

**ARBITRAJE Y  
DEBIDO PROCESO**



# **ARBITRAJE Y DEBIDO PROCESO**

**Biblioteca Estudios de Arbitraje  
(Volumen II)**

PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**Lima, 2007**



## ÍNDICE

### Índice

Introducción	7
1. ORÍGENES DEL ARBITRAJE Mario Castillo Freyre	17
2. IMPARCIALIDAD EN LA CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ALCANCES DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE Mario Castillo Freyre	41
3. KOMPETENZ-KOMPETENZ: ¿QUIÉN DEBE RESOLVER ACERCA DE LA VALIDEZ DE UN CONVENIO ARBITRAL? Irene Martínez Cárdenas	57
4. PLAZO PRESCRIPTORIO DE LA ACCIÓN DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR EL REPRESENTANTE Mario Castillo Freyre	73
5. TODO PRESCRIBE TODO CADUCA, A MENOS QUE LA LEY SEÑALE LO CONTRARIO Felipe Osterling Parodi Mario Castillo Freyre	117
6. ¿LO RECUSAMOS O NO LO RECUSAMOS? CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE DEL ESTADO Mario Castillo Freyre Ricardo Vásquez Kunze Rita Sabroso Minaya	141

## INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que la actividad profesional constituye inmejorable fuente de conocimiento y experiencia.

Así lo entendemos todos quienes ejercemos la profesión de abogado.

Nuestro Estudio, dentro de los diversos servicios profesionales que brinda a sus clientes, cuenta con un área de arbitraje. En ella hemos visto diversos casos, muchos de los cuales han representado para nosotros experiencias fundamentales en esta área del conocimiento jurídico.

Es así que hace algunos meses mis socios y yo acordamos que el Estudio realice un esfuerzo colectivo brindando a la Comunidad Jurídica, a modo de artículos o ensayos, nuestras experiencias sobre algunos de esos casos, naturalmente, guardando absoluta reserva sobre identidades y situaciones puntuales, a la par que comentando temas de actualidad en materia arbitral.

Este cometido ha sido llevado adelante con el empeño de todos quienes vemos temas arbitrales en el Estudio, razón por la cual existen varios trabajos escritos por más de un autor.

Dichos trabajos no representan necesariamente la perspectiva que en el plano profesional sustentamos en defensa de los intereses de nuestros clientes o que fue objeto de consideración en algún proceso arbitral cuyo Tribunal integramos.

Se trata de un esfuerzo en el cual hemos volcado nuestra experiencia profesional al ámbito académico, de manera que los artículos que se publican en este volumen, representan y comprometen la opinión de quienes los han escrito, mas no la opinión de los demás integrantes del Estudio, ni la del Estudio como persona jurídica.

Hemos querido que este volumen, el segundo de nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, al igual que el primero, haya sido escrito en su integridad por miembros del Estudio. Sin embargo, en futuros volúmenes de nuestra Biblioteca, invitaremos a participar a distinguidos abogados y profesores especialistas en arbitrajes.

El contenido de *Arbitraje y Debido Proceso* es muy variado.

Se inicia con un trabajo titulado *Orígenes del Arbitraje*, escrito por mí, y que fuera el primer artículo que escribiera sobre la materia hace ya más de dos años.

El segundo trabajo, también de mi autoría, lleva por título *Imparcialidad en la conformación del Tribunal Arbitral: Alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje*, precepto que sanciona con nulidad la estipulación contenida en un Convenio Arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento.

El tercer trabajo es de Irene Martínez Cárdenas, practicante del Estudio y destacadísima alumna de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, el mismo que lleva por título *Kompetenz-Kompetenz: ¿Quién debe resolver acerca de la validez de un convenio arbitral?*

El cuarto trabajo, *Facultades del representante de una persona jurídica para celebrar un convenio arbitral*, lo he escrito junto a Rita Sabroso Minaya, asistente legal de mi Estudio, y con quien publiqué en el año 2006, el libro *La teoría de los actos propios*.

El tema de las facultades del representante tiene con respecto al arbitraje singular importancia, la misma que se ha puesto de manifiesto en la práctica arbitral peruana de los últimos años.

El quinto trabajo, *Plazo prescriptorio de la acción de ineficacia de los actos jurídicos celebrados por el representante*, corresponde a mi autoría y se basa en un alegato formulado por nuestro Estudio en la defensa de un cliente en el marco de un proceso arbitral.

Lo propio ocurre con el sexto trabajo, el mismo que lleva por título: *Todo prescribe, todo caduca, a menos que la ley señale lo contrario*. Este artículo, sin embargo, contó con la participación, en calidad de coautor, del doctor Felipe Osterling Parodi, maestro del suscrito y amigo de todos nosotros.

En el séptimo trabajo, *¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del estado*, Ricardo Vásquez Kunze, Rita Sabroso Minaya y yo hacemos un recorrido por la infinita casuística de la recusación de los árbitros, uno de los temas más complejos y desagradables del arbitraje.

Con Ricardo hemos escrito, además del primer volumen de la *Biblioteca de Arbitraje*, titulado *Arbitraje. El juicio privado: La verdadera reforma de la justicia* (Lima, 2006), *Analizando el Análisis. Autopsia del Análisis Económico del Derecho por el Derecho Civil* (Lima, 2004) y *La reforma de la enseñanza jurídica en debate. Métodos y contenidos en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (Lima, 2005).

El octavo trabajo lo escribí en coautoría con Sonia Flores Jara, ex practicante y ex asistente legal de mi Estudio, quien hoy se desempeña como Secretaria Ejecutiva de la Comisión Coordinadora del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad

Católica del Perú. Con Sonia escribimos *La recusación en pleno del Tribunal Arbitral*, y lo hicimos con el propósito de llenar la laguna del Derecho existente en la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje.

El noveno trabajo lleva por título *Comentarios al Proyecto de Modificación de la Ley General de Arbitraje*, y el mismo lo escribí en coautoría con Rita Sabroso Minaya, Irene Martínez Cárdenas y Rosana Rosales Báscones, esta última, al igual que Irene, muy destacada alumna de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y practicante de mi Estudio.

Como se sabe, hace algunos meses fue publicado en la página web del Ministerio de Justicia, un proyecto modificatorio de la Ley General de Arbitraje, elaborado por una Comisión que el Ministerio designó para tal efecto.

El nuestro constituye el primer análisis integral y minucioso de este proyecto y resalta sus bondades, mayoritarias por cierto, a la vez que precisa sus imperfecciones y aquellas materias en las que mantenemos discrepancias.

El décimo trabajo lleva por título *El derecho a probar y las facultades de los árbitros en cuanto a las pruebas*, y lo escribí en coautoría con Krhis Olivera Piélagos, ex practicante de mi Estudio y muy destacada alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

El undécimo trabajo, *Valoración del daño: alcances del Artículo 1332 del Código Civil*, se basa en una ponencia sustentada por mí en el Segundo Seminario de Responsabilidad Civil «Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia, civil, penal y laboral», realizado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre los días 12 y 15 de septiembre de 2005.

Aquí se aborda el importante tema de la valoración de los daños, ya que es a través de las indemnizaciones que el Derecho trata de remediar el incumplimiento de las obligaciones y resarcir a los perjudicados, de manera tal que no se quebranten principios básicos de equidad y justicia.

El duodécimo trabajo, *¿Un laudo inhibitorio?*, fue escrito por Verónica Rosas Berastain y se basa en un caso real ocurrido hace algunos años y en el que nuestro Estudio fue abogado de parte.

Verónica es abogada del Estudio y ha colaborado conmigo en cuatro obras: *Cuatro temas de hoy* (Lima, 2005); *Ni urgente, ni necesario; más bien: defectuoso. Comentarios muy críticos al Anteproyecto Oficial de Reforma del Código Civil de 1984* (Lima, 2005); *Análisis de la Ley de la Garantía Mobiliaria* (Lima, 2006); y *Por qué no se debe reformar el Código Civil* (Lima, 2007). Asimismo, se tituló de abogada en la Pontificia Universidad Católica del



Perú con la tesis *Aspectos relevantes de la responsabilidad civil extracontractual de nuestro tiempo*, la misma que será publicada próximamente.

El décimotercer trabajo me pertenece en autoría y lleva por título *Las medidas cautelares y el laudo arbitral*, primeras líneas escritas en el Perú sobre la materia.

El décimocuarto trabajo, *Arbitraje y amparo*, le pertenece a Carla Estefanía Rodríguez Angulo, practicante del Estudio y destacadísima alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón.

En dicho artículo, Carla hace un estudio de cuál es la situación del tema en el Perú, a raíz de las sentencias que el Tribunal Constitucional emitió sobre el particular en el año 2006.

Y la obra concluye con el trabajo titulado *Ejecución de un laudo peruano en los Estados Unidos de América*, escrito por Laura Castro Zapata, socia fundadora de mi Estudio, y en el que se exponen algunos aspectos de un complejo problema que fue objeto de consulta a nuestro Estudio en meses pasados.

Esperamos que este esfuerzo institucional sea de utilidad para el medio jurídico nacional.

Lima, noviembre del 2006

Mario Castillo Freyre

**ORÍGENES DEL ARBITRAJE**  
Por Mario Castillo Freyre

## ORÍGENES DEL ARBITRAJE\*

## 1. INTRODUCCIÓN

Históricamente, el arbitraje tiene un origen muy remoto e incluso puede afirmarse que es la primera forma de administrar justicia. En este sentido, existen relatos griegos que narran que los conflictos entre héroes mitológicos, eran solucionados por terceros sabios que eran elegidos por los contendientes. Asimismo, en épocas en las que aún no existían leyes ni tribunales, la costumbre era la que regía las relaciones entre particulares, la misma que aconsejaba, como sistema más conveniente en caso de conflicto entre éstos, que la solución sea determinada por un tercero imparcial, amigo de las partes.<sup>1</sup>

Los pasajes bíblicos relatan casos en los que las controversias eran resueltas por árbitros. Al respecto, Humberto Briseño<sup>2</sup> señala que la institución del arbitraje, *«tomada del Derecho Romano [...], era practicada en la época bíblica como lo demuestra el ejemplo de Jacob y Labán,<sup>3</sup> aunque cabe recordarla en materia internacional con el conflicto relativo a la sucesión del trono de Darío, resuelto por Artabanes en favor de Jerjes, o con la controversia surgida entre Ciro y el rey de Asiria, que Jenofonte sostiene fuera decidida por un príncipe de la India»*.

Finalmente, la historia de los pueblos comerciantes de la antigüedad narra litigios entre mercaderes griegos y fenicios que acudían al arbitraje con la finalidad de solucionar sus conflictos. Demóstenes refiere que en Atenas, Solón expidió leyes reconociendo el arbitraje, cuyo laudo no era susceptible de recursos.<sup>4</sup>

Sin embargo, cabe resaltar que fue en el Derecho Romano donde el arbitraje se configuró como un sistema organizado de impartir solución pacífica a las controversias surgidas entre familiares o entre familias, mediante la decisión de terceros imparciales, los cuales, una vez conocidas las causas del conflicto, decían la última palabra.<sup>5</sup> Por tal razón, es que procederemos a desarrollar con mayor precisión, en el siguiente acápite, la evolución del arbitraje en el Derecho Romano.

## 2. EL ARBITRAJE EN EL DERECHO ROMANO

La doctrina más autorizada considera que es en el Derecho Romano donde la institución del arbitraje adquirió raíces propias.<sup>6</sup>

La institución del arbitraje surge como consecuencia de la necesidad de solucionar conflictos que se suscitaban entre particulares, en épocas en las que aún no hacía su aparición el proceso judicial oficial.<sup>7</sup> El arbitraje, en estas circunstancias, se resumía como la situación en la que los particulares en conflicto sólo estaban de acuerdo en elegir un tercero imparcial investido de *auctoritas*, con la finalidad de que solucione la controversia, por lo que la decisión de este tercero debía ser obedecida por los litigantes.

En un inicio, según precisa Freixas Pujadas,<sup>8</sup> el *paterfamilias* —jefe del grupo familiar— era quien actuaba como el tercero imparcial. Posteriormente, este papel fue atribuido a un árbitro al que recurrían voluntariamente las partes para plantearle los conflictos o disputas mediante una ordalía, llena de ritos y reglas con un fuerte carácter religioso. Finalmente, se aceptó que las partes en conflicto eligieran libremente al tercero imparcial que resolvería sus discrepancias.

Cabe resaltar que es en la Ley de las XII Tablas donde aparece el procedimiento y la intervención de un magistrado, cuya función era impedir el ejercicio de la justicia privada basada en la venganza, a través de la imposición de pactos entre las partes. Es así que el establecimiento de una composición pecuniaria fija sustituye a la venganza, y determina como obligatorio un arbitraje que se pronuncia sobre la justicia o injusticia de los reclamos formulados. De esta manera, se intentaba alcanzar la justicia desde los inicios del Derecho Romano, sin suprimirle su carácter privado y voluntario.<sup>9</sup>

Lo descrito operó dentro de un contexto en el que la comunidad era pequeña. Con el paso del tiempo, la comunidad creció considerablemente y con ello se acrecentaron los conflictos entre sus integrantes. Esta situación determinó que surgiera un sistema oficial de solución de conflictos, con lo que se da inicio al procedimiento ordinario, el cual se nutriría del antiguo procedimiento arbitral.<sup>10</sup> A pesar del nacimiento del procedimiento judicial, el arbitraje no perdió vigencia, gracias a las considerables ventajas que este procedimiento ofrecía a los particulares.

En el Derecho Romano se distinguía el proceso público del proceso privado. En efecto, un rasgo peculiar de este último consistía en que la delimitación de la materia litigiosa era establecida por las partes, habida cuenta de que aquello que se discutía era de interés particular. Por tales consideraciones, la solución del conflicto estaba reservada a un órgano privado, elegido o aceptado por las partes y no al órgano jurisdiccional oficial. Como contrapartida de esta situación, los particulares en conflicto se comprometían, a través de un contrato arbitral, a cumplir con la decisión del órgano privado.

Cabe anotar que en el Derecho Romano el *ius privatum*, como anota Juan Iglesias,<sup>11</sup> era zona reservada, por lo que el ámbito normativo estatal (la *lex*, el *senatusconsultum* y la *constitutio principis*) raramente intervenía en su formación y desarrollo. La razón de esta mínima intervención, de acuerdo al citado autor, radica en que el territorio del Derecho

privado parte de la concepción de este Derecho como familiar. En este sentido, las familias —cada una desde su núcleo—, logran mantener su propio ordenamiento jurídico, al amparo de unos *mores*, cuya ancestral sacralidad nadie puede cuestionar, ni siquiera el propio Estado. Esta situación explica por qué el Derecho romano, en todo su decurso histórico, tiene por protagonistas a los *paterfamilias*.

Con respecto al proceso público, en Roma éste tenía dos características fundamentales; a saber: era iniciado siempre por un magistrado o por cualquier ciudadano que representara en ese momento el interés público, en la medida de que este proceso tenía como finalidad defender el interés de la comunidad a través de la aplicación de sanciones ante la vulneración del Derecho. La segunda característica del proceso público romano radicaba en que la decisión final en torno al conflicto correspondía a un órgano público con competencia jurisdiccional, lo que en la actualidad sería equiparable al proceso penal.<sup>12</sup>

Por otro lado, consideramos pertinente tener presente las diferentes etapas del Derecho Romano con la finalidad de entender la evolución que sufrió el arbitraje a lo largo de estos períodos.

La doctrina mayoritaria estima que el Derecho romano se dividió en las siguientes etapas: arcaica (754 a.C.-367 a.C.), republicana o preclásica (367 a.C.-27 a.C.), clásica (27 a.C.-284 d.C.), postclásica (284 d.C.-476 d.C.) y justiniana (476 d.C.-565 d.C.).

Los periodos en mención deberán ser relacionados con las etapas del procedimiento civil romano, en la medida de que el arbitraje posee notas de carácter procesal. En este sentido, la doctrina en general distingue las siguientes épocas:

- a) La época de la *legis actiones* o acciones de ley, que se extiende desde los orígenes de la civitas hasta la mitad del siglo II a.C. Este procedimiento se aplicó durante la etapa arcaica, republicana y parte de la clásica. La *legis actio* constituye la forma más antigua de enjuiciar en el Derecho romano; asimismo, representó el imperio de la forma, impregnado todo de rito y de solemnidad.<sup>13</sup>
- b) La época del procedimiento *per formulas* o procedimiento formulario, que comprende la segunda mitad del siglo II a.C. hasta el siglo III d.C. Este procedimiento coincide con el período clásico.
- c) La época del procedimiento *extra ordinem, cognitio extra ordinem* o *extraordinaria cognitio*, instaurado en el siglo III. Este

procedimiento se desarrolla fundamentalmente a partir de la etapa postclásica.

En la etapa procesal de la *legis actiones* el proceso estaba dividido en dos etapas perfectamente diferenciadas: una primera, *in iure*, que se seguía ante el magistrado investido de *iurisdictio* o *ius*, y una segunda fase, *apud iudicem*, ante un juez o un árbitro elegido por las partes, encargado de la *iudicatio* o *iudicium*.

Con la finalidad de acudir al mismo existían cinco *legis actiones*. Entre ellas se encontraba la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, que consistía en la petición de un *iudex* o un *arbitrium*.

El proceso se iniciaba ante el pretor, dotado de *iurisdictio*, quien mediante una serie de actos solemnes y en presencia de testigos (*litis contestatio*) decidía si el actor podía o no actuar, demandando en el supuesto concreto que planteaba.<sup>14</sup>

Posteriormente, en la siguiente fase del proceso civil, el pretor otorgaba, bien a un *iudex*, bien a un *arbitrer*, el mandato de juzgar. La misión de éstos, aunque respaldada por la *iurisdictio pretoria* que había ratificado su nombramiento, suponía una actuación libre, no sometida a ningún tipo de limitación. Solamente debían comprobar el cumplimiento exacto de la fórmula por parte de los litigantes y, dentro de ese marco, quedaban sujetos únicamente a las reglas de la moral, el honor y la buena fama.

Cabe resaltar que lo descrito era el procedimiento oficial que debe diferenciarse del arbitraje propiamente dicho.

Al arbitraje se le denominaba *compromissum* y, al tercero designado por las partes para resolver la controversia suscitada entre ellas, se le llamaba *arbiter ex compromisso*.

Lo común a ambos procedimientos era que las partes acudían a éstos cuando se suscitaba un conflicto entre ellas. Al respecto, Silvia Gaspar<sup>15</sup> expresa que «la circunstancia que determinaba que las partes acudiesen, tanto al *iudex* o al *arbiter* de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, como al *arbiter ex compromisso* era la existencia de un conflicto entre ellas».

En contraste con lo expresado, agrega la citada autora que, en el caso del arbitramiento, la designación del tercero no era con la finalidad de que éste resuelva un verdadero conflicto. Es así, que en las distintas épocas del procedimiento civil romano fue frecuente la intervención de un tercero, al que las partes elegían de mutuo acuerdo con la finalidad de que éste determine alguno de los elementos de la relación jurídica que aquéllas hubieran dejado relativamente indeterminada al momento de realizar el negocio jurídico de que se trataba.

Agrega Silvia Gaspar<sup>16</sup> que «Con todo, a la vista de las fuentes se advierte también que la distinción entre *iudex*, *arbiter* y *arbiter ex compromisso* no resulta clara. Así, por lo que concierne a la diferencia entre *iudex* y *arbiter*, un ejemplo de la dificultad al respecto lo tenemos en la propia *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*. En ésta se habla de *iudex o arbiter*, sin que exista certeza de que se quisiera hacer una efectiva distinción entre uno y otro».

La mencionada situación, precisa la citada profesora, ha dado lugar a diversas interpretaciones, de tal forma que existen quienes sostienen que la figura del *iudex* y del *arbiter* corresponde a una misma persona, mientras que otros afirman que entre ellos existían notables diferencias. Al respecto, Arangio Ruiz<sup>17</sup> dedujo que cuando en el litigio se reclamaba dinero concreto y cierto debía nombrarse un *iudex* único; y por el contrario, cuando la reclamación era incierta, debían ser árbitros los juzgadores.

En sentido similar, Pugliese<sup>18</sup> entiende que se sometían al *arbiter* primordialmente los procesos que requerían considerable discreción,<sup>19</sup> así como los asuntos que, a pesar de formar parte del *ius civile*, para ser resueltos necesitaban que se dejara un amplio margen de libertad de apreciación, al que hubiera de resolverlos. Por lo tanto, el citado autor considera que las facultades del *arbiter* —*arbitrium*— eran, sin duda, más amplias para el desempeño de su encargo.

Con respecto a los asuntos que eran resueltos por el *arbiter*, se pueden mencionar los siguientes: la división de una comunidad familiar (*arbitrum familiae erciscundae*), la división de una cosa común (*arbitrum communni dividundo*) y la asignación de partes en una cosa o comunidad patrimonial (*aestimatio*).<sup>20</sup>

Silvia Gaspar considera que lo que resulta claro es que el *iudex* y el *arbiter* a los que se refería la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* de las XII Tablas, no guardaban relación con el *arbiter ex compromisso*. El *compromissum* traía causa de dos o más estipulaciones de las partes con carácter absolutamente privado, de manera que en la formación y perfeccionamiento de dicho compromiso no intervenía en ningún momento la autoridad pública del pretor. En consecuencia, este árbitro no quedaba sometido a la plantilla formularia; así, aun cuando tuviera que decidir sobre reclamaciones de derecho estricto, el *arbiter ex compromisso* podía llevar a cabo las compensaciones que considerara oportunas entre las partes y, en general, asumir la misma actitud que desempeñaba el juez en los *iudicia bonae fidei*.

Asimismo, el *arbiter ex compromisso* gozaba de plena libertad para dictar sentencia. La única limitación al respecto estaba representada por el contenido del *compromissum* celebrado voluntariamente entre las partes. Y es que, en estos casos, el *compromissum* consistía en el presupuesto necesario de su actuación ulterior. Según precisó Cicerón: «nadie podía actuar como Juez, sobre cuestiones que afectaran no ya a la reputación



de una persona, sino incluso a sus más pequeños intereses pecuniarios, a menos que las partes convinieran en aceptarlo».<sup>21</sup>

De esta manera, Silvia Gaspar<sup>22</sup> considera que «puede afirmarse que la estipulación del *compromissum* se verificaba fundamentalmente para las reclamaciones no previstas en el Edicto pretorio y para las que el pretor no daba acción decretal».

Asimismo, recuerda la citada autora que las sentencias que emitían el *iudex* o el *arbiter* en el procedimiento ordinario eran vinculantes por la intervención del magistrado. A pesar de ello, cabe resaltar que constituyó un requisito esencial del *compromissum* el agregar una estipulación penal, recíprocamente acordada por las partes, con la finalidad de que la sentencia obtenida como resultado del mismo tuviera fuerza vinculante plena.

Al respecto, Valiño<sup>23</sup> señala que el fundamento del cumplimiento de una sentencia variaba según quien la hubiese dictado, un *iudex* o un *arbiter*, siguiendo el procedimiento de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, o por el *arbiter ex compromisso*. En el primer supuesto, el fundamento se encontraba en la autoridad política (*potestas*) que respaldaba la sentencia. En la medida de que ésta tenía mero carácter declarativo, la propia autoridad política requería, además, su ejecución. Con respecto al fundamento del cumplimiento de la sentencia del *arbiter ex compromisso*, éste se hallaba en la autoridad (*auctoritas*) que otorgaban las partes a aquél. En estos casos, de configurarse el incumplimiento de la decisión arbitral, sólo cabía el pago de la multa correspondiente, que previamente habían acordado las propias partes para estos efectos.

Cabe señalar que contra la sentencia dictada por el *arbiter*, no existía la posibilidad de apelación. En este sentido, una vez dictada esta sentencia, incurría en pena *qui contra sententia arbitrii petit*. Ello no sólo respecto de pedir cosa distinta, sino también en el de reclamar cuando el conflicto ya se había resuelto. La única posibilidad para oponerse a la sentencia de un *arbiter ex compromisso* fue la *exceptio doli*.<sup>24</sup>

Por otro lado, en la etapa del procedimiento formulario se mantiene el *iudicium privatum*, el mismo que tiene naturaleza arbitral,<sup>25</sup> pero se sustituye la forma oral por la escrita. Asimismo, se establece el control de la autoridad estatal, aunque éste se hallaba reducido a impedir que se sometieran al *iudex* o al *arbiter* relaciones no protegidas por el derecho objetivo; así como a conminar sanciones contra quienes se negasen a acudir a este procedimiento cuando, previamente, se hubieran comprometido al mismo; y a garantizar que la controversia sometida a resolución fuera adecuadamente concluida.<sup>26</sup>

En este contexto, el que debía decidir en torno al conflicto era el *iudex* o *arbiter* elegido por las partes, actividad que realizaba de acuerdo con lo solicitado por los litigantes en la fórmula. Sin embargo, se instauraron ciertos medios con la finalidad de revocar las sentencias que se hubieran pronunciado contra la equidad o que hubieran

lesionado gravemente el derecho de uno de los litigantes. Estos medios fueron: la *actiosi iudex litem suma facerit*, la *actio iudicati* y la *restitutio in integrum*. A pesar de esto, la mencionada posibilidad se entendió como una vía extraordinaria, en la medida de que permitía al pretor evaluar el problema de fondo de la cuestión. Cabe resaltar que, con respecto al *compromissum* no era posible, en ningún caso, la revocación de la decisión del tercero elegido por las partes.<sup>27</sup>

Junto con el proceso descrito, continuó existiendo la posibilidad de que las partes en conflicto resolvieran sus diferencias por sí mismas, sometiéndose a la resolución de un amigo elegido de común acuerdo y sin intervención alguna del Estado. Esto hace evidente que la vigencia del procedimiento oficial del *ordo*, no constituyó un obstáculo para que los particulares resolvieran sus discrepancias recurriendo al arbitraje puramente privado. Asimismo, la decisión obtenida por esta vía continuaba siendo inatacable, por lo que se excluía la apelación.<sup>28</sup>

Finalmente, la etapa de la *cognitio extra ordinem* es aquella en que comienzan a tramitarse los procesos fuera del *ordo iudiciorum privatorum*, con lo que se deja de lado la antigua forma de litigar, propia de la Roma Clásica. Cabe señalar que en el período post clásico, el proceso romano evoluciona teniendo como principios rectores, los de publicismo y jerarquización. Es así, que la *cognitio extra ordinem* ante el emperador y sus delegados se constituye como el procedimiento ordinario, desplazando al procedimiento formulario basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Es preciso anotar que este tipo de proceso, en un inicio, tuvo una injerencia determinante en el ámbito penal; en cambio, en el área civil sólo tuvo una presencia tímida. Sin embargo, en la época constantiniana, el proceso de la *cognitio extra ordinem* alcanzó a ser la única forma procesal; de tal manera que el magistrado recibía las quejas y, una vez analizadas las pruebas, resolvía sin recurrir en ningún momento a las reglas del procedimiento formulario.<sup>29</sup>

En el sistema jerárquico de Diocleciano, la justicia únicamente fue administrada en nombre del emperador y por los funcionarios que dependían de él; por tanto, con exclusión de los magistrados de la etapa anterior y, finalmente, desapareciendo la jurisdicción del pretor.<sup>30</sup>

Con respecto a los diferentes tipos de procesos que aparecieron en el Derecho Romano, Silvia Gaspar<sup>31</sup> considera que tanto el sistema litigioso del *ordo iudiciorum privatorum* como el del *cognitio* convivieron juntos dentro de la misma legalidad procesal, siendo factible—seguramente a instancia de los interesados— litigar válidamente por cualquiera de los dos sistemas. Sin embargo, al margen de los mismos, el arbitraje puro (*compromissum*), de la manera que se venía concibiendo, no dejó de existir. Asimismo, Justiniano dictó medidas en apoyo de la eficacia de las decisiones de los *arbiter ex compromissum*, ya que estableció la presunción legal de que las partes confirmaban

tácitamente la decisión arbitral, una vez transcurridos diez días desde que ésta fuera emitida.

### 3. EL ARBITRAJE EN LA EDAD MEDIA

En la Edad Media el papado fue iniciador y promotor del arbitraje. La *autoridad pontificia* entendía que su misión no se limitaba a la difusión de la fe, la moral y los valores cristianos, sino que también comprendía el ejercicio de su autoridad tutelar sobre los poderes temporales, la misma que le permitía resolver conflictos, tanto internos como internacionales.

Paralelamente, frente a los conflictos que se suscitaban entre los burgueses, artesanos y comerciantes, surge la tendencia de resolver estas controversias en el seno de sus propios gremios o corporaciones, con la finalidad de lograr una solución más rápida y efectiva. Esta situación se comprende mejor si se toma en cuenta que la justicia del monarca se caracterizaba por la lentitud y por los complicados mecanismos procesales que entrampaban a los litigantes en procesos interminables. Este contexto resultó favorable para que los nuevos comerciantes optaran por dejar de lado la justicia del monarca y dieran prioridad al mecanismo del arbitraje.

Por su parte, los señores feudales recurrían al arbitraje para solucionar sus problemas, con la singularidad de tener al rey como árbitro.<sup>32</sup>

Por otra parte, debemos recordar también que el Fuero Juzgo<sup>33</sup> regula el arbitraje. Asimismo, en el Breviario de Alarico y en el *Liber Iudiciorum*<sup>34</sup> no se registran normas específicas sobre dicha institución, aunque este último cuerpo normativo establece una equivalencia entre los árbitros y los jueces, en lo que respecta al ámbito de la responsabilidad. Al respecto, Sara Feldstein y Hebe Leonardi<sup>35</sup> consideran que fue, tal vez, este escrito el que influyó para que el Fuero Juzgo recogiera el principio de considerar al árbitro como una especie de juez.

Es en este contexto que empieza a predominar una tendencia que concibe al arbitraje desde la perspectiva judicial, en desmedro de su aspecto contractual. Por tal razón, es que se comienza a utilizar terminología judicial y a otorgar a las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada.

