la Nueva Ley Procesal del Trabajo (Ley n.º 29497) señala que [...] los derechos laborales, individuales o colectivos, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios y de-

¹⁶ «La posición generalizada de la doctrina es considerar que el fenómeno del *soft law* aparece cuando el instrumento tiene un “carácter jurídicamente no vinculante y posee cierta relevancia jurídica”, siendo su espacio natural de producción el Derecho Internacional, aun cuando se esté extendiendo, en la actualidad y por su influencia, a los derechos domésticos». ALARCÓN GARCÍA, Gloria. «El *soft law* y nuestro sistema de fuentes». En *Contribución al Libro Homenaje del profesor Álvaro Rodríguez Bereijo*, 2010, p. 9.

¹⁷ Expediente n.º 00026-2007-PI/TC. También puede verse las siguientes resoluciones: expediente n.º 00024-2009-PI, expediente n.º 02464-2011-PHC/TC y expediente n.º 02111-2010-PA/TC.

cisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte». ¹⁸

De esa forma y, en cuanto a los pronunciamientos del CLS y la Ceacr cabe indicar que los alcances de las normas internacionales e interpretación de los convenios de la OIT, emitidos por dichas entidades, tienen rango constitucional. Esta posición ha sido acogida por la doctrina nacional, en tanto se señala que su interpretación no sólo se realiza en concordancia con los tratados, previamente ratificados por el Perú, sino también con los alcances que hayan sido emitidos por las entidades encargadas de su creación.

Al respecto, profesores como Neves Mujica, Blancas Bustamante, Villavicencio Ríos y Boza Pro, consideran que los pronunciamientos emitidos por los tribunales internacionales, tales como los referidos a los Convenios de la OIT, tienen rango constitucional e inclusive forman parte del bloque de constitucionalidad, tal como se señala a continuación:

[...] El bloque se extiende, en nuestra opinión, no sólo al texto del Tratado sino también a la jurisprudencia que sobre él ha nacido de los órganos de control de la Organización Internacional que lo produjo. ¹⁹

Sin embargo, a pesar de que el artículo 28 de la Constitución no aporta mayores elementos de juicio sobre el concepto de libertad sindical, precisamente por eso el contenido de ésta debe establecerse recurriendo a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú que se refieren a dicha libertad,

¹⁸ SARZO TAMAYO, Víctor Renato. «La determinación no autónoma del nivel de negociación colectiva desde la óptica del uso judicial del derecho internacional del trabajo: a propósito de dos sentencias del Tribunal Constitucional». *Boletín electrónico del MTPE*. Lima, [Dex of/boletin/documentos/boletin_16](http://dex.of/boletin/documentos/boletin_16), publicado el 12.06.2012.

¹⁹ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pp. 79-80.

los cuales poseen rango constitucional e integran el bloque de constitucionalidad.²⁰

[...] nuestro Tribunal Constitucional considera que las decisiones de los tribunales internacionales forman parte del bloque de constitucionalidad, en la medida en que precisan el contenido de las normas internacionales que interpretan y que, como vimos, tienen rango constitucional [...].²¹

En ese orden de ideas, será necesario recurrir a los instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, en particular los convenios n.ºs 87 y 98 de la Organización Internacional de Trabajo.²²

Todo lo anterior y sumado al hecho de que la propia Constitución considera que la interpretación de los organismos internacionales sobre derechos humanos tienen rango constitucional, no hace sino confirmar que se debe catalogar a estos criterios en el máximo nivel de nuestra pirámide normativa.

1.5.1. Principios de una negociación colectiva

Es necesario tener en cuenta que la OIT se ha pronunciado con respecto a los principales principios de una negociación colectiva, las mismas que también han sido desarrolladas en la sentencia de trabajadores portuarios por el TC, y donde una vez más se evidencia la influencia del derecho internacional en nuestro ámbito nacional. Si bien existen

²⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *La cláusula del Estado Social en la Constitución*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 192.

²¹ El autor refiere que «[...] Siendo que para nosotros, estos pronunciamientos tienen también rango constitucional, cuando establecen interpretaciones generales de los Convenios de la OIT». VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *La libertad sindical en el Perú: fundamentos, alcances y regulación*. Lima: Plades, 2010, pp. 53-70.

²² BOZA PRO, Guillermo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 71.

otros principios, a continuación sólo nos referiremos a aquéllos que se encuentran relacionadas a nuestro trabajo:

- a. *Principio de negociación libre y voluntaria.* Tal como lo ha establecido la OIT, la negociación voluntaria es un elemento inmerso dentro de los alcances del principio de libertad sindical y que para lograr su eficacia requiere que dicho elemento se encuentre imprescindiblemente en todos los procesos de negociación colectiva, y que además no contenga actos coactivos que afecten la negociación.²³

De ello se desprende que ni las partes ni el Estado a través de sus disposiciones normativas, deberían fomentar la imposición de una negociación obligatoria, como por ejemplo, estar sujetos a un período determinado de negociación para resolver sus conflictos laborales colectivos o, sometérselos en caso de no llegar a un acuerdo a un proceso arbitral,²⁴ en tanto que ello afectaría el principio de negociación libre y voluntaria.

- b. *Libertad para decidir el nivel de negociación.* Así como el principio de la voluntariedad debe primar durante todo el proceso de negociación colectiva, dicha decisión también recae al momento de la determinación del nivel de negociación al que desean someterse las partes, no pudiendo la legislación ni la AAT, im-

²³ OIT. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 925 y 926, 5.ª edición (revisada).

²⁴ OIT. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 997, 5.ª edición (revisada).

ponerlo.²⁵ Sin embargo, en el caso n.º 2375,²⁶ el CLS ha considerado que, si bien no puede ser impuesto —en tanto se busca la independencia de las partes— ello no limita que dicha labor pueda ser delegada a un organismo realmente independiente.

- c. *Principio de buena fe*. La OIT, a través del CLS, se ha pronunciado en reiteradas oportunidades²⁷ sobre la importancia del principio de buena fe de una negociación colectiva, en tanto se busca mantener la armonía que debe primar en el marco de las relaciones laborales colectivas. Así, teniendo en cuenta dicho principio, y con el objeto de establecer una relación mutua y permanente de confianza, se requiere que las partes busquen todas las soluciones posibles para lograr un acuerdo.²⁸

²⁵ Al respecto, puede verse un caso argentino en el cual su legislación establecía que, de haber desacuerdo de las partes, la Autoridad de Trabajo tendría la obligación de definir el nivel de negociación colectiva, ante lo cual, el CLS, adoptando el criterio de la Ceacr, estableció que ni la legislación ni la AAT pueden establecer dicho nivel, toda vez que contraviene el principio de negociación colectiva. Para un mayor alcance, ver Informe del Comité de Libertad Sindical 310, caso n.º 1887, Serie B, n.º 2, vol. LXXXI, 1998.

²⁶ Este caso es una queja presentada contra el gobierno peruano por la Organización Internacional de Empleadores (OIE), la Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas —Confiep— y la Cámara Peruana de la Construcción (Capeco) sobre la imposición del nivel de rama de actividad en el caso del sector de la construcción. Al respecto, el detalle de este caso puede encontrarse en el Informe del Comité de Libertad Sindical 338, caso n.º 3275, vol. LXXXVIII, 2005, Serie B, n.º 3.

²⁷ Al respecto, un detalle de casos en los que el CLS ha determinado la importancia de mala fe se señala a continuación (OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT. Véase párrafo 934. Quinta Edición - revisada):

Informe del CLS 338º, caso n.º 2404, párrafo 1047, año 2005

Informe del CLS 335º, caso n.º 2244, párrafo 1258, año 2004

Informe del CLS 333º, caso n.º 2288, párrafo 826, año 2004

Informe del CLS 332º, caso n.º 2263, párrafo 298, año 2003.

²⁸ A continuación se detalla los casos en donde el CLS lo ha determinado (OIT - Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo

1.5.2. Convenios de la OIT: Convenios n.º 87, 98 y 154

El Convenio 87²⁹ entró en vigencia el 4 de julio de 1950, denominado «Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación», ratificado por el Perú en el año 1960. Entre uno de los principales derechos contemplados en el Convenio n.º 87, es el de protección del derecho de sindicación, a través de la cual se garantiza el libre ejercicio del derecho de sindicación.

El Convenio n.º 98 de la OIT, entró en vigencia a partir del 18 de julio de 1951, denominado «Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva», ratificado por el Perú el año 1964. En relación al tema de nuestro trabajo, conviene citar una parte del Convenio n.º 98:

Artículo 4.- Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo.

De ello puede apreciarse que el artículo 4 del Convenio n.º 98 establece la obligación del Estado de «estimular y fomentar» los procedimientos de una negociación voluntaria dentro de una negociación

de Administración de la OIT. Véase párrafo 935. Quinta Edición (revisada)):

Informe del CLS 338º, caso n.º 2404, párrafo 1047, año 2005.

Informe del CLS 333º, caso n.º 2288, párrafo 826, año 2004

Informe del CLS 332º, caso n.º 2263, párrafo 298, año 2003.

²⁹ Para un mayor alcance del contenido del Convenio 98 de la OIT puede revisarse: José, MARCOS SÁNCHEZ y Eduardo, RODRÍGUEZ CALDERÓN. Organización Internacional de Trabajo (OIT). Manual para la Defensa de la Libertad Sindical, 2ª edición revisada, 2001.

colectiva. Pero, ¿qué debemos entender cuando nos referimos a «estimular» y «fomentar» la negociación?

Con relación a esta terminología, cabe mencionar los argumentos planteados en el acta durante la elaboración del Convenio n.º 98, en donde se señalaba que los alcances de dicha denominación no tenían que ser «susceptibles de una interpretación de la que pudiera derivarse la obligación para los gobiernos de imponer negociaciones colectivas».³⁰ De esta manera, y a través de dichos documentos de trabajo, se aprecia la real intención de los autores de este artículo, cuya finalidad no era forzar a las partes a someterse a una negociación colectiva, sino que dicho interés se fomente a través de la voluntariedad de los propios interlocutores.

Esto significa, por una parte, que los Estados asumen el compromiso de promover, tanto a las empresas como a los sindicatos, las condiciones que sean necesarias para que éstas asuman un rol que conlleve a un acuerdo colectivo sustentado en el respeto de una negociación libre y voluntaria. Y, por la otra, que el Estado se limite únicamente a su rol como promotor mas no como intervencionista, renunciando a cualquier intromisión dentro de un proceso de negociación colectiva.

Finalmente, en este apartado nos referiremos al Convenio n.º 154, el cual, si bien es aplicable al sector público y no ha sido ratificado por el Perú, es necesario tenerlo en cuenta debido a la importancia de su contenido, además porque el TC, en la sentencia de los trabajadores portuarios, también lo consideró como parte del bloque de constitucionalidad de la negociación colectiva.

³⁰ Conferencia Internacional de Trabajo. Actas, 1981, pp. 22/6, citado por GERNIGON, Bernard, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. *La Negociación Colectiva. Normas de la OIT y principios de los órganos de control*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2000, 1.ª edición, p. 40.

Por ello, es necesario señalar que, al igual que en los anteriores convenios, a través de este convenio también se establece que la negociación colectiva es voluntaria; sin embargo, a diferencia del Convenio n.º 98, mediante el cual se dispone la adopción de medidas para promover y fomentar la negociación colectiva, a través del Convenio n.º 154 se intenta generar los instrumentos necesarios para su aplicación.

1.5.3. Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales

La Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales³¹ (en adelante, la «Declaración») es un instrumento de la OIT, que busca confirmar el compromiso, tanto de los Estados, empresas y trabajadores, sobre aquellos principios contemplados en la Constitución de la OIT, y que han sido considerados como fundamentales para lograr el avance conjunto del aspecto social, económico y desarrollo de los países parte de la OIT.

De esa forma, a través de esta declaración se intenta acoger a aquellos trabajadores que, estando en un país adherido a la OIT, no gocen de todas las consideraciones mínimas y necesarias que han sido contempladas como derechos fundamentales. Dichos derechos son aquéllos que, por su especial envergadura, requieren de un reconocimiento y protección mínima de cumplimiento de los países miembros de la OIT, tales como el de libertad de asociación, libertad sindical, y de reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva, entre otros.³² Y es así como la OIT lo ha reconocido en su Declaración de la Organización

³¹ Para un mayor alcance sobre la materia puede revisarse el siguiente link: www.ilo.org/declaration/thedeclaration/lang-es/index.htm. Revisado el 29.01.2014.

³² Adicionalmente al derecho de negociación colectiva y libertad sindical también se encuentran: a) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; b) la abolición efectiva del trabajo infantil; y c) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Internacional de Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.³³

Todo lo expuesto no hace más que destacar el carácter de derecho humano y fundamental que tiene la negociación colectiva y, a través de ello, la importancia que tiene para las partes el ejercicio de este derecho en forma libre y sin la menor intervención posible de terceros.

1.5.4. Comité de Libertad Sindical (CLS)

El CLS, creado en 1951, tiene como una de sus principales labores evaluar las quejas presentadas, ya sea por los empleadores o trabajadores, sobre contravenciones al derecho de libertad sindical contra los Estados miembros, hayan o no ratificado los Convenios n.ºs 87 y 98 sobre libertad sindical y negociación colectiva, respectivamente. De esta forma, y así como nuestro ordenamiento jurídico nacional ha acogido el derecho de libertad sindical en la Constitución, cabe indicar que para la OIT este principio también es una garantía fundamental que debe primar en la regulación de todos los Estados. Es por ello que, luego de haber desarrollado en el numeral anterior los convenios y declaración de la OIT, en este apartado analizaremos los pronunciamientos principales que han sido emitidos por el CLS en materia de negociación colectiva y libertad sindical, especialmente los referidos a la negociación libre y voluntaria.

Sobre la negociación colectiva, la posición adoptada por el CLS se centra en fomentar tanto a los sindicatos como a las empresas, su deber de negociar conforme al principio de la negociación libre y de forma voluntaria, teniendo en cuenta que este derecho constituye un aspecto

³³ La Declaración de la Organización Internacional de Trabajo relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo fue adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión. Ginebra, 18 de junio de 1998. A través de esta declaración, tanto los gobiernos, trabajadores y empleadores ratifican los alcances fundamentales de la OIT.

fundamental y, además, que se encuentra comprendido dentro de los alcances de la libertad sindical, y en el artículo 4 del Convenio n.º 98 de la OIT.³⁴

De esa forma, ningún Estado tiene facultad para imponer un sistema específico como medio de negociación colectiva,³⁵ en tanto que, si bien el rol que desempeña es de «fomentar» la negociación, ello no implica que su intervención contravenga a la negociación voluntaria, y por ende al principio de libertad sindical. En esta línea, una manera que quizás el Estado pueda ejercer su rol como promotor del desarrollo de la negociación colectiva es facilitar a las partes diversa información, como por ejemplo, la «situación económica de la unidad de producción, salarios y condiciones de trabajos en unidades vecinas y sobre la situación económica y, en general,»³⁶ todos los temas que intervengan y coadyuven al éxito de una negociación.

De otro lado, cuando el CLS ha tenido que pronunciarse con respecto a la determinación del nivel de negociación colectiva, ha sido enfático en manifestar que ninguna legislación o decisión administrativa debe imponer el nivel de negociación de los interlocutores, correspondiendo dicha facultad únicamente a las partes, en virtud del principio de voluntad.³⁷ Sin embargo, si bien ésa es la regla general, existen algunos países cuya regulación les permite delegar dicha facultad a un tercero, para lo cual el CLS ha considerado que en estos casos el organismo debería ser totalmente independiente, y ante ello consideramos que este

³⁴ OIT. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Véase párrafos 880, 881 y 925, 5.ª edición (revisada).

³⁵ OIT. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, p. 198, 5.ª edición (revisada).

³⁶ Estudio general CE de 1994, párrafo 248.

³⁷ OIT. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Véase párrafo 988, 990 y 991, 5.ª edición (revisada).

argumento es válido, teniendo en cuenta que si fuera un organismo parcializado, devendría en una afectación al principio de libertad sindical.

Sin embargo, el hecho de que las partes no tengan como obligación sistemática el negociar colectivamente, e inclusive lograr un acuerdo, no significa que la contraparte carezca de herramientas que impidan el logro de sus objetivos, y es por ello que en algunos casos, como, por ejemplo, en los países que tienen un reducido desarrollo sindical, la OIT ha generado procedimientos para evitar que se presente este tipo de situaciones, aplicando para ello la imposición de algunas formas de solución de conflictos (tales como la mediación y la conciliación), en aquellos casos que se advierta un comportamiento desleal o de mala fe de alguna de las partes.³⁸

Por su parte, el CLS establece que si bien es obligación del Estado fomentar la negociación colectiva y promover las alternativas de solución pacífica de conflictos laborales, ello no implica que mediante sus actos de injerencia intervenga o imponga algún sistema que altere el carácter de las negociaciones colectivas,³⁹ el cual inclusive significaría contravenir los alcances del artículo 4 del Convenio n.º 98 de la OIT. De esta manera, queda claro que, tal como lo establece el CLS, mediante el citado convenio no se puede ejercer de forma impositiva ningún acto que conlleve a una negociación colectiva forzada, porque ello afectaría su carácter voluntario, además de una actitud intervencionista por parte del Estado; sin embargo, agrega que esto no significa una abstención en

³⁸ Éste es un caso del Gobierno de Panamá en cuya legislación se estableció una sanción en caso la empresa no conteste a un pliego de peticiones, considerándose como una práctica desleal. Al respecto, el detalle de este caso puede encontrarse en el Informe del Comité de Libertad Sindical 318, caso n.º 1931, vol. LXXXII, 1999, Serie B, n.º 3.

³⁹ OIT. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Véase párrafo 927 y 928, 5.ª edición (revisada).

el fomento de mecanismos de solución de conflictos colectivos⁴⁰ dado que es un rol que debería desempeñar como Estado.

Por otro lado, es necesario señalar que, para el CLS, sólo existen dos clases de arbitrajes: i) el voluntario; y ii) el obligatorio. El primero no genera mayor controversia, en tanto se encuentra sujeto al acuerdo de las partes de someterse a dicha modalidad arbitral. Sin embargo, con respecto al segundo, para el CLS sólo es admisible en los siguientes supuestos:⁴¹ crisis nacional aguda, en los casos de conflicto dentro de la función pública (funcionarios de la administración del Estado), en los casos de servicios esenciales y, cuando después de varias negociaciones prolongadas e infructuosas se presenta el bloqueo de las negociaciones (mala fe en procesos dilatados de negociación).

De esta forma, y de los pronunciamientos previamente señalados, puede apreciarse que si bien el TC ha determinado que el arbitraje al que se refiere la LRCT es uno de carácter potestativo, dicho criterio no se encuentra acorde con las disposiciones emitidas por los órganos internacionales en materia de libertad sindical, tales como los establecidos por la OIT, dado que este tipo de solución de conflictos debe ser excepcional y limitado a supuestos específicos.

1.5.5. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en adelante Ceacr, creada en 1926, tienen por finalidad revisar de forma imparcial las memorias presentadas por los gobiernos

⁴⁰ OIT. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Véase párrafo 929, 5.ª edición (revisada).

⁴¹ OIT. *Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. Véase párrafo 515 y 860, 5.ª edición (revisada). B.O., vol. LXXVII. 1995, Serie B, n.º 2, 299. Informe, caso n.º 1768 (Islandia), párrafo 109.

que han ratificado los convenios de la OIT, con respecto a su aplicación en cada uno de los países miembros. Al momento que la comisión realiza el análisis de esta información, emite dos tipos de comentarios: i) observaciones; y ii) solicitudes. La primera se refiere a temas fundamentales generados a raíz de la aplicación de un convenio, las cuales son publicadas en el informe anual de la comisión. Y la segunda versa sobre las solicitudes de información o temas mucho más técnicos, los mismos que no son publicados en el informe de la Comisión.

Los comentarios generados por la Ceacr son plasmados en el informe anual⁴² de la Comisión de Expertos, los mismos que hemos tratado de sintetizar en este apartado en lo referido únicamente a temas vinculados a nuestro artículo; esto es, la autonomía de la voluntad y el arbitraje potestativo.

Con respecto a la autonomía de la voluntad, la Ceacr es enfática en determinar que «los organismos y procedimientos existentes deben destinarse a facilitar las negociaciones entre los interlocutores sociales, que han de quedar libres de negociar».⁴³ Esto significa que, si bien el Estado asume un rol importante dentro del proceso de negociación colectiva, son las partes las únicas facultadas para determinar los alcances de su propia negociación.

Por otro lado, y con relación al arbitraje potestativo, la Ceacr también se ha pronunciado sobre esta materia opinando⁴⁴ que dicha modalidad arbitral, incorporada a través de la regulación del arbitraje potes-

⁴² El informe anual consta de tres partes: i) la primera contiene el informe general, que incluye los comentarios acerca del respeto de los Estados miembro de sus obligaciones constitucionales; ii) la segunda contiene las observaciones sobre la aplicación de las normas internacionales del trabajo; y iii) la tercera contiene el estudio general.

⁴³ Estudio General CE de 1994, párrafo 248.

⁴⁴ La información procesada por la Comisión para emitir esa sugerencia se fundamentó en aquella suministrada por las siguientes partes:

tativo, debe evaluarse de forma tripartita considerando los alcances de la negociación directa entre las partes, tal como se señala a continuación:

La Comisión desea subrayar que los organismos y procedimientos existentes deben promover en la mayor medida posible las negociaciones entre los interlocutores sociales sobre los problemas de determinación del nivel de la negociación y contar con la confianza de las partes. La Comisión invita al gobierno a que inicie consultas tripartitas sobre estas cuestiones.⁴⁵

De esta forma, con respecto al arbitraje en donde las partes se han sometido de forma voluntaria, no existe ninguna controversia. Sin embargo, aquel proceso arbitral propuesto por una sola parte, sí tiene la OIT desarrollada una preferencia sobre la solución directa de controversias colectivas antes que la imposición de una fórmula de solución de conflictos como un arbitraje, en tanto «es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio n.º 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación».⁴⁶

1.6. Arbitraje incausado

El arbitraje incausado, si bien no es una modalidad regulada en nuestro ordenamiento jurídico, del contenido de los últimos pronunciamientos emitidos por el TC y resoluciones de admisibilidad en los procesos ar-

El Gobierno de Perú informó que el RAP tiene su origen en la resolución del TC, específicamente en aquel apartado que manifiesta que en caso alguna de las partes proponga el arbitraje, la otra parte se encuentra obligada a aceptarlo.

El Gobierno de Perú manifestó que todos los niveles de negociación colectiva tienen iguales posibilidades de concretarse.

La Cámara de Comercio de Lima manifestó que en caso de desacuerdo del nivel de negociación colectiva debe realizarse a nivel de empresa.

⁴⁵ Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Aplicación de las normas internacionales de trabajo, 2013 (I). Conferencia Internacional de Trabajo 102, reunión, 2013.

⁴⁶ GERNIGON, Bernard, Alberto ODERO y Horacio GUIDO. *Ob. cit.*

bitrales se desprende que, a pesar de no cumplirse con alguno de los supuestos de configuración del arbitraje potestativo, y siempre que alguna de las partes lo solicite, el conflicto podría ser resuelto por un tercero.

Esto significa que no es necesario que la parte que solicita el arbitraje demuestre que no ha actuado de mala fe o se trate de la primera negociación colectiva. Es decir, basta la sola voluntad de una de las partes para vincular a la otra a un arbitraje potestativo que solucione la negociación colectiva, tal como lo ha señalado el TC en el caso *Fetratel*.

Sin embargo, este tema no es pacífico. Hay un grupo de árbitros que considera que el arbitraje incausado es vinculante luego del fracaso de la primera sesión de negociación colectiva basándose en lo expuesto por el TC. Otro grupo estima que el arbitraje incausado es solamente vinculante luego que las partes agoten todos los esfuerzos razonables para solucionar el conflicto directamente. Finalmente, un tercer grupo considera que el arbitraje incausado no es admisible siguiendo los pronunciamientos que hemos citado de la OIT. Actualmente, hay resoluciones arbitrales que tienen estos tres sentidos de resolución.

Por otro lado, y remitiéndonos a los últimos pronunciamientos de los tribunales arbitrales, podemos apreciar que en el 2011, cuando recién entró en vigencia el arbitraje potestativo, el arbitraje incausado se solicitaba de manera supletoria; es decir, primero alegaban los actos de mala fe, y en caso no procedieran estos supuestos, solicitaban el arbitraje incausado. Actualmente, algunos pedidos de arbitraje tienen como pretensión principal el incausado, y de no proceder éste, recién la evaluación de los actos de mala fe.

Finalmente, y sin perjuicio de las posiciones que existen con relación a esta modalidad arbitral, no podemos dejar de mencionar que, con la admisión del arbitraje potestativo incausado, carecería de sentido la procedencia del arbitraje en los casos de servicios esenciales y huelgas

largas con afectación del sector económico, en tanto no existirían diferencias entre un arbitraje y el otro.

2. EL ARBITRAJE POTESTATIVO COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Tal como hemos visto en el capítulo anterior, el arbitraje potestativo faculta a una de las partes en conflicto a someter a la otra a un arbitraje laboral, aun en contra de su voluntad, en tanto se cumplan ciertos supuestos indispensables para incurrir en esta modalidad, o en la posición del TC, inclusive por la sola voluntad de una de las partes (arbitraje potestativo incausado).

La justificación de esta novedosa modalidad en nuestro ordenamiento nacional radica en otorgar a las partes, pero especialmente a los sindicatos, una herramienta de presión en caso de no llegar a una solución del conflicto colectivo en forma directa, de tal manera que el empleador tenga que ceder a ciertas condiciones que hasta el momento no hayan sido otorgadas.

De esa forma, a continuación analizaremos el marco de la regulación laboral, empezando por los orígenes, cambios normativos hasta los proyectos vinculados al arbitraje potestativo; asimismo también desarrollaremos el proceso arbitral, incluyendo el presupuesto y supuestos de la procedencia del arbitraje potestativo, para finalmente remitirnos al proceso arbitral.

2.1. Marco de la regulación laboral

2.1.1. Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo

En virtud de la sentencia de los trabajadores portuarios, el TC consideró que ninguna norma legal puede imponer el nivel de una negociación

colectiva, tal como lo hacía el artículo 45 de la LRCT,⁴⁷ la misma que se inaplicó para ese caso en específico, y se declaró la inconstitucionalidad del primer párrafo del citado artículo, en tanto consideraba que contravenía uno de los principios de la negociación colectiva. Así, hasta el momento de la publicación de la sentencia de los trabajadores portuarios, la interpretación del arbitraje al que se refería el artículo 61⁴⁸ de la LRCT era facultativo para ambas partes; no obstante, con la resolución aclaratoria del 1 de marzo de 2010, el TC estableció que el arbitraje al que se refería el citado artículo, era de carácter potestativo.

En ese sentido, y en virtud de los parámetros de la sentencia del TC, se contempla una nueva modalidad de arbitraje, denominada «arbitraje potestativo», que hasta antes de su aclaración y de una interpretación literal del artículo 61, la LRCT se entendía que estábamos frente a un arbitraje voluntario. Sin embargo, y si bien existía una posición de parte de la doctrina que concebía al arbitraje como voluntario, también estaban aquellos que consideraban que se regulaba el arbitraje potestativo por una interpretación sistemática, no sólo del artículo 61 sino también de los artículos 62 y 63 de la LRCT; con lo cual podemos señalar que no existía una posición unánime con respecto a qué tipo de arbitraje era el contemplado en la LRCT, que si bien el TC ha manifestado que es de carácter potestativo, existen aún opositores que señalan lo contrario, cuyo detalle de las posiciones veremos cuando desarrollemos la reglamentación del arbitraje potestativo.

⁴⁷ LRCT, artículo 45: «Si no existe previamente una convención colectiva en cualquier nivel de los señalados en el artículo anterior, las partes decidirán, de común acuerdo, el nivel en que entablarán la primera convención. A falta de acuerdo, la negociación se llevará a nivel de empresa [...]».

⁴⁸ LRCT, artículo 61: «Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje».

2.1.2. Decreto Supremo n.º 014-2011-TR: Regulación del Arbitraje Potestativo (RAP)

El 17 de setiembre de 2011 se publicó el Decreto Supremo n.º 014-2011-TR, norma que regula el arbitraje potestativo, en adelante RAP, mediante el cual se incorporó el artículo 61-A al Rlrct, a través del cual se dispuso que:

Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: a) las partes no se ponen de acuerdo en la primera negociación, en el nivel o su contenido; y b) cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo [...].⁴⁹

Con respecto al primer supuesto, el RAP faculta a cualquiera de las partes a someter su discrepancia al arbitraje potestativo, en caso no haya acuerdo en el nivel de negociación o en el contenido del convenio colectivo, siempre que sea la primera negociación. Puede indicarse que en este literal existe, en realidad, dos supuestos: la primera negociación colectiva para determinar el contenido de dicha negociación; y el conflicto donde se discute el nivel de la propia negociación (por ejemplo, la determinación del nivel de rama de actividad o de empresa).

El segundo supuesto se refiere a cuando alguna de las partes demuestra una actitud cuyo comportamiento evidencia actos de mala fe, que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo, pudiendo la otra parte encontrarse en plena facultad de interponer esta modalidad arbitral, siempre que dicha conducta tenga por resultado afectar la negociación colectiva. En efecto, no basta que alguna de las partes haya actuado de mala durante el proceso de negociación colec-

⁴⁹ Artículo 1 del Decreto Supremo n.º 014-2011-TR: Modificación del artículo 61-A al Reglamento de la Ley de Relaciones Colectivas (Decreto Supremo n.º 011-92-TR). En ese mismo Decreto se creó el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas.

tiva, sino que además se requiere, como condición *sine qua non*, que la negociación se haya visto afectada. Por ejemplo, cuando una empresa por error administrativo omite pagar a un grupo de trabajadores una bonificación, incluido un dirigente sindical. En este caso, si bien podría alegarse que se trata de un acto de mala fe, ello no habilita al sindicato a proponer un arbitraje potestativo, toda vez que el no haber pagado dicho concepto, no necesariamente afecta el proceso de negociación colectiva.⁵⁰

Por su parte, si bien la sentencia de los trabajadores portuarios determina que el artículo 61 de la LRCT era un arbitraje potestativo, recién con la promulgación del Decreto Supremo n.º 014-2011-TR se formalizó dicha modalidad en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, a pesar de ello, actualmente aún existen posiciones discrepantes, en tanto hay laboristas que se inclinan por establecer que el arbitraje potestativo (inclusive, sin expresión de causa) sí se encuentra contemplado, tanto en la LRCT como en el Rlrct, criterio también adoptado por el TC; mientras que otros autores consideran que el arbitraje contemplado en la LRCT es voluntario, más aún cuando dicho criterio es el adoptado por la OIT.

En relación con la primera posición, Blancas Bustamante indica que el arbitraje potestativo se desprende de la LRCT y del Rlrct, pudiendo los sindicatos optar alternativamente por el arbitraje o la huelga,⁵¹ más

⁵⁰ En este caso, si bien dicha conducta del empleador no habilita el arbitraje potestativo, ello no implica que el dirigente sindical —o de ser el caso el sindicato— tenga las herramientas necesarias para revertir dicha situación, toda vez que en este caso tendrían la facultad de solicitar una inspección laboral.

⁵¹ El autor señala que «La lógica de esta modalidad consiste en dar a los trabajadores o sindicatos, la opción, una vez frustrada la negociación directa entre las partes, de optar por el ejercicio del derecho de huelga y, por esta vía, presionar al empleador para que efectúe concesiones que permitan solucionar el conflicto o someter la controversia a un tercero». BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. «La naturaleza del arbitraje en la negociación colectiva». En *Revista de Soluciones Laborales*. Lima: Gaceta Jurídica, octubre 2011, n.º 46, p. 17.

aún porque el artículo 28.2 de la Constitución no considera a la huelga como una forma pacífica de solución de conflicto laboral, en tanto el Estado lo reconoce, pero no lo promueve. Villavicencio Ríos señala que «[...] el arbitraje potestativo juega un rol muy relevante, entendido como parte de las políticas de fomento de la negociación colectiva que ordena el artículo 28 de la Constitución Política del Perú».⁵²

Con respecto a la segunda posición, Elías Mantero considera que el arbitraje potestativo contraviene la LRCT, y que al «ser una imposición, es contrario a la naturaleza voluntaria del arbitraje» y sólo lo considera procedente «en casos excepcionales y no como regla general, como se pretende implantar».⁵³ En esa misma línea, Pasco Lizárraga y Lengua Apolaya, manifiestan que los «arbitrajes obligatorios»⁵⁴ que tengan por objeto disponer la solución de una negociación colectiva concreta, o incluso imponer un determinado nivel de negociación, contravienen por igual la libertad sindical.⁵⁵ Lo expuesto significa que si bien es obligación del Estado fomentar las formas pacíficas de solución de conflictos, ello no supone que exista una vía forzada para su solución.

De los comentarios previamente señalados se desprende que, a pesar de que a la fecha existe una regulación del arbitraje potestativo, las posiciones doctrinarias en el ámbito nacional todavía se encuentran di-

⁵² VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. «Arbitraje potestativo y otros temas de Derecho Colectivo del Trabajo». En *Entrevista realizada por Soluciones Laborales*. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2011, n.º 48, p. 60.

⁵³ ELÍAS MANTERO, Fernando. «Acerca de la implantación del arbitraje potestativo y la creación del registro nacional de árbitros en materia de negociación colectiva». En *Soluciones Laborales*. Lima: Gaceta Jurídica, diciembre 2012, n.º 60, p. 61.

⁵⁴ Cabe indicar que si bien los autores consignan la terminología «arbitrajes obligatorios», ello se debe a que este comentario se emitió antes de la publicación de la resolución aclaratoria del caso de trabajadores portuarios en donde se estableció que el arbitraje referido era de carácter potestativo.

⁵⁵ PASCO LIZÁRRAGA, Mario y CÉSAR LENGUA APOLAYA. «El arbitraje obligatorio para la determinación del nivel de la negociación colectiva por rama de actividad». En *Revista Jurídica del Perú*, octubre 2009, tomo 104, p. 29.

vididas, al considerar algunos que el arbitraje debería ser voluntario; y para otros, de carácter potestativo.

Sin perjuicio de las posiciones discrepantes que existen con respecto al arbitraje potestativo, no podemos desconocer que es una figura que tiene vigencia en nuestra sociedad, por lo que debemos conocer su aplicabilidad práctica. Por otro lado, es necesario señalar que, el día 21 de noviembre de 2014, mediante Decreto Supremo n.º 013-2014-TR se modificó nuevamente el artículo 61-A del Rlrct, en la cual, si bien mantiene los supuestos señalados previamente, se incorpora un plazo mínimo de 03 meses de negociación antes que alguna de las partes someta el conflicto a un arbitraje potestativo, en caso no exista acuerdo en la primera negociación, ya sea en el nivel o su contenido. Esto significa que, a partir de la fecha no basta que las partes aleguen no haberse puesto de acuerdo en la primera negociación, sino que además se acredite haber negociado con su contraparte, por lo menos tres meses, y que dicha negociación sea insuficiente para el logro de un acuerdo colectivo.

2.1.3. Resolución Ministerial n.º 284-2011-TR

El 24 de septiembre de 2011 se publicó la Resolución Ministerial n.º 284-2011-TR, mediante la cual se aprobaron normas complementarias a las disposiciones establecidas en el Decreto Supremo n.º 014-2001-TR, sobre arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo. La citada norma, entre otros temas, enumera los supuestos de mala fe cuando las partes incurran en dichos actos y su contraparte decida someterle a un arbitraje potestativo.

Al respecto, el artículo 1 de la Resolución Ministerial n.º 284-2011-TR establece que son causales de mala fe las siguientes:

INCISO	DETALLE DEL ARTÍCULO 1 DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N° 284-2011-TR
Inciso A	Negarse a recibir el pliego que contiene el proyecto de convenio colectivo de la contraparte, salvo causa legal o convencional objetivamente demostrable. Asimismo, la negativa a recibirlo a través de la Autoridad Administrativa de Trabajo.
Inciso B	Negarse a proporcionar la información necesaria sobre la situación económica, financiera, social y demás pertinente de la empresa, en la medida en que la entrega de tal información no sea perjudicial para ésta.
Inciso C	Negarse a entregar la información acordada por las partes o precisada por la Autoridad Administrativa de Trabajo.
Inciso D	No guardar reserva absoluta sobre la información recibida siempre que la misma no sea de carácter público.
Inciso E	Negarse a recibir a los representantes de los trabajadores o a negociar en los plazos y oportunidades establecidas en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y su Reglamento.
Inciso F	Ejercer presión para obtener el reemplazo de los integrantes de la representación de los trabajadores o del empleador.
Inciso G	Ejercer fuerza física en las cosas, o física o moral en las personas, durante el procedimiento de negociación colectiva.
Inciso H	Los actos de hostilidad ejercidos contra los representantes de los trabajadores o los trabajadores afiliados al sindicato.
Inciso I	El incumplimiento injustificado de las condiciones acordadas por las partes para facilitar la negociación.
Inciso J	Cualquier práctica arbitraria o abusiva con el objeto de dificultar, dilatar, entorpecer o hacer imposible la negociación colectiva.
Inciso K	Ejecutar actos de injerencia sindical, tales como, intervenir activamente en la organización de un sindicato; ejercer presiones conducentes a que los trabajadores ingresen a un sindicato determinado; discriminar entre los diversos sindicatos existentes otorgando a unos y no a otros, injusta y arbitrariamente, facilidades o concesiones extracontractuales; o condicionar la contratación de un trabajador a la firma de una solicitud de afiliación a un sindicato o de una autorización de descuento de cuotas sindicales por planillas de remuneraciones.
Inciso L	Discriminar entre trabajadores con el fin exclusivo de incentivar o desestimular la afiliación o desafiliación sindical.

Sin embargo, si bien la referida resolución ministerial contempla los supuestos actos de mala fe, ello no significa que las partes no puedan incurrir en otros hechos no contemplados en dicha norma, siempre que consideren que dichos actos afectan el proceso de negociación colectiva, toda vez que éstos no son los únicos que pueden presentarse, en tanto no constituyen una lista taxativa ni enumerativa, tan sólo enunciativa.

2.1.4. La acción popular y el arbitraje potestativo

El 13 de marzo de 2012 la Sociedad Nacional de Industrias, en adelante, SNI, interpone demanda⁵⁶ de acción popular contra la AAT,⁵⁷ con la finalidad de que se declare la nulidad e inconstitucionalidad del artículo 61 del Rlrct, con efectos retroactivos desde el 17 de septiembre de 2011, fecha en que fue publicado el RAP. El petitorio de la demanda⁵⁸

⁵⁶ Cabe indicar que a la fecha se ha presentado ante la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima una nueva demanda de acción popular sobre la misma materia, habiéndose deducido la excepción de incompetencia. Información obtenida del blog (<http://ppemc.blogspot.com/>) del Procurador Público. Visita realizada el día 06.11.2013.

⁵⁷ Posteriormente la Federación de Trabajadores del Sector de Comunicaciones del Perú (FETRATEL) y el Sindicato de Empleados de Shougang Hierro Perú S.A.A fueron incorporados al proceso en calidad de intervención coadyuvante.

⁵⁸ La posición del demandante se sustenta en:

El RAP, al incluir un nuevo supuesto de arbitraje, contraviene el principio de jerarquía normativa que debería existir entre la LRCT y el RLRCT, teniendo en cuenta que la LRCT había previsto al artículo 61 como un arbitraje voluntario, por lo que el RAP no puede considerarlo como arbitraje potestativo.

El RAP contraviene la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, teniendo en cuenta que el Convenio 98 considera a la «voluntariedad» como un elemento de la negociación colectiva, por ello que la decisión de someterse al arbitraje es voluntaria, salvo casos específicos contemplados para el arbitraje obligatorio; por ende el RAP contempla un arbitraje no regulado en los Convenios de la OIT; y, por lo tanto, contraviene la Constitución.

El RAP se respalda en una resolución del TC (trabajadores portuarios) que ha sido emitida para un caso concreto y que no constituye precedente vinculante ni doctrina jurisprudencial.

La posición del demandando se fundamenta en:

se sustenta en determinar que dicha modificación al Rlrct contiene la inclusión de un nuevo supuesto no contemplado en la LRCT, que afecta el contenido y el principio de jerarquía normativa establecida en nuestra Constitución. Al respecto, la SNI considera que la LRCT regula al arbitraje voluntario y no el potestativo, y que esta última modalidad recién fue incorporada con la modificación del Rlrct.

Al respecto, el 1 de julio de 2013 la Primera Sala Laboral Permanente emitió un pronunciamiento⁵⁹ declarando infundada (con dos votos en discordia)⁶⁰ la demanda de acción popular, en virtud a las siguientes consideraciones:

- La LRCT no sólo contiene al arbitraje voluntario sino también al arbitraje obligatorio y potestativo.
- De una interpretación sistemática de los artículos 61 y 63 de la LRCT y 46 del Rlrct los trabajadores, alternativamente, pueden someterse al arbitraje o a la huelga en caso fracasara la negociación directa, la conciliación o la mediación, de ser el caso. Por su parte, a los empleadores sólo les queda la opción del

El arbitraje potestativo no es inconstitucional, en tanto deviene de una finalidad del artículo 28, numeral 2 de la Constitución como una obligación de fomento de la negociación colectiva y las diferentes formas de solución pacífica de conflictos. Se sustenta en la resolución aclaratoria del TC (trabajadores portuarios), considerando que sólo de esa manera tiene sentido el artículo 63 (en caso de huelga requieran la aceptación del empleador para someterse a un arbitraje), si es que se señala que el artículo 61 no requiere de aceptación; lo cual, adicionalmente, se confirma con la interpretación del artículo 46 del Rlrct al señalar que terminada la negociación directa o la conciliación cualquiera de las partes, podrá someter a un arbitraje la controversia, salvo que el sindicato haya ejercido su derecho de huelga. El arbitraje potestativo tiene reconocimiento legal, al haber sido aclarado por el Tribunal Constitucional y lo único que se ha hecho con el RAP es desarrollar los alcances de la LRCT.

⁵⁹ Vocales designados a la causa: Espinoza Montoya, Farfán Osorio, Fuentes Lobato, Fernando Montes Minaya y Rosa Barreda Mazuelos.

⁶⁰ Voto en discordia: Fernando Montes Minaya y Rosa Barreda Mazuelos.

arbitraje, puesto que no podría admitirse su negativa a esta modalidad, porque dicha posición sería contraria a una solución pacífica de conflictos.

- Ahora bien, el artículo 49 del Rlrct establece que la decisión de someterse a un arbitraje debe constar en un acta de compromiso arbitral; sin embargo, ello no significa que el artículo 61 regule un arbitraje voluntario, en tanto que si bien en este acto debería evidenciarse la voluntad de las partes y suscribir dicha acta, asumir una posición contraria implicaría un acto de mala fe, salvo que se haya optado por la huelga. La diferencia sustancial —con respecto al compromiso arbitral— en el origen radica en que el arbitraje voluntario proviene de una fuente autónoma y el arbitraje potestativo de una heterónoma. La Sala considera que el RAP no crea ningún nuevo marco normativo, sino que desarrolla y precisa las obligaciones contenidas en el Rlrct. De esa forma, la Sala sustenta su posición con respecto a la: i) determinación del nivel y su contenido señalando que, teniendo en cuenta la impericia de las partes, esta decisión se respalda como una forma de colaborar en el inicio de una negociación, por lo que no debería entenderse como una limitación al principio de negociación libre y voluntaria; y ii) respecto a los actos de mala fe, tiene por objeto considerar a los principios de buena fe durante todo el proceso de negociación.

De otro lado, los votos de dos vocales en discordia que resolvieron por declarar fundada la demanda, tienen como argumentos centrales los siguientes:

- En virtud del principio de jerarquía normativa no es factible que el Rlrct regule un derecho no establecido en la LRCT, pues de lo contrario, se estaría modificando una norma de mayor jerarquía. Asimismo, del contenido del artículo 61 de la LRCT se

desprende que es un arbitraje voluntario, en tanto se establece que las partes «podrán» someter sus diferencias a un arbitraje.

- El artículo 28.2 de la Constitución debe interpretarse de acuerdo a los Convenios de la OIT ratificados por el Perú, en virtud de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. De esa forma, el literal a) del artículo 2.24 de la Constitución, reconoce el principio de autonomía de la voluntad. En ese sentido, al haberse emitido la LRCT en mérito de la Constitución, sólo puede entenderse que el arbitraje que regula los artículos 61 y 63 de la LRCT, es voluntario. De esa forma, el Rlrct sólo puede reglamentar el arbitraje voluntario.

Los Convenios n.ºs 98, 151 y 154 de la OIT, establecen que la negociación colectiva es voluntaria, y que el arbitraje, como una forma de negociación colectiva, también es voluntaria.

De los argumentos esgrimidos previamente se desprende que, de los cinco vocales que conocieron del caso en la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, tres resolvieron declarar infundada la demanda de acción popular, al estar de acuerdo con el arbitraje potestativo, y dos emitieron su voto en discordia al manifestarse que la demanda debería haber sido declarada fundada, al ser el RAP contrario a la Constitución y Convenios de OIT; lo cual revela que esta materia es un tema discutible, y es el reflejo de lo apreciado en la doctrina.

Es necesario manifestar que hasta el momento de escribir este artículo, el estado del proceso es el señalado en este apartado, estando pendiente que la Corte Suprema se pronuncie con respecto a la legalidad o no del arbitraje potestativo, a fin de determinar si confirma o revoca el pronunciamiento de la Primera Sala Laboral.

2.1.5. Lineamiento de la intervención administrativa en conflictos colectivos - Resolución Ministerial n.º 076-2012-TR

En el primer trimestre del año 2012, la AAT emitió la Directiva General n.º 005-2012-MTPE/2/14, denominada «Lineamientos para la intervención administrativa en conflictos laborales colectivos: los llamados “extraproceso”, la preferencia por el arbitraje potestativo y la intervención resolutoria como facultad excepcional».⁶¹

Hasta antes de la publicación de esta Directiva, tanto las partes que participaban en un conflicto colectivo laboral como las propias Direcciones de la AAT, no tenían criterios uniformes sobre las etapas y entes encargados para la intervención de la AAT, especialmente cuando se suscitaba un conflicto colectivo.

Por ello, a través de este lineamiento, la AAT intenta establecer reglas uniformes y generales para promover los mecanismos de solución de los conflictos colectivos (extraproceso, mesas de diálogo y reuniones informativas), a través del cual se formaliza e uniformiza los criterios de estricto cumplimiento para que cualquiera de las partes, en caso se produzca un conflicto laboral, o sometimiento a un arbitraje potestativo, conozca las atribuciones de competencia, tanto regional como nacional de la AAT.

De esa forma, y según los mecanismos planteados en esta directiva, los referidos métodos de solución de conflictos colectivos tendrán por finalidad incentivar el diálogo, afianzar las relaciones, informar sobre alguna problemática laboral, e inclusive solicitar la presencia de un tercero para solucionar sus conflictos de manera definitiva, tales como el arbitraje potestativo o el obligatorio.

Cabe indicar que a través de este lineamiento, la AAT pretende tener un sistema de concertación y diálogo permanente entre las empresas

⁶¹ Resolución Ministerial n.º 076-2012-TR, publicado el 6 de marzo de 2012.

y los sindicatos, de tal manera que, al igual que en el sistema comparado,⁶² se busque un espacio para promover los mecanismos de solución del conflicto laboral, y se reduzca el nivel de conflictividad de las partes en beneficio de los trabajadores con respecto a sus condiciones laborales, sin afectar el nivel de competitividad de las empresas.

2.1.6. Proyecto de leyes

a) Proyecto de la Ley General de Trabajo

Si bien el Proyecto de la Ley General de Trabajo es una iniciativa legislativa que data del año 2002, ello no implica que no tengamos en cuenta los criterios y supuestos adoptados, como por ejemplo el siguiente artículo, relacionado con el presente artículo, que se encuentra contemplado en el citado Proyecto:

Artículo 366.- Sometimiento a arbitraje

Cualquiera de las partes puede proponer el sometimiento del diferendo a arbitraje al término de la negociación directa o de la conciliación, sin perjuicio de recurrir, en forma alternativa o sucesiva, a otros medios pacíficos de solución. Si la propuesta es de los trabajadores, los representantes del empleador deben designar árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Igual deben hacerlo los representantes de los trabajadores cuando la propuesta es de los empleadores, salvo que aquéllos opten, dentro del mismo plazo, por recurrir a la huelga.

Si ninguna de las partes actúa en los términos previstos en el párrafo anterior, cualquiera de ellas puede solicitar la intervención

⁶² En este caso la autora narra los hechos suscitados en la Comunidad Autónoma de Andalucía (España), cuyo producto del trabajo, diálogo y concertación entre las empresas y sindicatos se ha logrado alcanzar un alto nivel de paz laboral, que se ha visto reflejado en la ausencia de horas perdidas por causa de las huelgas. MORENO DE TORO, Carmen. «Diálogo y concertación social en España. Un paradigma para la solución de conflictos laborales». En *Revista Jurídica del Perú*. Lima, mayo 2008, n.º 87. pp. 421-429.

arbitral de la AAT que se sujetará a lo previsto en los artículos siguientes.

De la lectura del citado artículo se desprende que la intención de los promotores de la propuesta es incluir al arbitraje como una forma de solución de conflicto sin que se requiera necesariamente de la voluntad de las partes, ni mucho menos de la configuración de supuestos de mala fe o conflictos en la primera negociación colectiva; es decir, en caso no se llegue a un acuerdo, se impondría el arbitraje obligatorio.

b) Proyecto de la Ley n.º 1060-2011: Modificación del artículo 61 de la LRCT

El Congreso de la República del Perú tiene, dentro de su cartera de temas pendientes de revisar, el Proyecto de la Ley n.º 1060-2011, propuesta realizada por el Grupo Alianza Parlamentaria, denominada «Proyecto de Ley que modifica el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo para regular el arbitraje postestativo en materia laboral», en adelante, el «Proyecto», a través del cual se intenta modificar el artículo 61 de la LRCT de la siguiente manera:

Artículo 61.- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, a requerimiento de los empleadores o del empleador, deberán las partes someter el diferendo a arbitraje, sin requerir la aceptación de la otra parte. (El subrayado es lo incorporado en la modificación).

La exposición de motivos del «Proyecto» se refiere a la STC, expediente n.º 3561-2009-PA/TC, para señalar que la única manera en que tenga sentido el artículo 63 de la LRCT —«[...] en cuyo caso se requerirá de la aceptación del empleador» y el artículo 46 del Rlrct «[...] cualquiera de las partes podrá someter la decisión del diferendo a arbitraje»— es interpretar que el artículo 61 de la LRCT no requiere la

aceptación de la empresa, tal como supuestamente ha sido interpretada por el TC.

Por su parte, el Ministerio de Justicia también se ha pronunciado⁶³ con respecto al «Proyecto» manifestando que, si bien el arbitraje como forma de solucionar un conflicto, se encuentra contemplado en nuestra legislación, no queda claro si la participación de las partes es obligatoria; y por ello considera que luego de haberse agotado la negociación en trato directo, o incluso la etapa de conciliación extrajudicial, debería continuarse con el arbitraje como forma de solucionar el conflicto.

Por su parte, la AAT si bien coincide con la interpretación del arbitraje laboral, manifiesta que el «Proyecto» carece de utilidad y resulta innecesario, en tanto que de una interpretación sistemática de los artículos 61, 62 y 63 de la LRCT, considera que estamos ante un arbitraje potestativo, por el cual, con la sola voluntad de una de las partes, la otra estaría obligada a someterse.

2.2. Desarrollo del proceso arbitral potestativo

A continuación desarrollaremos los aspectos fundamentales del proceso arbitral potestativo, considerando los presupuestos necesarios para luego abordar los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo, y finalizando con los alcances que debemos conocer del laudo arbitral.

2.2.1. Presupuestos del arbitraje potestativo

Habiendo detallado los alcances de las normas referidas al arbitraje potestativo, no debemos dejar de mencionar una institución que, sin ser el centro de este trabajo de investigación, juega un rol importante en esa materia; y, nos referimos a la huelga como una alternativa que tienen los sindicatos una vez culminada la negociación en trato directo o, de ser el caso, la conciliación.

⁶³ Informe n.º 226-2012-JUS/AT, de fecha 28 de agosto de 2012.