Por su parte, en el Fuero Real —según recuerdan las citadas profesoras— se acentúan notablemente las mencionadas características, por lo que incluso se faculta a los alcaldes para constituir al arbitraje en procedimiento general.

Finalizando la edad media surge el procedimiento de la homologación del fallo arbitral ante el juez. Mediante este procedimiento, el magistrado otorgará a la providencia arbitral fórmula ejecutiva.<sup>36</sup>

#### **4. LA REVOLUCIÓN FRANCESA**

La presencia de la institución del arbitraje en Francia antes de la Revolución de 1789 se aprecia a través del Edicto de Francisco II, que data de agosto de 1560, confirmado por la Ordenanza de Moulins, donde se establecía la obligación de recurrir al arbitraje forzoso en los supuestos de conflictos entre mercaderes, demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. En caso de presentarse cualquiera de los asuntos mencionados, estos conflictos debían ser solucionados —sumariamente— por tres o más personas, elegidas por las partes, o a falta de esta elección, por el juez.<sup>37</sup>

Como consecuencia de la Revolución Francesa se proclama la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, habiéndose consagrado principios de razón y de justicia, conocidos como los Principios de 1789.<sup>38</sup>

Así, sobre la base del principio de la soberanía del pueblo se erigieron los principios de igualdad civil e igualdad ante la justicia. Este último principio implicaba que tanto los nobles como los villanos, los católicos como los protestantes, debían litigar ante los mismos tribunales. Es decir, las distinciones sociales que anteriormente otorgaban privilegios de impunidad eran dejadas de lado, para ser reemplazadas por principios más justos, como es el caso del de igualdad ante la justicia.

El sistema de justicia se organiza sobre la base de la supresión de los parlamentos,<sup>39</sup> prebostazgos,<sup>40</sup> bailías<sup>41</sup> y justicias señoriales. De esta manera, se instituye la autoridad del juez de paz para la solución de pequeños conflictos entre los ciudadanos de un cantón, la autoridad de un tribunal civil en cada distrito, la autoridad de un tribunal criminal con asistencia del jurado por departamento, y la autoridad de un tribunal de casación o tribunal supremo, cuya función sería la de velar por la exacta aplicación de la ley. Asimismo, el arbitraje surge como la institución que refleja, en el ámbito del Derecho, el ideal de justicia entre los hombres.<sup>42</sup>

Dentro de este orden de ideas, resulta pertinente destacar que en la Francia post revolucionaria se reaccionó contra la corriente de pensamiento que propugnaba conceder poco o ningún valor a la institución del arbitraje, ya que esta tendencia se hallaba notablemente inspirada en los regímenes despóticos y absolutistas reinantes en Francia antes de la Revolución.

Asimismo, es de recordar que en el antiguo sistema judicial francés imperaban la complejidad y la lentitud, por lo que la institución del arbitraje se erige como una reacción contra lo que significaba la administración de justicia del antiguo régimen. Esta situación se ve reforzada si se aprecia que este tipo de justicia se concebía como más directa, simple y clara. Es por tal razón que la Asamblea Constituyente consagra en el artículo 1 del Título I de la Ley del 16 y 24 de agosto de 1790 que: «*El arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos*».

En este sentido, podían ser susceptibles de arbitraje todas las materias que involucraran el interés privado de las partes en conflicto. Asimismo, en el artículo 4 de la citada Ley se proscribió que las partes apelen de la sentencia arbitral, salvo en el supuesto en que éstas lo hubieran estipulado en el compromiso arbitral. En tal contexto se creó un tribunal arbitral particular, conocido con el nombre de Tribunal de Familia, encargado de resolver conflictos familiares o controversias sobre tutela que les presentaran los particulares.<sup>43</sup>

Esta tendencia fue seguida por la Constitución de 1791, en la que se reconoció como derecho natural el *derecho de comprometerse*, de tal forma que este derecho no podía ser restringido o disminuido por el Poder Legislativo. Cabe señalar que esta medida conllevó a excesos, los mismos que se tradujeron en la imposición del arbitraje para todos los negocios, razón por la cual los jueces llegaron a ser llamados *árbitros públicos*. Este contexto resultó favorable para que en el debate en torno al nuevo Código de Procedimiento Civil de 1806, se contemplara la posibilidad de excluir esta figura. Sin embargo, felizmente dicho intento no prosperó y el arbitraje continuó teniendo vigencia como una institución voluntaria.<sup>44</sup>

Lima, agosto del 2004.

# IMPARCIALIDAD EN LA CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ALCANCES DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

Por Mario Castillo Freyre

## IMPARCIALIDAD EN LA CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ALCANCES DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 14 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

*Mario Castillo Freyre\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. POSICIÓN PREDOMINANTE DE UNA DE LAS PARTES.— 3. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

Resulta un valor entendido dentro de los conceptos básicos de la administración de justicia, el que ella sea impartida por un tribunal imparcial.

Según la Real Academia Española,<sup>45</sup> la imparcialidad es la *falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud*.

Si bien la materia no se encuentra expresamente contemplada en el texto constitucional dentro de los principios y derechos de la función jurisdiccional, contenidos en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, resulta absolutamente claro que el concepto de tribunal imparcial atraviesa implícitamente todas las garantías de la administración de justicia, en la medida de que ella no podría ser impartida por tribunales que, en esencia, no reúnan la característica fundamental de imparcialidad.

Entendemos que el concepto de tribunal imparcial se encuentra implícito dentro de las garantías de la administración de justicia, en tanto y en cuanto es el Estado el que administra justicia a través del Poder Judicial, concepto que por razones obvias, se extiende a todo tribunal que deba impartir justicia, incluyendo a los tribunales militares y a los tribunales arbitrales.

Por otra parte, es necesario resaltar que la imparcialidad de los tribunales se encuentra implícita en la administración de justicia regular, en la medida de que los jueces son designados para ocupar cargos permanentes, y en la medida, también, de que la propia Constitución prohíbe en su artículo 139, inciso 3, segundo párrafo, la formación de tribunales *ad hoc*, desviando a las personas de la administración de justicia regular y preestablecida por la ley.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que la conformación de los tribunales ordinarios de justicia resulta —por esencia— imparcial, lo que se acrecienta si tenemos en cuenta que se trata de tribunales preordenados y preestablecidos al surgimiento del conflicto entre las partes.

Esto significa que los tribunales regulares de justicia existen con absoluta prescindencia de los conflictos que se vayan a suscitar en el futuro entre los particulares, y que por mandato legal estarán obligados a resolver.

Tal situación garantiza que cuando dos partes en conflicto recurran al Poder Judicial, se encontrarán frente a un tribunal que por una cuestión natural será absolutamente ajeno al conflicto. Se tratará, en buena cuenta, de magistrados que no tendrán compromiso alguno con las partes cuyos problemas tendrán que resolver.

En caso se produjese en los magistrados alguna relación de conocimiento, de parentesco, de afinidad, o incluso de animadversión con respecto a alguna de las partes en conflicto, la propia ley, es decir, el Código Procesal Civil, establece en el Título IX de la Sección Tercera, los supuestos de impedimento,<sup>46</sup> recusación,<sup>47</sup> excusación y abstención<sup>48</sup> de los magistrados, regulando el tema de manera escrupulosa entre los artículos 305 y 316 del referido cuerpo legal.

Con ello queremos resaltar o subrayar que la ley procesal y el ordenamiento jurídico en su conjunto, establecen todos los medios legales para que los tribunales sean imparciales, habida cuenta de que es esencial en la administración de justicia el que ésta no esté sesgada por la composición —también— sesgada de un tribunal de justicia.

Como es sabido, el propio artículo 139 de la Constitución, establece, en su inciso 1, la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, agregando que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

En lo que respecta a la jurisdicción militar, e independientemente de las características particulares que la puedan distinguir y, de hecho, la distinguen de la jurisdicción ordinaria, ésta y aquélla comparten un rasgo característico fundamental, cual es la preexistencia o preordenación de los tribunales de justicia, con respecto a los conflictos que se van a suscitar en el futuro y que serán materia de conocimiento por parte de dichos tribunales.

Ni los tribunales ordinarios, ni los tribunales militares son tribunales conformados *ad hoc*, es decir, especialmente integrados para el conocimiento y resolución de una controversia en particular.

Esta situación garantiza que los conceptos fundamentales en torno a la imparcialidad de los tribunales de justicia que hemos expresado en líneas anteriores, sean aplicables, por completo, a los tribunales militares.

Queda, entonces, por desarrollar, el tema relativo a la imparcialidad de los tribunales arbitrales, en lo que respecta a la conformación de los mismos, tema objeto del presente ensayo.

## **2. POSICIÓN PREDOMINANTE DE UNA DE LAS PARTES**

Es evidente, los tribunales arbitrales no preexisten al conflicto generado entre las partes; los tribunales arbitrales son —precisamente— conformados a raíz del surgimiento de ese conflicto, y son conformados con el único objetivo de resolver dicho conflicto.

La Ley General de Arbitraje reconoce distintas formas de designación de árbitros: por las propias partes, por un tercero, por una institución arbitral o por el juez, y en todas esas formas es exigible que las partes guarden una posición igualitaria o equivalente, es decir, que ninguna de ellas sea favorecida en la elección del árbitro o árbitros que han de dirimir la contienda.

La doctrina coincide en señalar que una de las condiciones fundamentales para el ulterior desarrollo del proceso, consiste en que el tribunal arbitral tenga una conformación absolutamente idónea e imparcial.

Tal como lo señala González de Cossío,<sup>49</sup> en el contexto de la constitución de un tribunal arbitral *pluri-membre*, la designación por cada parte de *su* arbitro es uno de los pasos estratégicos más determinantes del éxito de un procedimiento arbitral.

A entender de Ana María Chocrón,<sup>50</sup> se debe garantizar la igualdad de las partes. Dicha igualdad se manifiesta en dos ámbitos; a saber: la designación de los árbitros y la determinación de las reglas procesales.

En relación a la designación de los árbitros, la citada profesora nos dice que será nulo el convenio arbitral (cláusula arbitral) que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

La conformación imparcial del tribunal arbitral es tan importante, que el referido principio se encuentra recogido de manera expresa en la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, cuando el segundo párrafo de su artículo 14, establece lo siguiente:



Artículo 14.- «Separabilidad del convenio arbitral.-

[...]

Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida, o de las reglas de procedimiento». (El subrayado es nuestro).

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez<sup>51</sup> señala que las partes están obligadas a darle al convenio arbitral o cláusula arbitral un contenido equilibrado; por ello, la Ley General de Arbitraje sanciona con nulidad la estipulación que coloca a una parte en una situación de privilegio respecto de la otra en relación a la designación de los árbitros.

En ese sentido, la Ley se cuida de manera muy escrupulosa de que el proceso arbitral se vaya a desarrollar con absoluta pulcritud desde el comienzo.

Cuando hablamos de debido proceso, no sólo nos estamos refiriendo a que se cumpla con los plazos y con los trámites establecidos por la ley, o en el caso arbitral, en el acta de instalación del tribunal arbitral.

Es evidente que la Ley no acepta, por ejemplo, que exista una cláusula arbitral que establezca que los tres miembros del tribunal arbitral, o dos de los tres sean nombrados por una sola de las partes.

Dicha estipulación sería evidentemente nula.

Cabe precisar, tal como lo hacen Cantuarias y Aramburú,<sup>52</sup> que la posibilidad de que alguna de las partes pueda elegir al único árbitro o a la mayoría de los árbitros tratándose de un tribunal arbitral, se presentará en la generalidad de los casos cuando estemos ante un arbitraje *ad-hoc*, ya que si las partes pactan un arbitraje institucional, resultará difícil que nos encontremos ante un caso como el estudiado, ya que los reglamentos arbitrales establecen mecanismos de designación donde expresamente se reconoce la igualdad de las partes.

Con ello la Ley no está prejuzgando que los tres árbitros eventualmente designados por una sola parte, estén coludidos con ella; tampoco está cuestionando su idoneidad moral o profesional.

Simplemente está estableciendo una garantía básica, absolutamente fundamental, para el respeto al debido proceso y el desarrollo normal del mismo en el futuro.

Es evidente la nulidad de las cláusulas arbitrales que groseramente favorezcan a una de las partes.

Ello, en realidad, no constituye mayor problema en el plano teórico, pues difícilmente alguien podría sostener lo contrario, cuando la nulidad sea manifiesta.

Lo que no quiere la Ley es que las reglas del proceso, empezando por la designación de los árbitros que lo van a conducir, sean desproporcionadas en beneficio de una de las partes y en correlativo perjuicio de la otra.

Sin embargo, el problema fundamental no se encuentra allí.

El problema fundamental se encuentra cuando las reglas establecidas para la determinación de los miembros de un tribunal arbitral, se encuentran — aparentemente— en concordancia con la Ley, y con sus presupuestos de imparcialidad, pero, cuando en realidad dichas situaciones, de imparciales, sólo tienen la apariencia.

Nos referimos a aquellos casos en los cuales se guarden las formas y se establezca que cada parte designará a uno de los árbitros y que entre los dos escogerán al presidente del tribunal arbitral, pero, en defecto de señalamiento o de nombramiento por una de las partes, será un tercero el que suplirá dicho nombramiento o designación.

Por ejemplo, que se establezca en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le corresponda, dicha designación será hecha por la madre de su contraparte.

Que se establezca, además, que el mismo procedimiento se seguirá, si es que entre los árbitros designados por las partes (o designados a través de este procedimiento supletorio), no se lograra un acuerdo para nombrar al presidente.

En tal caso, será la madre de una de las partes la que designe al presidente.

Es claro aquí que se estaría cumpliendo con el requisito de que la designación supletoria de uno de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral, estaría siendo hecha por un tercero, pues no cabe duda alguna de que la madre de una de las partes no es, precisamente, parte en el proceso, en ningún sentido jurídicamente aceptable.

Otro ejemplo sería el caso en el cual se estableciera en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le corresponda, o en caso los árbitros de las partes no logren ponerse de acuerdo en quien presidirá el tribunal arbitral, dicha designación será hecha por una institución vinculada —de alguna manera— con alguna de las partes.<sup>53</sup>

Es claro aquí que también se estaría cumpliendo con el requisito de que la designación supletoria de uno de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral, estaría siendo hecha por un tercero, pues no cabe duda alguna de que la institución

(por más que esté vinculada de alguna manera con alguna de las partes) no es, precisamente, parte en el proceso.

Sin embargo, lo relevante de este último ejemplo es que la intervención de dicha institución podría llegar a consistir —incluso— en la designación de los tres árbitros.

Ahora bien, si nos ciñéramos estrictamente a las formalidades, tendríamos que sostener que esa designación supletoria del árbitro, o del presidente del tribunal arbitral, sería una designación válida, con el correlato de que ese tribunal arbitral podría conocer el futuro proceso y resolver todas las cuestiones relativas a su propia competencia.

Sin embargo, el Derecho no puede limitarse a este tipo de formalidades, pues todos sabemos que en un caso como el de nuestros ejemplos hipotéticos, una de las partes tendría todo a su favor, en la medida de que, dentro de un orden normal de las cosas, será ella la que pueda influir de una manera mucho más eficaz, con respecto a su propia madre o con respecto a la institución, para que haga una designación supletoria del árbitro o del presidente del tribunal arbitral, que se ajuste a la medida de sus intereses, es decir, a los intereses del propio hijo de quien hará tal designación o de la parte vinculada a la institución.

Con ello no estamos diciendo que esa madre o la institución, necesariamente, hagan una designación inequitativa. Con ello tampoco estamos diciendo que alguna de ellas, necesariamente, designará a alguien que como árbitro vaya a conducirse inescrupulosamente en el proceso.

Con ello sólo estamos diciendo que, objetivamente, esa cláusula arbitral pondría en ventaja a una de las partes por sobre la otra, pues, dentro de un orden de probabilidades, será mucho más posible que la designación supletoria de ese árbitro o del presidente, se ajuste a los intereses del hijo de esa madre o a los intereses de la parte vinculada a la institución, que a los intereses de su contraparte.

Esto significa que el procedimiento de designación del tribunal arbitral, no solamente debe ser idóneo en el aspecto formal, es decir, que no solamente debe revestir criterios de imparcialidad, en lo que respecta al cumplimiento de las formas, en el sentido de que sea un tercero el que proceda a efectuar la designación supletoria de un árbitro o del presidente.

Evidentemente, resultará indispensable que las partes hayan adoptado un mecanismo que, además del aspecto formal —que ineludiblemente debe ser transparente e imparcial—, en el aspecto de fondo también deba serlo.

Ello es así, en la medida de que la Ley no podría amparar que tales designaciones supletorias de árbitros sean efectuadas por personas naturales o jurídicas, cuya composición pudiera favorecer a una de las partes en perjuicio de la otra.

Tales situaciones se presentarían, fundamentalmente, en aquellos casos en los cuales la entidad o persona que se encargará de la designación supletoria de los árbitros, guarde mayor cercanía o afinidad con alguna de las partes en conflicto.

### 3. CONCLUSIONES

A nuestro entender, una situación de esta naturaleza debería merecer el análisis exhaustivo de tales vinculaciones por parte del órgano judicial encargado de estudiar y resolver el posible recurso de anulación del laudo que se funde en la causal contenida en el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitral.<sup>54</sup>

En tal sentido, deberán examinarse todas las ramificaciones, todos los vínculos que indiquen y demuestren de una manera u otra, que la designación supletoria puede afectar la idoneidad e imparcialidad del tribunal arbitral.

Este análisis debe ser efectuado cuando el tribunal arbitral se hubiere compuesto recurriendo al mecanismo cuestionado.

Por ejemplo, si volviésemos a nuestros ejemplos de la madre o de la institución vinculada a una de las partes, pero ocurriese que nunca se recurrió a ninguna de ellas para que hiciese una designación supletoria de árbitros, sin duda resultaría cuestionable que luego se alegue la anulación del laudo arbitral, invocando una inadecuada integración del tribunal y la violación de preceptos de orden público; ello, en la medida de que cada parte habría elegido a su árbitro, y entre ambos, habrían escogido al presidente del tribunal arbitral.

En otras palabras, aquí no habría nada que decir, porque por más inequitativa que fuere la cláusula arbitral, nunca llegó a activarse en la práctica el mecanismo inequitativo, habida cuenta de que la designación de los árbitros y del presidente, fueron hechas en estricto apego a la Ley y a la equidad.

El caso contrario se presentaría si la composición del tribunal arbitral se hubiese producido con la activación del mecanismo inequitativo e ilegal.

Para finalizar estas consideraciones, debemos señalar que en estos casos, mal podría hablarse de que la nulidad *se salvaría* porque las partes consintieron en dicho mecanismo de designación supletoria de árbitros.

Decimos esto, pues es valor entendido del segundo párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, el que las partes hayan pactado de mutuo acuerdo un convenio arbitral ilegal, razón por la cual, a pesar de haber creído que habían recurrido a un mecanismo ajustado a Derecho, ello no ocurrió en la práctica, y, en tal sentido, la Ley les concede esta salida.

Es necesario subrayar también que —en el presente caso— la nulidad contemplada en el referido segundo párrafo del artículo 14 de la citada Ley General de Arbitraje, es un supuesto que por naturaleza rebasa el *kompetenz kompetenz*, es decir, el principio por el cual el tribunal arbitral tiene exclusiva potestad para decidir las cuestiones relativas a su propia competencia, el mismo que se encuentra contenido en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje.<sup>55</sup>

Decimos esto, por cuanto mal podría resolver el propio tribunal, compuesto ilegalmente, acerca de su propia competencia. Ello, debido a que, en esencia, nos encontraríamos frente a un tribunal parcializado, pues el mismo tendría que renegar de sus orígenes.

Asimismo, sería muy difícil que la materia se pudiera resolver vía proceso de conocimiento, ante los tribunales ordinarios de justicia, pues lo más probable es que por una cuestión de orden formal, los mismos tuviesen que amparar la eventual excepción de incompetencia, basada en la existencia de un convenio arbitral, que eventualmente dedujera la parte demandada.

Lima, octubre del 2006.

**KOMPETENZ-KOMPETENZ ¿QUIÉN DEBE RESOLVER ACERCA DE LA VALIDEZ DE UN CONVENIO ARBITRAL?**

Por Irene Martínez Cárdenas

**KOMPETENZ-KOMPETENZ**  
**¿QUIÉN DEBE RESOLVER ACERCA DE LA**  
**VALIDEZ DE UN CONVENIO ARBITRAL?**

*Irene Martínez Cárdenas\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. PRINCIPIO KOMPETENZ-KOMPETENZ.— 3. EL CASO SANDVIK AB VS. ADVENT INTERNATIONAL CORPORATION.— 4. ¿QUIÉN DEBE RESOLVER ACERCA DE LA VALIDEZ DE UN CONVENIO ARBITRAL? — 5. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establece que los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso cuando existen oposiciones relativas a la existencia, eficacia o validez del propio convenio arbitral. Las propuestas de modificación de la mencionada Ley no pretenden cambiar esto, pues en el proyectado artículo 39 también se contempla que los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje o cualquier otra cuya estimación pretenda impedir que se entre a conocer el fondo de la controversia.

Sin embargo, a nivel internacional ha existido un debate doctrinario en torno a quién debe resolver acerca de la validez del convenio arbitral, a raíz de un caso muy sonado en los Estados Unidos de América.

En las próximas líneas analizaremos si la opción adoptada por el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje es la más adecuada.

## 2. EL PRINCIPIO DEL KOMPETENZ-KOMPETENZ

Una de las instituciones arbitrales más importantes, conjuntamente con el principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral,<sup>56</sup> es el principio de la «competencia de la competencia».<sup>57</sup>

La expresión *kompetenz-kompetenz*, según Roque Caivano,<sup>58</sup> se utiliza para definir la posibilidad que se reconoce a los árbitros para decidir acerca de su propia competencia, cuando ésta haya sido cuestionada; es decir, la posibilidad de resolver el planteamiento de incompetencia articulado a su respecto.

Las dos escuelas que con mayor abundamiento han desarrollado este principio son la alemana y la francesa. Para la escuela alemana —cuya postura es la más radical— el *kompetenz-kompetenz* implica que el árbitro, o en su caso el Tribunal Arbitral, debe ser el único capaz de decidir sobre su competencia.

Por su parte, la escuela francesa matiza el alcance de este principio al señalar que se refiere a que el árbitro debe ser el primer juez de su competencia, quedando esta decisión sujeta a la determinación final que haga el juez ordinario competente.<sup>59</sup> Lo que no precisa esta escuela es el momento en el que el juez debe realizar dicha determinación; sin embargo, Gerold Herrmann<sup>60</sup> explica que la primera decisión acerca de la validez o invalidez del convenio arbitral debe corresponderle al árbitro, y la última al juez.

Por otro lado, Francisco González de Cossío<sup>61</sup> señala que la interrelación juez-árbitro debe verse como una carrera de postas en la que juez y árbitro participan en tiempos distintos. Al principio la posta se encuentra en manos del juez, quien debe pasársela al árbitro mediante la remisión a arbitraje. A este último le corresponderá resolver el fondo de la controversia mediante el laudo arbitral; una vez que esto haya tenido lugar, la posta regresará a manos del juez, quien decidirá sobre la nulidad, reconocimiento y ejecución del laudo. Por lo tanto, será el árbitro quien decida primero, y será el juez quien lo haga posteriormente y de forma definitiva.

### 3. EL CASO SANDVIK AB vs. ADVENT INTERNATIONAL CORPORATION

Un caso emblemático, respecto al tema relativo a quién le corresponde decidir acerca de la validez del acuerdo arbitral, es el de Sandvik AB (en adelante Sandvik) vs. Advent International Corporation (en adelante Advent), seguido en los Tribunales de Justicia estadounidenses.<sup>62</sup>

En septiembre de 1998, Advent remitió a Sandvik una carta de intención proponiéndole la firma de un acuerdo de *joint venture*. En esta carta se establecía, además, que mientras Advent llevaba a cabo el *due diligence* respectivo, Sandvik no podría negociar con otros potenciales compradores.

En febrero de 1999 se llevó a cabo la firma del acuerdo de *joint venture*. El señor Huep firmó el acuerdo en representación de Advent; sin embargo, lo hizo en calidad de representante de facto, sin poderes suficientes.

El acuerdo de *joint venture* también contenía la siguiente cláusula arbitral:

«Si se llegase a presentar alguna disputa que derive de este acuerdo, y si ésta no pudiese ser resuelta de manera amigable a través de negociaciones, deberá ser

resuelta finalmente por medio de un procedimiento arbitral, de acuerdo a las reglas del Instituto Arbitral de Netherland».

En abril del mismo año, Advent notificó a Sandvik que no estaba dispuesta a cumplir con el acuerdo de *joint venture*, debido a que el señor Huep lo firmó sin el poder de representación suficiente.

Sandvik demandó a Advent, por incumplimiento contractual, ante la Corte Distrital de Delaware, sosteniendo que si Advent cuestionaba la validez del contrato suscrito entre ellas, debido a que quien lo había suscrito en su nombre carecía de representación, entonces también se estaba cuestionando la validez de la cláusula arbitral contenida en el referido contrato, ya que dicha cláusula arbitral fue firmada por el mismo representante.

Por otro lado, Advent sostenía que si bien ella cuestionaba la validez del contrato, quien tendría que decidir sobre la competencia del Tribunal Arbitral para solucionar el conflicto era el propio Tribunal Arbitral.

Tanto la Corte Distrital como la Corte Suprema —en apelación— fallaron a favor de Sandvik.

La Corte Distrital decidió no remitir a arbitraje el caso de autos, debido a que consideró que el convenio arbitral carecía de autoridad hasta que se determinara si las partes habían, efectivamente, celebrado un convenio arbitral válido. Es decir, la Corte concluyó que debía determinar si la cláusula arbitral era ejecutable, antes de remitir a las partes a arbitraje.

Para ello, la Corte Distrital esgrimió a lo largo de su sentencia los siguientes argumentos:

- Cualquier acuerdo firmado por un agente sin representación no es válido hasta que el supuesto representado lo ratifique.
- El arbitraje se origina contractualmente; por ello, una parte no puede ser obligada a someter a arbitraje una controversia que no haya sido acordada de someterse a arbitraje.
- Si nunca hubo un acuerdo arbitral, entonces, no hay ningún motivo para ordenar que las partes se sometan a un arbitraje.
- Primero se tiene que determinar si, efectivamente, existe un acuerdo para arbitrar.



- Si es que una de las partes niega la existencia de un convenio arbitral, entonces, no se puede acudir al procedimiento arbitral porque faltaría el acuerdo que vincule a las partes a hacerlo.
- Antes de que se ordene a una parte a recurrir a arbitraje —y por ende ser privada de acudir a la Corte—, debe existir un acuerdo expreso e inequívoco que así lo establezca. Si existen dudas acerca de la existencia del acuerdo, esta controversia debe ser resuelta por la Corte.
- Cuando una parte se resiste a someterse a un procedimiento arbitral, porque considera que el contrato en el que está contenida la cláusula arbitral es inválido, entonces, la Corte Distrital, antes de remitir a las partes a arbitraje, debe determinar si el contrato existe o no.
- Si es que una de las partes niega la existencia del contrato en el que está contenida la cláusula arbitral, la ejecutoriedad de esta cláusula es un tema que debe ser resuelto por la Corte.
- Si se cuestiona la validez de la cláusula arbitral, entonces, la Corte deberá decidir con respecto a esta controversia.
- La Corte debe determinar si el contrato y el convenio arbitral existen efectivamente; ya que, a menos que ambas partes admitan la validez y eficacia del convenio arbitral, no hay razón alguna para que se deba remitir a las partes a un arbitraje.
- La Corte no puede remitir a las partes de una disputa a un tribunal arbitral si es que aquélla encuentra que el acuerdo arbitral es nulo, ineficaz o inaplicable.
- Sólo los casos en que ambas partes estén de acuerdo con la existencia y validez del contrato y de la cláusula arbitral, deben ser remitidas a los árbitros.
- El Acta de Arbitraje Federal señala que no es suficiente que la Corte asuma que el convenio arbitral existe, sino que ésta debe estar segura de que no existe ninguna controversia entre las partes con respecto a la existencia del convenio arbitral.

En segunda instancia, la Corte Superior ratificó en su fallo la decisión de la Corte Distrital.

La Corte Superior señaló que la Corte Distrital actuó correctamente al determinar que ella debía decidir —antes de ordenar el arbitraje— si la firma del supuesto representante de Advent vinculaba a dicha empresa, puesto que ello constituye un

prerrequisito necesario para que la Corte cumpla a cabalidad con su función de determinar si la disputa debía ser sometida a un procedimiento arbitral —bajo los términos del convenio arbitral— o si debía ser decidida en sede judicial.

La Corte Superior sostuvo que las Cortes no deben asumir que las partes han acordado someterse a un procedimiento arbitral; sino que es necesario que la evidencia sea inequívoca y que esté completamente claro que las partes han querido eso. Además, es la Corte, y no el árbitro, quien debe decidir en primera instancia si la disputa debe resolverse por medio del arbitraje; de lo contrario, se estaría permitiendo a los árbitros determinar su propia competencia, cosa que no es aceptable en la jurisprudencia federal de arbitraje de los Estados Unidos de América, ya que en caso de discrepancia, el definir si la disputa debe ser resuelta o no por vía arbitral le corresponde al Juez, salvo que las partes hayan pactado algo diferente.

Asimismo, la Corte Superior añadió que aun cuando el fallo de la Corte consista en afirmar que el convenio sí es vinculante, no hay nada de absurdo en permitir a la Corte Distrital decidir si la cláusula arbitral es vinculante o no para las partes, cuando una de ellas niega el haber consentido el convenio arbitral; pues de suceder eso, se remitirá el caso a arbitraje, con la seguridad de que éste será válido.

De esta manera, conclusión final de la Corte Superior fue que cuando la existencia del acuerdo arbitral es materia de controversia, la Corte Distrital es la más indicada para negar que el caso se remita a arbitraje, hasta que se resuelva acerca de la existencia o no del convenio.