De esa forma, si bien el arbitraje potestativo es un medio de solución de conflicto, y la huelga una medida de presión para solucionarlo, la LRCT ha considerado a este último como una opción excluyente de la primera. Es decir, el sindicato luego de haber agotado el trato directo, tiene dos alternativas, adicionales a los otros métodos autocompositivos y al arbitraje voluntario, los cuales son: i) ejercer el derecho de huelga; o ii) acudir al arbitraje potestativo. Sin embargo, estas opciones no podrán plantearse de manera sucesiva, salvo que cuando el sindicato haya ejercido la huelga, la empresa acepte someterse a un arbitraje (pero, en este caso ya no estaríamos ante un arbitraje potestativo sino voluntario).

De esta forma, el TC también lo ha desarrollado en la primera resolución que originó el arbitraje potestativo (trabajadores portuarios), argumentos también acogidos en la resolución del «Caso Sunat», manifestando que:

[...] no se puede promover una forma pacífica de solución de conflictos (arbitraje) con una medida de fuerza conjunta a la misma (huelga), lo cual devendría en una clara imposición del procedimiento de negociación colectiva.⁶⁴

Al respecto, si bien nosotros señalamos que el arbitraje potestativo es excluyente a la huelga, el TC también ha manifestado que son alternativas mas no excluyentes, siempre que se recurra a un arbitraje voluntario más no potestativo, conforme se describe a continuación:

[...] el arbitraje potestativo y la medida de huelga son opciones alternativas, aunque no excluyentes, en la vía de la negociación colectiva. Ello equivale a decir que el hecho de acudir a una de ellas no convierte en irrealizable la otra; sin embargo, dicha variación sucesiva en la elección del medio supondrá inexorablemente la modificación del tipo de arbitraje laboral al cual

⁶⁴ «[...] este tribunal considera pertinente precisar que, a falta de acuerdo para decidir el nivel de negociación, éste se determinará mediante el arbitraje, sin que exista previa declaración de huelga». STC n.º 03561-2009-PA/TC, f. 29.

se encuentra sujeto en el futuro el empleador, que a partir de entonces sólo podrá ser voluntario.⁶⁵

Por otro lado, y así como hemos destacado la posición del TC con respecto a la huelga vinculada al arbitraje potestativo, cabe indicar que esos mismos criterios también han sido plasmados en procesos arbitrales, interpuestos después de la entrada en vigencia del arbitraje potestativo. Seguidamente, describiremos dos casos de procesos arbitrales donde se desarrolló este tema.

El primer caso se encuentra relacionado a la huelga ejercida por el sindicato de una asociación de forma inmediatamente después de haber tomado conocimiento del interés de la empresa de someterse a un arbitraje. Este caso no es usual, toda vez que fue el primer proceso donde la parte que interpuso el arbitraje potestativo fue la empresa, y no el sindicato, habiéndose declarado improcedente la solicitud planteada, considerándose que no se había cumplido el presupuesto referido a que el sindicato no ejerza su derecho de huelga. Así, en este caso, luego que el empleador (una asociación) comunicara sus intenciones de someterse a un arbitraje, el sindicato, a los pocos días procedió a comunicar su huelga indefinida. De esta forma, y frente a este elemento adicional, la empresa decidió someter el proceso de negociación colectiva a un arbitraje potestativo, por las causales establecidas en el artículo 61-A del Decreto Supremo n.º 014-2011-TR.

Ante los hechos alegados por la empresa, el tribunal arbitral consideró que el sindicato no se encontraba legalmente obligado a aceptar el arbitraje, y en tanto la huelga es una alternativa contemplada por la ley, dicha actitud no podía ser calificado como un acto de mala fe, conforme se puede apreciar en el siguiente considerando de la respectiva resolución de admisibilidad:

⁶⁵ STC n.º 02566-2012-PA/TC, f. 18.

[...] este tribunal considera que [...] el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores afiliados al sindicato, no puede ser calificado como acto de mala fe negocial, pues ambas actuaciones se encuentran amparadas por lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la LRCT y el artículo 46 del Rlrct.

Al respecto, consideramos que así como queda claro que la huelga es un derecho constitucional de los trabajadores, y el arbitraje voluntario es una forma de solución de conflictos que podrían someterse por mutuo acuerdo a iniciativa de las partes que participan en un proceso de negociación colectiva, no podemos dejar de mencionar que asumimos que el criterio adoptado por el tribunal arbitral, en este caso, se debió a que la huelga fue propuesta después de conocer el interés de la empresa de someterse a un arbitraje voluntario y antes del arbitraje potestativo.

Pero, qué sucedería si cambiamos la figura y ahora el planteamiento de someterse a un arbitraje potestativo fuera antes de la comunicación de la huelga. En este caso, consideramos que la huelga no debería admitirse, y en caso se produjera, además de ser considerada ilegal, debería ser un acto de mala fe dentro del proceso de negociación colectiva, porque si bien el arbitraje potestativo no puede ser utilizado en desmedro de la huelga, esta última tampoco debería ser impedimento para su sometimiento al potestativo.

El segundo caso es el referido a una huelga ilegal, de una empresa del sector minero, en donde si bien el sindicato ejerció el derecho de huelga, fue declarado improcedente e ilegal, por lo que el tribunal arbitral consideró que había un impedimento para plantear el arbitraje potestativo, tal como se señala a continuación:

Si es que los trabajadores comunican la medida de huelga, desde este momento se considera que ya se ha optado por una de las alternativas de solución, descartándose el sometimiento de la controversia a un arbitraje potestativos, lo que deberá entenderse tanto para el empleador como para los trabajadores.

De esa forma, la calificación —así sea ilegal— que pueda otorgarse a la huelga, es irrelevante para la improcedencia del arbitraje potestativo, porque al ser una medida alternativa, sólo basta el hecho de que el sindicato haya comunicado a la empresa su decisión de someterse a dicha medida de presión, para que el proceso arbitral sea descartado, salvo que por mutuo acuerdo decidan someterse a un proceso arbitral voluntario.

2.2.2. Supuestos de procedencia del arbitraje potestativo

Seguidamente detallaremos los supuestos de procedencia de arbitraje regulados en las normas. A estos supuestos, debemos agregar el criterio del TC, recogido por parte de los arbitrajes laborales, referido al arbitraje incausado, esto es, la procedencia del arbitraje sin necesidad de acreditar una causal específica. Actualmente, hay algunos procesos arbitrales donde se ha rechazado los pedidos de arbitraje cuando no se ha demostrado una causal específica en las normas. En resumen, hay dos posturas sobre la procedencia del arbitraje incausado en la jurisprudencia arbitral; prácticamente, dependerá de los criterios de los árbitros del tribunal arbitral para determinar si procede o no un pedido arbitral sin expresión de causa específica.

2.2.2.1. Primera negociación colectiva

Si bien uno de los temas novedosos del RAP son los supuestos de mala fe en una negociación colectiva, no debemos olvidar que dicha norma también contempla dos supuestos adicionales cuando las partes no arriban a un acuerdo en la primera negociación colectiva, ya sea en el nivel, o su contenido.

Con respecto al primer supuesto, recordemos que hasta antes de la publicación de la sentencia emitida por el TC sobre el caso de los trabajadores portuarios la interpretación generalizada en caso no hubiera acuerdo de partes para determinar el nivel de negociación era el some-

timiento a un nivel de empresa. Sin embargo, con el criterio adoptado por el TC, dicha interpretación fue declarada inconstitucional, dado que la controversia sobre el nivel de negociación colectiva debería ser resuelta por un arbitraje. De esa forma, en caso no exista acuerdo de partes en la primera negociación con respecto al nivel de negociación, y siempre que hayan transcurrido tres meses de negociación infructuosa, cualquiera de las partes puede someterse al arbitraje potestativo.

Por su parte, en el segundo supuesto, si bien se refiere también a aquellos casos en los cuales no existe acuerdo de partes en la primera negociación, en este caso nos referimos al contenido y no al nivel de negociación. Éste es el supuesto frecuente que se suele presentar en la práctica, el cual es un arbitraje iniciado por un sindicato que negocia por primera vez un convenio colectivo.

Lo expuesto significa que en aquellas situaciones que, por primera vez, un sindicato negocia con su empresa, las alternativas existentes que tienen para solucionar su conflicto de intereses son mayores en comparación a aquéllas que hubieran negociado anteriormente, toda vez que adicionalmente al trato directo, conciliación, mediación y/o extra-proceso, también tienen el arbitraje potestativo como una facultad de llegar a un acuerdo, sin perjuicio de que esto implique una negativa de aceptación por parte de la empresa.

2.2.2.2. Determinación del nivel de negociación colectiva

Establecer el nivel de la negociación colectiva implica determinar el nivel al cual se someterán las partes en una negociación colectiva, pudiendo ser de establecimiento, empresa, rama de actividad, nacional, etc.

Tal como ya se ha manifestado, la LRCT contempla al fuero arbitral como una alternativa de solución de conflictos laborales, siempre que se trate de derechos disponibles, entendiéndose dentro de dicho derecho a la facultad de las partes de determinar el nivel de la negociación

colectiva. Al respecto, García, manifiesta que «[...] Si por la autonomía colectiva las partes son libres de celebrar los acuerdos que crean conveniente y de establecer el contenido negocial que estimen pertinente, sin afectar normas imperativas ni el orden público, serán libres de elegir también el camino o los procedimientos que tomarán para llegar a ese acuerdo».⁶⁶ Al respecto, si bien el acuerdo de las partes con respecto a la determinación del nivel de negociación podría evitar que el conflicto se derive a la vía arbitral, ello no significa necesariamente que un conflicto posterior no llegue nuevamente a dicha vía, toda vez que cualquiera de las partes podría, posteriormente, someter el conflicto de fondo al arbitraje potestativo.

Si bien la resolución de trabajadores portuarios establece que el arbitraje es una vía de solución de conflictos para determinar el nivel de negociación, ello no implica que las partes no puedan someter dicha diferencia a otros métodos de solución, tales como la mediación y/o conciliación.

Por otro lado, tal como lo señala Villavicencio «cuando se busca un nivel nuevo, estaremos frente a una primera negociación en tal ámbito»,⁶⁷ es decir, en este caso también es necesario considerar que en aquellos casos que las partes tengan determinado el nivel de negociación colectiva y alguna de las partes opte por modificarlo, podrá recurrir al arbitraje potestativo, teniendo en cuenta que sería una primera negociación en un nuevo nivel negocial.

2.2.2.3. *La mala fe negocial*

En principio debemos reconocer que esta terminología no es de aplicación exclusiva del ámbito laboral sino que también es un principio jurídico general de otras disciplinas. De esta forma, la mala fe se encuentra

⁶⁶ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. Soluciones Laborales. Lima: Gaceta Jurídica, junio 2010, n.º 30, p. 98.

⁶⁷ VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Loc. cit.*

relacionada con el actuar de cada persona, y evaluada según el contexto de cada sociedad.⁶⁸

Sin embargo, en este apartado nos delimitaremos al alcance laboral de la mala fe en un proceso de negociación colectiva, y al respecto debemos resaltar que antes de la inclusión de la *mala fe* dentro del arbitraje potestativo, esta consideración también estaba contemplada en el artículo 54 de la LRCT de la siguiente manera «[...] Las partes están obligadas a negociar de buena fe y a abstenerse, sin menoscabo del derecho de huelga legítimamente ejercitado».

Por su parte, el RAP⁶⁹ ha considerado a la mala fe para aquellos casos que tenga por efecto «dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo». Si bien los casos que hasta el momento se han presentado son imputables a las empresas, no significa que sea de obligatorio cumplimiento para éstas, sino también para los sindicatos, a través del cual se intentará que ambas partes actúen de buena fe, de tal manera de establecer una relación de confianza y respeto mutuo entre ambas. De esa forma, en el marco de las relaciones colectivas, la Resolución Ministerial n.º 284-2011-TR ha contemplado de manera enunciativa, mas no taxativa los supuestos más comunes de los actos considerados como mala fe y que ya detallamos anteriormente.

2.3. Selección de los árbitros

En el arbitraje potestativo, a diferencia del arbitraje voluntario, cuya designación del árbitro también puede ser unipersonal, sólo se encuentra

⁶⁸ Ello significa que la actuación de mala fe será distinto en cada lugar, y según las características de cada sociedad, que si bien podría ser homogéneo en un determinado momento habrá diferencias dependiendo del contexto donde se desarrolle.

⁶⁹ RAP, artículo 61-A.- «Las partes tienen la facultad de interponer el arbitraje potestativo en los siguientes supuestos: [...] b) Cuando durante la negociación del pliego se adviertan actos de mala fe que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. No se encuentra alineado con lo que dice el artículo. Confirmar el contenido del pie de página».

permitida la constitución de un tribunal tripartito, conformado por un árbitro designado por cada parte, y el presidente determinado por los dos árbitros nombrados. En ausencia de acuerdo para la nominación del presidente, la AAT es la encargada de nombrarlo. De igual manera, si alguna de las partes no nombra a su árbitro en un plazo máximo de cinco días hábiles, la AAT sería la obligada a designarlo.

En este tipo de procesos, si bien la elección de los árbitros es fruto de la facultad de cada una de las partes, en virtud de su particular preferencia, esta determinación debe realizarse de manera objetiva, con la finalidad de garantizar la imparcialidad y neutralidad del proceso arbitral, en tanto serán ellos los designados para resolver el conflicto colectivo dentro de la negociación colectiva, que debería realizarse «a través de las garantías básicas del arbitraje, las cuales son necesarias para el desempeño de cualquier órgano que ejerza jurisdicción o lleve a cabo una función equivalente».⁷⁰

2.3.1. *El laudo arbitral*

En lo que respecta al ámbito de nuestro trabajo de investigación, consideraremos al laudo arbitral⁷¹ como la etapa final, mediante la cual se resuelve un conflicto colectivo de interés económico, generado entre una empresa y su sindicato, y derivado a esta modalidad arbitral en virtud de la falta de acuerdo —ya sea en el nivel o su contenido— o por la configuración de actos de mala fe de una de las partes, que afectó el proceso de negociación colectiva.

Al respecto, el artículo 70 de la LRCT establece que el laudo arbitral tiene la misma naturaleza y surte idénticos efectos que las convenciones colectivas celebradas en negociación directa; esto significa que

⁷⁰ CREMADES, Bernardo M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, p. 196.

⁷¹ Para un mayor alcance del laudo puede revisarse: MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto. «El arbitraje laboral». En *Advocatus*, 2007-I, n.º 16, pp. 219-229.

la decisión que adopten los tribunales arbitrales sustituye a cualquier decisión que las partes hubieran adoptado en la etapa de trato directo, y cuya delegación ha sido trasladada al tribunal arbitral.

En este caso, el resultado del laudo arbitral se determina luego del análisis y comparaciones que realiza el tribunal arbitral de las propuestas planteadas por ambas partes, acogiendo por unanimidad o mayoría, alguna de las dos propuestas (no es posible mezclar las propuestas), dejando cerrado el conflicto que se haya suscitado por un período específico. Dicho de esa manera, el laudo debe estar basado en el desarrollo conjunto y razonado que realiza el tribunal arbitral con cada proyecto de pliego de reclamos que presentan las partes, cuyo resultado se concreta en los fundamentos y motivaciones que concedan o limiten los beneficios y condiciones vigentes en el respectivo ámbito de aplicación del convenio colectivo.

Así, el laudo debe reflejar un fallo de equidad, y contemplar en su integridad la propuesta final de una de las partes; y, de forma excepcional, por razones de equidad puede atenuarse algún aspecto de la propuesta planteada (aunque, en la práctica, la mayoría de laudos arbitrales aplican la atenuación).

Finalmente, una vez concluido el desarrollo del proceso (treinta días naturales), el tribunal arbitral tiene un plazo de cinco días para comunicar a las partes el laudo, que pone final al procedimiento arbitral, bajo sanción de nulidad. Si bien el contenido del laudo arbitral es inapelable y tiene carácter imperativo para ambas partes, cabe indicar que la LRCT⁷² ha establecido algunos supuestos por los cuales puede solicitarse su impugnación en la vía judicial, detalles que no analizaremos en

⁷² Artículo 66.- «Es susceptible de impugnación ante la Sala Laboral de la Corte Superior, en los casos siguientes: a) Por razón de nulidad. b) Por establecer menores derechos a los contemplados por la ley en favor de los trabajadores. La interposición de la acción impugnatoria no impide ni posterga la ejecución del laudo arbitral, salvo resolución contraria de la autoridad judicial competente».

esta oportunidad, teniendo en cuenta que dicho tema no es materia de nuestro trabajo.

3. REFLEXIONES FINALES

Seguidamente detallaremos algunas reflexiones finales, sobre la base de lo que hemos abordado en este artículo.

1. Los conflictos laborales se encuentran latentes en toda sociedad, por ende son consustanciales a las relaciones que se suscitan dentro del ámbito laboral, y, especialmente, cuando se origina en un evidente conflicto de intereses, cuyas posiciones de las partes son totalmente antagónicas. Y, es por ello que el Estado a través de sus diversos mecanismos, cuenta con varias formas de solución de conflictos, como son la autocompositiva (la negociación directa, la mediación, la conciliación y el extraproceso) y la heterocompositiva (arbitraje atípico o intervención atípica).
2. El artículo 28.2 de la Constitución se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad; y, a la vez, se interpreta de conformidad con los convenios de la OIT ratificados por el Perú, de acuerdo a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución. Por su parte, la OIT, a través de sus convenios e interpretaciones, tiene como parte de sus pilares en la negociación colectiva, los principios de negociación libre, voluntaria, de buena fe; y de libertad para decidir el nivel de negociación.
3. Con respecto a los pronunciamientos emitidos por el CLS y por la Ceacr de la OIT, referidos a la negociación colectiva, se han establecido algunos roles del Estado, como ser el encargado de fomentar la negociación libre, a través de la promoción de los mecanismos de conflictos colectivos, sin que se permita su

intervención como una medida de imposición forzada en el desarrollo de la negociación.

4. El precedente, en materia de relaciones colectivas, más importante en los últimos años es la sentencia de trabajadores portuarios del TC, y que ha dado origen al arbitraje potestativo en la actualidad; a través del cual se establece de forma excepcional que las partes pueden someter su conflicto de nivel de negociación colectiva a un arbitraje, siempre que se acredite que alguna de las partes incumplió su deber de negociar de buena fe, precisando que el arbitraje al que se refiere el artículo 61 de la LRCT es de carácter potestativo.

Si bien el TC a través de la sentencia de trabajadores portuarios detalla los principios, emitidos por la OIT, que se deben considerar durante el desarrollo de un proceso de negociación colectiva, no acoge las sugerencias y recomendaciones emitidas por los organismos —CLS y Ceacr— encargados de interpretar los convenios de la OIT, mediante los cuales dichos organismos restringen cualquier método que imponga su sometimiento de manera forzosa a alguna forma de solución de conflictos.

5. Adicionalmente a la sentencia de trabajadores portuarios, existen otras resoluciones (Caso Sunat y Fetratel), también emitidas por el TC, que refuerzan al arbitraje potestativo como una alternativa de solución de conflictos de índole laboral colectivo que pudieran presentarse entre las empresas y los sindicatos. Sin embargo, agrega un nuevo supuesto de procedencia para el arbitraje colectivo, y que importa la sola voluntad de una de las partes; es decir, no se exige ni mala fe ni que estemos ante una primera negociación colectiva: el arbitraje incausado.

Así, además del arbitraje voluntario y potestativo existe otra modalidad arbitral, en la cual no se requiere ningún tipo de

causal de mala fe, configurándose como un arbitraje incausado. De esa forma, el arbitraje potestativo se aplicará cuando no exista acuerdo en la primera negociación, ya sea en el nivel o en su contenido, o cuando se susciten actos de mala fe (arbitraje causado); y, la segunda, cuando existiendo un conflicto colectivo, una de las partes decide someterse a un arbitraje laboral (arbitraje incausado), sin que la otra parte pueda rechazarlo.

Con respecto a esta última modalidad, actualmente no existe unanimidad sobre su procedencia, existiendo dos posiciones claramente definidas en la jurisprudencia arbitral: unos que sostienen que el arbitraje incausado es vinculante para la otra parte, y otros que indican que rechazan el arbitraje sin expresión de causa y solamente aceptan los supuestos previstos en las normas legales.

6. En el Poder Judicial, la demanda de acción popular interpuesta por la SNI contra el Ministerio de Trabajo, con la finalidad de que se declare nulo e inconstitucional el artículo 61-A del RAP, ha sido declarada infundada (por mayoría) en primera instancia, con dos votos en discordia, a través de los cuales se solicitaba declarar fundada la demanda, situación que evidencia las posiciones discrepantes que existen con respecto a esta materia. A la fecha se encuentra pendiente que la Corte Suprema determine la legalidad o no de esta figura arbitral.
7. Más allá de las discusiones legales que se están presentando en torno a esta materia, consideramos necesario que los actores laborales que participan en el proceso de negociación colectiva conozcan los alcances del RAP, con vigencia desde el año 2011, a través del cual se incorporan tres supuestos de arbitraje potestativo. La primera y segunda proceden cuando no existe acuerdo de partes —en el nivel o su contenido— durante la primera negociación. El tercer supuesto del arbitraje potestativo se refie-

re al hecho de que se evidencian conductas de mala fe durante el proceso de negociación que tengan por efecto dilatar, entorpecer o evitar el logro de un acuerdo. Y el cuarto supuesto, si bien no se encuentra contemplado en ninguna norma expresa, ya existen pronunciamientos del TC y de tribunales arbitrales que determinan la procedencia del arbitraje potestativo incausado.

8. El arbitraje potestativo ha sido una figura que sí ha tenido impacto en el ámbito de las relaciones colectivas, en tanto ha modificado las estrategias de las partes laborales en los procesos de negociación colectiva.

Consideramos que el arbitraje debe ser voluntario y solamente ser obligatorio en supuestos puntuales. Hoy, según el TC, el arbitraje es incausado o causado, y ello afecta los principios esenciales de la negociación colectiva basada en la voluntad de las partes y la excepción del arbitraje. Ojalá que los criterios del TC se adecúen a lo señalado por la OIT.

**LA NECESIDAD DE REGULAR LA FIGURA DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA
EN EL PERÚ: EL PROBLEMA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES
FUERA DE PROCESO ARBITRAL**

*Milo Ruiz González**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Breve referencia al concepto de tutela cautelar.— 3. Finalidad y características de la medida cautelar.— 4. La medida cautelar fuera de proceso arbitral y su tramitación.— 5. Caducidad de pleno derecho de la medida cautelar dictada fuera del proceso arbitral: un beneficio para quien actúa de mala fe.— 6. El árbitro de emergencia en los arbitrajes institucionales como una importante opción frente a la regulación actual.— 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El numeral 4 del artículo 47 del Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje [Decreto Legislativo n.º 1071] establece la posibilidad de solicitar una medida cautelar ante el Poder Judicial, pese a la existencia de convenio arbitral, cuando aún no se ha iniciado el arbitraje.

En efecto, dicha norma señala que el sujeto, que posteriormente va a ser parte del proceso arbitral, puede acudir al Poder Judicial para

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Asociado del Estudio Payet Rey Cauvi Pérez Mur; Adjunto de docencia de los cursos Derecho de las Obligaciones y Derecho Procesal Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

solicitar la medida que garantice la efectividad del laudo y que una vez ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo ha hecho ya con anterioridad. Por otro lado, esa misma norma refiere que si el sujeto que solicitó y obtuvo la medida cautelar en sede judicial no cumple con iniciar el arbitraje o habiendo cumplido con iniciarlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

Así, es fácil advertir que la redacción del citado artículo podría generar varios problemas de aplicación práctica debido a la confusión que se genera al no distinguir conceptos como «medida cautelar dictada» y «medida cautelar ejecutada», el hecho de no ser claro respecto a los términos «iniciar el arbitraje» y «constituir el tribunal arbitral», las diferencias que pueden existir respecto a estos términos con la redacción de los reglamentos arbitrales de los más importantes centros de arbitraje, y el otorgar noventa días para constituir el tribunal arbitral desde que fue dictada la medida, ya que de lo contrario, ésta caducaría de pleno derecho.

Entonces, es claro que dicho artículo genera varios problemas prácticos que han sido mencionados de forma enunciativa en el párrafo anterior. Sin embargo, en el presente artículo, por razones de espacio, abordaremos el problema que implica el otorgar noventa días para la constitución del arbitraje, ya que de no hacerlo, la medida cautelar conseguida en sede judicial caducará de pleno derecho. El desarrollo del problema planteado no implica que no se pueda abordar de forma superficial alguna de las otras complicaciones que genera el artículo en cuestión pero, como ya mencionamos, dichos problemas deberían ser abordados en otro trabajo independiente, dada su complejidad y extensión.

En efecto, para culminar la presente introducción podemos decir que la consecuencia práctica del problema planteado como materia a abordar en el presente artículo, es una muy simple y a la vez con con-

secuencias nefastas para la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento: la parte perjudicada con la medida cautelar va a realizar todos los actos posibles para evitar que se constituya el tribunal arbitral y que al cumplirse los noventa días requeridos por ley, la medida cautelar caduque de pleno derecho.

En el presente artículo abordaremos las complicaciones prácticas que conlleva el otorgar un plazo de noventa días para «constituir» el tribunal arbitral y que de no cumplirse con esto, la medida cautelar caducará de pleno derecho. Asimismo, luego de pasar por breves, pero no menos importantes, aproximaciones conceptuales, plantearemos la posibilidad de modificar el decreto legislativo que norma el arbitraje e introducir la figura del «árbitro de emergencia» para los supuestos en los que, luego de transcurrido el plazo legal, no se logra constituir el tribunal arbitral, con la única finalidad de resguardar la seguridad jurídica y la efectividad y ejecutabilidad de los laudos arbitrales.

2. BREVE REFERENCIA AL CONCEPTO DE TUTELA CAUTELAR

La tutela cautelar representa aquella posibilidad que tiene todo sujeto que interviene en un proceso para resguardar la efectividad y ejecutabilidad de la sentencia o laudo que se va a dictar mientras dura la tramitación del mismo. Así, la importancia y trascendencia de la tutela cautelar son innegables y su estudio puede abarcar obras completas, por lo que en el presente acápite realizaremos una breve referencia a este tipo de tutela para contextualizar la problemática que pretende presentar este trabajo.

Es necesario precisar que, en nuestra opinión, la tutela cautelar adquiere el mismo nivel de importancia tanto en un proceso judicial como en un proceso arbitral. Si bien es cierto que, en la mayoría de casos, el proceso judicial va a ser más largo que un proceso arbitral; ambos procesos implican el desarrollo de un trámite que deberá respetar cada uno

de los derechos que componen el debido proceso y, como consecuencia lógica, existirá un tiempo considerable (dependiendo de la materia, el juzgador o árbitro y el proceder de las partes) entre la presentación de la demanda y la expedición de la sentencia o laudo. Precisamente, ante esta demora inevitable en obtener una decisión definitiva, surge la tutela cautelar como un elemento trascendental para evitar que aquello que se decida no se torne en inejecutable por el mismo paso del tiempo o, probablemente, por la mala fe del demandado.

En ese orden de ideas, la profesora Eugenia Ariano señala acertadamente que «[...] la tutela cautelar se presenta, desde la óptica del sujeto necesitado de tutela, como una auténtica garantía de obtener la tutela efectiva y definitiva de sus derechos, en todos aquellos supuestos en los que el tiempo necesario para obtener la razón constituye fuente potencial de ineficacia de aquélla, máxime en una realidad como la que estamos viviendo en donde la velocidad en que se desenvuelven las relaciones humanas y jurídicas ha convertido al propio tiempo en un bien».¹ Es claro, entonces, que frente al problema que representa el transcurso del tiempo que dura la tramitación de un proceso, la tutela cautelar aparece como la principal solución para evitar encontrarnos frente a una sentencia o un laudo inejecutable.

Por ende, la tutela cautelar, en opinión de Rocco, no es más que una acción tendiente a obtener una providencia, llamada cautelar, que conservando o variando el estado de hecho y de derecho determinado por cierta situación de hecho y jurídica, incierta o controvertida, evita el peligro de que en virtud de posibles o probables eventos, naturales o voluntarios, sean abolidos o restringidos aquellos intereses jurídicos, de derecho sustancial o procesal, tutelados por el derecho objetivo, que

¹ ARIANO DEHO, Eugenia. «La tutela cautelar en el cuadro de la tutela jurisdiccional de los derechos». En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores, 2003, p. 596.

de tal situación derivan o pueden derivar, mientras está pendiente un proceso o en previsión de un proceso futuro.²

3. FINALIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIDA CAUTELAR

Las medidas cautelares constituyen el procedimiento incidental que puede iniciarse antes o durante el transcurso del proceso principal, cualquiera que sea su naturaleza, por el accionante que ha demostrado con cierto grado de certeza que su derecho es verosímil y que existe peligro en la demora por posibles actos de disposición física o jurídica que pudiera realizar el demandado o sujeto a demandar. Asimismo, para la ejecución de la medida cautelar se requiere que previamente el demandante o sujeto que va a demandar presente una contracautela que servirá para resguardar los derechos del sujeto perjudicado con la medida, en caso el proceso de fondo arroje una decisión favorable para el demandado. Además, resulta importante precisar que estas medidas pueden ser decretadas por el juez o árbitro de la inaudita parte y con la discrecionalidad que considere, conforme a las circunstancias y particularidades del caso, con carácter de provisionalidad, temporalidad, mutabilidad, revocabilidad y flexibilidad, con el doble fin de amparar el futuro derecho de los litigantes (fin inmediato) y procurar, por otro lado, que la función jurisdiccional pueda cumplirse haciéndose efectivo el mandato recaído en la decisión final del proceso judicial o arbitral (fin mediato).³

² ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis-Depalma, 1977, tomo v, p. 89.

³ BACRE, Aldo. *Medidas Cautelares: Doctrina y jurisprudencia*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2005, p. 53.

4. LA MEDIDA CAUTELAR FUERA DE PROCESO ARBITRAL Y SU TRAMITACIÓN

Como ya hemos explicado, la parte demandante tiene la posibilidad de solicitar al juzgador el dictado de una medida cautelar que garantice la efectividad de la sentencia o laudo mientras dura la tramitación del proceso. En ese sentido, las medidas cautelares no sólo pueden ser solicitadas una vez que ya se inició el proceso judicial o arbitral sino que también, por la urgencia del pedido, pueden solicitarse incluso antes de que se inicie el proceso mismo.

Al respecto, podemos señalar que cuando se trata de una medida cautelar fuera de proceso judicial, no habrá mayor problema respecto a quién decide la concesión o no de la medida, ya que será dicho juez el encargado de conocer el proceso principal también una vez que se haya cumplido con los plazos y requisitos establecidos en el artículo 636 del Código Procesal Civil.

Sin embargo, ocurre una situación distinta en lo que respecta a la medida cautelar fuera de proceso arbitral. Como sabemos, el tribunal arbitral se constituye únicamente para conocer el caso para el cual es convocado; es decir antes de la constitución del tribunal arbitral, éste no existe y, como consecuencia lógica, no podrá decidir la procedencia o no de una solicitud de medida cautelar fuera de proceso arbitral. Así, quien decidirá conceder o no la medida cautelar antes de la constitución del tribunal arbitral será el Juez, la cual, de ser otorgada, tendrá como condición para mantenerse vigente, el que se constituya el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida cautelar por el Poder Judicial o, de lo contrario, dicha medida caducará de pleno derecho.

La medida cautelar fuera de proceso arbitral deberá ser solicitada ante el Juez Comercial, donde exista dicha especialidad, o en su defecto ante el Juez Civil o el Juez Mixto, según sea el caso.

Asimismo, dicha solicitud cautelar deberá cumplir con todos los requisitos, características y especificaciones que contiene una medida cautelar dentro del proceso judicial. Es decir, el solicitante deberá indicar el tipo de la medida (por ejemplo, si estamos ante una innovativa o de no innovar), la base legal, acreditar la verosimilitud en el derecho, el peligro en la demora y la adecuación; también deberá ofrecer contracautela para la ejecución de la medida. Además, deberá señalar claramente cuál o cuáles son las futuras pretensiones a demandar en el proceso arbitral, fundamentar la competencia del juez para conocer dicho pedido, explicar la relación jurídica procesal y presentar los medios probatorios pertinentes.

5. CADUCIDAD DE PLENO DERECHO DE LA MEDIDA CAUTELAR DICTADA FUERA DEL PROCESO ARBITRAL: UN BENEFICIO PARA QUIEN ACTÚA DE MALA FE

Como advertimos en los primeros párrafos del presente artículo, según el decreto legislativo que norma el arbitraje, si no se constituye el tribunal arbitral después de noventa días de concedida la medida cautelar, ésta caduca de pleno derecho. Ante dicho escenario propiciado por la citada norma, es claro que el demandado y afectado con la medida cautelar hará todo lo posible para que no se constituya el tribunal arbitral y la medida que lo afecte, caduque. Así, lamentablemente, cuando el demandado se encuentre frente a una medida cautelar dictada por un juez fuera del proceso arbitral actuará, en la mayoría de casos, con evidente mala fe para evitar la constitución del tribunal y conseguir, como injusto premio pese a su conducta, la caducidad de la medida dictada, acarreando como peligrosa consecuencia la posibilidad de tornar en inejecutable el laudo arbitral que se va a dictar con posterioridad.

La situación que es materia de nuestra preocupación se grafica muy bien en el siguiente ejemplo:

Juan tiene una deuda por cien mil dólares con Pedro y ante el incumplimiento de su deudor, este último decide iniciar un proceso arbitral (en el contrato donde se origina la deuda existe un convenio arbitral) para ejercer su derecho de crédito. Cuando Pedro está preparando su petición arbitral se entera por un amigo en común que Juan tiene la intención de transferir su casa, la cual a su vez, es su único bien, a sus hijos como anticipo de legítima para evitar que su acreedor lo despoje de ella, producto de la deuda que mantiene con él. Al tomar conocimiento de las intenciones de Juan, Pedro decide solicitar una medida cautelar de anotación de demanda para evitar que las acciones de Juan tornen inejecutable el posterior laudo arbitral. Como todavía no se ha constituido siquiera el tribunal arbitral, Pedro solicita la medida cautelar ante el Poder Judicial y logra que el Juez acceda a su pedido. Posteriormente, al tomar conocimiento Juan de que dicha medida ha sido ejecutada, decide frustrar, mediante sucesivas recusaciones al árbitro de parte propuesto por Pedro, la constitución del tribunal arbitral y esperar que transcurran los noventa días señalados en la ley. En efecto, transcurren esos noventa días y, como dicha medida caducó de pleno derecho, solicita el levantamiento de la medida cautelar. En tanto, mientras Pedro solicita una nueva medida cautelar, Juan transfiere el inmueble. Como consecuencia de ello, el laudo que se emite con posterioridad es favorable para Pedro, pero plenamente inejecutable.

Resulta importante advertir que, en nuestra opinión, dicha norma no ha sido redactada con la finalidad de premiar la mala fe del afectado con la medida cautelar sino que, por el contrario, ella busca evitar que el solicitante actúe de mala fe y que al tener la medida cautelar como protección a sus intereses, ya no busque la constitución del tribunal pretendiendo que dicha tutela cautelar funja de tutela satisfactiva. Sin embargo, por evitar la conducta de mala fe del solicitante, la norma ha descuidado la siempre latente posibilidad de que sea el demandado quien actúe con mala fe y frustre, por todos los medios a su alcance, la constitución del tribunal arbitral para que, como consecuencia de la caducidad de la medida cautelar producto del cumplimiento de los noventa días, el solicitante se vea obligado a solicitar una nueva medida

cautelar que, de ser el caso, le otorgará el tiempo suficiente para poder tornar inejecutable el futuro laudo arbitral.

Estamos ante una situación compleja donde se debe evitar la actuación de mala fe de ambas partes y se debe proteger con especial celo la finalidad de toda medida cautelar, es decir, la posibilidad de que el laudo o sentencia sea plenamente ejecutable.

En ese sentido, creemos que la redacción del artículo 47 del Decreto Legislativo n.º 1071 no es la más afortunada y que, buscando evitar a toda costa la actuación de mala fe del solicitante ha terminado por amparar y proteger la mala fe del demandado y afectado con la medida cautelar, lo cual acarrea como inevitable consecuencia la propia afectación de la finalidad máxima de toda medida cautelar, cual es asegurar la plena ejecución de la decisión final.

Así, creemos que una importante modificación que se puede aportar para la solución del problema descrito, logrando cierto equilibrio en el resguardo de las conductas de ambas partes, es la introducción de la figura del árbitro de emergencia.

6. EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN LOS ARBITRAJES INSTITUCIONALES COMO UNA IMPORTANTE OPCIÓN FRENTE A LA REGULACIÓN ACTUAL

Sin lugar a dudas, estamos ante un escenario complejo: la regulación actual beneficia claramente al afectado con la medida cautelar; y eliminar dicha regulación premiaría también una posible mala fe por parte del solicitante de la medida. Entonces, nos encontramos en la obligación de buscar un punto medio, donde se tutelen los derechos de ambas partes, sin permitir que las actuaciones de mala fe se vean favorecidas. Ante ello, creemos que la figura del árbitro de emergencia constituye una opción favorable para hallar el tan anhelado equilibrio en materia de medidas cautelares solicitadas fuera del proceso arbitral.

Como acertadamente señala Irma Rivera,⁴ el árbitro de emergencia se ha convertido en una figura sumamente útil en las Cortes Internacionales para evitar el problema descrito en este artículo y, en efecto, se ha constituido como la posibilidad que tiene el solicitante de obtener una medida cautelar que sea efectiva para proteger la posterior ejecución del laudo arbitral. Así, la del árbitro de emergencia es una figura que abre la posibilidad que tiene el solicitante, y posterior demandante, para proteger sus derechos antes de que se constituya el tribunal arbitral.

En efecto, el árbitro de emergencia es un juzgador con todas las cualidades, obligaciones e impedimentos que tiene un árbitro «regular» y su función principal se centra en decidir sobre aquellos pedidos que formulen las partes con carácter de urgencia antes de que el tribunal arbitral sea efectivamente constituido.

Consideramos que no se debe restringir la lista de cuáles son los pedidos urgentes que pueden realizar las partes, pues cada caso abrirá nuevas posibilidades, para lo cual el Derecho debe estar preparado (por ejemplo, la actuación de una prueba anticipada); sin embargo, creemos que el pedido clásico —y por excelencia— que conocerán los árbitros de emergencia, son las medidas cautelares fuera del proceso arbitral, pues, precisamente, uno de sus elementos, es el peligro en la demora.

Con la implementación de la figura del árbitro de emergencia, el solicitante ya no tendrá que recurrir al lento y siempre criticado Poder Judicial (pues, precisamente, pactó un convenio arbitral para evitarlo), sino que podrá formular su solicitud cautelar ante un árbitro de emergencia, quien podrá tomar decisiones con las mismas características que el Poder Judicial o el tribunal arbitral constituido; quedando eliminada toda posibilidad de que la medida cautelar caduque de pleno derecho ante la mala fe del demandado o afectado.

⁴ RIVERA, Irma. «El árbitro de emergencia: una figura en crecimiento». En *Arbitraje PUCP*. Lima: PUCP, 2014, p. 169.

En ese orden de ideas, estamos seguros de que puede surgir la interrogante en el sentido de qué sucede si a pesar de contar con árbitro de emergencia, el solicitante de la medida cautelar, luego no realiza los actos necesarios para constituir el tribunal. Evidentemente, estamos ante un cuestionamiento válido, pero creemos que puede ser fácilmente solucionado mediante una regulación acertada de esta figura. Al respecto, somos de la opinión de que si en caso de contar con una medida cautelar concedida por el árbitro de emergencia, el solicitante no inicia el arbitraje, la medida cautelar otorgada debería caducar a los noventa días, precisamente para sancionar la actuación de mala fe. La diferencia planteada en este extremo radica en que no se premia la mala fe de ninguna de las partes.

Por un lado, si el solicitante actúa de mala fe a pesar de tener una medida cautelar, se le sancionará si no inicia el arbitraje (ponemos especial énfasis en la denominación «inicia», pues con ello será necesario que presente la petición arbitral y ya no deberá esperar la constitución del tribunal que exige la actual ley, dando un amplio margen para la actuación de mala fe del afectado). Por otro lado, el afectado con la medida cautelar otorgada por un árbitro de emergencia ya no podrá actuar de mala fe, pues para que se mantenga la decisión cautelar sólo bastará que el solicitante inicie el arbitraje y ya no que se constituya el tribunal, lo que, como hemos visto, permitía una serie de recusaciones de mala fe para que venza el plazo de ley y obtener la caducidad de la medida. Por el contrario, con esta nueva regulación, el afectado con la medida cautelar se verá en la necesidad de apresurar la constitución del tribunal arbitral para que éste decida en forma definitiva la validez o no de la medida cautelar otorgada.

Asimismo, somos conscientes de que la figura del árbitro de emergencia podrá ser utilizada solamente en los casos en que las partes hayan pactado un arbitraje institucional, pues en los casos de arbitrajes *ad-hoc*, dicha figura será imposible de implementar. Sin embargo, debemos resaltar que un importante porcentaje de los procesos arbitrales

son institucionales, por lo cual la implementación de esta figura en los reglamentos de cada centro de arbitraje y en la misma ley aliviará de forma cuantitativa la gravedad y recurrencia del problema de las medidas cautelares fuera de proceso y su caducidad después de transcurridos noventa días sin que reproduzca la instalación del tribunal arbitral.

En efecto, creemos que estamos ante una figura sumamente útil que viene siendo implementada en los arbitrajes internacionales y en diversos ordenamientos jurídicos para dotar de mayor celeridad y seguridad al proceso arbitral, por lo que nuestra regulación no debe ser ajena a dichos cambios positivos y, creemos, debe aceptar esta nueva figura por presentar una serie de beneficios para las partes intervinientes en el proceso arbitral.

7. CONCLUSIONES

Estamos convencidos de que la implementación de la figura propuesta conllevará a un equilibrio real entre las partes, evitando el beneficio desproporcionado de alguna de ellas producto de acciones orientadas por la mala fe, las cuales siempre han sido repudiadas en los ordenamientos jurídicos democráticos. Además, se dotará de mayor seguridad jurídica y celeridad al proceso arbitral y, sobre todo, se protegerá la ejecutabilidad y efectividad de los laudos arbitrales.

EL ÁRBITRO ES UN ANIMAL (RACIONAL). APUNTES SOBRE PSICOLOGÍA, NEUROCIENCIA Y ARBITRAJE

*Alfredo Bullard González**

Sumario: 1. El funcionamiento del cerebro: lo animal y lo racional.— 2. El anclaje: tendemos a defender tercamente la primera impresión.— 3. El «*chunking process*».— 4. Las emociones y la persuasión.— 5. Conclusión.

El título de este artículo se inspira en la célebre frase de Séneca («El hombre es un animal racional»).

La frase suele citarse para poner énfasis en el término «racional»; es decir, para destacar aquello en que nos diferenciamos de los animales.

Pero, desde otro ángulo, la frase puede ser usada para destacar en qué nos parecemos a los animales. Somos instintivos, emocionales y evolutivamente determinados. En esencia, somos animales. Animales especiales, pero animales al fin.

* Abogado por la PUCP y Master en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Yale. Cursó Estudios Introdutorios de Economía en el *Economic Institute* (Boulder, Colorado, Estados Unidos de América). Profesor de la PUCP, Academia de la Magistratura, UPC, Universidad de Lima. Autor de obras como «La relación jurídica patrimonial. Reales vs. Obligaciones»; «Invirtiendo en el Perú. Guía legal de negocios, Derecho y ambiente»; «Estudios de Análisis Económico del Derecho»; «Derecho y Economía» y «El análisis económico del Derecho».

Los árbitros son personas. Los árbitros no son robots ni computadores. Son seres humanos. Como tales, razonan. Pero, no se limitan a razonar. También sienten, se emocionan, tienen instintos e intuiciones. Pasan hambre y dolor. Se aburren, aman y odian. Y cada uno de estos aspectos influye en cómo deciden. Finalmente, los árbitros son también animales.

Este artículo no tratará de doctrinas dogmáticas sobre el arbitraje ni de cómo debe interpretarse una ley de arbitraje. Este trabajo trata de cómo deciden los árbitros. ¿Qué los lleva a darnos la razón en un caso y a negárnosla en otro? ¿Dependemos sólo de las pruebas o de teorías legales? ¿Qué otros elementos son relevantes para persuadir a un tribunal arbitral?

Si bien mucho de lo que trataremos en este trabajo es aplicable a todo tipo de *decision makers* (jueces, autoridades administrativas, etc.), nos concentraremos en algunos aspectos que son particularmente relevantes en el arbitraje. Los espacios para persuadir a un árbitro suelen ser más amplios. Hay audiencias más largas, un mayor detalle en la actuación de pruebas, con mayores espacios para persuadir.

Para ello nos vamos a valer de algunas herramientas usualmente ignoradas por los abogados o aplicadas intuitivamente. La neurociencia, la economía conductual, la psicología conductual, la psicología cognitiva y la psicología social, se pueden unir para encontrar mejores fórmulas y mecanismos, a fin de entender cómo actúan los *decision makers* jurídicos; y, en particular, cómo actúan los árbitros.

No se trata, como alguna vez escuché decir, de estudiar triquiñuelas para influir. Se trata de entender qué pasa en la realidad con la mente de quienes deciden. Es asumir que los árbitros son personas de carne y hueso, con virtudes y defectos. Al tomar decisiones actúan como los seres humanos que son y no como los robots lógicos que solemos imaginar.

Por supuesto que los alcances de este trabajo están tremendamente limitados por el espacio y el tiempo. La idea es anunciar algunos desarrollos que —estimo— ocurrirán en los próximos años.

Me voy a limitar a tocar sólo cuatro temas: (1) cómo funciona el cerebro de un árbitro; (2) la importancia del anclaje o *anchoring*; (3) el *chunking process* o la forma cómo el cerebro organiza la información; y (4) la importancia de elementos emocionales, en especial, la ira, en el proceso de toma de decisiones legales.

1. EL FUNCIONAMIENTO DEL CEREBRO: LO ANIMAL Y LO RACIONAL

Comencemos con cómo funciona el cerebro de un árbitro. Funciona como el cualquier ser humano.

Solemos creer que pensar jurídicamente es usar las técnicas de uso de fuentes e interpretación jurídica de manera correcta y lógica y las técnicas probatorias de manera adecuada.

Un arbitraje es entonces visto como un enfrentamiento de esgrima conceptual y jurídica, donde la habilidad de usar los argumentos es el camino a transitar hacia la victoria. Esa es una visión incompleta.

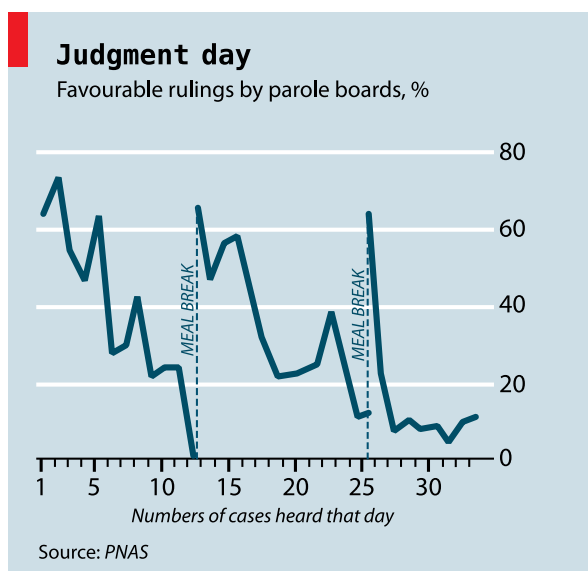
Los árbitros no son totalmente consientes y racionales. Nuestro cerebro actúa con frecuencia, aunque no queramos creerlo, a espaldas de nosotros.

Danzinger, Levav y Avnaim-Pesso¹ mostraron este punto. Los autores analizaron 1,112 decisiones (recolectadas por cincuenta días en un período de diez meses) de ocho jueces israelitas respecto a solicitudes de

¹ DANZINGER, Shai y otros. «Extraneous factors in judicial decisions». En *Proceeding of National Academy of Sciences*, 2011, vol. 108, n.º 17, p. 6889 (traducción libre).

libertad condicional. Luego, las clasificaron en base al resultado (otorgamiento/denegación de libertad condicional).

El estudio muestra una clara influencia de un factor externo y aparentemente irrelevante en los resultados: la comida. Así, consideraron las pausas para comer que tomaron los jueces a media mañana (*snack*) y a la hora de almuerzo. Inmediatamente después de una comida, el porcentaje de decisiones favorables a la libertad condicional fue muy alto. Sin embargo, conforme nos alejábamos de las comidas, los números de libertades condicionales bajaban según el siguiente gráfico:



Como estos autores indican, «Justicia es lo que los jueces comen de desayuno».²

¿Qué explica un resultado tan aparentemente curioso? El cerebro actúa muchas veces, como dijimos, a nuestras espaldas y sigue procesos

² *Ibidem* (traducción libre).

químico-físicos ajenos a nuestro control. Pensar es una actividad orgánica, física, y química identificable con áreas específicas del cerebro.

El cerebro es el órgano del cuerpo humano que más energía consume. Lo que llamamos «pensar» es un proceso químico-físico complejo e intenso en energía. Para que funcione adecuadamente, debe ser eficiente.

Como cualquier máquina, el cerebro no puede obtener, con sus capacidades, todos los resultados deseados. Su capacidad es limitada. Sólo podemos hacer con nuestro cerebro una cantidad limitada de actividades.

El operador (que en este caso es el mismo cerebro) tiene que tomar una serie de decisiones que implican confrontar los costos en energía con los beneficios de la operación. Como no es posible hacer todo al mismo tiempo, el cerebro condiciona en las conexiones neuronales vías predefinidas que operan inconscientemente para ahorrar energía. A muchas de ellas se les conoce como *bias*, traducidas inexactamente como prejuicios cognitivos. Así, para ahorrar energía, el cerebro tiene predisuestas ciertas reacciones a ciertos supuestos, y los asume como mecanismos de ahorro. Con ello puede perder precisión, pero gana eficiencia.

Puede ser que un auto tenga la capacidad de recorrer 300 kilómetros a 100 kilómetros por hora, con lo que llegaría en tres horas. Pero, ello asume que tiene el combustible suficiente para lograrlo. Si no lo tiene recorrerá la distancia a menor velocidad y tomará más tiempo. Lo que parece ideal (ir rápido con poco consumo de combustible) no es posible en la realidad.

Como dice el dicho, «lo perfecto es enemigo de bueno». La operación perfecta del cerebro no necesariamente es deseable. La operación óptima no es perfecta, porque la perfección es demasiado costosa de

alcanzar. El operador del cerebro debe encontrar un balance entre los costos (en energía) de pensar y los beneficios de dicho pensamiento.

Lo interesante es que esta forma de funcionar del cerebro es explicable en términos de la teoría evolutiva de Charles Darwin. Ciertos individuos de una especie pueden haber pensado más, pero con el costo de consumir demasiado tiempo y energía. Otros individuos, con cerebros genéticamente más orientados no al pensamiento perfecto, sino al óptimo, gestionaron mejor su vida, y se adaptaron mejor a su medio ambiente. Los segundos tienden a sobrevivir más que los primeros. Así nuestro cerebro evolucionó hasta el punto de funcionar como funciona.

¿Y qué tiene que hacer esto con el hambre y el estudio sobre los jueces israelitas? El operador de una máquina que es consciente de que debe ser eficiente, colocará la obtención de energía como su prioridad. Bajo un análisis costo beneficio, su primera prioridad será la energía. El cuerpo humano, para obtener energía, necesita comer.

Por tanto, el cerebro reaccionará a la falta de energía reduciendo su capacidad de razonar y mandando señales para que esa actividad (pensar), abra paso a una más importante (comer). Como conceder la libertad condicional requiere generar una convicción (y, por tanto, razonamientos que consumen más energía), es de esperar que menos libertades condicionales se concedan lejos de las comidas. Por supuesto que los juzgadores ignoran ello. Pero, el cerebro, inconscientemente, lo hace.

Así, un carro no puede funcionar sin refrigerante. Éste recoge el calor del motor y lo traslada al radiador para que sea expulsado al ambiente. Esta misma función es cumplida por las pausas para comer que tomaron los jueces israelitas: las pausas refrescan el motor (cerebro) y permiten exteriorizar las ideas de manera más efectiva.

En ese sentido, se pronuncian los autores del estudio:

Un pausa puede reabastecer los recursos mentales al proveer descanso, mejorar el ánimo o incrementar los niveles de glucosa en el cuerpo.³

Más allá de sacar una conclusión real, aunque suene frívola (trata que tu tribunal te oiga justo después de almuerzo y no al final del día, o asegúrate que siempre haya *coffee breaks* oportunos y succulentos en los arbitrajes); la información sirve para saber que no sólo de Derecho vive el juzgador. También vive de pan, y el pan influye en sus decisiones.