En el mismo sentido se pronunciaron los Tribunales argentinos al resolver el caso Cimic S.R.L. contra Ricardo Silva.<sup>63</sup> En este caso, la Sala B de la Cámara Comercial de la Capital Federal resolvió que «si el demandado se ha negado a someterse a juicio arbitral, a la actora no le queda otro camino que recurrir a la vía judicial para obligar a Silva a la formación del Tribunal Arbitral; ya que si la negativa del demandado se ha basado en la inexistencia de todo vínculo contractual entre las partes, esto es una cuestión previa de Derecho que, por su índole, escapa a la jurisdicción del Tribunal de amigables compondores, ya que ello implica negar la cláusula compromisoria que se invocaba al pretender celebrar compromiso».

#### **4. ¿QUIÉN DEBE RESOLVER ACERCA DE LA VALIDEZ DE UN CONVENIO ARBITRAL?**

Francisco González de Cossío,<sup>64</sup> en relación al tema, señala que existe contradicción entre los Tribunales Colegiados de su país (México). Mientras que algunos tribunales sostienen que dicha facultad compete al Juez, otros opinan que ésta le corresponde al árbitro.

La referida contradicción se origina debido a que, el primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio de México dispone lo siguiente:

Artículo 1432.- «El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.  
[...].» (El subrayado es nuestro).

Mientras que el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio de ese país establece lo siguiente:

Artículo 1424.- «El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.  
[...].» (El subrayado es nuestro).

En igual sentido se pronuncia el artículo II-3 de la Convención de Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), al establecer lo siguiente:

«El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable». (El subrayado es nuestro).

Precisamente el texto subrayado —a decir de Francisco González de Cossío—<sup>65</sup> es el que ha dado origen a diversas interpretaciones.

Algunos tribunales consideran que la facultad del Juez, que se consigna en el artículo 1424 del Código de Comercio de México, prevalece sobre la facultad del Tribunal Arbitral bajo el artículo 1432 del referido Código; mientras que otros tribunales consideran lo inverso.

En otras palabras, en algunos casos se ha considerado que la determinación de validez del acuerdo arbitral es parte de la facultad del Tribunal Arbitral de decidir sobre su competencia.

Mientras que en otros casos, se ha considerado que —al establecerse como excepción de la obligación de remitir al arbitraje, el que el Juez compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible, en caso de que en el juicio de origen se demande la nulidad del acuerdo arbitral— el Juez tiene la obligación de seguir un procedimiento, con todas sus formalidades esenciales. Por esto, sería competencia del Juez el determinar la validez del convenio arbitral, pues el remitir a las partes a arbitraje es actuar bajo la convicción de que el acuerdo arbitral es válido.

La razón por la cual se faculta al Juez para realizar la revisión y la determinación de la nulidad, ineficacia y/o inaplicabilidad del acuerdo arbitral, es que se consideró necesario crear un mecanismo para evitar el absurdo de realizar una remisión al arbitraje cuando es evidente que el acuerdo arbitral no lo justifica, al padecer éste de algún vicio.

A nuestro parecer no debería estar en tela de juicio ni la existencia ni la exigibilidad de estas normas (es decir, el artículo II-3 de la Convención de Nueva York y el artículo 1424 del Código de Comercio de México), ya que los jueces —cumpliendo estos mandatos legales— siempre deberían verificar la existencia y validez del convenio arbitral antes de remitir a las partes a un arbitraje.

Lo que sí nos parece discutible es el nivel de revisión que debe tener el Juez para la determinación de la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral. Por lo tanto, resulta conveniente analizar la forma en que diferentes judicaturas lo han interpretado y aplicado.

Como señala González de Cossío,<sup>66</sup> en algunas legislaciones como la francesa, el nivel de revisión al que está facultado el Juez para determinar la validez o no del convenio arbitral es limitado. Así, el artículo 1458 del *Code de Procedure Civil* establece que el Juez no puede declararse incompetente en el caso en el que el acuerdo arbitral sea *manifestamente nulo*. Es decir, el Juez deberá realizar una revisión limitada, preliminar o *prima facie* de la existencia del acuerdo arbitral.

En cambio, otras legislaciones permiten que el Juez pueda realizar una revisión total de la validez del acuerdo arbitral. Este es el caso de los Estados Unidos de América, Inglaterra y Alemania, en donde se contempla la posibilidad de entablar una acción especial para que el Juez realice una determinación preliminar sobre la jurisdicción del árbitro.

Así, cuando la materia controvertida sea el hecho mismo de que las partes hayan acordado arbitrar, le corresponderá al Juez determinar la validez de este acuerdo, a menos que las partes hayan pactado expresamente otorgar dicha facultad al árbitro.

La bondad de este tipo de regulación es evidente, ya que la determinación preliminar realizada por el Juez otorga certeza a la validez del convenio arbitral; y, de este modo, ahorra recursos al evitar tener que litigar ante un árbitro con quien se corre el riesgo de que luego el Juez determine que carecía de competencia. Pues cabe recordar que el inciso 1 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje contempla la nulidad del convenio arbitral como causal de anulación del laudo,<sup>67</sup> y lo mismo se establece en el artículo 73 del proyecto de modificación de esta Ley.<sup>68</sup>

Sería posible argumentar que este procedimiento podría ser usado como un mecanismo dilatorio del proceso por una de las partes, que a pesar de estar segura de

la validez del convenio arbitral, lo cuestiona ante el Juez. Ello, pues, para evitar la proliferación de este tipo de solicitudes frívolas, temerarias o que busquen únicamente retrasar o entorpecer el procedimiento arbitral, los jueces deberían estar facultados para imponer multas significativas en el proceso; así, quien decida someter a revisión judicial la validez del acuerdo arbitral, lo pensará dos veces y decidirá accionar únicamente cuando considere que tiene cierto mérito para hacerlo.

Incluso, en los países cuyo sistema es inverso al peruano, tampoco se podría afirmar que con la revisión judicial se entorpece el procedimiento arbitral, pues ante una solicitud de pronunciamiento judicial sobre la validez del acuerdo arbitral, el tribunal arbitral puede, o bien suspender el procedimiento en aras de obtener un pronunciamiento judicial, y evitar así el desperdicio de seguir un procedimiento arbitral en base a un acuerdo arbitral posiblemente inválido, o bien continuar con el procedimiento; es decir, no está obligado a detenerlo. Por lo tanto, la determinación judicial previa dará seguridad jurídica, mas no entorpecerá el procedimiento arbitral.

Además, si la voluntad del legislador hubiese sido que el Juez se abstuviese de intervenir hasta que el Tribunal Arbitral haya decidido sobre su competencia, ello pudo haberse establecido expresamente como se hizo en otros instrumentos como, por ejemplo, el artículo 6, inciso 3, de la Convención Europea de 1961.<sup>69</sup>

## 5. CONCLUSIONES

Son tres las posturas en torno a quién debe decidir acerca de la validez del convenio arbitral.

La primera postura —y la más radical— señala que el árbitro es el único facultado para hacerlo; la segunda —la más defendida por la doctrina, y la recogida por nuestra legislación arbitral— postula que el árbitro es el primer facultado para hacerlo, y que el Juez podrá realizar un control *ex post* de la validez del convenio arbitral, sólo si las partes deciden interponer un recurso de anulación del Laudo en la vía judicial; finalmente, la última postura es la que defiende que todo convenio arbitral cuya validez sea cuestionada deberá ser materia de decisión exclusiva por parte el Juez.

Esta última postura —no aceptada en el mundo arbitral, debido a que se la considera atentatoria a la autonomía del procedimiento arbitral— se ha venido aplicando recientemente en algunos Tribunales extranjeros, basándose principalmente en los siguientes argumentos:

- No se debe asumir que las partes han acordado someterse a un procedimiento arbitral; es necesario que la evidencia sea inequívoca y que esté completamente claro que las partes han querido eso.

- No hay razón alguna para que se deba remitir a las partes a un arbitraje, a menos que ambas admitan la validez y eficacia del convenio arbitral. Lo contrario implicaría desviarlas de la jurisdicción ordinaria en contra de su voluntad.
- La determinación preliminar de validez realizada por el Juez le otorga certeza al convenio arbitral, y ahorra recursos al evitar tener que litigar ante un árbitro con quien se corre el riesgo de que luego de todo el procedimiento arbitral y de la emisión del Laudo, el Juez determine que carecía de competencia.

Al margen de que la revisión *ex ante* de la validez del convenio arbitral pueda ser considerada intromisoria, cabe recordar que tanto los tribunales arbitrales como la judicatura deben entender que la función que ambos desempeñan no implica una lucha constante por determinar a quién le corresponde resolver el mayor número de litigios, sino que ella implica constante cooperación, en aras de resolver los conflictos de la forma más justa posible.

Lima, septiembre del 2006.

**FACULTADES DEL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA PARA  
CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL**

Por Mario Castillo Freyre y  
Rita Sabroso Minaya

**FACULTADES DEL REPRESENTANTE  
DE UNA PERSONA JURÍDICA PARA CELEBRAR  
UN CONVENIO ARBITRAL**

*Mario Castillo Freyre\**  
*Rita Sabroso Minaya\*\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. FACULTADES QUE DEBE TENER EL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA PARA CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL EN NOMBRE DE ELLA.— 2.1. ¿CUÁNDO EL GERENTE GENERAL PUEDE CELEBRAR VÁLIDAMENTE UN CONVENIO ARBITRAL?— 2.1.1. ¿EL CONVENIO ARBITRAL PUEDE SER CONSIDERADO UN CONTRATO ORDINARIO?— 2.1.2. ¿CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL ESTÁ DENTRO DE LAS FACULTADES GENERALES Y ESPECIALES PREVISTAS EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL?— 2.1.3. FACULTAD EXPRESAMENTE CONTEMPLADA EN EL ESTATUTO.— 2.2. ¿CUÁNDO UN REPRESENTANTE DISTINTO AL GERENTE GENERAL PUEDE CELEBRAR VÁLIDAMENTE UN CONVENIO ARBITRAL?— 3. ALCANCES DE LA REPRESENTACIÓN Y LOS ACTOS QUE NO OBLIGAN A LA PERSONA JURÍDICA.— 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

La jurisdicción arbitral no es equiparable a la jurisdicción ordinaria, ya que — entre otras diferencias— la función jurisdiccional es propia de la soberanía del Estado, mientras que la arbitral emana de un convenio privado.

En efecto, atendiendo a que la potestad de administrar justicia por el Poder Judicial es un derecho fundamental reconocido constitucionalmente, para la solución de controversias en esta vía no se requiere de ningún tipo de pacto; situación distinta a lo que ocurre en el arbitraje, en la medida de que en el arbitraje sólo se vincula a las partes que convencional y expresamente se sometieron a él.

Gamboa Serrano<sup>70</sup> señala que para celebrar el pacto arbitral se requiere en las partes la capacidad para transigir, es decir, capacidad para disponer sobre las diferencias o pretensiones que han de someterse al Tribunal Arbitral.

Así, el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, señala que pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las *partes tienen facultad de libre disposición*.

Por su parte, Martín Brañas<sup>71</sup> señala que es necesario que las partes se sometan expresa y voluntariamente a la solución arbitral, no siendo factible, en consecuencia, imponer a un sujeto un arbitraje sin esa aquiescencia previa.

En efecto, obligar a cualquier persona —natural o jurídica— a recurrir a un arbitraje que no ha convenido es inconstitucional, atendiendo al carácter voluntario de la jurisdicción arbitral. Esto, debido a que el principio general de la Constitución Política del Perú, en el inciso 1 del artículo 138,<sup>72</sup> establece que la jurisdicción ordinaria es exclusiva y que el arbitraje es eminentemente voluntario. En ese sentido, la inexistencia de una declaración de voluntad válida es causa eficiente para determinar la ineficacia estructural de un convenio arbitral.

Dentro de esta lógica, el artículo 9 de la Ley General de Arbitraje establece que el convenio arbitral es el acuerdo por el que *las partes deciden someter a arbitraje* las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial.

Así, para hablar de la existencia de un convenio arbitral, se requiere la concurrencia de dos elementos fundamentales. El primero de ellos está referido a la intención de las partes de realizar un acuerdo conforme a los términos y condiciones que éstas pactaron, exteriorizando dicha intención por los mecanismos de manifestación de voluntad permitidos por el ordenamiento jurídico. Mientras que el segundo está referido a la materia u objeto sobre el cual versa dicho acuerdo.

Por otro lado, Fernando Vidal Ramírez<sup>73</sup> señala que al convenio arbitral, siendo un acto o negocio jurídico, le son exigibles los requisitos de validez que establece el artículo 140 del Código Civil, por lo que la manifestación de voluntad, imprescindible para celebrarlo, debe emanar de sujetos capaces.

A entender de Caivano,<sup>74</sup> en tanto acuerdo de voluntades o convención, el pacto arbitral debe cumplir los requisitos de existencia y validez establecidos con carácter general para los contratos. Tiene que partir de un consentimiento que no se encuentre intrínsecamente viciado, y que haya sido expresado válidamente; ese consentimiento tiene que ser prestado por personas que tengan capacidad legal para obligarse.

Dentro de tal orden de ideas, para la existencia del convenio arbitral es necesaria la manifestación de voluntad expresa de las partes, en donde éstas se obligan a someter a arbitraje la solución de sus conflictos, ya que se trata de la renuncia del derecho a solicitar la solución de controversias ante la jurisdicción ordinaria, para someterlas a un Tribunal Arbitral.

En el caso de las personas jurídicas debemos estudiar cómo se produce la manifestación de voluntad necesaria para la existencia del convenio arbitral.

La persona jurídica —al ser un ente moral, esto es, una construcción jurídica— necesita de personas naturales a través de las cuales poder actuar, lo que equivale a decir que necesita de representantes.<sup>75</sup>

Por ello, para la validez de un convenio arbitral es requisito indispensable, la manifestación del consentimiento. En este caso, al tratarse de personas jurídicas, éstas sólo pueden prestar consentimiento a través de sus representantes debidamente acreditados.

En tal sentido, en los siguientes puntos veremos cuáles son las facultades que debe tener este representante para celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica.



## **2. FACULTADES QUE DEBE TENER EL REPRESENTANTE DE UNA PERSONA JURÍDICA PARA CELEBRAR UN CONVENIO ARBITRAL EN NOMBRE DE ELLA**

Ulises Montoya Alberti<sup>76</sup> sostiene que el acuerdo o convenio arbitral lo pueden celebrar las personas naturales o jurídicas, en tanto que no existe —aparte de la capacidad— restricción para que aquéllas puedan pactar el arbitraje. Asimismo, señala que a los representantes legales se les exige autorización expresa para que realicen tal acto.

Malamud<sup>77</sup> sostiene que —en principio— cualquier persona física o jurídica puede comprometerse al arbitraje; sin embargo, sólo se prohíbe hacerlo en caso de representantes de personas jurídicas a quienes no se les hubiere autorizado expresamente.

Al respecto, Caivano<sup>78</sup> sostiene que los representantes de las personas jurídicas no pueden celebrar acuerdos arbitrales si no tienen autorización.

Según Sánchez Urite,<sup>79</sup> no cabe aceptar como un caso de representación sino únicamente aquélla que la doctrina clasifica como directa, es decir, en la que exista una manifestación de voluntad por parte del representante en nombre y por cuenta de otro y dentro de los límites de los poderes dados por el representado.

Por su parte, Alvarado Velloso<sup>80</sup> —haciendo referencia a la normatividad arbitral argentina— nos dice que no pueden comprometer a arbitraje el mandatario, gerente, apoderado, síndico, liquidador, etc., a menos que cuenten con autorización judicial o con poderes especiales otorgados por quienes representa.

En la misma línea de pensamiento encontramos a Zepeda,<sup>81</sup> quien afirma que los representantes sólo pueden comprometer en arbitraje, los negocios de sus mandantes, si cuentan con facultad especialmente otorgada para ello.

Finalmente, tenemos a Parra Aranguren<sup>82</sup> quien, al analizar el tema del acuerdo arbitral en la legislación venezolana, señala que en principio pueden comprometer en arbitraje todas las personas que tienen capacidad para contratar y obligarse libremente, sin restricciones particulares respecto de ciertas clases de personas, físicas o jurídicas. Sin embargo, el citado autor afirma que requieren de autorización expresa los representantes de corporaciones, asociaciones, sociedades y otras personas jurídicas.

En consecuencia, podemos apreciar que la doctrina reseñada brevemente es mayoritaria al señalar que la persona jurídica debe otorgar expresamente facultades especiales a su representante, a fin de que éste pueda obligar a la persona jurídica en un convenio arbitral.

Ahora bien, corresponde hacer una distinción en relación al representante; a saber: (i) por un lado, si se trata del gerente general de la persona jurídica; y (ii) por el otro, si se trata de un representante distinto al gerente general.

En tal sentido, debemos analizar bajo qué condición el representante de la persona jurídica celebra el convenio arbitral. Es decir, si lo hace en calidad de gerente general o en calidad de un simple representante (por ejemplo, como una facultad otorgada por la Junta General de Accionistas).

También debemos diferenciar si el gerente general tiene únicamente las facultades generales y especiales establecidas por el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, Ley n.º 26887;<sup>83</sup> o si el Estatuto establece como facultad especial del gerente general el poder celebrar convenios arbitrales en nombre de la persona jurídica.

Al respecto, Rey y Trelles<sup>84</sup> señalan que el referido artículo 188 constituye una norma dispositiva, ya que admite pacto en contrario, pudiendo consignarse las atribuciones de cualquier gerente en el estatuto, en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior.

Todos estos temas serán abordados en los siguientes puntos del presente trabajo.

## ***2.1. ¿Cuándo el gerente general puede celebrar válidamente un convenio arbitral?***

Rey y Trelles<sup>85</sup> señalan que el gerente general tiene una doble función; por un lado, la de ejecutor en la gestión del negocio y, por el otro, la representación de la sociedad ante los distintos agentes que participan en el mercado.

Según Elías Laroza,<sup>86</sup> la sociedad puede nombrar a uno o más gerentes y determinar las facultades con las que ejercerán sus cargos. La extensión de dichas facultades se encuentra librada a la decisión del órgano que las otorgue.

Las atribuciones de cualquier gerente pueden consignarse en el estatuto o ser establecidas en el acto mismo del nombramiento o en acto posterior, tal como lo establece el artículo 188 de la Ley General de Sociedades.<sup>87</sup>

Para efectos del presente trabajo, nos centraremos en lo que se establece en los incisos 1 y 2 del referido artículo 188.

Así, el artículo 188 señala que —salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la Junta General de Accionistas o del directorio— se presume que son atribuciones del gerente general, entre otras: (i) celebrar y ejecutar los actos y contratos

ordinarios correspondientes al objeto social y (ii) representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil.

### *2.1.1. ¿El convenio arbitral puede ser considerado un contrato ordinario?*

En relación a la facultad de celebrar y ejecutar actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social, debemos tener en cuenta que para determinar qué es un acto o un contrato ordinario es necesario ver lo que el propio estatuto de la persona jurídica establece, ya que la calificación de actos o contratos ordinarios se halla relacionada con el objeto social de la empresa.

A entender nuestro, el sometimiento al fuero arbitral no podría considerarse como un acto ordinario de la empresa, ya que el sometimiento a la jurisdicción arbitral implica la disposición de derechos sustantivos de la persona jurídica.

En efecto, el sometimiento a arbitraje implica que la persona jurídica renuncie al derecho de accionar judicialmente, sustrayéndose de la jurisdicción ordinaria, lo que —obviamente— no puede ser considerado como un acto ordinario de la persona jurídica, sea cual fuere su objeto social.

Así, la celebración de un convenio arbitral implicaría una disposición del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva; y para poder disponer de derechos sustantivos, según el artículo 75 del Código Procesal Civil, se requiere del otorgamiento de facultades especiales, como veremos a continuación.

### *2.1.2. ¿Celebrar un convenio arbitral está dentro de las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil?*

Conforme al inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, el representante está facultado para representar a la sociedad con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil, es decir, se refiere a facultades de representación procesal.

Dentro de tal orden de ideas, debemos remitirnos a lo que estipulan los artículos 74 y 75 del Código Procesal Civil, normas que establecen lo siguiente:

Artículo 74.- «La representación judicial confiere al representante las atribuciones y potestades generales que corresponden al representado, salvo aquellas para las que la ley exige facultades expresas. La representación se entiende otorgada para todo el proceso, incluso para la ejecución de la sentencia y el cobro de costas y costos, legitimando al representante para su intervención en el proceso y realización de todos los actos del mismo, salvo aquellos que requieran la intervención personal y directa del representado». (El subrayado es nuestro).

Artículo 75.- «Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley». (El subrayado es nuestro).

Así, cabe preguntarnos si ¿el suscribir un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica se encuentra incluido dentro de las referidas facultades generales o especiales?

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez<sup>88</sup> señala que para celebrar un convenio arbitral, el representante requiere de facultad especial, sea que lo celebre con anterioridad a la litis o ya establecido el litigio en el ámbito judicial (conforme lo precisa el artículo 75 del Código Procesal Civil).

Según Rey y Trelles,<sup>89</sup> las facultades especiales se rigen por el principio de literalidad, de manera que no se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

Sin embargo, debemos precisar que el artículo 75 del Código Procesal Civil contempla únicamente el supuesto de representación en caso de pretensiones controvertidas en un proceso judicial ya existente.

En tal sentido, el artículo 75 del Código Procesal Civil se refiere exclusivamente a la facultad del apoderado (lo que incluye al gerente general, en virtud del artículo 188 de la Ley General de Sociedades) de someter a arbitraje las pretensiones controvertidas dentro de un proceso. No se refiere a someter a arbitraje cualquier controversia, sino solamente aquélla que ha sido objeto de la demanda a partir de la cual se ha iniciado un proceso.

En efecto, la norma procesal permite *ex post* —a favor del arbitraje como opción excepcional— la decisión del gerente general de recurrir al arbitraje para mejor resolver las controversias que se suscitan y que son de conocimiento del Poder Judicial. Pero la ley no faculta a hacer lo contrario, esto es a excluirse del juez natural *ex ante* sin tener explícitamente la capacidad de hacerlo, es decir, sin que la persona jurídica así lo haya expresado en el Estatuto como atribución conferida al gerente general o conferida a través de una Junta General de Accionistas.

Como se puede apreciar, el momento en el que se lleva a cabo la celebración del convenio arbitral es muy importante, ya que no es lo mismo que se produzca en la firma de un contrato (antes de que surja algún conflicto), a que se realice dentro de un proceso judicial (una vez que el conflicto ya surgió).

Ello, debido a que en el momento en el que se celebra un contrato no se sabe de antemano cuáles serán los conflictos concretos que se presentarán en el futuro, siendo más riesgoso someter todo un mundo de meros conflictos potenciales y abstractos a decisión arbitral inapelable, que decidir someter a un proceso arbitral un conflicto determinado.

En consecuencia, aun cuando el representante de la persona jurídica hubiese actuado en calidad de gerente general, el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, no contempla como atribución inherente a su cargo el pactar un arbitraje fuera del Poder Judicial.

### *2.1.3. Facultad expresamente contemplada en el Estatuto*

En la medida de que —como ya hemos visto— el convenio arbitral no puede ser considerado como un acto o contrato ordinario de la persona jurídica y que pactar un convenio arbitral antes del inicio de un proceso judicial no es un supuesto contemplado por el inciso 2 del artículo 188 de la Ley General de Sociedades, debemos señalar que el gerente general debe tener como facultad —expresamente contemplada por el Estatuto— el celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica.

Al respecto, Carlos Larreátegui<sup>90</sup> señala que los representantes de las sociedades civiles o mercantiles pueden comprometer a la persona jurídica, si están facultados para ello en el contrato social o en los estatutos, o los autoriza la Junta General.

Por su parte, Gamboa Serrano<sup>91</sup> sostiene que habrá de estarse a lo que dispongan los estatutos en relación a facultades del representante legal. En principio, las personas jurídicas pueden celebrar el pacto arbitral, salvo que los estatutos lo prohíban o restrinjan; pero al permitirlo o al no prohibirlo, deben examinarse las facultades del representante legal.

En consecuencia, el gerente general —en calidad de representante legal de la persona jurídica— sí puede someter a arbitraje a la persona jurídica, siempre que cuente en el Estatuto con las facultades expresas para ello.

## ***2.2. ¿Cuándo un representante distinto al gerente general puede celebrar válidamente un convenio arbitral?***

Si el representante actúa en virtud a las facultades conferidas —esta vez, ya no por la Ley General de Sociedades ni por el estatuto—, sino por las otorgadas en la Junta General de Accionistas, ello implica que la actuación de este representante debe sustentarse en la literalidad de los poderes otorgados en dicha Junta General de Accionistas, ya que en ella se debe incluir, como tema de agenda, la celebración del convenio arbitral.

La Junta General de Accionistas es uno de los órganos principales de la persona jurídica, cuya función es formar su voluntad, siempre y cuando se hayan observado las formalidades y los requisitos de validez establecidos en la Ley General de Sociedades y en el Estatuto de la persona jurídica.

En efecto, es imprescindible que en la Junta General de Accionistas se conozca, discuta y apruebe la celebración del convenio arbitral. Es decir, si se faculta a un representante —sea éste el gerente general de la empresa o otra persona— a suscribir un contrato, se debe dejar expresa constancia de la voluntad de la persona jurídica de someter cualquier controversia derivada de dicho contrato a un proceso arbitral.

Es necesario advertir que la no expresión del deseo de celebrar el convenio arbitral en la agenda bajo la cual se convocó a la Junta General de Accionistas, impediría el conocimiento y eventual discusión de los accionistas respecto de la necesidad y/o conveniencia de la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato determinado, e incluso de los términos en los que se contemplaría; a saber:

- (i) La materia a arbitrar;
- (ii) La conformación del tribunal arbitral;
- (iii) La naturaleza del arbitraje (de derecho o de equidad); y
- (iv) Si el arbitraje sería institucional o *ad hoc*.

Por otro lado, cabe señalar que el representante tampoco estaría facultado para celebrar un convenio arbitral, por el simple hecho de habérsele otorgado facultades para la celebración y ejecución del contrato dentro del cual se insertaría el convenio arbitral.

Dicha precisión resulta necesaria, habida cuenta de que alguien podría sostener que el representante está facultado para celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica, siempre que se le haya facultado para celebrar el contrato que contiene el convenio arbitral, en virtud de lo establecido por el artículo 1792 del Código Civil.

En efecto, el referido artículo 1792 establece que *el mandato comprende no sólo los actos para los cuales ha sido conferido, sino también aquéllos que son necesarios para su cumplimiento*.

Así, algunos podrían sostener que —en el supuesto de que el representante no tuviera facultades expresas para la celebración del convenio arbitral— el convenio arbitral sería válido al considerársele como un acto conducente a cumplir con el encargo de ejecutar a cabalidad el mandato (es decir, la celebración y ejecución del contrato).

Sin embargo, este razonamiento desvirtúa el alcance de la palabra *necesidad*, ya que no se puede presumir que exista una relación de necesidad entre la ejecución de un contrato y la celebración de un convenio arbitral.

La existencia de un convenio arbitral no es un requisito *sine qua non* para que se celebre algún tipo de contrato; más aún si consideramos que lo natural es que cualquier controversia se solucione en la jurisdicción ordinaria y no en la jurisdicción arbitral.

Por otro lado, el representante (sea éste el gerente general u otra persona) no puede considerar válidamente a la institución arbitral como una de naturaleza accesoria a un contrato principal, ya que ello resulta a todas luces errado.

Dentro de tal orden de ideas, si el representante no se encontraba facultado para celebrar un convenio arbitral, dicho convenio tampoco podría entenderse como una facultad accesoria o algo inherente a cualquier contrato, atendiendo al carácter autónomo de los pactos arbitrales, autonomía que le viene dada por ley expresa.<sup>92</sup>

Ello, en la medida de que la existencia de un pacto arbitral comporta la existencia de un convenio autónomo, distinto del acto jurídico o contrato que lo origina, respecto del cual las partes deciden someterse a la jurisdicción arbitral para solucionar sus controversias.

Finalmente, debemos reiterar que la única forma posible para que una persona jurídica manifieste su voluntad es a través de la Junta General de Accionistas y sus representantes acreditados. Sin ninguno de estos elementos, jamás puede asignarse a una persona jurídica una manifestación de voluntad que jamás prestó.

### **3. ALCANCES DE LA REPRESENTACIÓN Y LOS ACTOS QUE NO OBLIGAN A LA PERSONA JURÍDICA**

Habiendo concluido en que es necesario que el representante de la persona jurídica cuente con facultades expresas para celebrar un convenio arbitral en nombre de la persona jurídica, corresponde analizar qué sucede cuando el representante no cuenta con las facultades suficientes para la celebración del convenio arbitral.

En primer lugar, debemos recordar que los artículos 12 y 13 de la Ley General de Sociedades establecen lo siguiente:

Artículo 12.- *«Alcances de la representación.*

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados **dentro de los límites de las facultades que les haya conferido** aunque tales actos comprometan a la

sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social [...]». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Artículo 13.- «*Actos que no obligan a la sociedad.*

Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella.

La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores».

Las normas citadas coinciden en establecer que un contrato celebrado por un representante únicamente vincula a la sociedad en la medida de que dicho contrato haya sido celebrado dentro de los límites de las facultades otorgadas (principios de especialidad y de literalidad).

Al respecto, Elías Laroza<sup>93</sup> —comentando los alcances del artículo 13 de la Ley General de Sociedades— señala que el tercero que contrata con una sociedad tiene una sola obligación: verificar que las personas que contrataron con ellos tienen poderes suficientes de la sociedad y que esos poderes fueron otorgados por órganos sociales que estaban autorizados por el estatuto o por la ley para dar tales poderes.