2. EL ANCLAJE: TENDEMOS A DEFENDER TERCAMENTE LA PRIMERA IMPRESIÓN

Un segundo aspecto a comentar es el anclaje o «*anchoring*».

Sabemos que sólo una fracción de lo que se presente al juez o a los árbitros, será realmente percibido, y la fracción de lo que será entendido, será aún menor.

Cuando al cerebro se le encarga una función, suele limitar su capacidad de conocer información. Como no podemos procesar infinitas piezas de información, el cerebro selecciona, incluso a nuestras espaldas, cuáles usar y cuáles no.

Un árbitro puede llegar a una audiencia con varios casos en su cabeza. Además, puede tener otros problemas profesionales (por ejemplo, un problema con la facturación de su estudio). Puede, además, tener problemas personales (su hijo está enfermo o su esposa le pidió que pare a comprar leche en su camino de regreso a casa). Toda esta información compite por espacio en la capacidad de procesamiento del cerebro y no toda puede ser atendida simultáneamente. El cerebro establece, muchas veces a nuestras espaldas, órdenes de prioridad.

³ *Ibidem* (traducción libre).

Por ejemplo, la preocupación de no olvidarse de llevar la leche para evitar la reprimenda de su esposa o de comprar la medicina para su hijo, puede tener un orden de prioridad mayor. Las conexiones neuronales condicionan percibir y guardar la información de esos elementos de manera prioritaria. El resultado es que el juzgador prestará menos atención a las exposiciones de los abogados y perderá detalles de las mismas.

Hoy sabemos, por ejemplo, que los elementos emotivos suelen ser priorizados sobre los racionales (por eso, un hijo enfermo tiene una ventaja competitiva en el cerebro en relación a interpretar un artículo del Código Civil para un laudo).

Una lección aprendida de ello, es que hay que apelar a elementos emotivos durante las discusiones legales, para ganar prioridad en el cerebro. Ello aconseja usar más los argumentos fácticos que los argumentos meramente jurídicos o legales para persuadir. Salvo excepciones, los razonamientos legales suelen no apelar mucho a nuestras emociones. En contraste, los hechos pueden tener más capacidad para emocionar. El conseguir una cara de sorpresa en un testigo frente a una pregunta incómoda será priorizado sobre una elegante teoría de interpretación del artículo 1352 del Código Civil.

Los problemas de percepción han sido gráficamente explicados en el experimento de Chabris y Simon,⁴ denominado el «experimento del gorila».

En un video, seis jugadores de básquet, tres vestidos de blanco y tres de negro, se alistan a jugar pasándose la pelota. Los de blanco tiene una pelota y los de negro otra. Una voz te pide que cuentes cuantas veces el equipo blanco se pasa la pelota. Durante unos segundos te concentras

⁴ Una explicación del experimento, incluido videos del mismo, pueden encontrarse en www.theinvisiblegorilla.com, revisado por última vez el 14 de octubre de 2013. Allí también pueden encontrarse referencias al libro de Christopher Chabris y Daniel Simon.

en seguir la pelota para no perder la cuenta. Es posible que celebres al final del video haber llevado la cuenta perfectamente. Pero, entonces, una voz te pregunta «¿viste al gorila?». Inmediatamente te preguntas: «¿qué gorila?».

Vuelven a pasar el video y descubres, sorprendido, que un individuo, disfrazado de gorila, pasó por el medio de los jugadores. El gorila hizo esfuerzos para llamar la atención. Pero, increíblemente, no lo viste. Más del 50% de las personas que ven el video por primera vez, no lo ven, a pesar de que su presencia es más que obvia. ¿Por qué?

El cerebro recibió un encargo: contar pases. No recibió el encargo de buscar gorilas. Como los recursos neuronales son limitados, el cerebro decidió no verlo, no incluirlo, por más que sus ojos lo vieron. Así se ahorra energía, no consumiendo neuronas en actividades no necesarias para el objetivo.

Por supuesto que se podrán imaginar la cantidad de gorilas que se pueden pasar en una sala de audiencia, si los abogados no organizan la información y la forma de presentarla de manera adecuada.

¿Es malo que el cerebro deje pasar al gorila desapercibido? Pues, depende. Por supuesto que parece mejor percibir todo, que percibir sólo una parte. Como puede parecer mejor que un carro recorra 300 kilómetros en tres horas. Pero, ello parte de asumir que las neuronas y su funcionamiento son un recurso infinito que, como el auto de nuestro ejemplo, puede llegar rápido sin considerar el consumo de combustible. Sin embargo, dado que los recursos son limitados, puede ser económica y neuronalmente eficiente, que el cerebro se concentre en la función que se le encargó, dejando de lado otra.

Este tipo de situaciones puede generar lo que se conoce como ignorancia racional o irracionalidad racional. Saber todo puede ser irracional. Si alguien estudia Derecho, decidió racionalmente ser ignorante en

medicina. Y es que saber todo y ser al mismo tiempo eficiente, con el conocimiento es imposible. El cerebro lo sabe, y por ello decide ignorar muchas cosas y no pesar otra buena cantidad de ellas.

Como bien explican McKenzie, Zak & Turner⁵ «[...] así como los participantes en el mercado no pueden tener todo lo que quieren (y por ende tienen que elegir qué prefieren), el cerebro humano por sí mismo no puede hacer todo lo que se pide de él».

Ello es lógico. Si bien se estima que el ser humano cuenta con alrededor de unos cien mil millones de neuronas, éstas aún son escasas para todas las actividades que tienen que desarrollar.

McKenzie, Zak & Turner⁶ nos dicen, en una explicación bastante darwiniana, que «las pérdidas por los errores en la toma de decisiones llegaron a ser menos dañinas para la supervivencia de la especie, que las pérdidas por el incremento en energía consumido a nivel neurológico, que es requerido para tomar mejores decisiones».⁷

En pocas palabras, son mejores decisiones imperfectas, pero «baratas», en uso de capacidad neuronal, que decisiones perfectas que consumen tanta energía, que afectan la supervivencia de la especie. Por eso es tan relevante la frase «lo perfecto es el peor enemigo de lo bueno».

Curiosamente, parte de nuestra ignorancia e irracionalidad puede ser reflejo de los atajos que el cerebro toma para combatir sus propias limitaciones, de la misma manera que desaceleramos un automóvil para evitar consumir demasiado combustible o fundirle el motor.

⁵ MCKENZIE, R., P. ZAK, & J. TURNER. «The Neuroeconomics of Rational Decision Making». En *Predictably Rational? In search of Defenses for Rational Behaviour in Economics*. Berlin: Springer-Verlag, 2010, pp. 177-178 (traducción libre).

⁶ *Ibidem*, p. 192 (traducción libre).

⁷ *Ibidem* (traducción libre).

Muchos de estos procesos cerebrales funcionan bajo lo que denominamos *bias* o prejuicios. El cerebro crea «atajos» que le permiten desarrollar procesos más eficientes.

Uno de estos atajos usados por el cerebro, es asumir que lo que ya aprendió es cierto. Por tanto, el cerebro se resiste a cambiar una idea que ya asumió como verdadera. La frase común entre los abogados, que «quien golpea primero, golpea dos veces» es, desde el punto de vista cerebral, cierta. Quien posiciona primero una idea, tiene más posibilidades de ganar.

Quizás ustedes recuerden algo que su padre les dijo de pequeños. Como su padre es el primero que se los dijo, han asumido por años que es verdad. No cambian, porque cambiar implica consumir energía. Muchas de esas ideas aprendidas, suelen ser falsas. Pero, nos negamos a cambiarlas sólo porque las aprendimos primero, y defendemos tercamente su supuesta verdad.

Ello permite desarrollar una técnica de persuasión llamada *anchoring* o anclaje. Si consigues posicionar una idea de tu caso en la mente del juzgador, el cerebro de éste tenderá a negar la evidencia que implique cambiarla y reforzará la evidencia que la confirme.

Como bien ha señalado Guthrie y otros:

Cuando las personas hacen estimados, suelen confiar en el valor inicial que tuvieron disponible. Ese valor inicial tiende a «anclar» sus estimados finales.⁸ Así, las anclas inducen a las personas a considerar seriamente que el valor real es similar al valor del ancla, conduciéndolos a pensar prioritariamente sobre las circunstancias fácticas que servirían de soporte a la conclusión de que el ancla es correcta.⁹

⁸ GUTHRIE, Chris y otros. «Inside the Judicial Mind». En *Cornell Law Review*, 2001, vol. 86, n.º 4, p. 21 (traducción libre).

⁹ *Ibidem*, p. 22 (traducción libre).

Por ejemplo, en experimentos efectuados con jurados ficticios, éstos asignaron daños apenas superiores a US\$ 90,000.00, cuando el demandante pidió US\$ 100,000.00. Pero, cuando los jurados ficticios enfrentaron las mismas demandas, con los mismos hechos, pero en la que el pedido inicial era ya no US\$ 90,000.00, sino US\$ 500,000.00, se otorgaron daños cercanos a US\$ 300,000.00.¹⁰

En otro experimento, se separó a quienes iban a decidir en dos grupos: el Grupo Anclado y el Grupo No Anclado. Los hechos eran los mismos: un accidente de tráfico por falla en los frenos del camión dejó a una persona impedida de caminar.

El Grupo Anclado fue informado de que la compañía propietaria del camión, pidió la improcedencia de la demanda, porque el caso «no cumplía con la cuantía mínima de US\$ 75,000.00». Se trata claramente de una afirmación ridícula, pues los daños superaban claramente ese mínimo. El Grupo No Anclado no recibió dicha información.

Sin embargo, a pesar de no tener sentido, el dato funcionó como un ancla. El Grupo Anclado otorgó sólo US\$ 882,000.00, mientras que el Grupo No Anclado otorgó US\$ 1'250,000.¹¹

Por razones de espacio, nos referiremos únicamente a dos tipos de *bias*: al *egocentric bias* y al *confirmation bias*.

De acuerdo al primero, el prejuicio egocéntrico, una vez que nos formamos una posición sobre un caso, es muy difícil cambiarla. Ello obstruye la apreciación objetiva de las pruebas y los argumentos de las partes. Tendemos a encontrarle «peros» o cuestionamientos a todo lo que signifique cambiar nuestra forma de pensar.

¹⁰ *Ibidem*, p. 24.

¹¹ *Ibidem*, p. 28 (traducción libre).

La otra cara de la moneda es el *confirmation bias* o prejuicio de la confirmación, según la cual tendemos a buscar pruebas y argumentos que confirmen nuestra teoría del caso. Todo ello afecta, por medio de procesos inconscientes, como funciona nuestra memoria para recordar hechos y argumentos. Como señalan Peer y Gamliel:

Si las personas tienen una concepción previa o hipótesis acerca de un asunto dado, tienden a favorecer la información que corresponde a sus creencias previas y a descartar evidencia que apunta hacia lo contrario. Este prejuicio de la confirmación lleva a las personas a buscar, organizar e interpretar información de una manera consistente con lo que ya han asumido, conduciéndolas a juicios y decisiones sesgadas.¹²

A veces este fenómeno es denominado *sunk cost bias* o prejuicio del costo hundido, en clara evidencia analógica al criterio de costo hundido en la economía. Los costos en energía y tiempo en que incurrió el cerebro para formarse una idea no son aplicables para otra idea. El cerebro trata de evitar que esos costos sean una pérdida y por ello se niega a aceptar que incurrió en costos de algo que ya no le sirve.

Y con esto regresamos a la frase «quien pega primero pega dos veces». Los primeros escritos y/o presentaciones ante un tribunal son claves porque pueden posicionar el caso y proteger ese primer impacto con los prejuicios del juzgador. Empezar perdiendo incrementa las posibilidades de perder finalmente. Voltar el partido puede ser realmente difícil.

¹² PEER, Eyal y Eyal GAMLIEL. «Heuristics and biases in Judicial Decisions». En *Court Review*, 2013, vol. 49, pp. 114-115.

3. EL «CHUNKING PROCESS»

El tercer asunto a tratar es el llamado *chunking process*. Nuestro cerebro no piensa como nosotros queremos que piense. Los procesos de pensamiento están definidos por procesos neuronales no controlables a voluntad. La información se organiza, no como queremos que se organice, sino cómo el cerebro está preparado para organizarla.

Desde el punto de vista legal, esto tiene una implicancia importante. La ley y el Derecho no son entendidos como la ley o el Derecho quieren ser entendidos, sino como el cerebro los entiende.

Imaginemos el cerebro como una computadora. Para introducir información no es posible organizarla como a uno le parezca. La computadora tiene formas preestablecidas y ya configuradas. Si no sigues el patrón, la información no puede ser introducida.

¿Quién no ha sufrido cuando la computadora «no te entiende» y uno pierde la paciencia tratando de hacerla entender algo? Pues bien, el cerebro de un árbitro puede funcionar igual y generar el mismo tipo de frustración. Uno le explica algo, y el cerebro del juzgador no lo recibe.

Usemos un ejemplo más sencillo: un formulario. Si usted quiere llenar un formulario para hacer una solicitud, éste tiene un formato preestablecido. Puede ser que la información que uno quiere ingresar no encaje en el formulario y en los campos que éste ha definido (por ejemplo, número de hijos o tipo de trabajo o estado civil). Si uno pretende incluirla, puede ser que esa información se pierda.

Existen algunos estudios que muestran ciertos parámetros que hacen más probable que la información pueda ser procesada correctamente. Sabemos poco, pero sabemos algo, aunque en la mayoría de casos no sabemos el porqué. Aquí algunos ejemplos sencillos de los cuales podemos derivar consejos prácticos importantes.

a. La regla de tres

El primer ejemplo se le conoce como la regla de tres. Cuando usted quiere corregir a un hijo desobediente, le dice «Deja de hacer eso, a la una, a las dos y a las tres». No le dice a la una y a las dos. Tampoco dice a la una, a las dos, a las tres y a las cuatro. Usualmente, uno usa el número tres. ¿Por qué usamos el número tres? ¿Por qué asumimos que una amenaza en tres pasos es más persuasiva?

La cultura popular está llena de mensajes organizados de a tres:

- Julio César decía [1] *Vine*, [2] *Vi*, [3] *Venci*.
- Abraham Lincoln formuló su célebre *Government* [1] *of the people*, [2] *by the people*, [3] *for the people*.
- La Santísima Trinidad: [1] *Padre*, [2] *Hijo* y [3] *Espíritu Santo*.
- El uso del [1] *cielo*, [2] *infierno* y [3] *purgatorio*.
- El abecedario se define como el [1] *a*, [2] *b*, [3] *c*.
- ¿Quién no ha escuchado la frase de Winston Churchill?: «*Les ofrezco* [1] *sangre*, [2] *sudor* y [3] *lágrimas*». Lo curioso es que la frase original no era de a tres, sino de a cuatro «*Les ofrezco* [1] *sangre*, [2] *esfuerzo*, [3] *sudor* y [4] *lágrimas*». La cultura popular cambió la frase y con ello la inmortalizó.
- Incluso en los chistes, es común usar tres personajes («Se encontraron un norteamericano, un chileno y un peruano»).

¿Es casualidad? Los estudios demuestran que no. Por alguna razón, los términos, conceptos y argumentos agrupados de a tres, resultan más fáciles de recordar y son más persuasivos. La explicación no es un número cabalístico, sino la forma cómo el cerebro agrupa la información y la organiza. Parece que para su *chunking process* el número tres tiene que hacer con los espacios para llenar en un formulario.

En una ocasión, en el Estudio en el que trabajo, revisé la segunda versión de un escrito trabajado por un grupo de asociados. Encontré la

segunda versión sustancialmente más persuasiva y efectiva que la primera, pero me costaba identificar por qué. Conversando con los asociados y dándoles un comentario positivo de su trabajo, ellos me dieron la explicación. «En la nueva versión usamos la regla de tres». Efectivamente, todos los argumentos del escrito habían sido organizados en grupos de a tres. Incluso, en algunos puntos se había forzado argumentos para agruparlos con otros y así reducir su número a tres. El resultado funcionaba.

b. El mágico número 7

Pero el «3» no parece ser el único número «cabalístico» para nuestro cerebro. Algo similar ocurre con el «7». En los trabajos de Miller¹³ se muestra que la memoria de corto plazo sólo puede recordar alrededor de siete datos.

Ello no quiere decir que el cerebro sólo pueda recordar siete datos. La memoria humana puede retener miles o millones de datos. Pero, la memoria de corto plazo (o *working memory*), la inmediata, la que el árbitro en una audiencia o en el acto de lectura de un escrito, difícilmente puede retener más que ese número.

El proceso de organización del cerebro (*chunking process*) hace que antes de almacenar información en nuestra memoria de largo plazo, ésta sea procesada por nuestra memoria de corto plazo o *working memory*. Según Miller, nuestra memoria de corto plazo almacena, aproximadamente, siete datos.

La preparación de la información en un proceso legal debe entender este patrón. De seguirse el mismo, será más fácil que los hechos relevantes del caso pasen de la memoria de corto plazo o *working memory*, a la memoria de largo plazo, que será la que, finalmente, suministrará in-

¹³ MILLER, George. «The magical number 7, plus or minus two: some limits on our capacity for processing information». En *The Psychological Review*, 1956, vol. 63, pp. 81-97 (traducción libre).

formación para redactar el laudo o la sentencia. O dicho en sencillo, la información debe ser entregada en paquetes que entren en los casilleros en los que tendrán que ser depositados.

Por ello organizar una audiencia aspirando a exponer de manera detallada y precisa cuarenta hechos, y esperar que todos sean recordados, es aspirar a un imposible. La información debe ser agrupada en no más de siete hechos o elementos, si es que aspiramos a que el juzgador promedio los recuerde antes de enviarla a su memoria de largo plazo.

c. Lo que se recuerdan son los relatos, no los hechos aislados

El cerebro parece preferir secuencias organizadas que hechos aislados. ¿Qué secuencia le es más fácil recordar? ¿1234567 o 8569381? Evidentemente, la primera, porque tiene una secuencia que establece relaciones entre los números.

Es más fácil recordar «Juan lanzó la pelota con fuerza contra la pared» que «Pedro, carro, violento, avezado, al, mirar, Perú, computador, olvido». El número de palabras es el mismo. Pero, la secuencia hace más sencillo recordar.

Los relatos permiten recordar mejor los datos, así los mismos se presentan aislados. El cerebro organiza la información en relatos o cuentos antes que en piezas de información no relacionadas. Ello explica por qué el uso de líneas de tiempo en escritos o audiencias, hace más fácil organizar la información a ser almacenada. Y un relato persuasivo es más fácil de recordar y tienen más fuerza para convencer que, simplemente, una enumeración inconexa de eventos.

Esto, además, se vincula con lo que veremos en el punto siguiente: los relatos están en mayor capacidad de generar emociones y las emociones están en mayor capacidad de generar recuerdos y ser persuasivas.

Al presentar una historia correctamente relatada, se genera un efecto emocional que el cerebro identifica y recuerda de mejor manera. El proceso será más entretenido y persuasivo, y el cerebro lo agradecerá con el recuerdo.

4. LAS EMOCIONES Y LA PERSUASIÓN

Finalmente, esto nos lleva a abordar la relevancia de las emociones. Cicerón decía lo siguiente respecto de la persuasión:

Requiere un conocimiento a fondo de todas las emociones con las que la naturaleza ha dotado a la raza humana [...] Por todos es sabido que el poder de un orador se manifiesta mejor, al tratar con los sentimientos de las personas, cuando genera ira u odio y resentimiento, o cuando rescata a las personas de estos mismos sentimientos trayéndolas hacia la dulzura y la compasión.¹⁴

La actuación emocional (o visceral) puede ser positiva para ser persuasivo, como veremos a continuación.

Como ha señalado Loewenstein:

Las deficiencias en cualquier factor visceral reduce la calidad de vida individual, las oportunidades de supervivencia y las posibilidades de reproducción. Personas que no experimentan hambre no comerán, aquéllos que no sienten dolor se mutilarán accidentalmente e incluso déficit emocionales sutiles pueden afectar de manera dramáticamente negativa la funcionalidad individual.¹⁵

¹⁴ Citado en DESTENO, David y otros. «Discrete emotions and persuasion: the role of emotion-induced expectancies». En *Journal of Personality and Social Psychology*, 2004, vol. 86, n.º 1, p. 43 (traducción libre).

¹⁵ LOEWENSTEIN, George. «Emotions in economic theory and economic behavior». En *The American Economic Review*, 2000, vol. 90, n.º 2, p. 427 (traducción libre).

Las emociones son catalizadores que cumplen funciones importantes en el uso del recurso escaso que es la energía. Como ya hemos indicado, lo que llamamos pensar, no es un proceso meramente racional. Y no es deseable que lo sea. La evolución del ser humano condujo a que las emociones jugaran un rol en su desarrollo. Todo indica que las emociones arrojaron resultados en los que el beneficio de su influencia estuvo compensado por los costos que implicaron. En otras palabras, y poniéndolo en términos de Darwin, todo indica que las emociones jugaron un rol en la supervivencia de la especie y explican, en parte, la capacidad del ser humano de adaptarse a su ambiente. Y entender cómo influyen las emociones es, como dice Cicerón, una parte importante en el desarrollo de la actividad de persuadir.

Se ha sostenido y demostrado que un mensaje es más persuasivo si está encuadrado en la misma clave emocional que el estado emocional del receptor. Ello significa, por ejemplo, que si el juzgador está molesto, el abogado será más persuasivo si construye sus argumentos en base a dicho sentimiento.¹⁶

En esa línea Lowenstein ha señalado que:

Apelar a las emociones como fuente de influencia en la persuasión es una estrategia que debe destacarse y que viene siendo utilizada por los políticos y especialistas en marketing por igual. Los candidatos, por ejemplo, suelen generar la ira de su Audiencia en contra de ciertas posiciones políticas y los especialistas en marketing tratan de provocar el disgusto entre los clientes potenciales para convencerlos de la necesidad de comprar insecticidas o productos relacionados con la salud.¹⁷

En esa línea no es exagerado concluir que los factores emotivos/visceral es son más importantes en el proceso de pensar de que solemos

¹⁶ DESTENO, David y otros. *Op. cit.*, p. 45 (traducción libre).

¹⁷ *Ibidem.* p. 43 (traducción libre).

asumir. Quien ha tenido experiencia en participar en audiencias arbitrales intensas, puede dar fe de ello.

Por razones de espacio nos vamos a referir sólo a una emoción importante y su relevancia en impartir justicia: la ira.

Por siglos los filósofos y los juristas han tratado de definir que es la justicia. Pero, han fracasado en lograr un consenso. En esta sala encontraremos tantas definiciones de justicia como personas hay en su interior.

Quizás el error está en pensar que la justicia, es un concepto racional, cuando quizás sea un concepto, principalmente, emocional. El juzgador, antes que saber si debe o no ser justo, siente que debe ser justo.

Ante un acto contrario a la buena fe o ante la violación de un derecho, el cerebro reacciona con una emoción antes que con una razón. Luego, nos llenamos de razones. Pero, nuestra primera reacción es emotiva.

En el «Secreto de sus ojos» (2009) del director Juan José Campanella, un violador homicida que logra escapar de la justicia gracias a influencias políticas, es encerrado incomunicado de por vida (en aplicación de la cadena perpetua que le hubiera correspondido al delincuente) en una finca privada por el esposo de la víctima. En el curso de Cine y Derecho que dicto con Cecilia O'Neill, la mayoría de alumnos confiesa, luego de ver la película, que, más allá de la acción antijurídica del esposo de aplicar privadamente una sanción penal, sintieron, al menos en un inicio, que el desenlace era justo. Y es que, aunque suene duro, nuestra concepción de justicia, al menos la más básica, es más visceral que racional. Cuando vemos una película en la que, al final, el malhechor recibe su merecido, parece que es más importante lo que sentimos que lo que razonamos.

La reacción emocional sobre lo que es justo o injusto ha tenido una importancia central en el desarrollo de la vida humana en sociedad. El respeto a la vida, a la propiedad o a los demás derechos, nació antes que como un orden racional, como un orden emocional. En algún momento de la evolución un grupo de individuos sintieron que ciertas conductas eran injustas y crearon marcos y reglas para sancionarlas. Esos individuos lo hicieron mejor que otros que no tuvieron las mismas reacciones emocionales. Las sociedades formadas por el primer grupo de individuos tuvieron mejor performance funcional y sobrevivieron o fueron más eficientes comparadas a sociedades conformadas por el segundo grupo de individuos.

Como señala Maroney, la cognición y la emoción contribuyen a la realización de lo que llamamos racionalidad y el mal funcionamiento de ambos aspectos puede afectarla. Si un árbitro tratara de eliminar sus emociones, estaría perdiéndose algo importante del funcionamiento de la mente humana: estaría perdiendo parte importante de su compromiso e involucramiento que la realidad de su trabajo exige.¹⁸

La ira o enojo suelen estar vinculados a la sensación de que una acción es injusta y, como tal, debe generar responsabilidad. Quizás explicar ello en términos meramente cognoscitivos-rationales, es una labor demasiado compleja y costosa en términos de energía necesaria para el cerebro. Una reacción visceral puede ser más directa y generar un mayor compromiso con la función del árbitro.

En otras palabras, así como quien no siente hambre, no comerá; o quien no siente dolor, se automutilará; quien no siente ira y se indigna con lo injusto, difícilmente podrá impartir justicia.

No pretendo inferir que los árbitros deben ser meramente emotivos. De hecho creo que la aplicación lógica y razonada de la ley es indis-

¹⁸ MARONEY, Terry. «Angry judges». En *Vanderbilt Law Review*, 2012, vol. 65, n.º 5, p. 1216.

pensable. Pero, sí creo que el componente emocional hace que el mero razonamiento tenga sentido como regla de convivencia humana. Lo que es justo o injusto es un sentimiento antes que una idea claramente establecida. Ese sentimiento explica por qué el árbitro siente que tiene que hacer algo para corregir una situación.

En otras palabras, la ira contribuye a desarrollar la capacidad de juzgar. Lo hace, curiosamente, reduciendo y focalizando la atención. Como indica Mahoney, los eventos que generan ira son más vívidos y persuasivos. La emoción representa una señal de que algo importante está ocurriendo, y que merece ser tomado en cuenta. Ayuda a focalizarse en el problema concreto y en la situación de la víctima y en la del agresor. Al hacerlo, predispone un resultado: saciar un deseo de justicia. Ello motiva un deseo de cambiar las cosas y de hacer justicia con acciones concretas. La ira empuja a tomar acciones para cambiar las cosas; algo que ha influido de manera importante en el desarrollo de la civilización.¹⁹

Por supuesto que no todo puede ser considerado positivo. La ira puede llevar a juicios apresurados, a reforzar prejuicios y a desviar la atención hacia aspectos no relevantes. Pero, sin duda, saber que la ira influye de manera determinante, es bueno para el abogado que tiene que persuadir y para el árbitro que tiene que decidir. Ambos actuarán mejor si tienen tal conocimiento y son conscientes de sus efectos.

En síntesis, las emociones son, más allá de lo que podamos desear, parte importante del proceso por medio del cual nuestro cerebro (y el de los árbitros) toma decisiones. En términos culinarios, las emociones ponen la sazón a las ideas. Y sin una buena comprensión de cómo funciona la sazón, las ideas pueden salir insípidas o demasiado saladas. Las emociones le ponen (o quitan) consistencia y efectividad a lo que pensamos.

¹⁹ *Ibidem*, p. 1216.

5. CONCLUSIÓN

Lo hasta aquí tratado es, como resulta obvio, preliminar y superficial. Sólo busco perfilar lo que creo será un camino relevante al estudio del arbitraje como proceso real a cargo de seres de carne y hueso.

Por supuesto que la aproximación que se plantea en este trabajo puede ser fácilmente malinterpretada. Se podría creer que se pretende distorsionar el contenido del Derecho, incorporando elementos que le son ajenos. Se puede, además, sesgar el análisis y plantear —como ya se mencionó— que se trata del diseño de «triquiñuelas».

Pero, lo cierto es que el estudio de un área de conocimiento, no puede darse al margen de todas las demás áreas. El Derecho trabaja sobre decisiones adoptadas por la mente humana. Entender cómo funciona esa mente es esencial para entender cómo funciona la vida misma, y el Derecho es parte de la vida misma.

Y es que un área de conocimiento como el Derecho, que regula la conducta humana, se debe nutrir de todas las otras ramas que ayuden a entender cómo se materializa dicha conducta. Saberlo ayuda a que los abogados hagamos mejor las cosas que ya hacemos.

Un viejo proverbio chino dice «Los jueces deciden por diez razones; nueve de las cuales nunca nadie sabrá».

Lo que he pretendido mostrar, es que los juzgadores (y, en particular, los árbitros) deciden por muchas razones que desconocemos, y que pueden tener más peso que aquéllas que nos hemos concentrado en estudiar tradicionalmente por años. Creo que el proverbio es cierto, pero también creo que estas nuevas líneas de investigación nos irán permitiendo descubrir, poco a poco, con rigor académico, cuáles son algunas de esas otras nueve razones; estudiarlas y entenderlas.

ARBITRAJE, FÚTBOL Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

*Miguel Alberto Quino Fonseca**

Sumario: 1. Introducción.— 2. Antecedente fundacional del ente rector del fútbol peruano.— 3. El marco normativo de la Federación Peruana de Fútbol.— 4. El arbitraje y el Tribunal Constitucional.— 5. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En el año 1964 concurrí con mi padre al estadio nacional a presenciar un partido de fútbol de la selección peruana con la selección argentina que disputaban la clasificación para participar en las Olimpiadas de Tokio.

A pocos minutos de concluir el partido, el árbitro anuló un gol peruano, cuyo lamentable corolario fue una tragedia de proporciones en la que murieron varias personas, luego de que la policía lanzara bombas lacrimógenas a las tribunas con el propósito de controlar al público.

En aquel entonces no asistían las barras bravas a ninguna de las tribunas del estadio nacional. Sin embargo, la frustración y la sensación de impotencia para revertir el resultado de una competencia deportiva fue colectiva y terminó en una absurda tragedia.

* Abogado en ejercicio. Socio del Estudio Vidal, Quino & Polack-Abogados.

Cinco años más tarde, en agosto de 1969, la selección peruana de fútbol profesional logró su clasificación para asistir al mundial de México 70, luego de empatar con la selección argentina, el partido que disputó en la ciudad de Buenos Aires. Pocos recuerdan que en esta ocasión el árbitro que dirigió el encuentro, felizmente para nosotros, anuló un gol del equipo argentino en las postrimerías del encuentro.

Lo que sí se recuerda es la actuación de un árbitro de apellido «Chechelev» que le anuló un gol a la selección peruana cuando disputó un encuentro con la selección boliviana en La Paz, y expulsó a dos importantes jugadores peruanos. En el partido de revancha con la selección boliviana, jugado en la ciudad de Lima, el ánimo estuvo enardecido y recuerdo cómo el dictador militar, Velasco Alvarado, dio una vuelta olímpica al campo de juego antes del partido para arengar a los asistentes. También se exhibió un muñeco vestido de negro como los árbitros de fútbol y que fue denostado por la afición.

Para el mundial que se realizó en Alemania en el año de 1974, algunos atribuyeron la inasistencia de la selección peruana por una errónea decisión gubernamental-militar, en el sentido de que todos los jugadores de la selección debían haber nacido en el país. En aquel entonces, se había nacionalizado peruano un guardavalla de nacionalidad argentina, que fue vetado y, por ello, no participó en los partidos clasificatorios a disputarse con la selección chilena para el mundial de 1974.

En el año de 1978, la participación peruana en el mundial de fútbol de Argentina fue seriamente ensombrecida con el abultado resultado en el encuentro final que tuvo con el equipo argentino y en el que muchos señalan, hasta los mismos jugadores, que sucedieron acontecimientos singulares. Lo cierto del caso es que la selección retornó al país con el sinsabor de una goleada.

En el año de 1982 y con un gobierno civil en el poder, asistimos al mundial de España. La participación no satisfizo las expectativas y se tejieron muchas versiones sobre enconos entre los mismos jugadores.

Para el mundial de 1986 en México, nuevamente afrontamos la deficiente actuación de un árbitro, toda vez que se sostenía que se debió anular un gol a la selección argentina con el que logró alcanzar su clasificación. A fines de la década de los ochenta comenzaron a aparecer en las tribunas del viejo estadio nacional, las denominadas «barras bravas» y que son la lumpenización de lo que es una afición deportiva como fiel reflejo de una sociedad quebrada y degradada en sus estructuras sociales, económicas y educativas.

A inicios de la década de los noventa la sociedad peruana estaba quebrada en todas sus estructuras y el ámbito del fútbol no era la excepción, con el agravante de que las federaciones deportivas dependían del presupuesto asignado por el Instituto Peruano del Deporte adscrito al Ministerio de Educación. Hasta el curso de Educación Física fue eliminado de la educación escolar.

Es en el entorno de reestructuración total del sistema económico peruano, que el Congreso Constituyente Democrático expidió el 30 de noviembre de 1993, la Ley n.º 26252, que le permitió a la Federación Peruana de Fútbol adecuar sus estatutos a la reglamentación y a los estatutos de la Federación Internacional de Fútbol Asociado, asegurando la elección democrática de sus autoridades por la Asamblea de Bases.

La acotada Ley n.º 26252 estableció que el mandato de las autoridades de la Federación Peruana de Fútbol tendrían una duración de cuatro años, por lo que debían iniciar su camino sin la participación del Estado peruano.

Sobre la base de la Ley n.º 26252 se otorgó la escritura pública del 27 de agosto de 1996, que daba contenido a la constitución de la

Federación Peruana de Fútbol como una asociación civil de Derecho Privado. En dicho documento se insertó su estatuto, que establece en su artículo quinto, el arbitraje estatutario obligatorio para todos los organismos de base, clubes profesionales y sus miembros sin distinción alguna.

En aquel entonces, la Ley de Arbitraje, Decreto Ley n.º 25935, en su artículo 6, y luego la Ley n.º 26572, en su artículo 12, ratificaban la constitución de un convenio arbitral válido mediante el establecimiento de estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de las personas jurídicas, entre ellas, las asociaciones civiles de Derecho Privado.

Por consiguiente, todas las actividades propias de la Federación Peruana de Fútbol relacionadas con el fútbol aficionado y no aficionado, se someten para los efectos de cualquier controversia, a un arbitraje en el ámbito deportivo. Sobre este aspecto hay que resaltar que el propulsor de la plena autonomía organizativa, administrativa, legal y económica de la Federación Peruana de Fútbol, fue el connotado jurista y dirigente deportivo, don Nicolás Delfino Puccinelli, quien tuvo que afrontar oprobios, cuando fijó como derrotero de su gestión, que los resultados de una competencia deportiva en el ámbito futbolístico profesional, debían ceñirse a la ética y al respeto del adversario y no sobre la comisión de conductas y vicios reñidos con el deporte y la honestidad.

2. ANTECEDENTE FUNDACIONAL DEL ENTE RECTOR DEL FÚTBOL PERUANO

La Federación Peruana de Fútbol se fundó el 23 de agosto de 1922. Así aparece en el acta fundacional suscrita por el Presidente del Directorio de la Federación Atlética y Deportiva del Perú, señor Alfredo Benavides Canseco, y en la que intervinieron los representantes de la Liga Peruana de Fútbol, la Liga Deportiva Chalaca, el *Lima Cricket and Foot Ball Club* y el *Círculo Sportivo Italiano*.

La Federación Peruana de Fútbol estableció su sede en la ciudad de Lima, con radio de acción en toda la República y las personas que suscribieron su Acta Fundacional conformaron el Comité Directivo Provisional encargado de formular los estatutos y el Reglamento General de la Federación.

En el mismo acto se eligió al señor Claudio Martínez Boderó, representante de la Liga Chalaca, como Presidente del Comité Directivo. El mismo 23 de agosto de 1922 se fusionaron las ligas y asociaciones en un solo organismo que fue la Federación Peruana de Fútbol, y en julio de 1924 obtuvo el reconocimiento de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA).¹

El señor Alfredo Benavides Canseco, fundador del Club Unión Cricket fue el que convocó a las ligas que practicaban el fútbol, y con el nombre de Federación Peruana de Fútbol los agrupó como un organismo de jerarquía nacional. El primer campeonato organizado por la Federación Peruana de Fútbol fue en 1928.

El campeonato de fútbol del año 1940 fue el último que organizó la Federación, puesto que se formó la Liga Regional de Fútbol Lima-Calao, que al año siguiente adoptó el nombre de Asociación No Amateur (ANA). La razón se centraba en el hecho de que los jugadores exigían el pago por sus servicios, por lo que ya no existía el amateurismo.

A partir del año 1941, el campeonato lo organizó la denominada ANA, con la orientación de la Federación, cuya función se centraba en el fútbol amateur, en los seleccionados nacionales y en aprobar la reglamentación de los torneos.

A partir de 1951, los clubes que estaban agrupados en la Asociación no amateur se incorporan al profesionalismo, por cuanto la mayoría

¹ Federación Peruana de Fútbol, 75.º Aniversario. Lima, 1997. Lima: Editorial e Imprenta DESA, pp. 15, 16 y 17.

de los países como Argentina, Brasil, Uruguay y Chile habían adoptado este sistema. La asociación no amateur se convierte en Asociación Central de Fútbol, que siguió organizando los campeonatos bajo la supervisión de la federación que reguló los contratos con los planteles profesionales de acuerdo a las normas de la FIFA.²

En 1966, la Asociación Central de Fútbol acepta la incorporación de cuatro clubes provincianos, con lo que se da inicio al campeonato descentralizado. En ese mismo año se da inicio a un campeonato amateur denominado la Copa Perú.³

3. EL MARCO NORMATIVO DE LA FEDERACIÓN PERUANA DE FÚTBOL

Por Ley n.º 8741 del 8 de septiembre de 1938, siendo Presidente Constitucional Oscar R. Benavides, se creó el Comité Nacional de Deportes y se le otorgó la función de supervigilancia y de control económico y administrativo de las federaciones. Sus atribuciones se determinaron en un estatuto que dictó el Poder Ejecutivo, según el artículo 1 de la acotada Ley.

El artículo 2 estableció que en cada actividad deportiva se formaría una federación, cuyo estatuto sería aprobado por el supremo gobierno, a propuesta del CND.⁴

La Ley Orgánica de Educación Pública n.º 9359 del 1 de abril de 1941, dejó establecido en el artículo 65, que el deporte en su aspecto post escolar estaba a cargo del Comité Nacional de Deportes y de las Federaciones Deportivas conforme a la Ley n.º 8741. Para tal efecto se aprobaba un presupuesto por parte del Ministerio de Educación Pública.

² *Idem*, p. 84.

³ *Idem*, p. 93.

⁴ Compilación de la Legislación Peruana. Lima: Cámara de Diputados, 1955, tomo III, p. 1158.

Por Decreto Ley n.º 17817 del 16 de septiembre de 1969 se dictó la Ley Orgánica del Deporte Nacional, mediante la cual se derogó la Ley n.º 8741 y se estableció una nueva estructura en el deporte nacional. En el campo de la administración, dirección y control se designó al Comité Nacional de Deportes seguido por los Comités Regionales, Departamentales y Provinciales.

En el campo técnico se establecieron las Federaciones Nacionales seguidas por los Consejos Regionales, Comisiones Departamentales de Ligas, Ligas provinciales y distritales y los clubes afiliados.

La estructura deportiva se determinó por un estatuto del deporte nacional que se aprobó por decreto supremo, y cada uno de estos organismos se regían por sus respectivos reglamentos. Todas las actividades deportivas amateurs y profesionales dependían directamente del Comité Nacional de Deportes que fue constituido como un organismo de derecho público interno, constituyéndose como la máxima autoridad oficial.

El Comité Nacional de Deportes se integró por miembros del Poder Ejecutivo que se designaban mediante Resolución Suprema, por los delegados elegidos por las Federaciones Nacionales y por un miembro neutral elegido por los anteriores.

En consecuencia las Federaciones Deportivas Nacionales dependían del Comité Nacional de Deportes que controlaban el deporte amateur y el profesional. Su organización y funcionamiento se ceñía al estatuto del deporte nacional aprobado por el propio Comité Nacional de Deportes.

Los clubes deportivos eran considerados como agrupaciones con objetivos de beneficio general y sin fines de lucro y que no podían ser calificados como «clubes profesionales». Esta ley estableció que el deporte profesional se organizaba en Asociaciones Nacionales y Asociaciones regionales.

La Cuarta Disposición Transitoria estableció que la Asociación de Fútbol de Lima asumiría transitoriamente la calidad de Asociación Nacional. Es así que por Decreto Supremo n.º 029-69/ED del 7 de noviembre de 1969, se aprobó el estatuto del deporte nacional y se estableció que sus organismos eran la asamblea integrada por la Junta Directiva y por los delegados de cada comisión departamental y de la asociación respectiva. La Junta Directiva estaba compuesta por siete miembros designados por el Comité Nacional de Deportes.

La Junta Directiva se desdoblaba, a su vez, en dos: el Consejo Amateur y el Consejo Profesional. Los miembros de la Junta Directiva eran nominados mediante oficio cursado por el Comité Nacional de Deportes. Los estatutos de las federaciones eran elaborados por las Juntas Directivas de las Federaciones Nacionales para su aprobación por parte del Comité Nacional de Deportes.

La Quinta Disposición Transitoria estableció un mecanismo de adecuación en un plazo de noventa días, el cual debía ser aprobado por el Comité Nacional de Deportes.

Posteriormente, por Decreto Ley n.º 20555 de 12 de marzo de 1974, se derogó el Decreto Ley n.º 17817 y se creó el Sistema Nacional de Recreación, Educación Física y Deportes, denominado Sistema RED. Este sistema se conformaba por el Inred como organismo público descentralizado del sector educación que representaba al Estado y dentro del organigrama se ubicaba a las federaciones como organizaciones de la comunidad.

Las Federaciones se regían por reglamentos aprobados por el Inred y contaban con una Asamblea conformada por los Presidentes de las Federaciones Departamentales o sus delegados. La Junta Directiva se componía de cinco miembros; dos elegidos por el Inred y tres delegados de la asamblea. Respecto al deporte profesional, se reconoció a las aso-

ciaciones deportivas profesionales que dan origen a personas jurídicas de derecho privado, y cuyos estatutos los aprobaba el Inred.

En esta norma se estableció que la Federación Peruana de Fútbol ejercería sus funciones únicamente para el fútbol afiliado de aficionados mientras que la Asociación Nacional de Fútbol ejercería el control del fútbol profesional bajo el control del Inred. Mediante Decreto Supremo n.º 017-75-ED de 13 de agosto de 1975, se aprobó el estatuto del deporte profesional, reglamentando el Decreto Ley n.º 20555, en el cual se regulan las asociaciones deportivas profesionales.

En el estatuto se origina la conocida «Comisión Seleccionadora» que la integraban un representante del Inred, un representante de la Federación y un representante del fútbol profesional. Esta Comisión se encargaba de todo lo inherente a la selección peruana de fútbol para lo cual se elaboraba el respectivo presupuesto a cargo del pliego de educación.

Por Ley n.º 21371 se concedió a los clubes deportivos la facilidad de inscribirse en registro público sin el otorgamiento de escritura pública y con la sola resolución aprobatoria del Inred. Mediante Decreto Ley n.º 22068 se dispuso la reunificación del fútbol aficionado y el profesional bajo una sola administración que es la Federación Peruana de Fútbol, disponiéndose que se adecuaran sus estatutos a la nueva normatividad.

Mediante Decreto Legislativo n.º 328 del 1 de febrero de 1985, dictado en el gobierno de Fernando Belaunde, se derogó el Decreto Ley n.º 20555, y se dio origen a lo que conocemos como Instituto Peruano del Deporte (IPD) como ente vinculado al sector de educación encargado de dirigir el deporte nacional. En esta norma se estableció que las federaciones se constituyen como asociaciones civiles y que sus estatutos son aprobados por el Consejo Nacional del IPD.

Las federaciones se gobernaban por dos órganos, la Asamblea de Bases y el Directorio. La Asamblea de Bases se integraba por los delegados de las ligas y el directorio se conforma por cinco miembros, tres elegidos por las organizaciones de base y dos designados por la Federación Nacional o el Consejo Nacional del IPD.

Las Federaciones que comprenden el deporte profesional se conformaban por siete miembros; tres elegidos por las federaciones regionales, dos elegidos por el Consejo Nacional del IPD y dos por la Asociación Deportiva Profesional.

El 5 de junio de 1992, se dictó el Decreto Ley n.º 25534 y se dejaron en suspenso una serie de normas del Decreto Legislativo n.º 328 hasta que se dicte una nueva ley del deporte, acorde con el modelo que había reestructurado el sistema económico en nuestro país.

Es así que se dicta la Ley n.º 26252 de 2 de diciembre de 1993 que desligó a la Federación Peruana de Fútbol del control estatal y la facultó a adecuar sus estatutos a la reglamentación y estatutos de la FIFA para asegurar la elección democrática de sus autoridades.

A partir de esta norma el Estado dejó de tener injerencia en la elección de los miembros de la Junta Directiva e influencia en la elección o designación de los miembros que conforman las federaciones departamentales que son miembros de la Asamblea de bases de la FPF. También dejó de tener participación en la organización y gestión de la asociación, y en base a ello es que se establece su Estatuto por escritura pública del 27 de agosto de 1996.

En el Estatuto antes referido es que se introduce, como ya lo hemos dicho, el arbitraje estatutario aplicable a todos sus miembros y afiliados, organismos de bases, asociaciones y clubes profesionales incluyendo dirigentes y jugadores.

Posteriormente, se dictó la Ley n.º 27159 el 26 de julio de 1999 que derogó el Decreto Legislativo n.º 328 y se estableció un régimen jurídico bajo un enfoque privatista de las federaciones deportivas. Se ratificó el hecho de que se constituyen como asociaciones civiles y que se rigen por la ley del deporte, el Código Civil, la normatividad internacional, sus estatutos y reglamentos.

Se estableció con esta norma una estructura orgánica según la cual la Asamblea de Bases es su órgano supremo y la Junta Directiva era elegida democráticamente por las bases, estableciendo el período de cuatro años de mandato. En su Tercera Disposición Complementaria se dispuso que en el plazo de noventa días todas las federaciones debían adecuar sus estatutos, caso contrario, caducaría la inscripción en el registro nacional.

La Federación Peruana de Fútbol no tuvo necesidad de adecuarse en razón de que ya estaba constituida conforme a los lineamientos de la acotada Ley n.º 27159, de acuerdo con lo que había dispuesto la Ley n.º 26252.

Es importante recalcar que a partir de la dación de la Ley n.º 27159, el IPD dejó de tener injerencia en la designación de los miembros que conforman una Junta Directiva en las Federaciones Deportivas Nacionales, lo que ya era un hecho ocurrido desde que se dictó la Ley n.º 26252.

El 24 de julio de 2003 se dictó la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte n.º 28036 que derogó la Ley n.º 27159, y en su artículo 44 mantuvo la estructura organizativa de las federaciones deportivas como asociaciones civiles que se rigen de acuerdo con su estatuto, la legislación nacional y las normas internacionales aplicables. Sin embargo, señaló que sus organismos de base eran solamente las Ligas Departamentales o Regionales y que se gobernaban por la Asamblea de Bases y el Directorio.

El artículo 44 omitió considerar como organismos de base a los clubes profesionales, pero no tuvo en principio ninguna implicancia en atención a que la Sexta Disposición Complementaria de la Ley n.º 28036 estableció que las federaciones deportivas debían adecuar su estatuto en lo concerniente a elegir sus autoridades al término del ciclo olímpico a excepción de la de fútbol, que lo hacía después de la copa mundial FIFA. Como la Federación Peruana de Fútbol desde que reformó su estatuto a los reglamentos de la FIFA elige sus autoridades después de la copa mundial FIFA, era obvio y evidente que no había nada que adecuar.

Las «barras bravas» agazapadas ya no en la tribuna del estadio nacional, sino instaladas en el Congreso de la República, dictaron la Ley n.º 28523, que modificó la Sexta Disposición de la Ley n.º 28036 y dispuso que «las Directivas de las Federaciones Deportivas debían adecuar sus estatutos a la ley en un plazo que vencía el 31 de diciembre de 2005 y que el proceso de adecuación sería evaluado por el Consejo Deportivo del deporte para su registro».

Pero, como el entuerto generado por la ley que omitió considerar a los Clubes Profesionales como organismos de base de la Federación Peruana de Fútbol continuaba, a fin de solucionar el problema, el Congreso tuvo que expedir la Ley n.º 28910 el 1 de diciembre de 2006, mediante la cual se corrigió el artículo 44 y reconoció que en una federación deportiva, los órganos de base no sólo son las Ligas Departamentales, sino también los Clubes Profesionales.

En atención a lo dispuesto por la Ley n.º 28910 del 3 de diciembre de 2006, el IPD le concedió a la Federación Peruana de Fútbol un nuevo plazo para adecuar el estatuto a la Ley n.º 28036, lo que finalmente se realizó en la Asamblea General de Bases del 15 de enero de 2007.

Sin embargo, el entuerto propiciado por la deficiencia de las normas dictadas por el Congreso, fueron el pretexto usado por un órgano

administrativo disciplinario del IPD para inhabilitar a la Junta Directiva de la Federación Peruana de Fútbol, a sabiendas que de acuerdo a la estructura orgánica de una Asociación Civil de Derecho Privado, le correspondía a la Asamblea de Bases la modificación de estatutos y no a su Junta Directiva. Pero, ciertamente que no hay razones jurídicas que resulten comprensibles cuando de fútbol se trata, y mucho menos, cuando son las «barras bravas» las que reclaman una sanción.

Finalmente, se dictó la Ley n.º 29544 el 24 de junio de 2010, que es una norma con «nombre propio», pues tuvo como objetivo impedir la reelección inmediata de un dirigente deportivo en la Federación Peruana de Fútbol y a quien la prensa, los políticos, los congresistas, los ministros, los hinchas y las barras bravas lo sindicaban como el causante del deterioro del fútbol en el país y el causante directo de que la selección peruana de fútbol no clasifique a un mundial de fútbol.

Ciertamente que son lejanos aquellos días en los que eran los «árbitros de fútbol» los causantes directos de nuestras derrotas en las competencias deportivas de nivel internacional. Hoy en día, ya no se busca a los responsables de una derrota deportiva en el campo de juego, sino en los escritorios de una oficina administrativa.

4. EL ARBITRAJE Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La doctrina asume tres posiciones con respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje; la contractual que estima que el arbitraje proviene de la voluntad de las partes; la jurisdiccional en cuanto considera que la solución de una controversia por parte de los árbitros elegidos por los interesados no es otra que la realización de una función jurisdiccional como la que realiza un juez, y existe una tercera posición ecléctica, que reconoce conceptos de ambas posiciones.

Considero al arbitraje como una institución que dimana de una naturaleza esencialmente privada, como es la voluntad de las partes, y cuyo efecto final conlleva a una paz social. Esta atribución que se confiere no emana del pueblo, sino, emana de la voluntad de los privados, que por tener un interés en común, implícitamente declinan ventilar sus diferencias ante la justicia común ordinaria para someterse a una justicia de índole privada, y que la Constitución y la ley reconocen.

En el caso del fútbol, existe fijado dentro del estatuto de la Federación Peruana de Fútbol un arbitraje estatutario que obliga y comprende a todos sus miembros y afiliados sin distinción alguna.

En este sentido, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando en forma muy clara que las «relaciones jurídicas que se originan al interior de las federaciones o los clubes siguen perteneciendo al ámbito del derecho privado y se regulan por sus propias normas estatutarias». Agrega que, el origen de que las Federaciones Deportivas Internacionales, como la FIFA, desde sus inicios hayan tenido la tendencia de excluir la vía judicial ordinaria para la solución de sus conflictos, responde a la necesidad de resolver las controversias deportivas de manera especializada y ágil y «Por ello, las federaciones han encontrado en el arbitraje el procedimiento idóneo para solucionar los conflictos sin necesidad de recurrir a los órganos judiciales».⁵

Pero, también existió otro proceso de amparo (expediente n.º 5226-2009-PA/TC) que concluyó en el Tribunal Constitucional, que fue incoado en el año 2008 por seis congresistas que alegaban una vulneración de sus derechos constitucionales a la identidad cultural, a la educación y a la seguridad jurídica como consecuencia de la participación de un candidato a las elecciones de la Junta Directiva de la Federación Peruana de Fútbol. Ciertamente que la demanda fue finalmente rechazada por improcedente pero su sólo ejercicio pone en evidencia lo

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente n.º 03574-2007-PA/TC del 1 de octubre de 2007. Lima, 24 de enero de 2007, numerales 24 y 34.

efectista que resulta la actividad organizativa de una asociación civil de derecho privado cuando se relaciona con el deporte del fútbol.