Por su parte, el artículo 161 del Código Civil también señala que cuando el representante realiza actos en nombre de su representado, excediéndose en las facultades otorgadas por este último, dichos actos son ineficaces en relación al representado.

En efecto, el artículo 161 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 161.- «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es *ineficaz* con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

También es *ineficaz* ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

Puede apreciarse que el citado artículo sanciona con ineficacia, respecto del representado, los actos celebrados por un representante, en las siguientes situaciones:

- a) Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico excediendo los límites de las facultades conferidas por el representado.
- b) Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico violando las facultades que le hubiere conferido el representado.
- c) Cuando el supuesto representante celebra un acto jurídico no teniendo la representación que se atribuye.

A nuestro entender, resulta natural que todos los actos jurídicos que hayan sido celebrados por un representante o supuesto representante, dentro de las circunstancias



y consideraciones establecidas por el artículo 161 del Código Civil, puedan llegar a ser considerados como ineficaces con respecto al representado o supuesto representante.

Ello, puesto que la representación obliga al representado con respecto a aquél con quien el representante celebró el acto jurídico.

Tales consideraciones se derivan de la naturaleza jurídica de la representación, habida cuenta de que cuando un representante celebra un acto jurídico con otra parte y dentro de las facultades que le ha conferido el representado, por medio de este acto jurídico, queda automáticamente vinculada esta otra parte con el representado.

En otras palabras, se considera que el acto jurídico se celebró entre el representado y su contraparte, no siendo parte en el acto jurídico o contrato celebrado aquél que actuó como representante.

Se puede decir válidamente que la esfera jurídica del representante no se altera —en lo absoluto— por la celebración del acto mencionado.

A pesar de que la voluntad que se declara es la del representante y no la del representado (lo que distingue al representante del nuncio o mensajero), el representante no es parte en el acto jurídico que se celebra.

Sin embargo, y como hemos expresado oportunamente, tales efectos de la celebración de ese acto jurídico con relación al representado, sólo se deberían producir en la medida de que el representante se encuentre actuando dentro de las facultades otorgadas por su representado, pues en caso contrario el representado podría demandar y conseguir se declare judicialmente la ineficacia de dicho acto.

Ello podría ocurrir cuando el representante desborda sus facultades, ya sea por exceder los límites que se le hubiere conferido (como sería el caso en el cual una persona que sólo tiene poder para vender la camioneta «x» venda también el auto «y») o por violar los límites de las facultades conferidas (como sería el caso en el cual el representado otorgue poder para que el representante venda su auto en no menos de US\$10,000.00 y el representante lo venda en US\$9,000.00) o, finalmente, cuando el representante no es tal, vale decir, se trata de un supuesto representante, o sea, de alguien que careciendo de cualquier facultad, es decir, que no teniendo poderes del supuesto representado, actúa como si fuese su apoderado o representante.

Para todos estos casos la ley peruana, en el artículo 161 del Código Civil, establece como sanción la ineficacia del acto con respecto al representado o supuesto representado.

Si nos preguntamos acerca de la razón de ser de esta norma, es evidente que ella se justifica en el hecho de que en caso de exceso de las facultades conferidas o de violación de dichas facultades; o incluso si el supuesto representante no tuviese tal condición, al carecer de la representación que se atribuye, sería injusto que el representado o supuesto representado se encuentre obligado con la contraparte del acto jurídico celebrado.

Sin embargo, la pregunta que habría que formular en este punto es la relativa a si corresponde declarar la ineficacia de esos actos o si los mismos son ineficaces *per se*.

En el caso de los actos jurídicos celebrados por alguien que sí tiene la representación de otro, pero que excede o viola las facultades que su representado le ha conferido, es evidente que resulta imprescindible que la ineficacia de dichos actos se declare judicialmente.

Decimos esto, pues en muchísimos supuestos el exceso o violación de las facultades es una cuestión de interpretación, en donde para unos puede ser muy claro que existieron dichas facultades, en tanto que para otros dichas facultades se confirieron en términos diferentes.

Además, aquí los terceros se encontraban frente a alguien que sí tenía representación y el representado —para mal o para bien— había otorgado poder a su representante, no pudiendo someterse a dichos terceros a una inseguridad jurídica prolongada, ni mucho menos perpetua.

Entonces, en estos casos nos encontramos con que sí existe un vínculo jurídico entre representante y representado.

Aquí nunca podría existir una distancia —en términos de relaciones personales y comerciales o jurídicas— entre ambas personas.

En estos casos, jamás podríamos hallarnos ante el supuesto en el cual representante y representado ni siquiera se conozcan.

Aquí hay una sola realidad: el representado otorgó poder al representante y lo que está en discusión no es si el representante carecía de poder, pues resulta claro que el representante sí era tal (es decir, que sí tenía poder).

Lo que está en juego son los alcances de ese acto de apoderamiento, con respecto a los actos jurídicos celebrados por el representante y terceros, es decir, si esos actos jurídicos celebrados por el representante y los terceros se enmarcaban dentro de los límites de las facultades conferidas en el acto de apoderamiento cuya existencia es inobjetable.

Ello nos conduce a sostener que en estos casos, en cierta forma, el representado debe asumir un grado de responsabilidad con respecto a la eventual posibilidad de que los actos jurídicos celebrados por su representante con terceros, excediendo o violando las facultades conferidas, sí tengan eficacia en torno a dicho representado.

Y esa responsabilidad podría basarse en una implícita culpa *in eligendo*, es decir, la culpa que debe asumir el representado *por haber elegido mal* al representante que eligió.

Es esta circunstancia y el hecho de lo ambiguo que resulta en la teoría y en la práctica el exceso o supuesto exceso en las facultades, así como la violación de las mismas, lo que nos conduce a sostener —con plena certeza— que en estos casos para que los actos jurídicos celebrados por el representante sean ineficaces con respecto al representado, deberá necesitarse de una sentencia que los declare ineficaces.

Ello, por cuanto también se encuentra en juego la seguridad jurídica de terceros, que podrían verse perjudicados con dicha declaración de ineficacia.

En tal sentido, estimamos que la ineficacia —con respecto al representado— de los actos jurídicos celebrados por el representante, excediendo o violando las facultades conferidas, no es una ineficacia intrínseca, vale decir, que dichos actos no son ineficaces *per se*, sino que para que lo fueren resultará indispensable de una sentencia judicial firme que así lo establezca.

Es la seguridad jurídica la que hará que, una vez transcurrido el plazo prescriptorio de la acción de ineficacia que pueda interponer el representado, los actos violatorios o excesivos celebrados por su representante, serán plena y absolutamente eficaces con respecto al representado.

#### 4. CONCLUSIONES

El convenio arbitral no puede ser impuesto a una persona jurídica que jamás consintió en ello. El convenio arbitral —por su naturaleza evidentemente autónoma— requiere ser celebrado por un representante que cuente con facultades especiales (expresas) para tal efecto.

En tanto el convenio arbitral es la disposición de derechos (al implicar la renuncia al derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria) para someterse a una jurisdicción alternativa, dicha disposición requiere de la existencia de poderes especiales, esto es de facultades específicas (principio de especialidad) otorgadas para tales efectos (principio de literalidad), por lo que la ausencia de dicho elemento trae como consecuencia que el

convenio se entienda celebrado entre el representante y la otra parte, mas no podría ser exigido respecto del supuesto representado.

En consecuencia, se aprecia que el convenio arbitral no resulta obligatorio para la persona jurídica, si fue celebrado sin su consentimiento expreso, toda vez que aquél fue suscrito por el representante que carecía de las facultades para ello. De esta manera, si la otra parte quisiera iniciar un proceso en contra de la empresa cuyo representante carecía de facultades para celebrar el convenio arbitral, procedería que tal empresa deduzca ante el Tribunal Arbitral una excepción de incompetencia, la misma que debería ser declarada fundada y, de esta forma, ventilarse la controversia en la jurisdicción ordinaria, es decir, en el Poder Judicial.

Lima, septiembre del 2006.

## **PLAZO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR EL REPRESENTANTE**

Por Mario Castillo Freyre

### **PLAZO PRESCRIPTIVO DE LA ACCIÓN DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS CELEBRADOS POR EL REPRESENTANTE\* \*\***

*Mario Castillo Freyre\*\*\**

1. GENERALIDADES.— 2. LA INEFICACIA.— 3. LOS PLAZOS PRESCRIPTIVOS.— 4. LOS SUPUESTOS DE EFICACIA E INEFICACIA REGULADOS EXPRESAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.— 4.1. LA EXISTENCIA DE LA PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO.— 4.2. EFECTOS DEL EXCESO DE LOS LÍMITES DEL PODER.— 4.3. EL FRAUDE DEL ACTO JURÍDICO.— 4.3.1. LOS REQUISITOS DE LA ACCIÓN PAULIANA.— 4.3.2. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN FRENTE A LOS SUBADQUIRENTES.— 4.3.3. IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN REVOCATORIA.— 4.3.4. ACCIÓN OBLICUA.— 4.3.5. NORMAS PROCESALES APLICABLES A LAS ACCIONES POR FRAUDE PAULIANO.— 4.2. VALOR DE CONTRAOFERTA DE LA ACEPTACIÓN TARDÍA Y DE AQUÉLLA QUE NO SEA CONFORME A LA OFERTA.— 4.3. AUTONOMÍA DE LA OFERTA.— 4.4. INEFICACIA DE ESTIPULACIONES EN LOS CONTRATOS CON CLÁUSULAS PREDISPUESAS.— 4.5. EXTENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN DEL FIADOR.— 4.6. DERECHOS ADQUIRIDOS AL AMPARO DE UNA NORMA EXTRANJERA.— 4.7. EFICACIA DE LAS PARTIDAS DE LOS REGISTROS PARROQUIALES.— 5. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS

## 1. GENERALIDADES

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 161 del Código Civil:

Artículo 161.- «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es *ineficaz* con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es *ineficaz* ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

De la lectura de la norma transcrita puede apreciarse que el citado artículo sanciona con ineficacia, respecto del representado, los actos celebrados por un representante, en las siguientes situaciones:

- d) Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico excediendo los límites de las facultades conferidas por el representado.
- e) Cuando el representante ha celebrado el acto jurídico violando las facultades que le hubiere conferido el representado.
- f) Cuando el supuesto representante celebra un acto jurídico no teniendo la representación que se atribuye.

Estimamos resulta natural que todos los actos jurídicos que hayan sido celebrados por un representante o supuesto representante dentro de las circunstancias y consideraciones establecidas por el artículo 161 del Código Civil, puedan llegar a ser considerados ineficaces con respecto al representado o supuesto representado.

Ello, puesto que la representación obliga al representado con respecto a aquél con quien el representante celebró el acto jurídico.

Tales consideraciones se derivan de la naturaleza jurídica de la representación, habida cuenta de que cuando un representante celebra un acto jurídico, con otra parte y dentro de las facultades que le ha conferido el representado, por medio de este acto jurídico, queda automáticamente vinculada esta otra parte con el representado.

En otras palabras, se considera que el acto jurídico se celebró entre el representado y su contraparte, no siendo parte en el acto jurídico o contrato celebrado aquél que actuó como representante.

Se puede decir válidamente que la esfera jurídica del representante no se altera —en lo absoluto— por la celebración del acto mencionado.

A pesar de que la voluntad que se declara es la del representante y no la del representado (lo que distingue al representante del nuncio o mensajero), el representante no es parte en el acto jurídico que se celebra.

Sin embargo, y como hemos expresado oportunamente, tales efectos de la celebración de ese acto jurídico con relación al representado, sólo se deberían producir en la medida que el representante se encuentre actuando dentro de las facultades otorgadas por su representado, pues en caso contrario el representado podría demandar y conseguir se declare judicialmente la ineficacia de dicho acto.

Ello podría ocurrir cuando el representante desborda sus facultades, ya sea por exceder los límites que se le hubiere conferido (como sería el caso en el cual una persona que sólo tiene poder para vender la camioneta «x» venda también el auto «y») o por violar los límites de las facultades conferidas (como sería el caso en el cual el representado otorgue poder para que el representante venda su auto a no menos de US\$10,000.00 y el representante lo venda a US\$9,000.00) o, finalmente, cuando el representante no es tal, vale decir, se trata de un supuesto representante, o sea, de alguien que careciendo de cualquier facultad, es decir, que no teniendo poderes del supuesto representado, actúa como si fuese su apoderado o representante.

Para todos estos casos la ley peruana, en el artículo 161 del Código Civil, establece como sanción la ineficacia del acto con respecto al representado o supuesto representado.

## 2. LA INEFICACIA

Etimológicamente la palabra *ineficacia* significa «falta de eficacia y actividad»;<sup>94</sup> en tanto que *ineficaz* es «no eficaz».

Por su parte, la palabra *eficacia* significa «capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera».<sup>95</sup>

Independientemente del estudio que efectuamos en el punto 4 de este trabajo, debemos adelantar que dentro del Código Civil Peruano no existe un tratamiento orgánico de la eficacia o ineficacia de los actos jurídicos o contratos, pero se considera que un acto jurídico o un contrato es eficaz cuando tiene la capacidad actual de surtir efectos, ya sea entre partes o, de ser el caso, con respecto a terceros (esto último, en situaciones excepcionales).

Para ilustrar lo señalado, vamos a anotar algunos ejemplos:

Si dos partes celebran un contrato de compraventa sobre un terreno y ese contrato es puro y simple, vale decir que no se celebra habiéndose establecido un plazo suspensivo para que empiece a surtir efectos, ni tampoco se han sujetado dichos efectos a una condición suspensiva, así como tampoco existe ninguna otra situación o circunstancia que impida que dicho acto empiece a desplegar sus efectos jurídicos, entonces, se considerará que dicho acto o contrato es plenamente eficaz.

Nótese que no estamos confundiendo el tema de la eficacia con el de la ejecución de dicho contrato, en la medida de que el citado acto bien podría no haber sido ejecutado aún por las partes, pero ellas ya estuvieron en aptitud de cumplir con las obligaciones nacidas del mismo.

Ello equivale a decir que un contrato es eficaz en la medida de que es capaz de surtir los efectos jurídicos para los cuales se le dio nacimiento y que esa capacidad de surtir tales efectos, es una capacidad actual y no futura.

Es algo así como el automóvil que se encuentra en perfectas condiciones y que es capaz de ser conducido de un lugar a otro. El hecho de que no tenga en ese momento alguien que lo conduzca no significa que el auto no pueda circular perfectamente.

Lo mismo pasa con los actos jurídicos y con los contratos.

Estos son capaces de surtir efectos en la actualidad, independientemente de si las partes ya han procedido a ejecutar las obligaciones nacidas de dichos actos.

Entonces, la capacidad vendría a ser un estado de latencia en sentido jurídico, vale decir, una situación en la cual el acto es capaz de desplegar todos sus efectos en el Derecho, sin que existan obstáculos jurídicos que se lo impidan.

De lo expresado puede deducirse que la eficacia es la regla en materia de actos jurídicos y de contratos y que la ineficacia constituye la excepción. Sin embargo, no se trata de una excepción ocasional ni de una excepción poco frecuente. Todo lo contrario, la ineficacia suele ser en muchos casos un estado prácticamente permanente y prolongado que impide, por diversas razones, que los actos jurídicos y los contratos surtan efectos.

Es importante subrayar que la ineficacia puede provenir, ya sea de causas lícitas o ilícitas, ya que en muchas ocasiones emana de situaciones perfectamente ajustadas a Derecho o al cumplimiento de lo prescrito por la ley.

Por ejemplo, un testamento es ineficaz mientras la persona que lo ha otorgado siga viva. El testamento sólo surtirá efectos a la muerte del causante.

El testamento, como todos sabemos, es un acto unilateral que, no es que sea otorgado ni con plazo suspensivo ni con condición suspensiva; lo que ocurre es que dada la naturaleza del mismo, resulta imposible que surta efectos antes de la muerte del causante, en la medida de que se trata de un acto de última voluntad, es decir, que la voluntad contenida en el testamento, para ser válida, debe ser la voluntad que se mantenga vigente al momento del fallecimiento de dicho causante.

Otro ejemplo de ineficacia proveniente de una situación arreglada a Derecho sería aquél del contrato de arrendamiento celebrado bajo condición suspensiva. Ello significaría que, a pesar de encontrarse plenamente arreglado a Derecho y de reunir todos los requisitos generales de validez de los actos jurídicos y todos los requisitos esenciales especiales propios del contrato de arrendamiento, dicho contrato no sería capaz de surtir efecto alguno hasta el momento inmediatamente posterior al que se produzca la condición suspensiva.

A partir del momento en que se verifique la condición suspensiva, ese contrato adquirirá plenitud en sus efectos, debiendo las partes, recién después de ese momento, ejecutar las obligaciones nacidas de dicho acto. Así, el arrendador deberá entregar al arrendatario el uso del bien materia del contrato, así como también el arrendatario deberá empezar a pagar la renta en los plazos y cantidades pactados en el contrato. Pero, nótese que desde antes de empezar a ejecutarse dichas obligaciones, ese contrato ya es eficaz y reúne la capacidad de surtir plenos efectos, independientemente de que en los hechos los haya surtido o no.

Esto es muy importante, en la medida de que como dijimos anteriormente, la eficacia es sólo la capacidad actual de surtir efectos, no el hecho de surtirlos.

Otro ejemplo de ineficacia ajustada a Derecho sería el del contrato de compraventa celebrado a plazo suspensivo, en el que se hubiera establecido que al vencimiento del plazo recién las partes deberían ejecutar sus obligaciones. En el caso del vendedor, recién al vencimiento del plazo debería transferir propiedad y entregar el bien al comprador y, en el caso de este último, recién una vez vencido el plazo, debería pagar el precio pactado al vendedor.

Sin embargo, no se piense que la ineficacia necesariamente es una situación previa a la eficacia, ya que la ineficacia también puede constituir una situación sobreviniente a la eficacia.

Por ejemplo, si dos partes han celebrado un contrato y la relación contractual nacida del mismo se hubiese ejecutado a plenitud, resultaría evidente que las obligaciones que formaron parte de esa relación contractual, al haberse cumplido todas, habrían dejado de ser eficaces, es decir, en este caso, el mencionado contrato habría dejado de



tener eficacia, no porque las obligaciones nacidas de él todavía no estén en aptitud jurídica de ejecutarse, sino por el hecho de que ellas ya se cumplieron en su totalidad; y, como se sabe, cuando una obligación se ejecuta, ya no se debe nada y, por lo tanto, la obligación se extingue. Así, si una obligación se extingue, deviene en ineficaz; y, si todas las obligaciones que constituyen objeto de un contrato se extinguen, entonces el contrato también deviene en ineficaz.

Puede entenderse, entonces, que no existirá ineficacia «que sea más arreglada a Derecho» que ésta, pues la misma proviene de la plena ejecución de las obligaciones contractuales.

No debe pensarse tampoco que fuera del pago, representado por el supuesto que acabamos de analizar, la ineficacia necesariamente implica inconformidad o expectativa de cumplimiento futuro.

Pensamos en el caso del mutuo disenso o resolución convencional, regulado en el artículo 1313 del Código Civil, el mismo que constituye un medio extintivo de obligaciones a través del cual las partes que han celebrado un contrato cuyas obligaciones se encuentran aún sin ejecutar o incluso en el supuesto en que éstas hayan sido ejecutadas sólo parcialmente, deciden resolver la relación contractual de común acuerdo, por haber perdido interés en el cumplimiento futuro de las obligaciones nacidas del referido contrato.

En el entendido de que ese contrato haya sido plenamente eficaz antes del mutuo disenso, será evidente que perderá dicha eficacia cuando las partes lo resuelvan convencionalmente.

Pero como ha sido expresado por nosotros, la ineficacia no sólo puede provenir de situaciones plenamente ajustadas a Derecho, pues podría derivarse de situaciones no deseadas por el Derecho, que implican la *destrucción* de los actos o contratos celebrados por las partes, dada la creación de situaciones que —a su vez— destruyen la armonía de los contratantes.

Más allá de otras causas contempladas por el Derecho, existen cuatro que conducen a la *destrucción* de los actos jurídicos o de sus efectos. Se trata de la nulidad, de la anulabilidad, de la rescisión y de la resolución.

- *La nulidad.*

La nulidad se encuentra regulada en los artículos 219 y siguientes del Código Civil. En el artículo 219 se establecen las ocho causales de nulidad contempladas por el Derecho Peruano.<sup>96</sup>

El acto nulo es aquél que tiene una invalidez permanente.

Ello significa en doctrina civil que el acto nulo nunca ha sido válido.

Sin embargo, en muchas ocasiones, cuando la nulidad es materia de controversia, las partes se ven obligadas a recurrir al Poder Judicial para que establezca si el acto verdaderamente es nulo.

En tal sentido, sería discutible desde el punto de vista teórico si la sentencia que declara nulo un acto es constitutiva de nulidad o declarativa de nulidad.

Decimos esto, en la medida de que si fuese constitutiva de nulidad, la nulidad se parecería muchísimo a la anulabilidad, habida cuenta de que se estaría requiriendo de una sentencia judicial firme para que el acto verdaderamente sea nulo, por más que dicha sentencia surta efectos de manera retroactiva al momento de la celebración del propio acto.

En cambio, si la sentencia de nulidad fuese considerada declarativa, entonces, ello significaría que el acto viciado de nulidad siempre habría sido nulo y que tal sentencia lo único que haría es ratificar con efecto declarativo su nulidad, la misma que, independientemente de dicha sentencia, habría existido desde el momento de la celebración del acto.

Por otra parte, es necesario subrayar que el acto nulo, al tener una invalidez *ab initio*, también sería ineficaz *ab initio*, es decir, su ineficacia se prolongaría desde el momento de su celebración en adelante.

Entonces, el acto que nunca fue válido nunca habrá sido eficaz jurídicamente hablando.

#### - *La anulabilidad.*

El artículo 221 del Código Civil establece las causales de anulabilidad de los actos jurídicos.<sup>97</sup>

Por su parte, el artículo 222 se encarga de señalar cuáles son las características del acto anulable. Así, establece que el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare; debiendo pronunciarse esta nulidad a petición de parte, no pudiendo ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.

Del texto anotado, así como de las características que la doctrina le reconoce, es claro que la anulabilidad, a diferencia de la nulidad, no es de orden

público, en la medida en que no puede ser demandada por cualquier interesado o por el Ministerio Público (lo que sí puede ocurrir en el caso de la nulidad, conforme al artículo 220 del Código Civil).

La anulabilidad sólo puede ser demandada a pedido de parte por las personas directamente afectadas por el vicio.

Por otro lado, el acto anulable no es siempre nulo. El acto anulable es un acto de validez actual y de invalidez pendiente. Ello significa que mientras el acto anulable no sea declarado judicialmente nulo, se le tendrá como válido. Es más, puede ocurrir que un acto anulable jamás sea declarado judicialmente nulo y que transcurra el plazo prescriptorio de dos (2) años establecido para la acción de anulabilidad, razón por la cual ese acto que alguna vez se hubiese podido anular, quedará permanentemente como válido al no haberse planteado la acción de anulabilidad en tiempo oportuno.

No está de más decir que cuando el acto anulable aún no se ha anulado, el mismo no sólo es válido, sino también eficaz, naturalmente, en la medida en que no exista ninguna causa que conduzca a que dicho acto no tenga eficacia mientras sea válido, de conformidad con los argumentos y razonamientos expuestos oportunamente.

Es conveniente subrayar que una vez que el acto anulable sea declarado judicialmente nulo, perderá toda eficacia, pues la eficacia sólo puede presentarse en actos que no sean nulos o inválidos. Un acto nulo jamás podrá ser eficaz, independientemente de que en el terreno práctico haya surtido algunos efectos materiales, los mismos que, claro está, no son reconocidos por el Derecho.

- *La rescisión.*

Conforme a lo establecido por el artículo 1370 del Código Civil, la rescisión deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo.

Independientemente de las consideraciones en torno a las diferencias con la nulidad y la anulabilidad, queda claro que la rescisión es una acción que concede la ley civil a determinadas personas en determinadas circunstancias, para que existiendo un vicio establecido por la propia ley, puedan lograr se declare la ineficacia del contrato vía la rescisión.

Ello es claro, en la medida de que el artículo 1370 del Código Civil señala como única consecuencia de la rescisión el que ésta deja sin efecto al contrato.

En adición a lo expresado, establece el artículo 1372 que la rescisión se declara judicialmente, pero los efectos de la sentencia se retrotraen al momento de la celebración del contrato; siendo posible el pacto en contrario con respecto a esta disposición, de conformidad con lo establecido por el último párrafo del artículo 1372 antes citado.

Entonces podemos apreciar que en el caso de la rescisión contractual, la pérdida de eficacia del contrato no es una consecuencia de la nulidad; la pérdida de eficacia constituye el efecto natural y directo de que el contrato se haya rescindido.

La rescisión es contemplada por el Código Civil en diversos supuestos concretos.

El primero de ellos es el relativo a la lesión en los contratos, cuando la desproporción entre las prestaciones es mayor de las dos quintas partes y siempre que tal desproporción resulte del aprovechamiento por uno de los contratantes de la necesidad apremiante del otro (argumento del artículo 1447, primer párrafo).

El segundo caso de rescisión contractual se encuentra regulado en el contrato de compraventa, sancionando la venta de bien ajeno cuando el comprador desconocía el carácter ajeno del bien (artículo 1539). También es rescindible la venta de bien parcialmente ajeno, de conformidad con el artículo 1541 del propio Código.

En la compraventa sobre medida apreciamos el siguiente supuesto de rescisión contractual, siempre y cuando el exceso o falta en la extensión o cabida del bien vendido fuese mayor que un décimo de la indicada en el contrato (artículo 1575).

Independientemente de nuestra posición en torno a la pertinencia o no de estas causales de rescisión, tema que no es materia de estas consideraciones, resulta claro que en los tres supuestos anotados, cuando se busca rescindir un contrato no se pretende que el mismo sea nulo o se anule, pues en todos esos casos nos encontramos en presencia de contratos perfectamente válidos y celebrados de conformidad a los requisitos de validez establecidos por el artículo 140 del Código Civil y a los demás requisitos esenciales especiales contemplados por la ley.

Por otra parte, cuando se declara rescindido un contrato, la ineficacia del mismo es absoluta, vale decir, no sólo con respecto a la parte perjudicada (el lesionado en la lesión o el comprador en los supuestos anotados de compraventa) sino con respecto a la contraparte contractual, ya que sería inimaginable que en estos casos el contrato surtiera efectos para uno y no para otro.

Ello no ocurre necesariamente así en el caso de la representación, pues el contrato podría ser ineficaz para el representado, pero eficaz para el representante y para la contraparte contractual.

Debe precisarse, además, que salvo pacto en contrario, en el caso de la rescisión, la ineficacia contractual declarada judicialmente se retrotraerá al momento de la celebración del acto, pues es en ese preciso momento en donde estuvo presente el vicio que originó la rescisión.

- *La resolución.*

De conformidad a lo dispuesto por el artículo 1371 del Código Civil, la resolución deja sin efecto un contrato por causal sobreviniente a su celebración.

En el Código Civil se regula una serie muy grande de supuestos de resolución, pero sin duda aquél que reviste mayor importancia, tanto en el aspecto cualitativo como cuantitativo, es el de la resolución por incumplimiento contractual, materia que en sede de contratos con prestaciones recíprocas, se halla regulada en los artículos 1428, 1429 y 1430 del citado Código.

Cuando nosotros abordamos el tema de la resolución bilateral o por mutuo disenso dijimos que ella obedecía al deseo de las partes de dar por finalizada la relación contractual, en la medida en que ambas habían perdido interés en la ejecución futura de las prestaciones pendientes de cumplimiento.

En el caso de la resolución por incumplimiento, es una parte (la que viene cumpliendo con sus obligaciones o está dispuesta a cumplirlas) la que ha decidido apartarse de la relación contractual, en la medida de que su contraparte ha actuado de manera contraria a los deberes impuestos por el contrato celebrado.

Ello significa que el contratante honesto decide resolver el contrato para dejar sin efecto la relación contractual.

Tal situación acarreará como consecuencia que a partir del momento de la resolución del contrato, las obligaciones pendientes de cumplimiento queden sin efecto, de tal manera que ellas ya no se tendrán que cumplir.

La resolución, al igual que la rescisión, es una figura que no trae como consecuencia la declaración de nulidad del acto, de modo tal que el contrato resuelto seguirá siendo un contrato perfectamente válido, pero incapaz de surtir efectos jurídicos.

Con respecto a la resolución, debemos agregar que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1372 del Código Civil, ella se invoca judicial o extrajudicialmente. En ambos casos, los efectos de la resolución se retrotraen al momento en que se produce la causal que la motiva.

Ello significa que el contrato resuelto dejará de surtir efectos desde el momento en que se produjo la causal que luego motivó la sentencia judicial de resolución o la resolución extrajudicial, conforme a los mecanismos de los artículos 1429 y 1430 del Código Civil. A partir de ese instante el contrato será ineficaz.

Y es precisamente en virtud de esa ineficacia que por razón de la resolución, las partes deberán restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento de la presencia del vicio, y si ello no fuera posible, deberán reembolsarse en dinero el valor que dichas prestaciones tenían en ese momento (argumento del tercer párrafo del citado artículo 1372).

### **3. LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS**

Como se sabe, la prescripción es una figura creada por el Derecho con el propósito de fomentar, por un lado, la diligencia en lo que respecta al resguardo de los intereses propios, sancionando con la pérdida de acción a aquella parte que deja pasar el tiempo sin tomar las previsiones del caso para velar por sus intereses.

Por otra parte, la prescripción es una figura creada con el ánimo de fomentar la seguridad jurídica y evitar que la posibilidad de reclamar con respecto a los actos jurídicos y contratos celebrados sea eterna.

El artículo 2001 del Código Civil se encarga de establecer los plazos prescriptorios para diversas acciones reguladas en dicho cuerpo sustantivo.

Así, en el inciso 1 se establece que prescriben, salvo disposición diversa de la ley, a los diez años la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

En tal sentido, en el inciso 1 se regulan los plazos prescriptorios más largos. Ello, con el propósito de que aquellas situaciones que el Derecho considera más importantes, jurídicamente hablando, tanto por las consecuencias patrimoniales que acarrearía su prescripción, por su importancia intrínseca y por la gravedad del tema, tengan plazos lo suficientemente amplios como para que el interesado pueda reclamar sus derechos.

Dentro de tal orden de ideas, es natural que se haya concedido un plazo prescriptorio de diez (10) años para la acción personal, concepto por demás vago, pero que se relaciona directamente con las acciones relativas al cobro o reclamo por la inejecución de obligaciones.

Tal vez la denominación de acción personal se configure por oposición a la de acción real.

Ello puede ser apreciado de las consideraciones esgrimidas por Guillermo Cabanellas:<sup>98</sup>

«**Acción Personal.** La que corresponde a alguno para exigir de otro el cumplimiento de cualquiera obligación contraída, ya dimanase ésta de contrato o de cuasicontrato, de delito, cuasidelito o de la ley; y se dice *personal* porque nace de una obligación puramente de la *persona* (por oposición a *cosa*) y se da contra la obligada o su heredero.

Quien la inicia pide que determinada persona dé, haga o no haga aquello a que se obligó; en su consecuencia, el actor ha de acreditar la obligación en cuya virtud demanda. Puede la *acción personal* contraponerse a la *acción real* (v.) por estas notas: a) en aquélla, el actor es un acreedor, calidad temporal que se agota al cumplirse la obligación; en la otra, el dueño o el titular de un derecho real, que tiende a subsistir una vez logrado el derecho o restablecidas las facultades; b) la *personal* sólo cabe ejercitarla contra el obligado y sus herederos o causahabientes; la *real*, «*erga omnes*», contra todo poseedor o tenedor del objeto de la misma; c) tiene al cumplimiento de una obligación la primera; la segunda, al reconocimiento de un derecho, desconocido, arrebatado, amenazado; d) carece de privilegio la *acción personal*, aun cuando tenga como prenda tácita e inconcreta el patrimonio del deudor, si no está afecto a garantías o responsabilidades determinadas; en cambio, la *acción real* goza de preferencia sobre la cosa a que se refiere; e) por la competencia general, la *acción personal* se rige por el domicilio del obligado o por el lugar en que la obligación se contrajo; y la *real* se determina por la situación de la cosa».

Como puede apreciarse, la acción personal reviste extrema importancia, en la medida en que está centrada fundamental —mas no exclusivamente— en la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones contractuales, sin ser ésta la única materia en que resulta aplicable.

Debe tenerse en consideración que el artículo 2001 efectúa una enumeración bastante extensa de las acciones contempladas por el Código Civil. Sin embargo, no

las contempla a todas. En tal sentido, cabría formularse la pregunta de qué plazo prescriptorio tendría la acción rescisoria de los contratos, en la medida de que no se establece un plazo prescriptorio especial para ella. Lo mismo cabría preguntar en torno al plazo prescriptorio de la acción de resolución, pues el artículo 2001 no se pronuncia sobre el particular.

Creemos que los plazos prescriptorios de ambas acciones deberían ser de diez (10) años, en la medida en que son acciones destinadas a lograr el efecto opuesto que el cumplimiento de las obligaciones que se trata de obtener a través de la acción personal.

Decimos esto en la medida de que si una persona pretende exigir el cumplimiento de una obligación, la ley le concede para ello el plazo prescriptorio de diez (10) años (acción personal). Pero, si no deseara exigir el cumplimiento, sino desvincularse del contrato, el tratamiento de la ley debería ser el mismo.

Además, tradicionalmente, a la acción rescisoria se le ha asignado el plazo de la acción personal, por una simple oposición a la acción real. Es decir, al no ser —evidentemente— un tema relativo a la acción real, entonces tendría que ser el plazo referido a la acción personal.

Y no solamente ha ocurrido esto en torno a la rescisión, pues el mismo razonamiento ha sido aplicado tradicionalmente a la resolución de los contratos, tema respecto al cual nunca se ha discutido que el plazo prescriptorio que le corresponde es de diez (10) años.

Además, el propio inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil completa lo relativo a los plazos prescriptorios de diez (10) años, con lo referido a la acción real, es decir, la que surge con respecto a un titular de un derecho real, tema por lo demás tradicionalmente muy importante para el Derecho, así como la que nace de una ejecutoria, materia también de extrema importancia.

Finalmente, concluye el Código Civil el tratamiento de los plazos prescriptorios más largos, de diez (10) años, refiriéndose a la acción de nulidad del acto jurídico, materia de gran importancia, pues afecta la vida misma del acto celebrado, el cual, como hemos visto, si se declara nulo, deviene en inválido, jurídicamente hablando, es decir, un acto que no tiene validez para el Derecho; además de acarrear su ineficacia.

El artículo 2001 del Código Civil da un tratamiento gradual a los plazos de prescripción, habida cuenta de que en los incisos 2, 3 y 4 disminuye la duración de los plazos prescriptorios, en consideración a que las materias tratadas en los incisos siguientes son, paulatinamente, menos importantes.



Dentro de esta lógica se aprecia que en el inciso 2 se señala que el plazo prescriptorio de la acción de daños y perjuicios derivados para las partes de la violación de un acto simulado, es de siete (7) años.

En el inciso 3 se establece que es de tres (3) años el plazo prescriptorio de la acción dirigida al pago de remuneraciones por servicios prestados como consecuencia de vínculo no laboral.

En tanto que en el inciso 4 se establece el plazo prescriptorio de dos (2) años para acciones que el Derecho considera de menor importancia, tales como la acción de anulabilidad del acto jurídico, la acción revocatoria, la que proviene de pensión alimenticia, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces, derivada del ejercicio del cargo.

En este punto de nuestro estudio cabría formularnos la interrogante de por qué se establece un plazo prescriptorio distinto para las acciones de nulidad del acto jurídico y de anulabilidad del acto jurídico, habida cuenta de que en el inciso 1 del artículo 2001 se señala que el plazo de prescripción de la acción de nulidad es de diez (10) años, en tanto que en el inciso 4 del mismo artículo se establece que el plazo prescriptorio de anulación es de dos (2) años.

Si uno analiza las causales establecidas por la ley para que un acto sea nulo o anulable, es decir, el contenido de los artículos 219 y 221 del Código Civil, se puede constatar fácilmente que las causales de nulidad son extremadamente graves.

No ocurre lo mismo con las causales de anulabilidad, las mismas que, no obstante su seriedad, no llegan a configurar situaciones tan serias, jurídicamente hablando, como las establecidas en el artículo 219 del propio Código.

Ello, sin duda, ha originado que el legislador de 1984 considere que dada la gravedad de las causales de nulidad del acto jurídico, el afectado pueda tener el plazo más largo que concede el Derecho para demandar la nulidad.

Justamente, esa relativa seriedad de las causales de anulación acarrea que el plazo prescriptorio de las mismas haya sido establecido en dos (2) años.

En segundo lugar, no debe olvidarse que la gravedad de las causales de nulidad se ve reflejada en el hecho de que la nulidad pueda ser demandada por quienes tengan interés en ella, e incluso por el Ministerio Público (argumento del primer párrafo del artículo 220 del Código Civil); en tanto la anulación de un acto jurídico sólo podría ser demandada por la parte perjudicada, no pudiendo ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley (argumento del segundo párrafo del artículo 222 del Código Civil).

Esto significa que la nulidad es materia de orden público, en tanto la anulabilidad es de orden privado.

De ahí que la ley conceda a la acción de nulidad el máximo plazo prescriptorio y a la acción de anulabilidad un plazo prescriptorio cinco veces menor.

En tercer lugar, debemos señalar que el acto jurídico nulo no puede subsanarse por la confirmación (argumento del tercer párrafo del artículo 220 del Código Civil); en tanto el acto anulable puede ser confirmado —expresa o tácitamente— por la parte a quien corresponda la acción de anulación (argumento de los artículos 230, 231 y 232 del propio Código).

Dentro de tal orden de ideas, resulta lógico que si la nulidad no es susceptible de confirmación por la parte afectada, la ley conceda en estos casos un plazo prescriptorio de diez (10) años, en tanto que si el acto anulable puede ser confirmado, el plazo prescriptorio sea mucho menor (dos años).

En cuarto lugar podríamos mencionar el tema de la seguridad jurídica. Hacemos referencia a este tema en razón a que, tratándose de situaciones extremadamente serias para el Derecho, a éste le interesa que se mantenga durante un plazo largo (diez años) la inseguridad jurídica en torno a la posibilidad de demandar la nulidad de un acto jurídico.

Se podría decir que el Derecho sacrifica la seguridad jurídica que debe proteger, en aras de que situaciones tan graves como aquéllas que dan lugar a la nulidad de los actos jurídicos, puedan remediarse.

Dada esta realidad, la ley sacrifica esa seguridad jurídica durante el plazo más largo previsto en la ley peruana (diez años).

Y esta situación no es gratuita, pues evidentemente, los plazos prescriptorios largos son verdaderamente desastrosos para la seguridad jurídica de las personas y sólo se justifican en razón de que los mismos tienden a preservar valores más elevados, que en el caso de la nulidad estarían dados por la desaparición jurídica de actos atentatorios contra principios jurídicos fundamentales.

Ello, en cambio, no ocurre en el caso de la anulabilidad, pues en función de la escasa gravedad de las causales que la originan, el Derecho no sacrifica por mucho tiempo la seguridad jurídica, lo que significa que importa poco para la ley el que un acto anulable, finalmente se anule o no se anule nunca.

#### **4. LOS SUPUESTOS DE EFICACIA E INEFICACIA REGULADOS EXPRESAMENTE EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

El Código Civil Peruano de 1984 regula en trece de sus artículos, de la manera más disímil, supuestos de eficacia e ineficacia.

Ese carácter inorgánico hace necesario que para abordar el tema resulte indispensable detenernos en los principales supuestos, a fin de poder establecer el hilo conductor.

##### ***4.1. La existencia de la persona jurídica de derecho privado***

Este tema es abordado por el artículo 77 del Código Civil, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 77.- «La existencia de la persona jurídica de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley. La *eficacia* de los actos celebrados en nombre de la persona jurídica antes de su inscripción queda subordinada a este requisito y a su ratificación dentro de los tres meses siguientes de haber sido inscrita. Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros».

Con respecto a la razón de ser de esta norma, en torno a la eficacia, debemos decir que en el artículo citado se regula una situación frecuente en la práctica, ya que suele ocurrir que una persona jurídica constituida pero no inscrita en Registros Públicos, celebre actos jurídicos antes de su inscripción.

En tal sentido, habida cuenta de que el primer párrafo del artículo 77 establece que la existencia de la persona jurídica de Derecho Privado comienza el día de su inscripción en el Registro respectivo, salvo disposición distinta de la ley, entonces llegaríamos a la conclusión de que los actos celebrados luego de constituida la persona jurídica y antes de su inscripción, son actos celebrados por un ente que no existe, jurídicamente hablando.

Dentro de tal orden de ideas, la ley regula esta situación de hecho sujetando la eficacia de los actos celebrados en su nombre a la condición suspensiva de que se inscriba en Registros Públicos y al hecho de que la propia persona jurídica ratifique dichos actos en el plazo de tres meses contados desde su inscripción.

Ahora bien, debemos preguntarnos si en estos casos es necesario que se declare la ineficacia de dichos actos.

Creemos que la negativa se impone, en razón de que la propia ley regula cuáles serían las consecuencias de la no inscripción en Registros y de la no ratificación de los actos en el plazo establecido.

La consecuencia señalada por el tercer párrafo del artículo 77 es que las personas naturales que celebraron dichos actos en nombre de la persona jurídica que nunca existió, terminan siendo partes en dicho acto y, si se tratase de más de una persona, todas ellas serán solidariamente responsables frente a quienes se obligaron y frente a terceros.

En razón de lo expuesto es que consideramos no sería necesario en este caso hablar de un eventual plazo prescriptorio de la acción de ineficacia, pues basta el hecho de que la persona jurídica no se hubiese inscrito o, de haberse inscrito, que los actos celebrados por sus representantes no hubieran sido ratificados dentro del plazo de ley, para que dichos actos sean ineficaces en torno a la persona jurídica, pues esa persona jurídica nunca existió.

En otras palabras, se demande o no se demande una declaración de ineficacia, tales actos jurídicos nunca habrían podido ser eficaces con respecto a una persona jurídica que jamás tuvo existencia para el Derecho.

#### **4.2. Efectos del exceso de los límites del poder**

Este tema es abordado en el artículo 161 del Código Civil, y, como fue indicado oportunamente, es el que motiva el presente análisis:

Artículo 161.- «El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es *ineficaz* con relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros. También es *ineficaz* ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye».

Si nos preguntamos acerca de la razón de ser de esta norma, es evidente que ella se justifica en el hecho de que en caso de exceso de las facultades conferidas o de violación de dichas facultades; o incluso si el supuesto representante no tuviese tal condición, al carecer de la representación que se atribuye, sería injusto que el representado o supuesto representado se encuentre obligado con la contraparte del acto jurídico celebrado.

Sin embargo, la pregunta que habría que formular en este punto es la relativa a si corresponde declarar la ineficacia de esos actos o si los mismos son ineficaces *per se*.

Para tal efecto, consideramos conveniente distinguir, por un lado, el caso en el cual nos encontráramos frente a una persona que se atribuye una representación que

no tiene en lo absoluto; es decir, el caso de alguien que dice ser representante, pero que no representa en sentido alguno al supuesto representado. Con ello queremos decir que el supuesto representado no le ha conferido ningún poder en ningún sentido al supuesto representante.

Debemos confesar que en una primera aproximación al problema, estimamos que en estos casos, al no existir vínculo jurídico entre el supuesto representado y el supuesto representante, la ineficacia con relación al supuesto representado de los actos jurídicos celebrados por el supuesto representante, debía ser una ineficacia intrínseca, es decir, que los actos celebrados por él serían ineficaces *per se* con respecto al supuesto representado.

Dentro de esa primera aproximación, tal perspectiva significaba que no se requeriría de sentencia judicial alguna ni existiría plazo prescriptorio aplicable para que el supuesto representado pueda alegar, judicial o extrajudicialmente, que dichos actos (los celebrados por el supuesto representante) nunca serían eficaces con respecto a él, es decir que ellos no le serían oponibles.

Pensábamos así, al ponernos en la posibilidad de que alguien se atribuya una representación de cualquier persona y comience a celebrar actos jurídicos con terceros, sobre los cuales el supuesto representado recién tenga conocimiento muchos años después.

Resulta evidente que si cualquiera de nosotros fuese la víctima, nuestra primera reacción sería la de no aceptar que se sostenga que, por haber transcurrido un determinado plazo, dichos actos alguna vez tuvieron eficacia con respecto a nosotros.

Pensábamos que, si bien es cierto, se podría sostener que los terceros que celebraron actos jurídicos con el supuesto representante, podrían ver vulnerados sus derechos, mal haríamos en sostener que la ineficacia de dichos actos con respecto al supuesto representado tenga un plazo prescriptorio, ya que tales actos serían ineficaces *per se*.

Creíamos que en estos casos no podría existir plazo prescriptorio alguno, pues, sosteníamos que los actos del supuesto representante eran absolutamente ineficaces desde su celebración y por siempre con respecto al supuesto representado, quien nunca tuvo relación alguna de apoderamiento con el supuesto representante.

Sin embargo, luego cambiamos de opinión.

Lo hicimos, pues ocurre que en el Derecho Civil Peruano no hay ninguna acción que no prescriba, pues las que no prescriben, caducan —por disponerlo así la ley— y, dentro de la sistemática del propio Código, sólo son imprescriptibles las acciones

contempladas en los artículos 373 (filiación), 664 (petitorio de herencia), 865 (de nulidad de la partición por preterición de un sucesor), 927 (reivindicatoria) y 985 (de partición); en tanto que sólo no caducan el derecho a que se declare la nulidad del matrimonio (artículo 276) y a que se declare la filiación extramatrimonial (artículo 410).

Entonces, queda claro que la acción de ineficacia que tiene el supuesto representado contra los actos que celebró quien no tenía representación alguna de aquél, sí prescribe, quedando pendiente, únicamente, analizar cuál es la duración de ese plazo prescriptorio, el mismo que —de seguro— tendría que coincidir con los demás supuestos de acciones de ineficacia que contiene el propio Código Civil. Pero, esta materia será analizada por nosotros en el punto 5 de este estudio.

No obstante todo lo anotado, dichas consideraciones están centradas únicamente en lo que respecta a la acción destinada a que se declare la ineficacia del acto con respecto a aquel supuesto representado que nunca otorgó poder. Ello no implica, en lo absoluto, vulneración alguna del principio de que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los celebran y sus herederos (salvo en cuanto a éstos, si se trata de derechos y de obligaciones no transmisibles).

Queremos decir que el principio *res inter alios acta* queda incólume en lo que respecta a los efectos, con respecto a terceros, de los contratos celebrados entre las partes.

Decimos esto, porque, si bien puede darse el caso en que haya prescrito la acción para que se declare la ineficacia de un acto celebrado por terceros con respecto a uno mismo, queda claro que el principio *res inter alios acta* siempre podrá ser invocado por la parte que no celebró el acto, para sostener que los efectos del mismo no le son oponibles.

Sin embargo, debemos subrayar que esta invocación del principio *res inter alios acta* sólo será posible en lo que respecta a los actos o contratos celebrados por un supuesto representante con respecto al supuesto representado, es decir, de alguien a quien no se le había otorgado poder alguno; no así, en cambio, para los actos celebrados por el representante excediendo o violando las facultades conferidas. Las razones se exponen seguidamente.

Más sencillo de resolver que el caso del supuesto representante, que carecía en absoluto de poder, es el caso de los actos jurídicos celebrados por alguien que sí tiene la representación de otro, pero que excede o viola las facultades que su representado le ha conferido.

Decimos esto, pues en muchísimos supuestos el exceso o violación de las facultades es una cuestión de interpretación, en donde para unos puede ser muy claro

que existieron dichas facultades, en tanto que para otros dichas facultades se habrían conferido en términos diferentes.

Además, aquí los terceros se encontraban frente a alguien que sí tenía representación y el representado —para mal o para bien— había otorgado poder a su representante.

Entonces, en estos casos nos encontramos con que sí existe un vínculo jurídico entre representante y representado.

Aquí nunca podría existir una distancia —en términos de relaciones personales, comerciales o jurídicas— entre ambas personas (distancia que sí podría presentarse en el supuesto del segundo párrafo del artículo 161 del Código Civil).

En estos casos, jamás podríamos hallarnos ante el supuesto en el cual representante y representado ni siquiera se conozcan.

Aquí hay una sola realidad: el representado otorgó poder al representante y lo que está en discusión no es si el representante carecía de poder, pues resulta claro que el representante sí era tal (es decir, que sí tenía poder).

Lo que está en juego son los alcances de ese acto de apoderamiento, con respecto a los actos jurídicos celebrados por el representante y terceros, es decir, si esos actos jurídicos celebrados por el representante y los terceros se enmarcaban dentro de los límites de las facultades conferidas en el acto de apoderamiento cuya existencia es inobjetable.

Ello nos conduce a sostener que en estos casos, en cierta forma, el representado debe asumir un grado de responsabilidad con respecto a la eventual posibilidad de que los actos jurídicos celebrados por su representante con terceros, excediendo o violando las facultades conferidas, sí tengan eficacia en torno a dicho representado.

Y esa responsabilidad podría basarse en una implícita culpa *in eligendo*, es decir, la culpa que debe asumir el representado *por haber elegido mal* al representante que eligió.

Es esta circunstancia y el hecho de lo ambiguo que resulta en la teoría y en la práctica el exceso o supuesto exceso en las facultades, así como la violación de las mismas, lo que nos conduce a sostener —con plena certeza— que en estos casos para que los actos jurídicos celebrados por el representante sean ineficaces con respecto al representado, deberá necesitarse de una sentencia que los declare ineficaces.

Ello, por cuanto también se encuentra en juego la seguridad jurídica de terceros, que podrían verse perjudicados con dicha declaración de ineficacia.

En tal sentido, estimamos que la ineficacia con respecto al representado de los actos jurídicos celebrados por el representante, excediendo o violando las facultades conferidas, tampoco es una ineficacia intrínseca, vale decir, que dichos actos no son ineficaces *per se*, sino que para que lo fueren resultará indispensable de una sentencia judicial firme que así lo establezca.

Es la seguridad jurídica la que hará que, una vez transcurrido el plazo prescriptorio de la acción de ineficacia que pueda interponer el representado, los actos violatorios o excesivos celebrados por su representante, serán plena y absolutamente eficaces con respecto al representado.

Dicho esto, lo único que quedaría pendiente de análisis con respecto a este tema, es lo relativo a la duración del plazo prescriptorio de la acción de ineficacia, materia que será abordada por nosotros en el punto 5 de este trabajo.

### **4.3. El fraude del acto jurídico**

La mayor cantidad de veces en que se menciona a la *ineficacia* en el Código Civil, la encontramos en las normas relativas al fraude del acto jurídico, concretamente en los artículos 195, 197, 198, 199 y 200, los mismos que analizaremos de manera individual.

#### **4.3.1. Los requisitos de la acción pauliana**

Este tema es regulado por el artículo 195 del Código Civil, norma de texto siguiente:

Artículo 195.- «El acreedor, aunque el crédito esté sujeto a condición o a plazo, puede pedir que se declaren *ineficaces* respecto de él los actos gratuitos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito. Se presume la existencia de perjuicio cuando del acto del deudor resulta la imposibilidad de pagar íntegramente la prestación debida, o se dificulta la posibilidad de cobro.

Tratándose de acto a título oneroso deben concurrir, además, los siguientes requisitos:

1. Si el crédito es anterior al acto de disminución patrimonial, que el tercero haya tenido conocimiento del perjuicio a los derechos del acreedor o que, según las circunstancias, haya estado en razonable situación de conocer o de no ignorarlos y el perjuicio eventual de los mismos.
2. Si el acto cuya *ineficacia* se solicita fuera anterior al surgimiento del crédito, que el deudor y el tercero lo hubiesen celebrado con el propósito de perjudicar la satisfacción del crédito del futuro acreedor. Se presume dicha intención en el deudor cuando ha dispuesto de bienes de cuya existencia había informado por escrito al futuro acreedor. Se presume la intención del tercero cuando conocía o estaba en aptitud de conocer el futuro crédito y que el deudor carece de otros bienes registrados.

Incumbe al acreedor la prueba sobre la existencia del crédito y, en su caso, la concurrencia de los requisitos indicados en los incisos 1 y 2 de este artículo. Corresponde al deudor y al tercero la carga de la prueba sobre la inexistencia del perjuicio, o sobre la existencia de bienes libres suficientes para garantizar la satisfacción del crédito».

Como puede apreciarse de la lectura de la norma citada, el artículo 195 regula la acción revocatoria o pauliana, derivada de la realización por parte del deudor de actos fraudulentos que estén destinados a disminuir de una forma u otra el patrimonio



actual o futuro del deudor, perjudicando de esta forma la posibilidad del cobro del crédito.

La declaración de ineficacia del acto fraudulento no implica que se esté reclamando la nulidad o anulabilidad de dicho acto. Simplemente se solicita se declare ineficaz, vale decir, que a pesar de ser válido (pues no se encuentra afectado por ninguna causal de nulidad o anulabilidad) dicho acto deberá ser declarado ineficaz, es decir, que no surtirá efectos con respecto a los intereses del acreedor, que son precisamente aquellos intereses que esta acción busca tutelar.

En torno a la pregunta de si es necesario que la ineficacia a que se refiere el primer párrafo del artículo 195 del Código Civil sea demandada y declarada judicialmente, la respuesta afirmativa es evidente, pues resulta claro que los actos jurídicos fraudulentos no están afectados, de por sí, de ninguna causal de nulidad ni de anulación, lo que determina que al ser válidos resulten plenamente eficaces. De modo tal que será necesario para que pierdan esa eficacia que el acreedor perjudicado demande judicialmente dicha declaración de ineficacia y que los tribunales declaren fundada su demanda.

Caso contrario, el acto será eficaz y, evidentemente, perjudicará los intereses del acreedor, el mismo que se verá imposibilitado de cobrar al deudor que ha cometido dichos actos fraudulentos.

En torno al plazo prescriptorio de la acción revocatoria o por fraude pauliano, el mismo es establecido por el artículo 2001, inciso 4 del Código Civil, norma que la fija en dos (2) años, conjuntamente con el plazo prescriptorio de la acción de anulabilidad.

Nótese que en estos casos el plazo prescriptorio no es considerable o amplio en la medida en que no se trata de un asunto que para el Derecho revista notoria importancia.

Por lo demás, la eventual declaración de ineficacia vía la acción revocatoria no es de orden público. Es de orden privado, siendo su único titular el acreedor que se sintiese perjudicado con el acto fraudulento.

#### 4.3.2. *Efectos de la revocación frente a los subadquirentes*

Artículo 197.- «La declaración de *ineficacia* del acto no perjudica los derechos adquiridos a título oneroso por los terceros subadquirentes de buena fe».

Habida cuenta de la naturaleza y consecuencias de la ineficacia de un acto jurídico, la ley ha considerado conveniente proteger los derechos de los terceros subadquirentes de buena fe, frente a quienes sí resultaría eficaz el acto jurídico.

Prueba de que la acción revocatoria o pauliana sólo busca la declaración de ineficacia de un acto jurídico es que dicho acto puede ser declarado ineficaz con respecto al acreedor y seguir siendo eficaz con respecto a los terceros subadquirentes de buena fe. Al fin y al cabo, se trata de un acto válido.

#### 4.3.3. *Improcedencia de la acción revocatoria*

El artículo 198 del Código Civil regula el tema de la improcedencia de la acción revocatoria. En tal sentido, establece lo siguiente:

Artículo 198.- «No procede la declaración de *ineficacia* cuando se trata del cumplimiento de una deuda vencida, si ésta consta en documento de fecha cierta».

No vamos a ocuparnos de esta norma en sí, pues ella deriva de la ineficacia relativa al acto declarado ineficaz por fraude pauliano.

#### 4.3.4. *Acción oblicua*

El artículo 199 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 199.- «El acreedor puede ejercitar frente a los terceros adquirentes las acciones que le correspondan sobre los bienes objeto del acto *ineficaz*.  
El tercero adquirente que tenga frente al deudor derechos de crédito pendientes de la declaración de *ineficacia*, no puede concurrir sobre el producto de los bienes que han sido objeto del acto *ineficaz*, sino después que el acreedor haya sido satisfecho».

No corresponde analizar la ineficacia a que se hace referencia en el artículo 199, en la medida de que ella no es regulada en esta norma como acción, sino más bien, se abordan diversas consecuencias del acto que ha sido declarado ineficaz.

#### 4.3.5. *Normas procesales aplicables a las acciones por fraude pauliano*

Este tema se encuentra regulado en el artículo 200 del Código Civil, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 200.- «La *ineficacia* de los actos gratuitos se tramita como proceso sumarísimo; la de los actos onerosos como proceso de conocimiento. Son especialmente procedentes las medidas cautelares destinadas a evitar que el perjuicio resulte irreparable.  
Quedan a salvo las disposiciones pertinentes en materia de quiebra».

Tampoco vamos a ingresar al análisis del artículo 200, habida cuenta de que en el mismo no se trata de un supuesto nuevo de ineficacia, pues sólo se regulan los cauces procesales que deben seguir los juicios de ineficacia de actos gratuitos y de actos onerosos.

### 4.4. *Valor de contraoferta de la aceptación tardía y de aquella que no sea conforme a la oferta*

Este tema se encuentra legislado en el artículo 1376 del Código Civil, precepto que dispone lo siguiente:

Artículo 1376.- «La aceptación tardía y la oportuna que no sea conforme a la oferta equivalen a una contraoferta. Sin embargo, el oferente puede considerar *eficaz* la aceptación tardía o la que se haga con modificaciones, con tal que dé inmediato aviso en ese sentido al aceptante».

Como puede apreciar el lector, el artículo 1376 del Código Civil es una norma que se enmarca dentro de los preceptos relativos al consentimiento contractual y regula una ficción legal, en el sentido de que el destinatario de una aceptación (es decir, el oferente) puede, si lo considera conveniente, quitarle el carácter de contraoferta a la aceptación tardía y a la oportuna que no sea conforme a la oferta, dando eficacia de aceptación a lo que en realidad constituye una contraoferta.

Ello, con el ánimo de que el contrato se celebre de una manera más rápida. Para tal efecto, la ley exige que el oferente (es decir, el destinatario de dicha aceptación) dé inmediato aviso, en ese sentido, al aceptante.

Resulta claro que dicha ficción legal no parte de ninguna acción judicial, pues para que la misma se produzca, únicamente es necesario que el oferente y destinatario de la contraoferta proceda extrajudicialmente conforme lo establece el citado numeral.

En virtud de ello, este supuesto de ineficacia no resulta útil a los efectos de nuestro estudio.

#### **4.5. Autonomía de la oferta**

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1383 del Código Civil:

Artículo 1383.- «La muerte o la incapacidad sobreviniente del oferente no priva de *eficacia* a la oferta, la cual obliga a sus herederos o representantes legales, salvo que la naturaleza de la operación u otras circunstancias, determinen que la fuerza vinculante de la oferta sea intransmisible».

La norma transcrita se refiere únicamente a la eficacia de la oferta luego de la muerte o incapacidad sobreviniente del oferente, no existiendo en este caso ninguna eventual acción de ineficacia que deba ser reclamada a los Tribunales de Justicia.

Por tal razón, el citado precepto tampoco interesa a los fines de nuestro estudio.

#### **4.6. Ineficacia de estipulaciones en los contratos con cláusulas predispuestas**

El artículo 1399 del Código Civil regula el tema de la eventual ineficacia de estipulaciones en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación. El texto de dicha norma es el siguiente:

Artículo 1399.- «En los contratos nominados celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, carecen de *eficacia* las estipulaciones contrarias a las normas establecidas para el correspondiente contrato, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez. Lo dispuesto en el párrafo anterior no es de aplicación cuando las partes se hubieran sometido a un reglamento arbitral».

No cabe duda de que el artículo 1399 es una norma destinada a proteger a los contratantes débiles, los mismos que son claramente identificables en los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, en donde se trata de la parte que no ha prerredactado dichos contratos o estipulaciones.

La citada norma establece que son ineficaces en dichos contratos las estipulaciones contrarias a las normas legales establecidas para el contrato en el que se inserten dichas cláusulas o estipulaciones, siempre y cuando estas últimas no hubiesen sido aprobadas administrativamente.

Pero, el artículo 1399 no establece una ineficacia absoluta de esas cláusulas, ya que relativiza considerablemente el tema cuando señala que ellas serán ineficaces, a no ser que las circunstancias de cada contrato particular justifiquen su validez.

Esta situación conduce a que el tema se circunscriba al análisis de cada caso concreto.

En tal sentido, no podríamos hablar de una ineficacia intrínseca o *per se*, sino de una ineficacia que debería ser declarada necesariamente por los Tribunales de Justicia.

Dentro de tal orden de ideas, será necesario que dicha acción de ineficacia tenga un plazo prescriptorio, pues, de lo contrario, se generaría una enorme inestabilidad jurídica.

#### **4.7. Extensión de la obligación del fiador**

El artículo 1873 del Código Civil establece lo siguiente:

Artículo 1873.- «Sólo queda obligado el fiador por aquello a que expresamente se hubiese comprometido, no pudiendo exceder de lo que debe el deudor. Sin embargo, es válido que el fiador se obligue de un modo más *eficaz* que el deudor».

Cuando en esta norma se hace referencia a la validez de la estipulación por la cual el fiador se obliga de un modo más eficaz que el deudor, simplemente se está haciendo alusión a que es válido que el fiador se obligue de una manera más severa (es decir, a responder por un monto mayor) que el propio deudor.

Resulta evidente que en este caso no se está haciendo alusión a la eficacia o ineficacia como una acción judicial, razón por la cual esta norma no resulta de interés para nuestro análisis.

#### **4.8. *Derechos adquiridos al amparo de una norma extranjera***

Dentro del Libro X, relativo al Derecho Internacional Privado, el artículo 2050 establece lo siguiente:

Artículo 2050.- «Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero, competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma *eficacia* en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres».

Esta norma tampoco hace referencia a la eficacia o ineficacia como una acción judicial, motivo por el cual la misma no interesa a los efectos del presente estudio.

#### **4.9. *Eficacia de las partidas de los registros parroquiales***

Este tema es regulado por el artículo 2115 del Código Civil:

Artículo 2115.- «Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treintiséis conservan la *eficacia* que les atribuyen las leyes anteriores».

La presente norma tampoco regula la eficacia o ineficacia como una acción judicial. Por ello, no será objeto de análisis.

### **5. EL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DE INEFICACIA DE LOS ACTOS JURÍDICOS**

Como se ha podido apreciar en el punto 4 de este estudio, sólo tres de los trece artículos del Código Civil que hacen mención expresa de la eficacia o ineficacia, regulan acciones susceptibles de ser interpuestas ante los Tribunales de Justicia para que se declare la ineficacia de actos jurídicos celebrados. Estos tres artículos contemplan cuatro supuestos; a saber:

- a) El artículo 161, en lo que respecta a la acción de ineficacia —a favor del supuesto representado— en torno a los actos jurídicos celebrados por una persona que se atribuía su representación, sin tenerla;
- b) El artículo 161, en lo que respecta a la acción de ineficacia —a favor del representado— en torno a los actos jurídicos celebrados por el

representante, excediendo o violando las facultades conferidas por el representado;

- c) El artículo 195, en lo que respecta a la denominada acción revocatoria o pauliana, destinada a que el acreedor reclame se declaren ineficaces con respecto a él los actos del deudor por los que renuncie a derechos o con los que disminuya su patrimonio conocido y perjudiquen el cobro del crédito; y
- d) El artículo 1399, en lo que respecta a la acción que puede interponer la parte que no hubiere prerredactado el contrato, para que se declare la ineficacia de las estipulaciones contenidas en los contratos por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, que no hubieran sido aprobadas administrativamente, en tanto sean contrarias a las normas que la ley establece para el contrato en el que estén insertadas.

Ahora bien, de los cuatro supuestos de acciones de ineficacia regulados por el Código Civil, sólo uno de ellos tiene plazo prescriptorio expresamente previsto.

Se trata de la acción de ineficacia por fraude pauliano, más conocida como acción revocatoria, nombre con el cual se le identifica en el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, precepto que le otorga un plazo prescriptorio de dos años.

En tal sentido, cabría formularnos la pregunta de si existirían razones de orden jurídico para sostener que el plazo prescriptorio de las acciones de ineficacia de los actos jurídicos contempladas en los artículos 161 y 1399 del citado Código, debieran ser distintos al plazo de la acción de ineficacia por fraude pauliano.

A nuestro juicio, la respuesta es negativa, pues las acciones de ineficacia no versan sobre supuestos que constituyan casos de orden público.

Se podría decir que la ley, en cuanto a su gravedad, equipara los casos de ineficacia a los casos de anulabilidad, concediendo a ambos el mismo plazo prescriptorio de dos años.

Por otra parte, no debemos olvidar que los cuatro supuestos de ineficacia en los que se contempla acciones judiciales, son actos esencialmente ratificables.

Como se sabe, la ratificación muchas veces es confundida con la confirmación de los actos jurídicos, siendo ambas figuras distintas.

La confirmación tiene su lugar natural en los actos jurídicos anulables y es la figura por la cual, ya sea de manera expresa o tácita, el perjudicado, es decir, aquella persona que tendría derecho a intentar judicialmente la anulación del acto jurídico, puede confirmarlo, es decir, darle plena y perpetua validez (artículos 230, 231 y 232 del Código Civil).

Por su parte, la ratificación se presenta en los actos susceptibles de ser declarados ineficaces, debiendo los mismos ser ratificados por la persona que tendría derecho a demandar su ineficacia, ya sea que esta persona hubiere participado o no en la celebración de dicho acto.

Así, si nos hallásemos en el caso del artículo 161 del Código Civil, resultaría evidente que si el representante hubiese excedido o violado las facultades conferidas por su representado, o si se tratase de un supuesto representante a quien nunca se le otorgó poder alguno, dicho representado o supuesto representado no habría celebrado —él mismo— el citado acto jurídico. Sin embargo, es él quien podría ratificar el acto, sea de manera expresa o tácita.

Por otra parte, en el caso del fraude pauliano, resulta evidente que los actos fraudulentos no son celebrados por el acreedor perjudicado. Sin embargo, dicho acreedor perjudicado tiene derecho a demandar se declaren ineficaces dichos actos; y ese mismo acreedor tendría la facultad de renunciar expresa o tácitamente a plantear dicha acción, ratificando la eficacia de los actos jurídicos que le fueren perjudiciales.

Ello sería raro en la práctica, pero no imposible.

Finalmente, en el caso de los contratos celebrados por adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación, quienes pueden demandar la ineficacia de las cláusulas no aprobadas administrativamente, que fueren contrarias a las normas legales que regulen dichos contratos, no son terceros, es decir, personas que no hubiesen participado en la celebración de tales actos o contratos.

A diferencia de los casos contenidos en los artículos 161 y 195 del Código Civil, quien puede demandar la ineficacia en el caso del artículo 1399 es una de las partes contractuales (aquella que no prerredactó el contrato).

Dentro de tal orden de ideas, sería esta misma parte aquella que podría ratificar, de manera expresa o tácita, la eficacia de dichas cláusulas contractuales.

En tal sentido, se puede apreciar que en los tres casos de actos ineficaces en donde el Código Civil concede acción judicial al perjudicado, cabe la ratificación de dichos actos.

Así como la confirmación implica que el perjudicado otorga plena validez al acto jurídico que era susceptible de anulación, la ratificación implica que el perjudicado otorga plena eficacia al acto jurídico que era susceptible de ser declarado ineficaz.

En abono de sostener que el plazo prescriptorio común a las acciones de ineficacia es de dos años, podría sostenerse que la ratificación tiene similar propósito que la confirmación, pero que incluso la ratificación implica un acto de menos severidad que la confirmación, pues la confirmación evita que el acto se pueda anular, es decir, que se declare inválido, en tanto la ratificación no evita que el acto se pueda declarar inválido, sino solamente que el acto no se pueda declarar ineficaz.

Dentro de tal orden de ideas, no debemos olvidar que el artículo 2001 del Código Civil regula de manera gradual los plazos prescriptorios, según las causas que originan las acciones sean de mayor o menor gravedad, contemplando en el inciso 1 los casos más serios o delicados (para los que otorga diez años), y en el inciso 4 los supuestos más leves (en los que otorga dos años).

Así, si en el inciso 4 se regula la prescripción de la acción de anulabilidad, concediéndosele sólo dos años, al igual que a la acción de *ineficacia* del acto jurídico por fraude pauliano, es evidente que los demás casos de ineficacia (artículos 161 y 1399 del Código Civil) no pueden tener un plazo prescriptorio mayor, pues se trata de supuestos teóricamente menos graves que los que dan lugar a la anulación de los actos jurídicos, habida cuenta de que los supuestos de ineficacia jamás ponen en juego la validez de los actos.

Además, si en el citado inciso 4 se reguló uno de los cuatro supuestos de acciones de ineficacia contemplados por el Código Civil, al no existir plazos prescriptorios generales más cortos, entonces no existe ningún elemento que nos pueda conducir a pensar que el plazo prescriptorio de las acciones de ineficacia reguladas en los artículos 161 y 1399 del Código Civil, puedan ser mayores a dos años.

Sin embargo, consideramos que en el caso del supuesto representante, vale decir de aquél que se atribuye una representación que nunca le fue otorgada —pues jamás se le confirió poder alguno— sería muy injusto que el plazo prescriptorio comenzara a correr inmediatamente después de celebrado el acto jurídico.

Decimos esto, pues —como fue expresado oportunamente— podría ocurrir que no exista vínculo alguno —ni siquiera de conocimiento— entre el supuesto representante y el supuesto representado; de modo tal que dicho plazo prescriptorio debería comenzar a computarse en momento posterior. Pensamos sería justo se comenzara a computar desde el momento en que el supuesto representado tome conocimiento de la celebración del acto jurídico.



De lo contrario (es decir, si se empezase a contar desde la celebración del acto), resultaría muy fácil que transcurra y finalice el decurso prescriptorio sin que el supuesto representado haya tenido —siquiera— la menor posibilidad de ejercer su derecho de defensa.

Lima, febrero del 2004.

**TODO PRESCRIBE O CADUCA, A MENOS QUE LA LEY SEÑALE LO CONTRARIO**  
Por Felipe Osterling Parodi y  
Mario Castillo Freyre

**TODO PRESCRIBE O CADUCA, A MENOS QUE  
LA LEY SEÑALE LO CONTRARIO\***

*Felipe Osterling Parodi\*\**  
*Mario Castillo Freyre\*\*\**

1. PROPÓSITO.— 2. NOCIONES GENERALES.— 3. LOS PLAZOS PRESCRIPTIVOS Y DE CADUCIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO 3.1. LOS PLAZOS DE CADUCIDAD EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.— 3.2. LAS ACCIONES IMPRESCRIPTIBLES EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.— 3.2.1. LA ACCIÓN DE FILIACIÓN.— 3.2.2. LA ACCIÓN PETITORIA DE HERENCIA.— 3.2.3. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LA PARTICIÓN POR PRETERICIÓN DE UN SUCESOR.— 3.2.4. LA ACCIÓN REIVINDICATORIA.— 3.2.5. LA ACCIÓN DE PARTICIÓN.— 4. LOS SUPUESTOS DE DERECHOS QUE NO CADUCAN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO.— 4.1. EL DERECHO A QUE SE DECLARE LA NULIDAD DEL MATRIMONIO.— 4.1.1. EL DERECHO A QUE SE DECLARE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL.— 4.1.2. ENTONCES, ¿HAY ALGUNA ACCIÓN QUE NO PRESCRIBA?

## **1. PROPÓSITO**

Es propósito de estas notas demostrar que en el Derecho Civil Peruano todo prescribe o caduca, a menos que la propia ley señale —de manera expresa— que determinada acción no prescribe o que determinado derecho no caduca.

Para llegar a esta conclusión, ha resultado necesario efectuar un análisis transversal del Código Civil a efectos de apreciar cuál es la metodología que ha seguido dicho cuerpo normativo en materia de plazos prescriptorios y de caducidad.

Si bien hubiese sido conveniente que el Código Civil Peruano de 1984 contuviera una norma como el artículo 2934 del Código Civil Italiano,<sup>99</sup> precepto que establece que todo derecho se extingue por prescripción, ello no constituye obstáculo para inferir que en el Código Civil Peruano no existen acciones que no prescriban o que no caduquen, a menos que la ley estableciese de manera expresa que no prescriben o que no caducan.

El Código Nacional otorga todo un Libro (el Libro VIII) para regular la prescripción y la caducidad, estableciendo en los dos Títulos que contiene las normas o principios generales, tanto en torno a la prescripción extintiva como a la caducidad.

## 2. NOCIONES GENERALES

Antes de iniciar nuestro análisis en sentido estricto, juzgamos necesario delinear las nociones de prescripción y de caducidad.

Para ello debemos aclarar que no vamos a entrar a discutir —pues no es propósito de este artículo— si la prescripción extingue el derecho o la acción. Optamos, en este punto por limitarnos a señalar nuestra conformidad con la tesis del maestro Luis Díez-Picazo, quien considera que el objeto inmediato o directo de la prescripción son las facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas, las facultades de exigir.<sup>100</sup>

Al margen de esta consideración, en el presente ensayo vamos a emplear la terminología adoptada por nuestro Código Civil, así como la lógica que se desprende de su texto. Así, nos referimos a prescripción de la acción y caducidad de derechos.

Ahora bien, en un sentido amplio, se suele denominar como *prescripción* a aquellos fenómenos que parecen consistir en una modificación que experimenta determinada situación jurídica con el transcurso del tiempo.

Messineo<sup>101</sup> se aproxima a esta noción cuando califica a la prescripción como un evento vinculado con el paso del tiempo. Desde esta perspectiva lo define como el modo o medio con el cual, mediante el transcurso del tiempo, se extingue y se pierde un derecho subjetivo por efecto de falta de ejercicio.

Por su parte, Díez-Picazo<sup>102</sup> enfatiza que, en realidad, fundamentar la prescripción exclusivamente sobre el transcurso del tiempo contribuye a oscurecer el panorama. Si bien se admite que el transcurso del tiempo como hecho jurídico altera los derechos

subjetivos o las relaciones jurídicas, lo cierto es que el mismo no pertenece a la sustancia de la prescripción.

Así, el citado autor llama la atención sobre la inexactitud en que se incurre cuando se define a la prescripción como una extinción de derechos producida por una prolongada falta de ejercicio del derecho. Señala, al respecto, que aunque el titular incida en inactividad o en inercia, el derecho no prescribe en tanto sea reconocido por el sujeto pasivo. La falta de ejercicio ha de ir, por esto, unida a la falta de reconocimiento.

A esta idea hay que agregar que la prescripción no puede ser acogida de oficio por el juez. La prescripción debe ser alegada o invocada por quien se encuentra interesado en valerse de ella.

Lo dicho nos permite demarcar la idea de prescripción a partir de dos perspectivas:<sup>103</sup>

Desde el punto de vista estructural, podemos afirmar que la prescripción constituye un límite del ejercicio del derecho subjetivo. Todo derecho debe ser ejercido dentro de un período de plazo razonable, puesto que es antisocial y contrario al fin o función para que ha sido concedido, el ejercicio retrasado o la inercia. El titular tiene la carga de un ejercicio tempestivo de su derecho.

Así las cosas, en razón de la inacción del titular del derecho que pudiendo hacerlo valer no lo hace, éste pierde la facultad de exigirlo compulsivamente.

Por otro lado, desde el punto de vista funcional, la prescripción es una facultad del interesado para repeler el ejercicio intempestivo.

Esta perspectiva funcional nos permite apreciar claramente que en la prescripción se protege, sobre todo, un interés particular muy concreto: el interés de la persona de no verse expuesta a reclamaciones antiguas, de las cuales se ha perdido la memoria pues el silencio ha creado una objetiva y razonable confianza de que el derecho o la facultad no serían ya ejercidos.<sup>104</sup>

«Las funciones de la prescripción, examinada desde un contexto de certidumbre, son, primero en el caso particular, la de extinguir la situación de ventaja que se pretende hacer valer en beneficio del titular de la situación jurídica correlativa de desventaja, y en segundo en relación a la sociedad, la de asegurar el tráfico, asegurando a los terceros en la sociedad la realidad de las apariencias (mediante la consolidación de esta última). Las funciones jurídicas reales de la prescripción, examinada desde un contexto de incertidumbre, son dos: para el caso concreto, descartar la atendibilidad judicial de un proceso inidóneo en tanto que configurado como privadamente inútil, ahorrando a las partes costos procesales; desde una perspectiva general, disminuir la carga procesal

de la judicatura en relación a procesos no meritorios, lo que no es sino una visión de lo que ocurre para el Estado, de la sumatoria de descartes de procesos privadamente inidóneos».<sup>105</sup>

En lo que respecta a la caducidad, la misma es definida como el instrumento mediante el cual el transcurso del tiempo extingue el derecho y la acción correspondiente, en razón de la inacción de su titular durante el plazo prefijado por la ley o la voluntad de los particulares.

En la caducidad se protege el interés general en una pronta incertidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación. Porque existe este interés general en la pronta certidumbre de la situación jurídica pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. En cambio, en la prescripción el acto de ejercicio tiene que ser además intempestivo, es decir, objetivamente inesperado dado el tiempo transcurrido.<sup>106</sup>

Su justificación, como resulta evidente, radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen inseguridad. Al igual que en el caso de la prescripción, entonces, el orden social exige que se dé fijeza y seguridad a los derechos y se aclare la situación de los patrimonios.

### **3. LOS PLAZOS PRESCRIPTORIOS EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

En lo que respecta a la prescripción extintiva, el artículo 2001 establece, en sus cuatro incisos, los plazos generales de prescripción.

Sin embargo, el propio Código, más allá de los plazos generales contenidos en el artículo 2001, también regula en otras dos normas, los artículos 432 y 1274, dos casos adicionales de plazos prescriptorios.

El artículo 432 prevé el plazo prescriptorio de las acciones de pago que resulten de la administración legal de los bienes del menor por parte de sus padres, otorgándose un plazo de diez años específicamente para la acción relativa al pago del saldo que resulte de dicha cuenta.

El artículo 1274 establece el plazo prescriptorio para recuperar lo indebidamente pagado, el mismo que vence a los cinco años de efectuado el pago.

Así, los plazos prescriptorios, medianos o largos por naturaleza, van desde los diez años hasta los dos años, y pueden ser esquematizados de la siguiente manera:

#### **PRESCRIPCIÓN (10 AÑOS)**

**Artículo 432.- Extinción de las acciones de pago que resulten de la administración legal (segundo párrafo)**

**Artículo 2001.- Plazos prescriptorios de acciones civiles (inciso 1)**

Acción personal

Acción real

La que nace de ejecutoria

Nulidad de acto jurídico

#### **PRESCRIPCIÓN (7 AÑOS)**

**Artículo 2001.- Plazos prescriptorios de acciones civiles (inciso 2)**

Daños y perjuicios por acto simulado

#### **PRESCRIPCIÓN (5 AÑOS)**

**Artículo 1274.- Plazo de prescripción de la acción de pago indebido**

#### **PRESCRIPCIÓN (3 AÑOS)**

**Artículo 2001.- Plazos prescriptorios de acciones civiles (inciso 3)**

Acción de pago de remuneraciones por servicios personales sin vínculo laboral

#### **PRESCRIPCIÓN (2 AÑOS)**

**Artículo 2001.- Plazos prescriptorios de acciones civiles (inciso 4)**

Acción de anulabilidad

Acción revocatoria (ineficacia por fraude pauliano)

Pensión alimenticia

Acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual

Acción contra representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo

#### **PRESCRIPCIÓN (1 AÑO)**

**Artículo 1783.- Acción contra el contratista por diversidades o vicios de la obra**

### ***3.1. Los plazos de caducidad en el Código Civil Peruano***

El Código Civil no establece plazos generales de caducidad en el Libro respectivo; más bien, regula situaciones concretas, de plazos específicos de caducidad, en un número bastante amplio de artículos, los mismos que, en general, se extienden desde tres años hasta cinco días, independientemente de algunos plazos dobles.

Si desea apreciarse esquemáticamente los plazos de caducidad contenidos en el Código Civil, podría hacerse en el siguiente cuadro:

**CADUCIDAD (3 AÑOS)**

**Artículo 432.- Acciones de pago que resulten de la administración legal de los bienes del hijo**

**Artículo 561.- Acciones recíprocas de pago que resulten de la tutela**

**CADUCIDAD (2 AÑOS)**

**Artículo 277.- Anulabilidad del matrimonio**

inciso 4: no pleno ejercicio de sus facultades mentales

inciso 5: del que lo contrae por error

inciso 6: contrae bajo amenaza de un mal grave e inminente

**Artículo 450.- Titulares de la acción de nulidad de los actos relativos al patrimonio de los hijos**

**Artículo 537.- Acción de nulidad por actos realizados por el tutor sin las formalidades legales**

**Artículo 750.- Contradicción de la desheredación**

**Artículo 812.- Anulabilidad del testamento. Confirmación tácita. Caducidad**

**Artículo 940.- Avulsión**

**CADUCIDAD (2 AÑOS DESDE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO)**

**Artículo 1454.- Caducidad por lesión**

**CADUCIDAD (1 AÑO)**

**Artículo 240.- Reparación de daños y perjuicios por ruptura de esponsales.**

**Artículo 274.- Causales de nulidad del matrimonio**

inciso 1: del enfermo mental

inciso 2: del sordomudo

inciso 3: del casado

**Artículo 277.- Anulabilidad del matrimonio**

inciso 2: del impedido por enfermedad crónica, etc.

inciso 3: del raptor

**Artículo 401.- Impugnación del reconocimiento por el menor de edad o el incapaz**

**Artículo 414.- Derechos de la madre del hijo extramatrimonial**

**Artículo 668.- Proceso judicial de indignidad. Plazo**

**Artículo 1500.- Pérdida del derecho a exigir el saneamiento**

inciso 5: por caducidad

**Artículo 1784.- Responsabilidad del contratista**

**Artículo 1949.- Acción de cobro del juego y la apuesta**

**CADUCIDAD: 6 MESES (DESDE CONOCIMIENTO) Ó 5 AÑOS (PRODUCIDO)**

**Artículo 339.- Caducidad de la acción para pedir la separación de cuerpos:**  
Por condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años  
Por homosexualidad sobreviniente al matrimonio  
Por atentado contra la vida del cónyuge  
Por adulterio

#### **CADUCIDAD (6 MESES)**

**Artículo 277.- Anulabilidad del matrimonio**

inciso 8: ante funcionario incompetente

**Artículo 339.- Caducidad de la acción para pedir la separación de cuerpos:**  
Por violencia

Por injuria grave

**Artículo 562.- Prescripción de las acciones contra el juez por razón de la tutela (si bien en este caso el Código Civil anota que la acción *prescribe*, hay cierto consenso en el sentido de que este plazo es de caducidad y no de prescripción)**

**Artículo 1454.- Caducidad de la acción por lesión**

**Artículo 1579.- Plazo de caducidad en la compraventa sobre medida y en bloque**

**Artículo 1725.- Caducidad del crédito del hospedante**

**Artículo 1753.- Caducidad de las acciones del comodante**

**Artículo 1754.- Caducidad de las acciones del comodatario**

#### **CADUCIDAD: 3 MESES: BIENES MUEBLES; 6 MESES: BIENES INMUEBLES**

**Artículo 1514.- Caducidad de las acciones redhibitoria y estimatoria**

**Artículo 1526.- Plazos de caducidad de las acciones por excesiva onerosidad de la prestación**

#### **CADUCIDAD (3 MESES)**

**Artículo 676.- Renuncia y derechos de los acreedores del renunciante de la herencia**

**Artículo 1445.- Caducidad de la acción por excesiva onerosidad de la prestación**

#### **CADUCIDAD (2 MESES)**

**Artículo 919.- Plazos para la separación y el reembolso de mejoras**

**Artículo 1523.- Garantía de buen funcionamiento del bien**

#### **CADUCIDAD (90 DÍAS)**

**Artículo 364.- Plazo para interponer la acción contestatoria de paternidad**

**Artículo 372.- Plazo para impugnar la maternidad**

**Artículo 400.- Plazo para la impugnación del reconocimiento del hijo**

#### **CADUCIDAD (60 DÍAS)**

**Artículo 92.- Impugnación judicial de los acuerdos de la asamblea**

**Artículo 1641.- Derecho del donatario a contradecir la revocatoria de la donación**

**Artículo 1783.- Acciones derivadas por diversidades o vicios exteriores de la obra**

#### **CADUCIDAD (15 DÍAS)**

**Artículo 650.- Impugnación de las resoluciones del consejo de familia**

**Artículo 1898.- Fianza por plazo determinado**

#### **CADUCIDAD (5 DÍAS)**

**Artículo 634.- Procedimiento para la formación del consejo de familia**

**Artículo 648.- Apelación de resoluciones del consejo de familia**

**Artículo 649.- Apelación de resoluciones del consejo de familia**

**Artículo 1254.- Oposición al ofrecimiento judicial de pago**

#### **CADUCIDAD: MAYORÍA DE EDAD O SI MUJER HA CONCEBIDO**

**Artículo 277.- Anulabilidad del matrimonio**

inciso 1: del impúber

### ***3.2. Las acciones imprescriptibles en el Código Civil Peruano***

Dentro de tal orden de ideas, precisa aclararse que cuando el Código Civil Peruano trata acerca de una acción que no prescribe, así lo establece, señalando que ella es *imprescriptible*.

De esta forma se ha procedido solamente en cinco casos específicos, los mismos que, por su importancia, han sido recogidos por el legislador de 1984 como supuestos de imprescriptibilidad de la acción, dada su gravedad, ya sea de orden personal o patrimonial, razón por la cual se ha preferido sacrificar la seguridad jurídica destinada a proteger la prescripción, por el perpetuo ejercicio de la acción que la ley concede al beneficiado.

#### ***3.2.1. La acción de filiación***

El primer caso de acción imprescriptible está contenido en el artículo 373, relativo a la filiación.

**Artículo 373.- «El hijo puede pedir que se declare su filiación. Esta acción es *imprescriptible* y se intentará conjuntamente contra el padre y la madre o contra sus herederos».**



Sin duda, se ha considerado la enorme importancia de esta acción, en base al derecho de todo ser humano de contar con una filiación legalmente reconocida.

Pero, más allá de la importancia de esta acción, lo que correspondería es formularnos la pregunta de si acaso se podría interpretar que en la eventualidad de que el artículo 373 del Código Civil no hubiese señalado la imprescriptibilidad de la acción de filiación, dicha acción sería imprescriptible.

No nos cabe duda alguna de que, independientemente de la gravedad del tema controvertido, la respuesta negativa se impone, pues más allá de razones sentimentales o incluso de Derecho, no tendríamos ninguna de carácter definitivo y contundente para sostener la imprescriptibilidad de la acción de filiación, a menos que la ley — como en efecto lo ha hecho— señale su carácter imprescriptible. Nótese que la ley, a pesar de la importancia de la materia, ha tenido que señalar expresamente que la acción es imprescriptible, precisamente para que lo sea.

De no haberse establecido expresamente tal carácter, simplemente tendríamos que recurrir a analizar cuál de los plazos generales de prescripción, establecidos por el artículo 2001 del Código Civil, le sería aplicable.

### 3.2.2. *La acción petitoria de herencia*

El segundo caso de acción imprescriptible está constituido por la acción petitoria de herencia, regulada en el artículo 664 del Código Civil:

**Artículo 664.- «El derecho de petición de herencia corresponde al heredero que no posee los bienes que considera que le pertenecen, y se dirige contra quien los posea en todo o parte a título sucesorio, para excluirlo o para concurrir con él.**

**A la pretensión a que se refiere el párrafo anterior, puede acumularse la de declarar heredero al peticionante si, habiéndose pronunciado declaración judicial de herederos, considera que con ella se han preterido sus derechos.**

**Las pretensiones a que se refiere este artículo son *imprescriptibles* y se tramitan como proceso de conocimiento».**

Se ha considerado, sin duda, la enorme importancia de esta acción, en base al derecho de toda persona de poder contar con el patrimonio que le corresponde y que, por diversas razones, no posee, luego de una sucesión.

Pero —lo reiteramos—, más allá de la importancia de esta acción, lo que correspondería es formularnos la pregunta de si acaso se podría interpretar que en la eventualidad de que el artículo 664 del Código Civil no hubiese señalado la imprescriptibilidad de la acción petitoria de herencia, dicha acción sería imprescriptible.

Aquí tampoco cabe duda de que, independientemente de la gravedad del tema controvertido, la respuesta negativa se impone, pues fuera de cualquier otra consideración jurídica, no tendríamos ninguna razón absolutamente contundente para sostener la imprescriptibilidad de dicha acción, a menos que la ley —como en efecto lo ha hecho— señalase su carácter imprescriptible.

Entonces, de no haberse precisado en la ley su carácter imprescriptible, igualmente tendríamos que recurrir a analizar cuál de los plazos generales de prescripción, establecidos por el artículo 2001 del Código Civil, le sería aplicable.

### 3.2.3. *La acción de nulidad de la partición por preterición de un sucesor*

El tercer caso de acción imprescriptible regulado por el Código Civil Peruano de 1984, es el contenido en el artículo 865, relativo a la acción de nulidad de la partición por preterición de un sucesor:

**Artículo 865.- «Es nula la partición hecha con preterición de algún sucesor. La pretensión es *imprescriptible* y se tramita como proceso de conocimiento.**

**La nulidad no afecta los derechos de los terceros adquirientes de buena fe y a título oneroso».**

Sin duda se ha considerado la enorme importancia de esta acción en base al derecho de toda persona de poder contar con el patrimonio que le corresponde y no ser preterido, relegado o excluido de una sucesión.

En este caso, al igual que en los dos anteriores, más allá de la importancia de esta acción, correspondería formularnos nuevamente la pregunta de si acaso se podría interpretar que en la eventualidad de que el artículo 865 del Código Civil no hubiese señalado la imprescriptibilidad de la acción de nulidad de la partición por preterición de un sucesor, ella sería imprescriptible.

En este supuesto tampoco cabe ninguna duda de que, independientemente de la gravedad del tema controvertido, la respuesta negativa se impone, pues no tendríamos una razón definitiva para sostener la imprescriptibilidad de dicha acción, a menos que la ley —como en efecto lo ha hecho— señalase su carácter imprescriptible.

Es así que de no haberse previsto la imprescriptibilidad, simplemente tendríamos que recurrir a analizar cuál de los plazos generales de prescripción, establecidos por el artículo 2001 del Código Civil, le sería aplicable.

### 3.2.4. *La acción reivindicatoria*

El cuarto caso de imprescriptibilidad contenido en el Código Civil Peruano está constituido por la acción reivindicatoria, regulada en el artículo 927 de dicho cuerpo legal:

**Artículo 927.- «La acción reivindicatoria es *imprescriptible*. No procede contra aquel que adquirió el bien por prescripción».**

Aquí también se ha considerado la enorme importancia de esta acción, en base al derecho de toda persona, de poder recuperar la posesión de un bien cuya propiedad le pertenece.

Como se sabe, la acción reivindicatoria es aquélla que ejerce el propietario no poseedor contra el poseedor no propietario.

Pero —una vez más—, fuera de la importancia de esta acción, lo que correspondería es formularnos la pregunta de si acaso se podría interpretar que en la eventualidad de que el artículo 927 del Código Civil no hubiese señalado la imprescriptibilidad de la acción de filiación, dicha acción sería —de todos modos— imprescriptible.

No nos cabe duda que, con prescindencia de la gravedad del tema controvertido, la respuesta negativa se impondría, pues más allá de argumentos en torno a la naturaleza jurídica del derecho de propiedad, careceríamos de una razón absolutamente contundente y definitiva para sostener la imprescriptibilidad de la acción reivindicatoria, a menos que la ley —como en efecto lo ha hecho— señalase su carácter imprescriptible.

En este caso, al igual que en los tres supuestos precedentes, de no haberse señalado su carácter imprescriptible, simplemente tendríamos que recurrir a analizar cuál de los plazos generales de prescripción, establecidos por el artículo 2001 del Código Civil, le sería aplicable.

Y luego de efectuar dicho análisis no habría duda de que —en este hipotético supuesto— el plazo que le correspondería sería el de diez años, que contempla el artículo 2001, inciso 1, para la acción real.

### **3.2.5.     *La acción de partición***

El quinto y último supuesto de acción imprescriptible contemplado por el Código Civil Peruano, está constituido por la acción de partición, regulada en el artículo 985 del citado cuerpo legal:

**Artículo 985.- «La acción de partición es *imprescriptible* y ninguno de los copropietarios ni sus sucesores pueden adquirir por prescripción los bienes comunes».**

Sin duda, se ha considerado la enorme importancia de esta acción, en base a que al Derecho le resulta incómoda la situación de indivisión. El Derecho estima que cuando un bien se encuentra sujeto al régimen de copropiedad, tal indivisión hace que las decisiones sobre el bien resulten menos eficientes, tanto respecto a su comercialización, como respecto a las decisiones de inversión o mejoramiento del propio bien.

En tal sentido, se aprecia que la estructura de la normatividad sobre partición contenida en el Código Civil Peruano de 1984, tiende, ineludiblemente, a buscar que —tarde o temprano— se consiga la partición del bien, a fin de evitar las cuotas partes ideales y lograr que los copropietarios se conviertan en propietarios de partes materialmente individualizadas de dicho bien.

Pero aquí también, más allá de la importancia de esta acción, lo que correspondería es formularnos la pregunta de si acaso se podría interpretar que en la eventualidad de que el artículo 985 del Código Civil no hubiese señalado la imprescriptibilidad de la acción de filiación, dicha acción sería imprescriptible.

Tampoco tenemos dudas de que, independientemente de la importancia del tema controvertido, la respuesta negativa se impone, pues más allá de poderosísimas razones económicas o, incluso, de lógica elemental, no tendríamos el argumento definitivo de orden jurídico para sostener la imprescriptibilidad de la acción de partición, a menos que la ley —como en efecto lo ha hecho— señalase su carácter imprescriptible.

Aquí, al igual que en los cuatro supuestos precedentes, de no haberse señalado su carácter imprescriptible, simplemente tendríamos que recurrir a analizar cuál de los plazos generales de prescripción, establecidos por el artículo 2001 del Código Civil, le sería aplicable.

Y en este hipotético caso el plazo que le correspondería sería el de diez años, que contempla el artículo 2001, inciso 1, para la acción real.

#### **4. LOS SUPUESTOS DE DERECHOS QUE NO CADUCAN EN EL CÓDIGO CIVIL PERUANO**

El Código Civil Peruano de 1984, ha considerado conveniente establecer dos supuestos de derechos que no caducan. Se trata del derecho a que se declare la nulidad del matrimonio (artículo 276) y el derecho a ser declarado hijo extramatrimonial (artículo 410), conforme se expone a continuación.

##### ***4.1. El derecho de a que se declare la nulidad del matrimonio***

El artículo 276 del Código Civil establece que el derecho a que se declare la nulidad del matrimonio no caduca:

**Artículo 276.- «La acción de nulidad no caduca».**

Independientemente de que en realidad la norma debió referirse al *derecho* y no a la *acción*, resulta clara la enorme importancia de este supuesto, para el cual la ley ha considerado que el derecho nunca debe caducar.

Ahora bien, cabría preguntarnos si esta no caducidad del derecho podría inferirse, igualmente, en caso que ella no hubiese sido expresamente legislada.

La respuesta negativa se impone, en la medida de que, incluso, la caducidad es de por sí una situación excepcional (habida cuenta de que lo normal es la prescripción).

En tal sentido, la no caducidad es *doblemente excepcional*, razón por la cual, necesariamente tendría que haber sido regulada en la propia ley.

Eso significa que si el artículo 276 del Código Civil no hubiese señalado que el derecho para que se declare la nulidad del matrimonio no caduca, entonces, la acción para que se declare la nulidad del matrimonio prescribiría como cualquier otra acción, y le habría correspondido el plazo prescriptorio de diez años contemplado por el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil, para la nulidad del acto jurídico, habida cuenta de que el matrimonio, más allá de ser una institución, también es un acto jurídico.

#### **4.2. El derecho a que se declare la filiación extramatrimonial**

El artículo 410 del Código Civil establece la no caducidad del derecho a que se declare la filiación extramatrimonial:

**Artículo 410.- «No caduca la acción para que se declare la filiación extramatrimonial».**

Otra vez el Código erró al referirse a la no caducidad de la *acción*, cuando debió referirse a la no caducidad del *derecho*.

No cabe duda de la importancia para una persona de poder ser declarado hijo —aunque sea extramatrimonial— de alguien.

Esta situación, acorde con los elementales derechos del ser humano, ha conducido a que el Código Civil Peruano de 1984 establezca expresamente que no caduca el derecho para que se declare la filiación extramatrimonial.

Ahora bien, cabría preguntarnos si esta no caducidad podría inferirse igualmente en caso que ella no hubiese sido expresamente legislada.

Aquí también la respuesta negativa se impone, en la medida en que, incluso, la caducidad es de por sí una situación excepcional.

En tal sentido —lo volvemos a decir—, la no caducidad es doblemente excepcional, razón por la cual necesariamente tendría que haber sido regulada en la propia ley.

Eso significa que si el artículo 410 del Código Civil no hubiese señalado que el derecho para que se declare la filiación extramatrimonial no caduca, entonces la acción para que se declare la filiación extramatrimonial prescribiría como cualquier otra acción, y le habría correspondido uno de los plazos prescriptorios de los contemplados por el artículo 2001 del Código Civil.

## **5. ENTONCES, ¿HAY ALGUNA ACCIÓN QUE NO PRESCRIBA?**

Luego de dar lectura a los conceptos que anteceden, consideramos que, en principio, todas las acciones prescriben dentro del sistema del Código Civil Peruano de 1984.

Existen, incluso, casos en los cuales el Derecho es más severo, al haber establecido plazos de caducidad, lo que implica que no sólo prescribe la acción, sino que se extingue el derecho mismo.

No cabe duda tampoco de que los plazos de caducidad son, por lo general, mucho más breves que los plazos de prescripción, debido a que en estos casos al Derecho le interesa preservar la seguridad jurídica por encima de los derechos de las partes.

De ahí que, de acuerdo al régimen del Código Nacional, lo que por regla general no prescribe, caduca; y, evidentemente, lo que no caduca, prescribe.

Esto significa que, dentro de ese esquema lógico, no debería haber nada que no prescriba o que no caduque.

Pero, dada la importancia —enorme, por cierto— de determinados supuestos, el Código Civil, como hemos visto, ha establecido cinco casos de excepción a la prescripción, previstos por los artículos 373, 664, 865, 927 y 985, en los cuales se establece que las respectivas acciones son imprescriptibles.

Dentro de esa misma lógica, el propio Código ha considerado dos supuestos en los cuales los derechos no caducan, contenidos en los artículos 276 y 410 del citado cuerpo legal.

Tanto los supuestos de acciones imprescriptibles como aquéllos de derechos que no caducan, son situaciones extremadamente graves e importantes para el Derecho, las mismas que han llevado a que el legislador de 1984 establezca la imprescriptibilidad y no caducidad para proteger a los titulares de esos derechos, con detrimento de la seguridad jurídica que, por regla general, el Estado promueve para la sociedad y para los particulares involucrados, con la regulación de las instituciones de la prescripción y de la caducidad.

Como hemos podido advertir, lo que se busca con estas instituciones es simplemente que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas. Este objetivo encuentra sustento en razones de paz social, de orden público y de seguridad jurídica, que se encuentran en concordancia con el interés particular.

En términos generales, entonces, la razón de ser de estas instituciones debe buscarse en exigencias de orden social. En efecto, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercido; de manera que si no es ejercido, debe considerarse como renunciado por el titular.<sup>107</sup>

Entonces, como conclusión, podemos decir que todo aquello que no prescribe o que no caduca, está señalado específicamente en esas siete normas del Código Civil Peruano.

Lima, octubre del 2004.

**¿LO RECUSAMOS O NO LO RECUSAMOS? CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL  
ARBITRAJE DEL ESTADO**

Por Mario Castillo Freyre

Ricardo Vásquez Kunze y

Rita Sabroso Minaya



# ¿LO RECUSAMOS O NO LO RECUSAMOS?

## CONFLICTOS DE INTERÉS EN EL ARBITRAJE DEL ESTADO\*

*Mario Castillo Freyre\**  
*Ricardo Vásquez Kunze\*\**  
*Rita Sabroso Minaya\*\*\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. CAUSALES DE RECUSACIÓN.— 2.1. INCUMPLIMIENTO DE LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 278 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.— 2.2. ESTAR INCURSO EN ALGUNO DE LOS IMPEDIMENTOS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 279 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO.— 2.3. INCUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS Y CONDICIONES ESTABLECIDAS POR LAS PARTES EN EL CONVENIO ARBITRAL.— 2.4. EXISTENCIA DE CIRCUNSTANCIAS QUE GENEREN DUDAS JUSTIFICADAS RESPECTO DE SU IMPARCIALIDAD O INDEPENDENCIA Y CUANDO DICHAS CIRCUNSTANCIAS NO HAYAN SIDO EXCUSADAS POR LAS PARTES EN FORMA OPORTUNA Y EXPRESA.— 2.4.1. RELACIÓN DE PARENTESCO O DEPENDENCIA CON ALGUNA DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES, ABOGADOS O ASESORES.— 2.4.2. RELACIÓN DE AMISTAD ÍNTIMA O FRECUENCIA EN EL TRATO CON ALGUNA DE LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES, ABOGADOS O ASESORES.— 2.4.3. LITIGIOS PENDIENTES CON ALGUNA DE LAS PARTES.— 2.4.4. HABER SIDO REPRESENTANTE, ABOGADO O ASESOR DE UNA DE LAS PARTES O HABER BRINDADO SERVICIO PROFESIONAL O ASESORAMIENTO O EMITIDO DICTAMEN U OPINIÓN O DADO RECOMENDACIONES RESPECTO DEL CONFLICTO.— 2.4.5. PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES A ALGUNA DE LAS PARTES QUE PRETENDEN SOMETER SU LITIGIO A SU ARBITRIO.— 2.4.6. CAPACIDAD PARA CONOCER DE LA CONTROVERSIDAD, TOMANDO EN CUENTA EL CONTENIDO DE LA DISPUTA Y LA NATURALEZA DEL CONOCIMIENTO.— 2.4.7. HABER RECIBIDO BENEFICIOS DE IMPORTANCIA DE ALGUNO DE LOS PARTICIPANTES O SE DIERA CUALQUIER OTRA CAUSAL QUE A SU JUICIO LE IMPUSIERA ABSTENERSE DE PARTICIPAR EN EL ARBITRAJE POR MOTIVOS DE DECORO O DELICADEZA.

### 1. INTRODUCCIÓN

El árbitro o los árbitros —en el caso de un Tribunal Arbitral— son terceros imparciales, elegidos por las partes, o por un tercero designado por las mismas, o —en su caso— por el Juez, quienes tienen por encargo resolver los conflictos que los particulares han sometido al fuero arbitral.

No cabe duda de que la elección del árbitro (o del tribunal arbitral) constituye el acto central y fundamental del arbitraje, ya que la figura del árbitro cumple un papel protagónico dentro de la institución del arbitraje.

En efecto, todo el sistema arbitral gira en torno al árbitro, en la medida de que sobre su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje.

Recordemos que las partes buscan nombrar como árbitro (o árbitros) a personas que gocen de determinada capacidad y pericia para resolver el conflicto de la manera más eficaz; es decir, a profesionales especialistas respecto de la controversia que se halla sometida al arbitraje.

Al respecto, William Park<sup>108</sup> señala que se debe tener en cuenta que a pesar de que los litigantes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales competentes a favor de las instituciones arbitrales, en éstas también se busca promover un tratamiento igualitario entre las partes a través de nociones básicas de justicia. Para lograr dicho

objetivo, se espera que los árbitros sean personas íntegras, experimentadas y con la habilidad suficiente como para ser buenos oidores y diligentes lectores.

Por su parte, Roque Caivano<sup>109</sup> señala que la elección de las personas que actuarán como árbitros en algunos casos se verá limitada a la lista proporcionada por la institución que administrará el arbitraje, y en otros casos será con mayor libertad, como en los arbitrajes *ad hoc*. Sin embargo, en uno o en otro caso, la selección de los árbitros es quizá el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más de que intervenga una institución, el éxito o fracaso dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia.

Dentro de tal orden de ideas, la importancia práctica que juega el papel de los árbitros en la institución del arbitraje es verdaderamente significativa, en la medida de que si éstos tienen una conducta que se caracteriza por la falta de imparcialidad y probidad en sus actos y decisiones, la consecuencia práctica será la pérdida de confianza en esta institución como método alternativo eficiente de solución de controversias.

Así, es factible que se susciten ciertas dudas respecto de la imparcialidad de los árbitros, conflictos entre éstos y algunas de las partes que conducen a la inhibición del árbitro, ya sea espontáneamente o en virtud de la recusación formulada por una de las partes.

Al respecto, Leonardo Charry<sup>110</sup> sostiene que la importancia de la figura de la recusación consiste en mantener la imparcialidad de los fallos sobre todo en aquellos casos en que a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones, de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia.

Según Fernando Vidal,<sup>111</sup> la recusación es el acto por el cual una de las partes, o ambas, rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral. La recusación puede ser planteada por las partes no sólo cuando ellas son las que han nombrado a los árbitros y los nombrados designaron al tercero, sino también cuando éstos hayan sido nombrados por un tercero o por una institución arbitral o por la jurisdicción ordinaria.

El temor a la ausencia de objetividad del árbitro es lo que justifica la recusación, pues su *ratio essendi* se encuentra en la sospecha o creencia, de alguna de las partes, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene.<sup>112</sup>

En consecuencia, podemos afirmar que la razón de ser de la recusación – como instrumento jurídico utilizado para restaurar la fe en el proceso– radica en la desconfianza en el administrador de justicia. Si bien es cierto que la confianza es un acto voluntario y personal, esto es, que generalmente otro no confía por uno, sino que somos nosotros, con base en nuestra experiencia, los que depositamos o quitamos nuestra confianza en y a alguien, existen casos en que la ley desconfía por nosotros. A partir de ello, se desprende que la sociedad desconfía *a priori* de que determinados sujetos, independientemente de sus calidades personales y profesionales, puedan hacer justicia.

## 2. CAUSALES DE RECUSACIÓN

El artículo 28 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establece lo siguiente:

Artículo 28.- «Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al artículo 26.
2. Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.
3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia».

En líneas generales, debemos señalar que la aplicación del primer inciso del citado artículo 28 en la realidad es escasa. Dicho precepto, asume como premisa que la sociedad no puede confiar en que aquellas personas a las que se refieren los artículos 25<sup>113</sup> y 26<sup>114</sup> de la Ley, puedan llevar un proceso arbitral libre de toda sospecha.

Por su parte, los supuestos contemplados en los incisos 2 y 3 del artículo 28 nos remiten a la infracción de las normas reglamentarias sobre recusación a las cuales las partes han querido someter el arbitraje y al incumplimiento real o aparente del deber de los árbitros de administrar justicia con independencia e imparcialidad.

Dichos incisos son los que registran las hipótesis más frecuentes de los casos que dan lugar a las recusaciones en el quehacer arbitral. Y están referidos casi con unanimidad a la idoneidad moral de los árbitros, o mejor dicho, a su falta de idoneidad moral. No es coincidencia pues que el tema de la recusación siga al de la ética. Porque por lo general, la experiencia enseña que se recusa a un árbitro fundamentalmente por cuestiones éticas.

Por lo general, los reglamentos y códigos de ética de los centros de arbitraje dicen cosas muy parecidas en cuanto a la recusación. Así, por el ejemplo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto

Supremo n.º 084-2004-PC, establece como causales de recusación tres supuestos; a saber:

Artículo 283.- *«Causales de recusación»*

Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

- 1) Cuando se encuentren impedidos conforme el Artículo 279 o no cumplen con lo dispuesto en el Artículo 278 de este Reglamento.
- 2) Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral.
- 3) Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».

El primer supuesto coincide con el del inciso 1 del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje, esto es, con aquella hipótesis que pocas veces se verifica en la realidad y que tiene que ver con las calificaciones legales de los árbitros y con las personas impedidas de actuar como tales en atención a la investidura pública de la que gozan o, según el caso, que han gozado. Esta es la hipótesis de la falta de confianza social en estas personas para administrar la justicia arbitral y que permite su recusación.

El segundo supuesto coincide también con el inciso 1 del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje, en el sentido de que puede recusarse al árbitro o árbitros que no cumplan con los requisitos que las partes pactaron en el convenio arbitral.

Finalmente, el tercer supuesto —en comparación con el inciso 3 del artículo 28 de la Ley General de Arbitraje— sólo agrega que «dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».

En consecuencia, los dos primeros incisos del citado artículo 283 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no generan mayores problemas de interpretación, ya que son eminentemente objetivos. Sin embargo, en el tercer inciso se concentran las dificultades interpretativas, pues el legislador deja abierta la posibilidad —al no establecer los criterios específicos necesarios para dudar de la imparcialidad o independencia de los árbitros— de entrar a tallar en el plano subjetivo.

A continuación, analizaremos cada una de las causales de recusación contempladas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

### ***1.1. Incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 278 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado***

Para ser árbitro se requiere cumplir con los requisitos legales, que en el caso de nuestro ordenamiento legal están regulados por el artículo 25 de la Ley General Arbitraje y —específicamente para el arbitraje sobre contrataciones y adquisiciones del Estado— por el artículo 278 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En efecto, el artículo 25 de la Ley General de Arbitraje establece que pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Por su parte, lo característico del artículo 278 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es establecer que el Árbitro Único y el Presidente del Tribunal Arbitral deben ser necesariamente abogados, a diferencia del artículo 25 de la Ley General de Arbitraje, que señala que el nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados.

En otras palabras, si estamos ante el supuesto de Árbitro Único, tanto el artículo 25 de la Ley General de Arbitraje como el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establecen que tal árbitro debe ser abogado.

Sin embargo, si nos encontramos ante un Tribunal Arbitral, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado sólo exige que el Presidente sea abogado, por lo que podría darse el caso de un Tribunal Arbitral en donde sólo el presidente fuese abogado y los otros árbitros de profesión distinta;<sup>115</sup> supuesto que no es contemplado por la Ley General de Arbitraje, para la cual el Tribunal Arbitral de derecho debe estar conformado íntegramente por abogados.

En consecuencia, según lo establecido por el artículo 278 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, una de las partes podría recusar válidamente al Árbitro Único o al Presidente de un Tribunal Arbitral que no sea abogado. Como ya lo señaláramos, este punto no presenta problema alguno, en razón de que se trata de un requisito netamente objetivo.

### ***1.2. Estar incurso en alguno de los impedimentos establecidos por el artículo 279 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.***

En algunos supuestos, es la propia ley la que desconfía *a priori* (y por nosotros) de determinados sujetos, independientemente de las calidades personales y profesionales de la persona de que se trate.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado veta la confianza en determinadas personas para desempeñar la función arbitral, sin que haya habido una experiencia previa que dé origen a tal desconfianza. Sin embargo, la recusación contra estos sujetos debe producirse porque de lo contrario, así tuviesen las partes fe ciega en ellos, el arbitraje sería nulo de acuerdo a ley.

Así, tenemos que el artículo 279 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado nos dice quiénes son esos sujetos en los cuales la sociedad no puede confiar en que llevarán un proceso arbitral libre de toda sospecha; a saber:

Artículo 279.- «Impedimentos

Se encuentran impedidos para actuar como árbitros:

- 1) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
- 2) Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
- 3) Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
- 4) El Contralor General de la República.
- 5) Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado.
- 6) El personal militar y policial en situación de actividad.
- 7) Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
- 8) Los funcionarios y servidores del CONSUCODE.

En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas».

Como vemos, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —al igual que la Ley General de Arbitraje— presume que la justicia arbitral idónea no puede recaer en manos de personas que no posean las calificaciones legales para ser árbitros o que, teniéndolas, estén impedidas de serlo por una circunstancia transitoria, a saber: el cargo público que ocupan.

Al igual que en el caso anterior, esta causal de recusación tampoco presenta problema alguno, en tanto también se refiere a requisitos eminentemente formales, con la única salvedad de que el artículo 279 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado incluye cuatro supuestos más de personas impedidas de actuar como árbitros, a diferencia de los supuestos contemplados por el artículo 26 de la Ley General de Arbitraje.

### ***1.1. Incumplimiento de las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral***

De otro lado, el segundo inciso del artículo 283 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tampoco presenta mayores dificultades en su interpretación, ya que sólo se refiere al cumplimiento de criterios meramente

formales, pero esta vez, criterios pactados por las propias partes en el convenio arbitral.

Como bien sabemos, el convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje la controversia que haya surgido o que pueda surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sea o no materia de un proceso judicial.

En la medida de que el convenio arbitral es una figura prevista tanto para los supuestos en que el conflicto ya existe, como para los supuestos en que el conflicto es sólo potencial, el contenido esencial para dotar de validez al convenio arbitral estará determinado por la voluntad inequívoca de las partes de querer resolver sus conflictos a través del arbitraje, y por el establecimiento de la relación jurídica en torno a la cual podrán surgir los conflictos.

Al respecto, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú<sup>116</sup> consideran que los elementos esenciales del convenio arbitral son solamente dos: (i) El compromiso inequívoco y claro de que las partes desean arbitrar sus controversias; y, (ii) La fijación de la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje.

Silvia Gaspar<sup>117</sup> nos dice que un aspecto importante que implica la fijación de la relación jurídica en el convenio arbitral es que en función al mismo será posible determinar el concreto procedimiento por el que ha de desarrollarse el arbitraje.

Por su parte, Fernando Vidal<sup>118</sup> sostiene que en el convenio arbitral se debe establecer desde la simple referencia del propósito de las partes de resolver sus controversias mediante arbitraje, hasta los más mínimos detalles en cuanto a la manera como debe desarrollarse el proceso arbitral y las obligaciones que asumen las partes.

Asimismo, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú<sup>119</sup> señalan que las partes podrán pactar, en cualquier momento, otros elementos, tales como el número de los árbitros, la designación de los árbitros, la ley aplicable, el lugar del arbitraje, el procedimiento arbitral, la renuncia a la apelación, etc.

En virtud de ello, es posible afirmar que una de las materias que podría ser parte del contenido del convenio arbitral, es la referida a los criterios esenciales para la designación de los futuros árbitros.

Dentro de tal orden de ideas, si el árbitro único o alguno de los árbitros del tribunal arbitral no cumpliera con los requisitos previamente pactados por las partes en el convenio arbitral, una de las partes podría válidamente recusarlo, en virtud de lo

establecido por el inciso 2 del artículo 283 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

### ***1.2. Existencia de circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa***

Roque Caivano<sup>120</sup> expresa que los árbitros, en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterios frente a las partes. Los principios sobre los que deben actuar no surgen muchas veces de preceptos escritos, sino más bien constituyen un conjunto de reglas implícitas o sobreentendidas.

Como ya lo señaláramos, el problema fundamental radica en que a menudo no se establecen los criterios necesarios para determinar las circunstancias que dan lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Algunas instituciones arbitrales elaboran, sobre la base de la experiencia vivida, ciertos patrones de conducta para los árbitros, como una especie de guía para el mejor cumplimiento de sus obligaciones, con la pretensión de abarcar aquellos aspectos del comportamiento de los árbitros que no es reglada por el acuerdo entre las partes o las disposiciones legales. Su objetivo es, finalmente, apuntalar la confiabilidad y eficacia del sistema arbitral, garantizando ciertos principios elementales, inherentes a toda actividad jurisdiccional.

Por ejemplo, el Código de Ética para árbitros de la American Arbitration Association establece algunas reglas; a saber:<sup>121</sup>

- Las personas a quienes se propone ser árbitros aceptarán la designación sólo si ellos consideran que pueden conducir el arbitraje con celeridad y justicia;
- Antes de aceptar una designación como árbitro, deberán verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado del pleito, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad, y en su caso hacerla conocer a las partes;
- Mientras están actuando como árbitros, deberán evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, que haga dudar de su neutralidad, o que sea susceptible de crear la apariencia de parcialidad o predilección hacia alguna de las partes. No es necesario que el hecho haya generado efectivamente esa imparcialidad. Basta con que sea potencialmente capaz de producirla, o que el árbitro crea que las partes puedan haber dudado de ella;



- Si esa situación no hubiera podido evitarse, deberán ponerla inmediatamente en conocimiento de las partes y ofrecerles apartarse voluntariamente del caso. Si a pesar de conocer el hecho, las partes le ratifican la confianza, sólo podrá seguir actuando en la medida de que se sienta verdaderamente imparcial. La convalidación de las partes no bastará si en su fuero íntimo el árbitro conoce que su neutralidad se ha visto afectada. Esto es, obviamente, una cuestión que queda reservada a la conciencia del árbitro;
- Deberán conducirse en todo momento con equidad, absteniéndose de resolver sobre la base de inclinaciones o simpatías personales y absteniéndose de consideraciones subjetivas que puedan implicar un prejuicio. Procurarán laudar en la forma más objetiva posible; etc.

Por su parte, el artículo 282 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece que los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

Asimismo, el referido artículo señala que todo árbitro debe cumplir, al momento de aceptar el cargo, con el deber de informar sobre cualquier circunstancia que pueda afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de informar respecto de la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a la aceptación. Asimismo, debe incluir una declaración expresa en lo que concierne a su idoneidad, capacidad profesional y disponibilidad de tiempo para llevar a cabo el arbitraje, de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado. Cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias deben o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación, que supone el cumplimiento del deber de información para con las partes.

Sin embargo, las leyes y reglamentos que norman el arbitraje del Estado no realizan mayores especificaciones. En tal sentido —y sólo a manera de referencia— acudiremos a estudiar las disposiciones contenidas en el Código de Ética del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el cual si bien no resulta aplicable *per se*, a menudo, suele ser empleado en ocasiones por las partes para que rija sus propios procesos en el ámbito del arbitraje estatal. Y, por último, aunque ese no fuere el caso, resulta en extremo ilustrativo.

En el citado Código de Ética se especifica qué se entiende por imparcialidad e independencia y bajo qué supuestos se produce o se sospecha que se produce la parcialidad o dependencia de los árbitros en relación con una de las partes del arbitraje.

Tanto los deberes de declaración de los árbitros como los elementos determinantes de la imparcialidad e independencia del árbitro establecidos en el referido Código de Ética serán los ejes para nuestro estudio sobre las causales éticas para la recusación de los árbitros, en tanto consideramos que es el más completo que existe en el Perú para los fines del presente trabajo.

En realidad, el artículo 6 del Código de Ética, al tener una función meramente explicativa de lo que se debe entender por parcialidad y dependencia de los actos arbitrales, está sometido a la subjetividad de la interpretación.<sup>122</sup> Por ello, para nosotros, es sólo una referencia complementaria a lo verdaderamente importante en lo que a causales de recusación se refiere, esto es, que estén explícitamente identificadas como tales en el reglamento al cual estén sometidas las partes. De esta forma, el artículo 5 de dicho Código de Ética cumple con esta función. Por lo tanto es clave para determinar exactamente cuándo se puede recusar a un árbitro por cuestiones morales.

Así, el artículo 5 del referido Código de Ética sanciona el deber de declaración de los árbitros sobre hechos o circunstancias que, a juicio de la institución administradora del arbitraje, importan para que sobre el arbitraje no quepa sombra de duda. Sin embargo, de acuerdo a esta misma norma, no todas las infracciones a estos deberes son causales de recusación.

En efecto, las «justificadas razones» de las partes de un proceso arbitral para dudar o estar seguro de la falta de idoneidad moral de los árbitros se encuentran objetivadas en el incumplimiento por parte de los árbitros de los deberes de declaración contenidos en los seis supuestos del numeral 5.3. del artículo 5.

De este modo, quien recuse a un árbitro por infringir alguno o varios de los deberes de declaración contenidos en el numeral 5.3 está amparado por la misma norma reglamentaria para que su pretensión sea declarada fundada. Esto no sucederá necesariamente si la recusación se funda en la violación de los deberes contenidos en el numeral 5.4.<sup>123</sup>

Veamos pues cuáles son los supuestos de silencio que podrían ocasionar que un árbitro sea recusado, al implicar ese silencio una duda razonable sobre su imparcialidad.

#### *2.4.1. Relación de parentesco o dependencia con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores*

Lo primero que hay que decir es que una relación de parentesco o dependencia del árbitro con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores, de por sí, no necesariamente descalifica al árbitro. Lo que lo descalificaría

moralmente es que no declare la relación. Es este silencio el que sirve de base para recusarlo según el reglamento.

En efecto, una relación de parentesco con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores no es razón suficiente como para recusar a nadie porque de esa relación no puede inferirse necesariamente la parcialidad del árbitro con el pariente.

El caso no es el mismo cuando estamos en presencia de una relación de dependencia. Aquí sí puede presumirse que quien depende de la hacienda de otro para cubrir sus necesidades en el mundo —esta es la única dependencia que puede objetivarse—, necesariamente se verá inclinado a no contrariar los intereses de aquél de quien depende su suerte. Así pues, la dependencia, a diferencia del parentesco, sí implica parcialidad.

Por ello consideramos inadecuado que a ambas relaciones se les dé igual tratamiento. Porque, como hemos visto, un pariente puede ser árbitro en un proceso donde alguien de su parentela es parte o representante, abogado o asesor de ella. De ser el caso, la declaración oportuna de este parentesco sin que éste importe el rechazo de la otra parte a la función arbitral del declarante, supone su imparcialidad.<sup>124</sup> En cambio, un dependiente jamás podrá ser árbitro porque la Ley General de Arbitraje exige en su artículo 18,<sup>125</sup> precisamente, que el árbitro sea independiente de los otros actores del proceso. Y la declaración de dependencia no lo hará independiente. Aquí la dependencia es un hecho objetivo que lo inhabilita como árbitro y cualquier declaración sobre su existencia es absolutamente inútil si con ella se pretende ejercer la función arbitral en ese proceso determinado.

#### *2.4.2. Relación de amistad íntima o frecuencia en el trato con alguna de las partes, sus representantes, abogados o asesores*

Es entendible cualquier suspicacia que pudiera producirse de la amistad íntima o trato frecuente entre un árbitro y una de las partes. Por eso no es descabellado suponer que la íntima amistad predisponga favorablemente al árbitro para con su amigo parte del proceso. Sin embargo y como en el caso del parentesco, esto es una suposición y no una certeza.

En tal sentido, se hace bien cuando se exige en el caso de la relación de amistad o trato frecuente entre el árbitro y alguna de las partes, la declaración de estos hechos por el árbitro en ciernes. Ésta basta para demostrar la buena fe del árbitro, la que será evaluada por la otra parte, la cual puede o no recusarlo legítimamente según su parecer.

Caso totalmente distinto es el de la relación de amistad íntima o trato frecuente del árbitro con alguno de los representantes, abogados o asesores de alguna de las partes del proceso. Es nuestro parecer que aquí el deber de declarar tiene un sentido bastante discutible sino hasta frágil. Y ello porque el mundo de los arbitrajes en las sociedades latinoamericanas y sobre todo en el Perú, es por el momento muy restringido. De ahí que quienes actúan en él no sólo tienen un trato frecuente, sino que desarrollan amistades poderosas, de donde no es difícil hallar que en un proceso arbitral, todos los actores, con la probable excepción de las partes, o se hayan tratado frecuentemente o sean íntimos amigos entre sí.

En otras palabras, en un círculo cerrado como es el de la jurisdicción arbitral, la probabilidad de relaciones amistosas y trato frecuente entre árbitros, abogados, asesores y otros profesionales dedicados a la administración de la justicia privada, es muy alta. Ello hace que no tenga mayor sentido declarar algo que tiene probabilidad estadística elevada de ocurrir y que es parte de la realidad del arbitraje.

Por otro lado, debe notarse que la recusación por motivo de esta causa, independientemente de si se declara o no, implicaría en corto tiempo el desplome de la actividad arbitral ante la desaparición de operadores jurídicos descalificados por amistad o trato frecuente.

Por lo demás, la sospecha de falta de imparcialidad que pudiera sugerir la amistad íntima o el trato frecuente entre árbitros, abogados, representantes o asesores de alguna de las partes no se funda en sólidas razones. Y esto porque el mismo hecho de que todos los involucrados mencionados se conozcan de tratos frecuentes o sean amigos, disuelve precisamente por ello, la probabilidad de parcialidad.

#### *2.4.3. Litigios pendientes con alguna de las partes*

Este hecho es en sí mismo una causal de recusación de los jueces en todo proceso civil. Se entiende que las probabilidades de un juicio justo se desvanecen si el juez de una causa está en pleito judicial en otro proceso con una de las partes que eventualmente también está sometida a su jurisdicción. Obviamente cualquier pleito resiente voluntades y predispone a la animadversión.

En el caso de los árbitros la razón analógica es la misma. Por ello, si bien el Código de Ética comentado establece que es la no declaración formal de este hecho la que da lugar a la recusación y, por tanto, no el hecho en sí mismo, lo cierto es que cualquier árbitro que se respete moralmente no tiene nada que declarar, sino simplemente inhibirse de aceptar el encargo de árbitro. El paso por la declaración dirá mucho de su idoneidad moral, porque ello no implica otra cosa que lo hace a sabiendas de que será recusado, lo que no habla muy bien de su seriedad.

Cabe precisar que el no considerar el deber de declarar un pleito judicial o arbitral pendiente de los árbitros con cualquiera en el proceso que no sean las partes es un acierto. Porque en efecto y tratándose sobre todo de arbitrajes de Derecho, no son remotas las probabilidades de que el árbitro y los abogados, asesores o representantes de alguna de las partes en un arbitraje, tengan pendientes, en otros procesos judiciales o arbitrales, litigios entre sí como consecuencia del ejercicio de su profesión de abogados. Pues los abogados patrocinan causas y pelean jurídicamente por ellas con otros abogados. Ello es absolutamente normal y por tanto sería absurdo descalificar a un árbitro por este hecho. Después de todo, el árbitro va a hacer justicia a las partes con las que no tiene ningún litigio pendiente, y no a sus representantes, abogados o asesores, con quienes podría tenerlos en el marco del quehacer profesional. Demás está decir que si el pleito ha pasado la frontera profesional, hecho que bien podría darse, es al abogado, representante o asesor de una de las partes —y no al árbitro— a los que les correspondería alejarse del proceso arbitral, por el bien de los intereses de su patrocinado. En lo que toca a la moral, quedarían éstos como duques.

*2.4.4. Haber sido representante, abogado o asesor de una de las partes o haber brindado servicio profesional o asesoramiento o emitido dictamen u opinión o dado recomendaciones respecto del conflicto*

Esta regla contiene dos supuestos. Empecemos por el último cuya lógica es patente. Puede ser recusado el futuro árbitro que no declare formalmente que con relación al conflicto que se pretende someter a su juicio arbitral, él ya tuvo una relación profesional diferente a la de árbitro. Pues brindó sus servicios profesionales asesorando, emitiendo dictámenes u opinando o simplemente recomendando algún curso de acción respecto de ese conflicto a una de las partes. Se supone por tanto que ya tiene una opinión formada sobre el caso antes del proceso arbitral que lo descalifica para hacer justicia allí. En nuestra opinión, es el hecho mismo el que lo descalifica, y no la falta de declaración.

Si bien las mayores probabilidades para su descalificación como árbitro provengan de la parte a la que no brindó sus servicios o consejos profesionales, nada obsta para que aquella a la que sí se los brindó pueda también descalificarlo. Y esto porque el adelanto de opinión o simplemente la opinión que se formó durante la asesoría, pudo haber sido desfavorable a su cliente de entonces y del que hoy pretende ser árbitro.

Un error de la norma en este supuesto bajo comentario, ha sido personalizar el hecho del servicio profesional brindado sobre el conflicto materia de arbitraje a una de las partes por el futuro árbitro. Lo cierto es que tal atención profesional ajena al arbitraje tendría similares reparos si ésta hubiese sido brindada por la empresa o

estudio de abogados del futuro árbitro, aun si éste no hubiere participado directamente. Aquí nos sería lícito suponer que el futuro árbitro está comprometido con los actos y opiniones de su centro de labores profesionales y por tanto que no puede desempeñar con imparcialidad ni independencia su función.

En tanto en el supuesto señalado —el de que el servicio haya sido brindado por el estudio de abogados— no se le exige al futuro árbitro el deber de declaración, la otra parte tendrá la posibilidad de recusar al árbitro en atención a su relación de dependencia con el estudio jurídico que brindó servicios a una de las partes. Consideramos que aquí también, no se debe esperar siquiera una declaración formal del futuro árbitro sobre este supuesto, sino que apenas conocida la identidad de las partes, por un mínimo de decoro, deberá rechazar el nombramiento.

#### *2.4.5. Prestación de servicios profesionales a alguna de las partes que pretenden someter su litigio a su arbitrio*

Aquí no se habla del tiempo presente ni del futuro, esto es, si el potencial árbitro es abogado, representante o asesor de una de las partes en otros litigios, o si lo será porque así lo estipula un contrato, aun cuando no haya llevado en los hechos todavía ningún asunto o caso de la parte. Y es que cuando un letrado o un profesional cualquiera lleva casos o asuntos o se compromete a llevarlos en el futuro, establece una relación de dependencia con su cliente, por lo que no puede a la vez ser su árbitro en un proceso arbitral, aun si los asuntos o casos que lleva no tuviesen nada que ver con la controversia que origina el arbitraje. La descalificación aquí procede por la simple relación de dependencia.

Sin embargo, no existe una relación de dependencia ni necesariamente una disposición de parcialidad cuando en el pasado, el potencial árbitro brindó algún servicio profesional a alguna de las partes —que bien puede haber sido a ambas— del arbitraje.

En efecto, el supuesto nada dice de la frecuencia con que estos servicios profesionales se han producido, ni tampoco de su volumen. Puede haber sido prestado hace veinte años como anteayer, y puede haber sido un caso de poca monta como varios de mucha que han podido constituir la principal fuente de ingresos de la firma o de la persona natural que los prestó.

Como las normas no pueden ponerse en el caso por caso para presumir cuándo hay mayores probabilidades de parcialidad hacia un antiguo cliente, se dispone con acierto que en este supuesto debe declararse cualquier trato que haya habido y por lo tanto, dependerá de la voluntad de las partes evaluar esa situación. Pero ojo que, de declararse este supuesto, no existiría ya una causal de recusación aquí, a no ser que nos zambullamos en la subjetividad de que «Las relaciones de

negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento —de árbitro—, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza —¿cuál?— que puedan afectar la decisión del conciliador o árbitro», según lo dispone el numeral 6.4 del mismo Código de Ética.

Una observación pertinente es que ni ésta ni ninguna de las cinco normas cuya infracción de declaración podría, objetivamente, dar lugar a una recusación, se ponen en el supuesto de una relación —ajena al parentesco— que podría existir entre el árbitro y un miembro de la familia de alguna de las partes, por ejemplo, un futuro árbitro que es abogado del padre de una de ellas. Lo que creemos es que para algunos casos que podrían estar en este supuesto, como el del ejemplo, el Código de Ética ha considerado la existencia objetiva de una relación de dependencia que por sí misma descalifica al futuro árbitro, independientemente de si éste esté obligado o no a declarar tal relación.

En efecto. Si al ejemplo enunciado aplicamos la regla del numeral 6.1 del referido Código de Ética que reza que «La dependencia surge de la relación entre el conciliador o árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella», podemos inferir que la relación padre-hijo es una vinculación de este tipo. Por lo tanto, que existiría una relación de dependencia que da lugar a una recusación de acuerdo al artículo 28, inciso 3 de la Ley. Pero si en este ejemplo elegido por nosotros la vinculación estrecha es evidente, en otros no lo es tanto. ¿Qué debe pues entenderse en la regla del numeral 6.1 por vinculación estrecha? ¿La familia de una de las partes con alguien a su vez relacionado con el futuro árbitro? ¿Las amicales? ¿Las profesionales? ¿Las de negocios? Si bien es cierto, que los Reglamentos y Códigos de Ética de los centros de arbitraje tratan de objetivar alguna de ellas, la subjetividad no deja de merodear ensombreciendo la claridad que debería tener el tema de las causales éticas de la recusación.

#### *2.4.6. Capacidad para conocer de la controversia, tomando en cuenta el contenido de la disputa y la naturaleza del conocimiento*

En este caso, efectivamente, la no declaración es una infracción ética que podría ser causal de recusación, pero el fondo del asunto versa sobre el conocimiento. En otras palabras, no es ningún pecado ser ignorante, el pecado es ocultarlo.

En efecto, el sentido de la norma es que en el arbitraje, nadie puede descalificar a una persona por lego —después de todo, los arbitrajes de conciencia son la mejor prueba de ello—. Sí, en cambio, por no haber notificado a las partes su condición de tal. El problema radica aquí en establecer qué entendemos por lego. Y la única forma de hacer objetiva la respuesta es a través de los títulos profesionales.

En Derecho, objetivamente es lego quien no tiene un título profesional de abogado, aunque en los hechos hayan abogados que de Derecho poco o nada sepan y legos a los que sólo les falta tener el título de abogado. Y lo mismo con otras ciencias y artes. De tal manera que se entiende —y, en especial, así lo entienden los profesionales titulados— que el título profesional es el certificado objetivo que califica a las personas para absolver satisfactoriamente los problemas que el conocimiento impone a su profesión. En este sentido, nuestro ordenamiento legal asume, por ejemplo, que cualquier abogado está capacitado para resolver una controversia de orden jurídico, independientemente de si esto se verifica o no en la realidad.

En efecto, aunque el título profesional es un barómetro de objetividad en el afán de saber quién es lego y quién no, lo cierto es que los títulos profesionales nada dicen de la especialización que en una ciencia dada pueda tener la persona que lo ostenta. Así por ejemplo, un abogado puede ser absolutamente ajeno a una rama de su ciencia que ocupa un lugar fundamental en la solución de un arbitraje determinado, y por consecuencia, aun siendo un arbitraje de Derecho, puede ser absolutamente incompetente —profesionalmente hablando— para arbitrar un asunto que escapa a sus conocimientos de Derecho.

Dentro de tal orden de ideas, sí resulta ético que un abogado propuesto para árbitro declare que sobre la materia de arbitraje, él carece de los conocimientos necesarios sobre el asunto que se busca someter a su juicio porque éste escapa a su especialidad. Lo correcto, en realidad, sería que se excuse y no que declare su incapacidad.

2.4.7. *Haber recibido beneficios de importancia de alguno de los participantes o se diese cualquier otra causal que a su juicio le impusiera abstenerse de participar en el arbitraje por motivos de decoro o delicadeza*

Como resulta evidente, esto no es más que un homenaje a la ambigüedad y el subjetivismo. Porque, qué entender por ‘beneficios’; qué entender por ‘importancia’; de qué participantes estamos hablando; cuál es esa ‘cualquier otra causal’. Y, para remate, toda la interpretación de lo antedicho queda exclusivamente al libre juicio del futuro árbitro.

Con ello la norma carece de toda posibilidad de aplicación, porque bastará que, interpelado el árbitro por el referido enunciado, éste oponga que ‘a su juicio’ tal hecho no constituyó un beneficio, que tampoco lo considera importante y así por el estilo para justificar su derecho a no haberlo declarado.

Lima, enero del 2006.



## **LA RECUSACIÓN EN PLENO DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Por Mario Castillo Freyre y

Sonia Flores Jara

### **LA RECUSACIÓN EN PLENO DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

*Mario Castillo Freyre\**

*Sonia Flores Jara\*\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. LA LAGUNA DEL DERECHO Y EL VACÍO DEL DERECHO.— 3. ¿QUÉ HACER ANTE ESTA LAGUNA DEL DERECHO?.— EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE.

### **1. INTRODUCCIÓN**

En este trabajo vamos a analizar un supuesto no contemplado expresamente en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

¿Qué sucede si una de las partes dentro de un proceso arbitral formula recusación contra el Tribunal Arbitral en pleno, amparándose en los mismos hechos y configurándose el supuesto del artículo 28, inciso 3 de la Ley General de Arbitraje<sup>126</sup>?

Es decir, a entender de la parte que formula la recusación existen circunstancias que generan dudas justificadas respecto de la imparcialidad o independencia del Tribunal Arbitral en pleno.

Sobre el particular, el artículo 31 de la citada Ley no contiene una solución legal expresa, en la medida de que no contempla expresamente un supuesto de hecho como el descrito, es decir una recusación formulada por una de las partes respecto del

Tribunal Arbitral en pleno (por la misma causal y por los mismos hechos), cuando éste se encuentra conformado por más de un árbitro.

Al respecto, Madrid, Aguilar y Huamani<sup>127</sup> señalan que para el trámite de recusaciones contra tribunales colegiados, el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje adolece de un vacío y contiene en el fondo una solución errática. Por un lado, siempre las recusaciones serán resueltas por el tribunal, esto es, por los dos árbitros no recusados, pero no se contempla de modo alguno el supuesto de una recusación promovida contra dos árbitros o contra todo el tribunal, de manera tal que el texto podría llevar a pensar que aún así, es el propio tribunal quien resuelve su recusación, cosa que resulta inaceptable.

A entender de los referidos autores, la experiencia ha mostrado que las recusaciones además suelen plantearse contra más de dos árbitros y por distintas casuales o de forma sucesiva por la misma causal, de forma tal que la fórmula legal resulta del todo insuficiente.

En efecto, el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje dispone lo siguiente:

*Artículo 31.-«Procedimiento de recusación*

Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el Artículo 23, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro.

Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad.

Contra la resolución que el Juez, la Institución Organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio.

El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral». (El subrayado es nuestro).

Como resulta evidente, se presenta un supuesto que no se halla contemplado expresamente por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, en la medida de que la recusación formulada por la parte se produce respecto del Tribunal Arbitral en pleno, vale decir respecto de todos los miembros de este Tribunal, entendido el mismo como una unidad indivisible.

Ante una situación como la descrita, hace un tiempo un Tribunal Arbitral concluyó en que para dicho supuesto se debía interpretar el artículo 31 de la Ley de la siguiente manera:

- a. Los árbitros A y B resolverían el extremo de la recusación que alcanza al árbitro C; en caso de empate, dirimirá el árbitro B en su condición de presidente del tribunal.
- b. Los árbitros A y C resolverían el extremo de la recusación que alcanza al árbitro B; en caso de empate, resolverá el árbitro A por ser el de mayor edad.
- c. Los árbitros B y C resolverían el extremo de la recusación que alcanza al árbitro A; en caso de empate, dirimirá el árbitro B por su condición de presidente del tribunal.

La referida interpretación —a entender nuestro— no sólo carecía de sustento constitucional y legal, sino que vulneraba gravemente el derecho constitucional al debido proceso que se debe respetar en todo tipo de proceso.

En efecto, resultó siendo una interpretación inconstitucional del artículo 31 la Ley General de Arbitraje, en la medida de que el supuesto en cuestión, vale decir cuando una de las partes formula recusación respecto del Tribunal Arbitral en pleno (por la misma causal y por los mismos hechos), no se halla normado por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, existiendo una laguna del Derecho.

## 2. LA LAGUNA DEL DERECHO Y EL VACÍO DEL DERECHO

Al respecto, Rubio Correa<sup>128</sup> señala que la laguna del Derecho es considerada como *aquel suceso para el que no existe norma jurídica aplicable, pero que se considera que debería estar regulado por el sistema jurídico. Estrictamente hablando, el suceso que da origen a la laguna no está previsto en ninguno de los supuestos existentes en las normas vigentes del sistema jurídico, o puede ocurrir que, a la consecuencia prevista, deba añadirse otra no prevista para el mismo supuesto.*

La figura de la laguna del Derecho se puede presentar en los siguientes supuestos:<sup>129</sup>

- (i) Cuando el caso que carece de norma tiene una racionalidad que es sustantivamente igual a la de otro caso sí normado, aun cuando ambos son fenoménicamente distintos. Es decir que siendo hechos diferentes en sus apariencias, tienen una esencia común o una lógica encadenada. Ello nos lleva a la analogía y a la *ratio legis* que la sustenta.
- (ii) Cuando el caso, de no recibir respuesta jurídica, generaría una consecuencia que agravia los principios generales del Derecho. Esto

nos lleva al problema de integración mediante la recurrencia a dichos principios.

- (iii) Cuando el Derecho ha producido una norma genérica pero vigente, y por lo tanto exigible en sí misma, que requiere una normatividad reglamentaria aún no promulgada. Tal, por ejemplo, la norma constitucional que establece la instauración del salario familiar, en tanto aún no se ha legislado en forma concreta cómo se calculará y pagará. Es lo que teóricamente se denomina laguna técnica.

Debemos diferenciar esta figura de la del vacío del Derecho, la cual —según Rubio Correa—<sup>130</sup> es *un suceso para el que no existe norma jurídica aplicable y que se considera que no debe estar regulado por el Derecho rigiéndose, en consecuencia, por los principios hermenéuticos aplicables*.<sup>131</sup>

Resulta evidente que las consecuencias jurídicas de la laguna del Derecho y del vacío del Derecho son totalmente distintas, en la medida de que con respecto a la primera, existe un problema cuya solución es la integración jurídica; en cambio, en torno al segundo, no existe problema alguno, por lo que no se debe integrar norma alguna.

### 3. ¿QUÉ HACER ANTE ESTA LAGUNA DEL DERECHO?

En el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, en relación a la formulación de recusación efectuada por una de las partes respecto del Tribunal Arbitral en pleno, existe una laguna del Derecho, en la medida de que este supuesto de hecho no se halla contemplado en el citado artículo, por lo que se presenta una ausencia normativa en un caso que debió haber sido contemplado en la citada norma.

El supuesto en cuestión, que carece de norma, posee una racionalidad sustantivamente igual a la del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje respecto de la formulación de recusación de Árbitro Único, a pesar de que estos casos son fácticamente distintos; esto, pues comparten una esencia común o una lógica concatenada.

Dentro de tal orden de ideas, frente a este problema de ausencia normativa, la solución radica en la aplicación del método de integración jurídica, denominado *analogía*, tomando en cuenta la *ratio legis* del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje.

Que, al respecto, Rubio Correa<sup>132</sup> señala que *la analogía es un método de integración jurídica a través del cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho diferente de*

*aquél que se halla expresamente considerado en la misma, pero que es semejante en esencia y en sustancia.* En este sentido, la analogía se fundamenta en la determinación de la *ratio legis* de la norma, como criterio definitorio de la semejanza o no existente entre los rasgos esenciales de la descripción hecha en el supuesto y los que tiene el hecho ocurrido en la realidad, al que se pretende atribuir la consecuencia jurídica de la norma.

Para que se proceda a integrar por analogía es necesario que se cumplan dos requisitos fundamentales: el primero, se refiere a que debe existir una semejanza esencial entre la norma existente y el hecho de la realidad no contemplado en esta norma, y que este hecho responda a la *ratio legis* de la norma existente; y, el segundo, se refiere a que no exista impedimento o limitación para efectuar la analogía.

En relación al primer requisito, resulta imprescindible que el hecho de la realidad no previsto en la norma, comparta la esencia del supuesto previsto en ésta, de tal forma que a pesar de no ser hechos completamente iguales en apariencia, terminen siendo hechos muy semejantes en esencia. Esta conclusión se genera a partir de la interpretación *ratio legis* de la norma existente.

En torno al segundo requisito, cabe anotar que, finalmente, sólo se podrá integrar por analogía cuando esto no implique la afectación de los siguientes principios:<sup>133</sup>

- La prohibición de establecerse normas de sanción vía la analogía; en este sentido, el artículo 139, inciso 9 de la Constitución Política del Perú establece que:

Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:  
[...]

9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos».

- La prohibición de crearse tributos o concederse exoneraciones o extenderse las disposiciones tributarias por analogía, a personas o supuestos diferentes de los establecidos por la ley.
- No procede realizar integración por analogía a partir de normas prohibitivas, excepcionales, especiales, o aquellas normas que restringen derechos, en la medida de que son normas cuya *ratio legis* esencialmente implica una aplicación restrictiva y no extensiva.
- La analogía procede dentro de cada conjunto del sistema jurídico, por lo que sólo por excepción procederá entre diversos conjuntos, cuando la naturaleza de los principios de uno y otro sea similar respecto del caso concreto a solucionar.

Existen cuatro formas en las que se puede manifestar la analogía:

- 1) El argumento *a pari*: «Donde hay la misma razón, hay el mismo derecho».
- 2) El argumento *a fortiori*: «Con mayor razón».
- 3) El argumento *ab maioris ad minus*: «Quien puede lo más, puede lo menos».
- 4) El argumento *ab minoris ad maius*: «Si no puede lo menos, con mayor razón, no puede lo más».

En consecuencia, es evidente que el hecho no contemplado en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, vale decir la recusación formulada por una de las partes respecto del Tribunal Arbitral en pleno —por una misma causal— es un claro ejemplo de laguna del Derecho, por lo que debemos proceder a utilizar el método de integración por analogía *a pari*. Ello, en la medida de que tenemos un supuesto de hecho contemplado por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, según el cual si el arbitraje fuera unipersonal, es decir de Árbitro Único, y el recusado negara la recusación; entonces, el Juez o la institución arbitral, resolverían sobre la procedencia o no de la recusación.

Si se tratara de un arbitraje institucionalizado,<sup>134</sup> no habría mayor inconveniente, ya que sería el Consejo Superior de Arbitraje (en el caso de la Cámara de Comercio de Lima, por citar el ejemplo más emblemático) —o máxima autoridad— de la institución de que se trate, el encargado de resolver la recusación formulada contra todos los miembros del Tribunal Arbitral.

Si, por el contrario, el arbitraje en cuestión fuese un arbitraje *ad hoc*,<sup>135</sup> sólo procedería que la recusación sea resuelta por el Juez.

El artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, cuando se ocupa del caso del arbitraje colegiado, sólo prevé el supuesto en que la recusación sea formulada respecto de alguno de los miembros del Tribunal Arbitral, pero nunca respecto de todo el Tribunal Arbitral en pleno (por la misma causal y por los mismos hechos).

En efecto, el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje dispone que si el arbitraje fuera colegiado, entonces el propio Tribunal Arbitral resolverá la recusación por mayoría absoluta, sin el voto del recusado.

La *ratio legis* o la razón de ser del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje es la instauración de un procedimiento de recusación que garantice la absoluta imparcialidad de los juzgadores de la misma, recusación de la que puede ser objeto cualquier árbitro, con la finalidad de que se respete rigurosamente el derecho al debido proceso.

En tal sentido, del análisis de la razón de ser o de la finalidad del citado artículo, se desprende la necesaria imparcialidad que debe existir en el encargado de resolver la

recusación. Por tal razón, el supuesto de recusación del Árbitro Único contemplado por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, prescribe que el caso sea de competencia del Juez, en la medida de que el árbitro recusado no puede ser el competente para resolver respecto de su propia recusación, pues esta competencia transgrediría gravemente el principio de heterogeneidad que inspira todo el Derecho Procesal.

Según el principio de la heterogeneidad, la parte no puede ser juez y parte a la vez, en virtud de que en todo tipo de proceso se debe asegurar la imparcialidad de los juzgadores, con la finalidad de que se pueda llegar a construir una solución justa del conflicto.

Por esta razón es que el citado artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, al tratar el supuesto en que una de las partes formule recusación respecto de uno de los miembros del Tribunal Arbitral, establece un procedimiento que garantice que quienes juzgarán al árbitro recusado serán los árbitros que no han sido recusados en momento alguno por cualquiera de las partes, por lo que tales árbitros gozan del requisito esencial de imparcialidad que todo juzgador debe ostentar para poder resolver conflictos.

De lo expuesto, se puede apreciar que la finalidad de la norma, la razón de ser de ésta o su *ratio legis*, resulta ser la de instaurar un procedimiento de recusación que garantice adecuadamente la absoluta imparcialidad del juzgador de la recusación, evitando, en todos los casos, que el juzgado, es decir el recusado, termine siendo el juzgador de su propia recusación.

Dentro de tal orden de ideas, resulta absolutamente claro que el supuesto no contemplado por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, sobre la recusación formulada por una de las partes respecto del Tribunal Arbitral en pleno (por la misma causal y por los mismos hechos), contiene semejanzas esenciales en relación con el supuesto de hecho de la recusación formulada por una de las partes respecto del Árbitro Único, conclusión a la que se llega como consecuencia de la interpretación *ratio legis* efectuada al citado artículo.

En consecuencia, se cumpliría el primer requisito que debemos respetar para proceder a la integración por analogía *a pari*, vale