5. CONCLUSIÓN

Como muy bien señaló alguna vez Nicolás Delfino recordando a Alberto Camus, «Después de muchos años en que el mundo me ha permitido variadas experiencias, todo cuanto sé con mayor certeza acerca de la moral y de las obligaciones de los hombres, se lo debo al fútbol».

MÁS TRANSPARENCIA Y MENOS CONFIDENCIALIDAD EN EL ARBITRAJE

*Manuel Villa-García Noriega**

*Luis Oviedo Vereau***

*Anghelo Olarte Saco****

Sumario: 1. Introducción.— 2. La confidencialidad y sus alcances.— 3. Si el Arbitraje es Confidencial, ¿queda espacio para la transparencia?— 4. La transparencia de los árbitros: el deber de revelación.— 5. La designación de un mismo árbitro por la misma parte o por los mismos abogados.— 6. Los lineamientos sobre conflictos de intereses de la International Bar Association (IBA).— 7. El nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia.— 8. Propuestas de transparencia para los arbitrajes.— 8.1. Arbitrajes institucionales.— 8.2. Arbitrajes *ad-hoc*.— 9. Reflexión final.

1. INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que el arbitraje se ha convertido en una de las instituciones más utilizadas por las empresas para resolver las controversias que se presentan en sus relaciones comerciales. Por ello, es común encontrar en la mayoría de contratos y acuerdos comerciales una cláusula que contiene un convenio arbitral (también llamada «cláusula arbitral»), donde las

* Socio del Estudio Olaechea, miembro del área de litigios comerciales y arbitrajes.

** Asociado del Estudio Olaechea, miembro del área de litigios comerciales y arbitrajes.

*** Asociado del Estudio Olaechea, miembro del área de litigios comerciales y arbitrajes.

partes contratantes acuerdan que sus disputas sean resueltas mediante arbitraje, renunciando al fuero judicial común.

El uso cada vez más frecuente del Arbitraje nace como respuesta a la inoperancia y falta de capacidad de los distintos órganos que componen el Poder Judicial, por no atender de forma efectiva ni eficiente las necesidades que tienen los usuarios del servicio de justicia en depurar oportunamente sus conflictos de intereses. Sin ir muy lejos, Mario Amoretti,¹ Decano del Colegio de Abogados de Lima, recientemente ha solicitado que el Poder Judicial debe ser declarado en emergencia, ante la sobrecarga procesal que tiene que afrontar.

Sin embargo, la insuficiencia y desacreditación del Poder Judicial no constituyen las únicas razones por las cuales los agentes comerciales eligen el arbitraje. Este instituto tiene características propias que, en contraste con el proceso judicial, atraen al empresariado, y van de la mano con sus intereses comerciales, en lo que respecta a la resolución de controversias. Como bien refiere Paolo del Águila: «El orden jurídico nos ofrece esta alternativa [el arbitraje], y el orden económico nos conduce a su utilización».²

Uno de los principales atributos con los que cuenta el arbitraje es la confidencialidad, que ha merecido un reconocimiento expreso en el Decreto Legislativo n.º 1071 —Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, «Ley de Arbitraje») —, así como en los reglamentos de los principales centros de arbitraje que existen en nuestro país.

¹ AMORETTI, Mario. Artículo publicado en el *Diario Expreso*, el 30 de diciembre de 2014, página 11, y en donde se solicita se declare en emergencia al Poder Judicial, declaración hecha por el Decano del Colegio de Abogados de Lima.

² DEL ÁGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, Paolo. «Arbitraje institucional o arbitraje *ad-hoc*. ¿He ahí el dilema?». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Grijley, 2005, n.º 1, p. 233.

La importancia de la confidencialidad radica en el hecho de que las partes interesadas en resolver sus controversias a través del arbitraje, quieren hacerlo sin intervención de sujetos ajenos a la relación comercial, y con la mayor reserva y privacidad sobre los asuntos que ocasionaron la disputa. De esta manera, se constituye en una de las características más atractivas que posee el arbitraje.

Y, ¿cuáles son los alcances que tiene la Confidencialidad? La Ley de Arbitraje, al tratar la Confidencialidad, no establece ningún límite sobre los asuntos que deben mantenerse en reserva —salvo el pacto en contrario, o cuando una de las partes es el Estado—; por lo cual, bajo una simple lectura, debemos entender que todo el arbitraje está cubierto de privacidad.

Sin embargo, debemos precisar desde este momento que la confidencialidad es lo que permite oponer el conocimiento de lo que sucede al interior del proceso arbitral a quienes no son partícipes de él; pero para quienes están llamados a intervenir en él, estamos convencidos de que la regla no es la confidencialidad, sino por el contrario, la transparencia.

Ahora, dentro de todos los sujetos que participan de un arbitraje, quienes tienen como imperativo deber el actuar con transparencia, son los árbitros designados, por ser las personas a quienes las partes confían la decisión final sobre la controversia, y por lo cual, deben cumplir con los estándares más altos de la ética profesional que exige la función de juzgar.

Por esta razón, tanto la Ley de Arbitraje como los reglamentos de los centros de arbitraje, establecen obligaciones a los árbitros de revelar cualquier situación o circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad e independencia frente al arbitraje, así como también reconoce a las partes la facultad de recusar a los árbitros si no son los más idóneos para ejercer el cargo, si es que se presenta un conflicto de interés entre éstos y las partes, o con la materia controvertida.

Bajo este escenario, somos de la opinión de que en nuestro país debemos avanzar en la transparencia de los arbitrajes, estableciendo un mayor margen de revelación en los árbitros al momento en que son designados para dicho cargo, sin menoscabar el deber de confidencialidad que recae sobre ellos.

En las siguientes líneas explicaremos brevemente cómo funciona la confidencialidad en el arbitraje, para luego analizar el escenario de transparencia en el cual deben actuar los sujetos partícipes de este mecanismo de resolución de controversias, principalmente, en lo que respecta a la designación de árbitros. Para este análisis, revisaremos sumariamente algunos instrumentos internacionales que pueden contribuir a construir arbitrajes más transparentes en nuestro país.

2. LA CONFIDENCIALIDAD Y SUS ALCANCES

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «confidencial» es una revelación secreta que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas.³

En el arbitraje, la confidencialidad es la cualidad de la información afectada por el deber de no ser divulgada. En ese sentido, el deber de confidencialidad se configura como una mera prohibición de divulgar información, o también de adoptar los medios necesarios para preservar su privacidad.⁴

La confidencialidad recae sobre la información que brindan las partes al proceso arbitral, que no sea de conocimiento público, ni se encuen-

³ *Diccionario de la Real Academia Española*. Madrid: Real Academia Española, 2012, 22.^a edición.

⁴ HAMILTON, Calvin. «Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)». Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p. 382.

tre al alcance de personas que no sean partícipes del arbitraje. Por ello, la confidencialidad se constituye en una característica propia del arbitraje y que lo distingue notoriamente de los procesos ante el Poder Judicial.

Los usuarios del arbitraje buscan que sólo un número mínimo de personas, como los árbitros, el secretario arbitral, y de ser el caso, peritos o testigos, además de ellos mismos y sus abogados, conozcan el conflicto de intereses que motivó el arbitraje, y todo lo que la controversia arbitral involucra.

Fernando De Trazegnies al desarrollar los ámbitos del arbitraje donde opera la confidencialidad,⁵ indicó:

- La confidencialidad sobre la existencia de la controversia sometida a arbitraje. Las partes no desean que sea de conocimiento público la disputa comercial.
- La confidencialidad del arbitraje durante su desarrollo, lo que incluye todas las actuaciones arbitrales realizadas por las partes, los abogados de las partes, los árbitros, los secretarios arbitrales, y en su caso, los peritos y los testigos.
- La confidencialidad de los documentos, testimonios e información que se presente en el arbitraje.
- La confidencialidad del laudo arbitral, salvo cuando una de las partes sea el Estado.

En nuestro ordenamiento, el artículo 51 de la Ley de Arbitraje⁶ se encarga de recoger los alcances de la confidencialidad. De la lectura del

⁵ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Para una revisión más exhaustiva de los ámbitos donde opera la confidencialidad, sugerimos revisar: «¿Confidencialidad o publicidad en el arbitraje? Nueva Ley de Arbitraje 2008». En *Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2010, pp. 53-62.

⁶ Artículo 51 de la Ley de Arbitraje.- Confidencialidad.

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en

citado artículo, se aprecia que todos los sujetos partícipes del arbitraje, cualquiera sea su calidad o condición, están obligados a guardar reserva sobre el arbitraje en su conjunto, salvo pacto en contrario. La ley no realiza ninguna distinción sobre las aristas del arbitraje que son confidenciales, por lo cual, se debe entender que todo el arbitraje es confidencial.

En la misma línea, Guillermo Lohmann expresa lo siguiente, «la norma que comentamos [artículo 51 de la Ley de Arbitraje] ha de ser entendida del siguiente modo: el pacto, de haberlo, sólo puede tener aplicación a lo explícitamente liberado o exonerado de reserva; a falta de pacto, todo, sin excepción, está incluido en el deber de reserva, incluso, si es posible, la existencia misma del arbitraje y que se está participando de algún modo en él».⁷

Al permitirse el pacto en contrario sobre la confidencialidad, las partes que recurren a un arbitraje *ad-hoc* pueden regular este aspecto de forma distinta a lo establecido en el artículo 51 de la Ley de Arbitraje. Asimismo, también queda abierta la opción de los Centros de Arbitraje de regular, dentro de sus reglamentos, en sentido distinto a lo dispuesto por la Ley de Arbitraje; reglamento que sería aplicable si las partes recurren a un arbitraje institucional.

las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En todos los arbitrajes regidos por este decreto legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones».

⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *Comentarios a la ley peruana de arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 585.

Los principales centros de arbitraje que operan en nuestro país han optado por seguir el esquema contenido en la Ley de Arbitraje, que reviste con confidencialidad el proceso arbitral en su conjunto. Así tenemos el artículo 14 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima;⁸ el artículo 36 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú;⁹ y el artículo 9

⁸ Artículo 14.- Confidencialidad

Salvo pacto en contrario, las actuaciones arbitrales son confidenciales. Los árbitros, los miembros del Consejo Superior de Arbitraje, el Secretario General, los Secretarios Arbitrales, el personal del Centro, las partes, su personal dependiente o independiente, sus representantes, abogados y asesores, así como los testigos, peritos y cualquier otra persona que intervenga en tales actuaciones, están obligados a guardar reserva sobre todos los asuntos e información relacionados con el arbitraje, incluido el laudo, salvo autorización expresa de las partes para su divulgación o uso, o cuando sea necesario hacerlos públicos por exigencia legal.

Las partes podrán hacer pública las actuaciones arbitrales o, en su caso, el laudo, para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo ante el Poder Judicial.

La inobservancia al deber de confidencialidad establecido en esta norma será sancionada conforme a lo dispuesto en el Código de Ética del Centro, sin perjuicio de las acciones que promueva el afectado contra el infractor.

Los terceros ajenos al arbitraje están impedidos de tener acceso a los expedientes y a las audiencias, salvo autorización expresa y escrita de ambas partes. Por excepción, el tribunal arbitral podrá autorizarlos, siempre que medie causa justificada. En cualquier caso, los terceros deberán cumplir con las normas de confidencialidad establecidas en este artículo, estando sujetos a las sanciones contempladas en el Código de Ética del Centro.

Salvo disposición distinta de cualquiera de las partes, o cuando se haya dispuesto la protección de información confidencial con arreglo al artículo 15, luego de seis (6) meses de concluido el arbitraje, el Centro queda autorizado para publicar el contenido del laudo.

⁹ Artículo 36.- Confidencialidad

Las actuaciones arbitrales son confidenciales. Los árbitros, funcionarios del Centro, los miembros de la Corte de Arbitraje, peritos, las partes, sus representantes legales, sus asesores, abogados, o cualquier persona que haya intervenido en las actuaciones arbitrales se encuentran obligados a guardar reserva de la información relacionada con el proceso arbitral, incluido el laudo.

No rige esta prohibición en los siguientes supuestos:

Si ambas partes han autorizado expresamente su divulgación o uso.

del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham).¹⁰

Cuando sea necesario hacer pública la información por exigencia legal.

En caso de ejecución o de interposición del recurso de anulación de laudo.

Cuando un órgano jurisdiccional dentro del ámbito de su competencia, solicite información y/o la remisión de actuados al Centro o al tribunal arbitral.

La inobservancia de esta norma será sancionada por la Corte de Arbitraje, con suspensión o separación del Registro de Árbitros o de Peritos, según sea el caso.

En el caso de que sean las partes, sus representantes, abogados, asesores o personal dependiente o independiente, quienes hayan incumplido con el deber de confidencialidad, la Corte de Arbitraje podrá, a pedido de parte, del tribunal arbitral o de oficio, imponer una multa a la parte que considere responsable a favor de la otra, sin perjuicio de las acciones legales que pueda iniciar la parte agraviada contra el infractor.

Los terceros ajenos están impedidos de tener acceso a las actuaciones arbitrales, salvo autorización de ambas partes. Sin embargo, el tribunal arbitral puede autorizarlo, de medir causa justificada. En este caso, los terceros deberán cumplir con las normas de confidencialidad establecidas en el presente Reglamento, quedando sujetos a las sanciones que ese contemple.

Luego de seis (6) meses de concluido el proceso arbitral, el Centro queda autorizado para entregar copia certificada del expediente con fines únicamente académicos, a menos que alguna de las partes lo haya prohibido expresamente.

¹⁰ Artículo 9.- Confidencialidad

1

Salvo estipulación en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de ellas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2

El deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

3

En todos los arbitrajes regidos por este Reglamento en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales están sujetas a confidencialidad y el laudo es público, una vez terminadas las actuaciones.

4

Incluso, el artículo 15 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima¹¹ y el artículo 37 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú¹² han dedicado una regulación especial para la información que debe mantenerse confidencial dentro del mismo proceso arbitral, y cuyo conocimiento debe ser restringido, por tratarse de secretos comerciales, financieros o industriales de alguna de las partes.

La inobservancia al deber de confidencialidad constituye falta grave que el tribunal arbitral aprecia según las circunstancias. En este sentido, el tribunal arbitral puede incluso efectuar una inferencia negativa respecto a los intereses de la parte que infringe el deber de confidencialidad y condenarla al pago de los gastos del arbitraje.
5

Salvo decisión distinta de cualquiera de las partes, transcurridos seis (6) meses de concluido el arbitraje, el Centro queda autorizado para publicar el laudo, con fines estrictamente académicos y/o estadísticos, sin que se identifique a las partes.

¹¹ Artículo 15.- Protección de información confidencial

El tribunal arbitral podrá adoptar las medidas necesarias destinadas a proteger la información confidencial de las partes.

Se entiende por información confidencial cualquier información que esté en posesión de una de las partes, no accesible al público, de importancia comercial, financiera o industrial y que sea tratada como tal por la parte que la detenta.

La parte interesada deberá solicitar al tribunal arbitral el tratamiento de la información como confidencial, explicando las razones que justifican tal solicitud. El tribunal arbitral, determinará si dicha información es confidencial. Si así lo decidiera, en casos excepcionales y debidamente motivados, el tribunal arbitral establecerá a quiénes y en qué condiciones podrá transmitirse esta información en todo o en parte.

¹² Artículo 37.- Reserva de información confidencial

Se entenderá como información confidencial reservada, aquella que esté en posesión de una de las partes en el proceso y que cumpla con los siguientes requisitos: Cuando por su naturaleza comercial, financiera o industrial, no sea accesible al público.

Cuando es tratada como confidencial por la parte que la posee.

Los árbitros, a pedido de parte, podrán calificar a determinada información como confidencial y/o reservada. En este caso, establecerán si se puede dar a conocer en todo o en parte dicha información a la contraparte, peritos o testigos, fijando en qué condiciones podrá transmitirla.

Los árbitros están facultados para tomar las acciones pertinentes que conduzcan a proteger la información confidencial de las partes.

Como podemos apreciar, en el ámbito nacional existe una clara tendencia de blindar todas las actuaciones arbitrales con confidencialidad; posición con la cual estamos de acuerdo, al tratarse de una de las características del arbitraje que lo diferencia de los procesos judiciales, los cuales, por mandato constitucional, son de carácter público, salvo excepción prevista en la ley.¹³

3. SI EL ARBITRAJE ES CONFIDENCIAL, ¿QUEDA ESPACIO PARA LA TRANSPARENCIA?

Existiendo consenso sobre la confidencialidad en el arbitraje y la necesidad que tienen sus usuarios de mantener la reserva y privacidad sobre las actuaciones arbitrales, cabe preguntarse si hay margen para la transparencia. ¿Son excluyentes o pueden coexistir ambas características en un arbitraje?

En nuestra opinión, los arbitrajes pueden ser confidenciales y transparentes a la vez. Recordemos que la confidencialidad de las actuaciones arbitrales, y de la información y documentos que son parte del proceso arbitral, operan respecto de quienes no tienen la condición de parte, abogado de parte, árbitros, secretario arbitral, y en su caso, de peritos o testigos; pero para quienes sí participan en él, estamos convencidos de que debe haber absoluta transparencia, con excepción de aquellos documentos o informaciones que las partes solicitan que se mantengan confidenciales, por tratarse de secretos comerciales, financieros o industriales.

De esta manera, la confidencialidad en el arbitraje no se encuentra amenazada por la transparencia, en tanto que la controversia arbitral y sus incidentes siguen manteniéndose totalmente reservados frente a sujetos ajenos al proceso arbitral.

¹³ Artículo 139, inciso 4 de la Constitución Política del Perú.-
«Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 4. La publicidad en los procesos, salvo disposición contraria de la Ley».

Entonces, transparencia no significa poner en conocimiento público la controversia arbitral ni las actuaciones que se suscitan al interior del arbitraje (como sí ocurre en los procesos ante el Poder Judicial), sino la exigencia que tienen los sujetos que participan en él de actuar con la mayor honestidad y claridad, evitando realizar actos que generen desconfianza en los demás intervinientes, y que sólo perjudican la resolución de la controversia arbitral.

Debemos recordar que el éxito del arbitraje responde, en parte, a la voluntad que tienen sus usuarios de coadyuvar a los árbitros para que resuelvan la controversia sometida a su conocimiento. Mientras las partes y sus abogados tengan mayor disposición para que los árbitros ejecuten su labor, se invertirá menos tiempo y recursos para la emisión del laudo. Por ello, lo óptimo es que todos los sujetos que participan en el arbitraje sean transparentes.

Ahora bien, quienes tienen que cumplir el estándar más alto de transparencia son los árbitros, por ser los designados para resolver de forma definitiva la controversia. Sus actuaciones y decisiones deben reflejar la mayor independencia e imparcialidad, a fin de garantizar que el arbitraje sea llevado y resuelto en estricta atención a los fundamentos y pruebas aportadas por las partes.

Esta exigencia a los árbitros responde al poder que se les confiere para resolver la controversia arbitral de manera definitiva, en tanto que los laudos gozan de la autoridad de Cosa Juzgada, y son inimpugnables e inmutables. La capacidad que tienen los árbitros para decir «quién tiene el derecho» es lo que permite exigirles que sean transparentes en sus actuaciones y decisiones.

Por ello, como bien explica Lorenzo Zolezzi, para ejercer dicha función, y para obrar con justicia, se requiere de independencia e imparcialidad, un sentido de la equidad, un conocimiento cabal de las técnicas jurídicas, tanto en lo atinente al fondo como al proceso, una

compresión de los problemas jurídicos y no-jurídicos implicados en la decisión que habrá de tomar y, muy especialmente, una conducta ética intachable.¹⁴

Atendiendo a la importancia de la transparencia en el arbitraje, ingresaremos a analizar el panorama actual de este elemento en un momento específico: la designación de los árbitros.

4. LA TRANSPARENCIA DE LOS ÁRBITROS: EL DEBER DE REVELACIÓN

En el arbitraje, las áreas más sensibles y, consecuentemente, más propicias para generar situaciones reñidas con la ética y la transparencia, se encuentran en las relaciones que puedan existir entre los árbitros y las partes; más aún si se tiene en consideración que es costumbre generalizada que sean las propias partes las que designan a sus árbitros, hecho que genera las mayores suspicacias respecto a las cualidades de independencia e imparcialidad que debe caracterizar a todo árbitro.

Frente a esta situación, la Ley de Arbitraje, siguiendo lo establecido en la Ley Modelo Uncitral¹⁵ y en su antecedente legislativo (la Ley n.º 25572), ha reconocido mecanismos que permiten tanto a los árbitros

¹⁴ ZOLEZZI IBÁRCENA, LORENZO. «Ética de los árbitros». En *Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009*. Lima: Palestra Editores, 2010, p. 17.

¹⁵ Artículo 12 de la Ley Modelo Uncitral.- «Motivos de Recusación

1. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.
2. Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación».

como a las partes poner en evidencia la falta de independencia o imparcialidad que puede tener un árbitro en determinado caso.

El artículo 28 de la Ley de Arbitraje, en su numeral 1,¹⁶ establece un deber de los árbitros de ser y permanecer, durante el proceso arbitral, independientes e imparciales. Para ello, cuando toman conocimiento de su designación, los árbitros tienen la obligación de revelar cualquier circunstancia de carácter personal, familiar, laboral y/o comercial que sugiera la posibilidad de que exista una incompatibilidad para aceptar el encargo. En otras palabras, un conflicto de intereses entre el árbitro designado con alguna de las partes, con los abogados de las partes, con el estudio de abogados que asesora a la parte, o con la materia controvertida.

Como podemos apreciar, la Ley de Arbitraje establece una obligación a los árbitros de ser transparentes desde que son nombrados, frente a lo cual puedan dar dos respuestas: aceptar el encargo revelando todas las circunstancias que lo rodean; o rechazar el encargo por encontrarse en una situación de conflicto de intereses.

Esta obligación de revelar, claramente de naturaleza ética, también se encuentra reconocida por los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país. Así tenemos el artículo 6 del Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima;¹⁷ el artículo

¹⁶ Artículo 28.- «Motivos de abstención y de recusación

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

¹⁷ Artículo 6.- «Deber de declaración

Todo árbitro está obligado a suscribir una Declaración Jurada al momento de aceptar el cargo, la cual deberá ser entregada a la Secretaría General del Centro. La declaración se hará por escrito y será puesta en conocimiento de las partes para que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles manifiesten lo que consideren conveniente a su derecho.

El futuro árbitro deberá revelar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia [...].

21 del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú,¹⁸ y el artículo 16 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú (Amcham).¹⁹

El no revelar tales hechos o circunstancias u otros similares dará la apariencia de parcialidad y puede servir de base para su descalificación [...].

El deber de revelar nuevos hechos o circunstancias se mantiene durante todo el arbitraje».

¹⁸ Artículo 21.- «Deber de declarar

Toda persona notificada con su designación como árbitro deberá declarar, al momento de aceptar su nombramiento, mediante comunicación dirigida al Centro y, a través de él, a las partes y a los otros árbitros, de ser el caso, todos los hechos o circunstancias que puedan generar dudas justificadas y/o razonables sobre su imparcialidad e independencia. Asimismo, señalará el cumplimiento de los requisitos establecidos por las partes, el presente Reglamento y la Ley de Arbitraje.

Este deber de declaración se mantiene durante todo el trámite del proceso y constituye una obligación de carácter objetivo cuya sola inobservancia dará la apariencia de parcialidad y puede servir de base para la descalificación o recusación del árbitro que omita su cumplimiento».

¹⁹ Artículo 16.- «Recusación de los árbitros

Un árbitro podrá ser recusado por cualquiera de las partes si concurren circunstancias que originen dudas razonables sobre su imparcialidad o independencia. Una parte sólo podrá recusar al árbitro designado por ella misma, o en cuyo nombramiento haya participado, basándose en motivos conocidos con posterioridad a su designación.

La recusación deberá ser presentada por escrito a la Secretaría explicando los hechos y las circunstancias en que se funda, dentro de los 10 días siguientes a la recepción de la parte interesada de la notificación de la aceptación o confirmación del árbitro, o dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su recusación, si dicha fecha fuera posterior a la recepción de la mencionada notificación. La recusación no impide la constitución del tribunal arbitral.

La Corte debe pronunciarse sobre la recusación después de que la Secretaría haya otorgado al árbitro en cuestión, a la otra parte y, si es el caso, a los demás miembros del tribunal arbitral, la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado. Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros.

No será necesaria una decisión de la Corte si las partes convienen en la recusación o si el árbitro renuncia.

Ahora, a la par de la obligación de revelación de los árbitros, la Ley de Arbitraje también reconoce en su artículo 28, numeral 3,²⁰ el derecho de las partes de recusar a los árbitros, sea por las circunstancias que revelaron al momento de su designación o informaron durante el trámite del arbitraje, o por aquellas circunstancias que no fueron reveladas y que afectan la imparcialidad e independencia que debe revestir a todo juzgador.

Es, precisamente, luego de la información proporcionada por el árbitro, o en su defecto, en ausencia de dicha revelación, que si una de las partes considera que hay un conflicto de intereses por la presencia de dicho árbitro, podrá interponer la recusación, bajo el procedimiento previsto en el artículo 29 de la Ley de Arbitraje²¹ si es un arbitraje *ad-hoc*, o los establecidos en los reglamentos de los centros de arbitraje si es un arbitraje institucional.

Sin embargo, la recusación debe ser utilizada con responsabilidad y en estricta observancia a reales conflictos de intereses, pues de lo contrario, puede obstaculizar el dinamismo del arbitraje y generar desincentivos para su uso. Sin profundizar en el tema, debemos apuntar que este mecanismo de control muchas veces es usado, no para cumplir el fin que persigue (nombrar árbitros idóneos, independientes e imparciales), sino para retrasar y entorpecer el desarrollo del arbitraje.²²

El tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá suspender o continuar las actuaciones arbitrales mientras esté pendiente la recusación».

²⁰ Artículo 28.- «Motivos de abstención de recusación

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes y exigidas por la ley.

²¹ Artículo 29.- Procedimiento de Recusación

Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.

²² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. Sobre la proliferación de recusaciones, a manera de ejemplo, Fernando de Trazegnies cita las siguientes situaciones que en su ejercicio profesional ha podido conocer: «Así, hay recusaciones motivadas en un deseo de impedir la constitución del tribunal arbitral o de retardar el proce-

Con lo expuesto, queda en evidencia que tanto la Ley de Arbitraje como los reglamentos de los centros de arbitrajes cuentan con mecanismos para asegurar que los árbitros designados sean independientes e imparciales, lo cual representa un claro ejemplo de la transparencia que se desea en los arbitrajes.

Aquí corresponde resaltar que los referidos dispositivos normativos no contienen una lista taxativa de aquellas situaciones y/o circunstancias que ameriten la abstención o recusación de un árbitro, por lo cual, tanto los árbitros como las partes, tienen la mayor libertad para decidir qué situación revelar o qué circunstancia constituye razón para recusar.

Si bien esta apertura permite contemplar una diversidad de relaciones entre los árbitros y las partes (personal, familiar, laboral, comercial, entre otras) que importen un conflicto de intereses, son los mismos árbitros y las partes quienes quedan en absoluta libertad para determinar qué situaciones ameritan una abstención, una revelación o una recusación. Ahora, entre estos actores, son los árbitros los que están en mejor posición para autoevaluar sus relaciones y declarar las situaciones que pueden comprometer su independencia e imparcialidad en el arbitraje.

Aquí destaca la importancia del deber de revelación. Los árbitros son los sujetos del arbitraje que se encuentra en mejor posición para saber qué circunstancias constituyen un conflicto de intereses, y cuáles constituyen causal para abstenerse o que deben ser reveladas para evitar cualquier cuestionamiento futuro.

dimiento. Hay otras recusaciones en las que una de las partes recusa sistemáticamente al árbitro nombrado por la otra con el objeto de que, después de varias recusaciones (en las que muchas veces el recusado renuncia por amor propio, sin permitir la discusión de su caso), se llega a obtener un árbitro quizá con alguna simpatía o vinculación con la parte que empleó sistemáticamente el método recusatorio para lograr el resultado». *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 335.

En efecto, el árbitro conoce las relaciones que tiene o ha tenido, con las partes y los abogados de las partes que lo designaron. En cambio, los sujetos que no lo designaron, no tienen cómo saber las relaciones anteriores o vigentes que existen entre el árbitro designado y la parte o el abogado de parte que lo designó. Debido a esta asimetría informativa, los árbitros designados son los que están obligados a revelar estas circunstancias (se encuentran en la mejor posición para cumplir con este deber de transparencia), no la parte que lo designó, mucho menos la parte que no lo designó.

Como bien apunta José María Alonso, la revelación es uno de los más importantes y delicados deberes que integran la función arbitral, puesto que su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la confianza de quienes acuden al arbitraje, y de proteger el futuro laudo; pero para ello, se requiere que el árbitro realice una declaración no sólo de las circunstancias que él cree que puedan afectar su independencia e imparcialidad, sino también de aquellas circunstancias que el mismo árbitro no considere relevante, pero que para las partes, sí ameriten ser declaradas.²³

A un árbitro se le puede acusar de no ser transparente cuando no revela aquellas circunstancias que claramente generan un conflicto de interés; pero también puede ser acusado de lo mismo cuando no revela aquellas circunstancias que automáticamente no producen un conflicto de interés, pero que interesaría conocer a las partes del arbitraje. Es una autoevaluación nada sencilla la que tiene que realizar el árbitro para determinar qué situaciones pueden aparentar un conflicto de interés y que debe ser comunicada a las partes para que ellas evalúen si recusan o no, a pesar de que el propio árbitro aprecie que esas situaciones no afectan su independencia e imparcialidad.

²³ ALONSO PUIG, José María. «Los árbitros: selección, recusación y reemplazo». En *Thémis*. Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007, n.º 53, p. 163.

En este escenario, una de las circunstancias que nunca se informa, pero que a nuestro criterio debe ser revelada, es la cantidad de veces que un árbitro ha sido designado en arbitrajes donde ha intervenido una misma parte, o un mismo abogado o un estudio de abogados. Éste es el tema que nos preocupa y que abordaremos en los siguientes puntos, a fin de encontrar una solución de transparencia.

5. LA DESIGNACIÓN DE UN MISMO ÁRBITRO POR LA MISMA PARTE O POR LOS MISMOS ABOGADOS

Para quienes participan activamente en los arbitrajes, sea como árbitros o como abogados especializados en arbitrajes, es fácil reconocer a sus similares, porque la mayoría de las veces, independientemente de si se trata de un arbitraje *ad-hoc* o arbitraje institucional, son las mismas personas las elegidas para desempeñar una u otra función (de árbitro o de abogado de una de las partes del arbitraje).

En este pequeño mundo de profesionales dedicados al arbitraje, hay abogados y/o firmas de abogados que proponen a sus clientes elegir entre este grupo de profesionales que tienen una especial vocación por los arbitrajes, sea por la especialidad de la persona propuesta, por su trayectoria, por la confianza que genera su presencia, entre otras razones. Usualmente, son las partes del arbitraje las que buscan la asesoría de sus abogados para llevar a cabo la designación; por lo cual, las partes terminan eligiendo al árbitro «recomendado» por los abogados o en otras ocasiones los árbitros son elegidos directamente por los abogados del cliente.

No hay problema con que los clientes se asesoren con sus abogados para designar un árbitro; por el contrario, las recomendaciones de los abogados pueden coadyuvar a la toma de una mejor decisión sobre quién es el indicado para que resuelva de manera definitiva la controversia.

El problema se presenta cuando las partes o los abogados de las partes (en representación de sus clientes) eligen al mismo árbitro, o a los mismos árbitros, para todos sus arbitrajes, porque crea la percepción de que existe un «círculo vicioso» entre los «designadores» y los «designados», por el elemento económico que hay de por medio para el ejercicio de la función arbitral (los honorarios arbitrales).

Nos explicamos: a diferencia de los jueces del Poder Judicial, que reciben una remuneración fija mensual del Estado (y además ahora — en el pasado sí era común—, no se puede designar al juez que estará a cargo), los árbitros reciben sus honorarios por cada arbitraje en los que son nombrados. A mayor número de arbitrajes, mayor es el ingreso económico que va a percibir por el ejercicio de la función arbitral; por lo cual, a los árbitros les conviene presentarse como la mejor opción para resolver un arbitraje, a fin de ser nombrados constantemente. En este sentido, los árbitros se encuentran en la misma situación de otros profesionales, como por ejemplo, los abogados: mientras mejor sea el desempeño profesional y la consecución de resultados favorables, mayor cantidad de veces serán contratados sus servicios, por el mismo cliente, o por clientes nuevos que lo buscan por recomendación de un cliente que recibió el patrocinio a plena satisfacción.

Sin embargo, el hecho de que un árbitro sea designado por la misma parte, o por los clientes de un mismo abogado y/o firma de abogados para distintos arbitrajes, genera dudas sobre su independencia e imparcialidad —cualidades obligatorias que debe cumplir un árbitro—, puesto que, su reiterada presencia en arbitrajes frente a la misma parte o los mismos abogados que recomendaron su designación, invita a suponer que siempre tratará de resolver a favor de ellos, a cambio de seguir siendo nombrado para futuros arbitrajes, y continuar recibiendo honorarios arbitrales por sus servicios.

Silvia Rodríguez ya se ha pronunciado al respecto, indicado que: «Independientemente de si la designación se debe a la confianza que

una parte puede tener en un profesional, lo cierto es que esta situación [designar constantemente al mismo árbitro] puede generar suspicacia en la contraparte y cuestionar la designación de este profesional. La realidad es que no existe un número mínimo o máximo de veces para designar al árbitro, sino que dependerá principalmente de la conducta demostrada por el árbitro en el proceso arbitral».²⁴

Como se puede apreciar, la situación descrita genera un conflicto de intereses que muy pocas veces es revelado por los árbitros, y con menor probabilidad, presentada como causal de recusación, debido a que las partes no tienen como acceder a esta información: ¿cuántas veces un árbitro ha sido «designado» por la misma parte, o por el mismo abogado o estudio de abogado que patrocinan a una de las partes?

En el ámbito internacional, esta situación sí ha sido contemplada como un supuesto que puede importar un conflicto de intereses, y que corresponde ser revelado por el árbitro designado. En efecto, la comunidad internacional ha aceptado que, respetando la confidencialidad del arbitraje, es necesario que se abran espacios de transparencia para que las partes puedan tomar decisiones informadas respecto a la designación de árbitros.

A continuación, haremos mención a algunos instrumentos internacionales que tratan el tema que es objeto de análisis en este artículo.

6. LOS LINEAMIENTOS SOBRE CONFLICTOS DE INTERESES DE LA *INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION* (IBA)

El 22 de mayo de 2004, el Consejo de la IBA aprobó las «Directrices sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional», las cuales

²⁴ RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, Silvia. «Designación de Árbitros y Costos Arbitrales». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. Lima: Palestra Editores, 2012, p. 189.

constituyen lineamientos generales que permiten distinguir las situaciones y/o circunstancias que constituyen un real conflicto de intereses en el árbitro designado y que debe ameritar su apartamiento del arbitraje.²⁵

El documento que recoge las directrices fue elaborado en atención a los vínculos cada vez más complejos que se vienen creando entre los grupos empresariales y las grandes firmas internacionales de abogados, los cuales incrementaron el número de situaciones y circunstancias que los árbitros deben revelar y que han generado conflictos de intereses cada vez más difíciles de resolver.

Como expresó el Consejo de la *International Bar Association* (IBA) en la introducción del documento que contiene las directrices:

Los problemas relativos a los conflictos de intereses suponen un reto cada vez mayor para el arbitraje internacional. Con frecuencia los árbitros tienen dudas sobre qué hechos o circunstancias deben ser puestos de manifiesto, de modo que cada árbitro puede decidir de una forma diferente ante los mismos hechos o circunstancias [...].

Por consiguiente, tanto las partes como los árbitros, las instituciones arbitrales y los tribunales estatales se enfrentan a decisiones complejas sobre qué hechos o circunstancias han de ponerse de manifiesto y qué criterios aplicar [...]. Si bien es cierto que las leyes y los reglamentos de arbitraje establecen ciertas reglas al respecto, éstas adolecen de falta de especificidad y de aplicación uniforme, lo que lleva a que, con frecuencia, la comunidad del arbitraje internacional no se guíe por los mismos estándares a la hora de revelar hechos y circunstancias susceptibles de dar lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro y a la hora de decidir las objeciones y recusaciones de los árbitros.²⁶

²⁵ El documento puede ser descargado del portal electrónico de la *International Bar Association* (IBA): <http://www.ibanet.org>.

²⁶ *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, p. 4.

Las directrices reflejan lo que los miembros de la IBA entendieron, en el año 2004, como la mejor y más reciente práctica internacional existente, la misma que quedó recogida en una serie de principios que son perfectamente aplicables a los arbitrajes nacionales.

Ahora, el Consejo de la IBA no sólo estableció una Guía de Directrices para afrontar los conflictos de intereses de los árbitros, sino también elaboró un listado de supuestos reales y prácticos para la aplicación de las directrices. Como no todas las situaciones y circunstancias tienen el mismo grado de conflictividad, y no pueden ser tratadas de la misma manera; el Consejo de la IBA encasilló los supuestos de conflictos de interés en tres grandes listas, a saber: la Lista Roja, la Lista Naranja y la Lista Verde.

La Lista Roja es aquélla que responde a un test objetivo, que se define en función de una tercera persona razonable que, al tener conocimiento de los hechos relevantes, concluirá que existe un conflicto de intereses objetivo. La Lista Roja se divide, a su vez, en dos categorías: (i) la no excusable, que incluye situaciones que se derivan del principio que ninguna persona puede ser su propio juez, por lo cual, la revelación de tales circunstancias no puede remediar el conflicto; y (ii) la excusable, que comprende situaciones que son serias, pero no tan severas, por lo cual, pueden ser excusadas por las partes si es que manifiestan expresamente su voluntad para permitir que tal persona actúe como árbitro.

Un segundo nivel de gravedad está comprendido en la Lista Naranja, y responde, más bien, a un criterio subjetivo que depende del juicio que realizan las propias partes. Se trata de situaciones que deben ser reveladas por los árbitros y que las partes pueden convalidar o utilizar para efectos de una recusación.

Como bien lo explica Fernando de Trazegnies, la Lista Naranja contiene situaciones que pueden ser vistas por las partes como dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro, pero que

no lo inhabilitan automáticamente; por el contrario, ese árbitro puede quedar legitimado tácitamente si las partes no lo objetan dentro de un cierto plazo (a diferencia de los que sucede con los supuestos comprendidos por la Lista Roja excusable, donde se requiere una manifestación expresa de convalidación a favor del árbitro que reveló).²⁷

Finalmente, está la Lista Verde, que contiene situaciones que no sugieren la existencia de un conflicto de intereses desde un punto de vista objetivo, de manera que el árbitro no tiene el deber de revelar.

Para el presente artículo, nos importa revisar la Lista Naranja, que como ya hemos visto, se refiere a situaciones y circunstancias que el árbitro debe revelar, pero que las partes pueden dejar pasar si no recusan en el término previsto.

Dentro de la Lista Naranja, el Consejo de la IBA describe cuándo un árbitro o algunos árbitros son designados frecuentemente por una misma parte, o un mismo abogado o firma de abogados. Veamos cómo fueron contemplados dichos supuestos en la Lista Naranja:

3.1. Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso:

[...]

3.1.3. Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una filial de éstas.

3.3. Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado:

[...]

3.3.7. En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados.

²⁷ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Comentarios a la ley peruana de arbitraje». Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo I, p. 346.

El Consejo de la IBA ha establecido un número de nombramientos y un período de tiempo por el cual el árbitro está obligado a revelar estas circunstancias. La primera situación es cuando una misma parte ha designado a un mismo árbitro en dos o más oportunidades dentro de los tres años anteriores al nuevo nombramiento. La segunda situación se presenta cuando un mismo abogado o firma de abogados ha designado a un mismo árbitro en tres o más oportunidades dentro de los tres años anteriores al nuevo nombramiento.

Podemos apreciar que los miembros de la IBA han considerado que estas situaciones son de alerta mediana, y que debe ser obligatoriamente revelado por el Árbitro, a fin de que las partes que estén interesadas puedan averiguar con mayor detalle estas relaciones, y puedan recusar si lo estiman pertinente; caso contrario, si el árbitro no se encuentra en otras situaciones que comprometan su independencia o imparcialidad, podrán asumir la función arbitral sin inconvenientes.

7. EL NUEVO ESTATUTO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL DE COLOMBIA

En Colombia, el 12 de julio de 2012, se publicó en el Diario Oficial la Ley n.º 1563, la cual contiene el nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia.

En el artículo 15 de la referida Ley, se regula el deber de revelación de los árbitros. Lo importante de este artículo es que el legislador colombiano ha contemplado como obligación de los árbitros revelar la cantidad de veces que ha coincidido con alguna de las partes en otros arbitrajes. Veamos:

Artículo 15.- Deber de información.-

La persona a quien se comunique su nombramiento como árbitro o como secretario deberá informar, al aceptar, si coincide o ha coincidido con alguna de las partes o sus apoderados en

otros procesos arbitrales o judiciales, trámites administrativos o cualquier otro asunto profesional en los que él o algún miembro de la oficina de abogados a la que pertenezca o haya pertenecido, intervenga o haya intervenido como árbitro, apoderado, consultor, asesor, secretario o auxiliar de la justicia en el curso de los dos (2) últimos años. Igualmente deberá indicar cualquier relación de carácter familiar o personal que sostenga con las partes o sus apoderados.

El primer párrafo del artículo 15 del nuevo Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia establece una lista de supuestos que deben ser revelados por el árbitro al momento que es nombrado para el cargo. A nosotros nos importa rescatar el deber del árbitro de informar las participaciones que él ha tenido con las partes o apoderados de las partes (por lo general, los abogados de las partes) en otros procesos arbitrales en los últimos dos años.

A diferencia de lo establecido en el punto 3.3.7 de la Lista Naranja, el legislador colombiano no ha fijado un número de veces en las cuales el árbitro nombrado haya coincidido con alguna de las partes o con sus apoderados; por lo cual, basta que coincidan o hayan coincidido al menos una vez dentro de los últimos dos años para que el árbitro designado se encuentre obligado a revelar esta situación.

Cabe apuntar que en el caso colombiano, no es necesario que el árbitro designado haya sido nombrado por alguna de las partes en otro arbitraje para que surja el deber de revelar. Repetimos, basta que haya coincidido con algunas de las partes o sus apoderados (por lo general, los abogados de las partes) para que el árbitro designado revele esta circunstancia.

8. PROPUESTAS DE TRANSPARENCIA PARA LOS ARBITRAJES

A diferencia de los instrumentos internacionales vistos, la Ley de Arbitraje peruana no hace mención a ninguna situación, en particular,

que debe ser informada por el árbitro por representar un conflicto de intereses. Los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país, tampoco señalan qué situaciones o circunstancias requieren ser reveladas necesariamente por el árbitro designado.

Recordemos que los referidos cuerpos normativos no contienen una lista taxativa de situaciones y/o circunstancias por las cuales los árbitros deban abstenerse o ser recusados, puesto que la opción normativa fue dejar abierta la posibilidad a que cualquier relación de los árbitros puede ameritar un conflicto de intereses, si es que se presentaban elementos que comprometan su independencia e imparcialidad.

Partiendo de esta premisa, los árbitros tienen plena libertad para revelar cuantas veces han sido nombrados por alguna de las partes, o ha coincidido con los abogados de las partes, para ejercer la misma función en otros arbitrajes. Sin embargo, sabemos que en el medio peruano, no es habitual que se revelen estas situaciones.

Si bien este hecho no constituye automáticamente un conflicto de intereses, estamos convencidos de que las partes del proceso arbitral tienen derecho a tomar conocimiento de ello, y evaluar si amerita formular una recusación. Mientras más información exista sobre los vínculos que tienen o han tenido los árbitros con las partes o abogados que lo designaron, mejores decisiones se podrán tomar en torno a la idoneidad de los árbitros nombrados, lo cual repercute directamente en el nivel de transparencia de los arbitrajes.

8.1. Arbitrajes institucionales

Para ir aterrizando el tema y las reflexiones que hemos realizado, somos de opinión que, para lograr «más transparencia y menos confidencialidad en el arbitraje», cada centro de arbitraje, en sus reglamentos internos, debería regular sobre (i) designación de árbitros, (ii) estadísticas de

cómo resolvieron los árbitros, y (iii) recusaciones de árbitros, todo ello sin vulnerar los temas de fondo; la confidencialidad.

Pasemos a explicar el primer tema sobre designación de árbitros. Acordémonos que no hace mucho, y que estuvo vigente hasta la década de 1990, en que los litigantes en el Poder Judicial escogían libremente a los jueces que iban a impartir justicia. El turno en el Distrito Judicial de Lima era semanal, por lo que era usual esperar varias semanas hasta que llegaba el juez «amigo» que iba a sacar «teóricamente» todas las cosas bien. Como es de público conocimiento, hace más de quince años que esto ya no existe, y que la práctica ha demostrado que fue una decisión muy importante y positiva al interior del Poder Judicial. Ahora, y con el incremento exponencial de los procesos arbitrales nos toca a todos los usuarios de este excepcional sistema protegerlo y evitar no caer en las corruptelas del pasado.

¿Y cómo lo logramos? En nuestra opinión, es muy sencillo, con más transparencia.

Por ello, y en cuanto a la designación de un árbitro debería haber una doble declaración. Por un lado, la declaración de quien lo elige, debiendo indicar, teniendo como marco los últimos tres años, cuántas veces ha designado al mismo árbitro. Y por el otro, el árbitro debería también declarar cuántas veces ha sido designado, dentro de los últimos tres años, por esa parte o por el abogado o un estudio de abogados.

Pero incluso, los centros de arbitraje deberían adoptar una regla como las de IBA, y establecer el número máximo de veces que puede ser designado alguien como árbitro por una misma parte o abogado en un determinado período de tiempo.

Unido a lo anterior, está relacionado el segundo aspecto propuesto sobre el hecho de que todo centro de arbitraje debería llevar una estadística respecto a cómo resolvió el árbitro. Esto, obviamente, sin vulnerar

la confidencialidad (fondo de lo resuelto) del laudo. Para ello, bastaría indicar cómo se resolvió (fundada, fundada en parte, infundada, etc.).

El amigo lector va a apreciarlo claramente con el siguiente ejemplo: imaginémosnos que en los tres últimos años un estudio de abogados tiene a cargo y patrocina en veinte procesos arbitrales, y de éstos, en diez oportunidades ha elegido al mismo árbitro, quien resolvió a su favor en las diez oportunidades.

Parecería evidente el compromiso de ese árbitro con dicho estudio de abogados, por lo que es fácilmente comprensible, defendiendo la transparencia, que sea pública la designación del árbitro, así como lo que dicho árbitro resolvió.

Y el tercer tema, está relacionado a los dos primeros y tiene que ver con la publicidad de las recusaciones de los árbitros. Obviamente y excepcionalmente, salvo que afecte el honor de los árbitros, el registro de recusaciones y la manera en que éstas fueron resueltas, deberían también ser públicas y transparentes.

8.2. Arbitrajes *ad-hoc*

Oswaldo Hundskopf Exebio,²⁸ como muchos otros, ya levantaron su voz de alarma y propone que para evitar laudos fraudulentos, se debe crear un Registro de Arbitrajes *Ad-Hoc*, registro que otorgaría mayores garantías.

²⁸ HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Artículo publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, página 13, del 11 de noviembre de 2014, y en donde se resaltan las opiniones planteadas como ponente en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje: «La justicia arbitral: retos y posibilidades», que organizó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Asimismo, Mario Castillo Freyre,²⁹ enfatiza que los árbitros y las partes deben fomentar e incidir mucho en la transparencia dentro del arbitraje para que la población pueda confiar cada día más en ella.

Por ello, y además del registro antes mencionado, con el que estamos totalmente de acuerdo, que podría estar a cargo de las Cámaras de Comercio de cada ciudad, asimismo, se deberían implementar y aplicar los tres aspectos descritos para los arbitrajes institucionales.

Con un sistema como el que proponemos, se generarán espacios de transparencia en la designación de árbitros, lo cual reviste un especial interés para la sociedad en general y no sólo para los usuarios del arbitraje, puesto que permite eliminar cualquier duda o suspicacia que se genera por el hecho de que las partes de un arbitraje, o sus abogados, tienen la opción de elegir a sus propios juzgadores; al compartir la información sobre la cantidad de veces que un árbitro ha sido elegido, y cuál fue el sentido del laudo respecto a la parte que lo designó.

9. REFLEXIÓN FINAL

En líneas anteriores mencionamos que el buen funcionamiento del arbitraje depende, en parte, de la actuación de las partes y de sus abogados. Sin embargo, es innegable que el éxito del arbitraje responde, principalmente, a la actuación de los árbitros que son elegidos para resolver la controversia, y a las cualidades que ellos deben garantizar a las partes para que estén seguras de que el proceso arbitral culminará con una decisión, no necesariamente favorable, pero sí justa; y si fuera de derecho el arbitraje, además arreglada a ley.

²⁹ CASTILLO FREYRE, Mario. Artículo publicado en el Diario Oficial *El Peruano*, página 10, del 9 de noviembre de 2014, y en donde se resaltan las opiniones planteadas como ponente en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje: «La justicia arbitral: retos y posibilidades», que organizó el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Para garantizar a las partes que los árbitros designados cumplen con las cualidades de independencia e imparcialidad, ellos tienen el deber de revelar cualquier situación y/o circunstancia que comprometa dichas cualidades, o en todo caso, que frente a ojos de terceros, puedan verse afectadas. Siendo ello así, la revelación se constituye en un acto de transparencia que tienen los árbitros frente a las partes del arbitraje.

El hecho de que un árbitro sea designado por una de las partes, no significa que este árbitro va a defender los intereses de quien lo designó. Para esa función, están los abogados o estudios de abogados que contratan las partes. Los árbitros deben abocarse a juzgar la controversia en base a los fundamentos y medios de prueba que sean aportados al proceso arbitral. Por ello, sobre los árbitros no puede existir duda alguna de que actúan bajo absoluta independencia e imparcialidad, desligándose de la parte que los designó para el cargo.

El profesionalismo de un árbitro se mide en función a la objetividad de sus decisiones. Como lo apunta Lorenzo Zolezzi, al tratar sobre la ética de los árbitros:

Y el punto que quiero recalcar, y sobre el cual nunca se debe bajar la guardia, es que el árbitro no es el abogado de la parte que lo designó sino su juez [...] el árbitro debe decidir en función de los méritos del caso, es decir, de las alegaciones de los abogados y de la prueba presentada, olvidándose en el sagrado momento de tomar la decisión final, de cuál fue la parte que lo designó.³⁰

En ese mismo sentido, Mario Castillo Freyre, compartiendo su experiencia en la conformación de tribunales arbitrales, nos dice:

¿Por qué todo esto? Ustedes pensarán que es una exageración, pero no es así. Como se ha dicho en exposiciones anteriores, el arbitraje son los árbitros; puede haber una ley muy bonita, un reglamento fabuloso, todo lo que quieran, pero, si el tribunal

³⁰ ZOLEZZI IBÁRCENA, LORENZO. «Ética de los árbitros». *Op. cit.*, p. 35.

arbitral no es fiable, vas a tener un mal arbitraje, si el tribunal arbitral es un tribunal que ya tiene predeterminada una decisión, ya no va a haber una solución que sea adecuada, todo estará perdido.³¹

El sistema que proponemos tiene como objeto que la información sobre las relaciones entre árbitro-parte-abogado, esté a disposición de quien no participó en anteriores arbitrajes con los referidos sujetos. Su finalidad es lograr la mayor transparencia en lo que atañe a la designación de árbitros, momento crucial de cualquier arbitraje, y que en gran medida, permite conocer cómo se desarrollará el proceso arbitral. Si desde el inicio hay transparencia entre los partícipes del arbitraje, es seguro que en su desarrollo éstos buscarán mantenerla.

³¹ CASTILLO FREYRE, Mario. «La responsabilidad y la ética de los centros de arbitraje». En *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje 2010*. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2012, p. 233.

PANORAMA ACTUAL DEL ARBITRAJE 2015
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
OCTUBRE DEL 2015, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ

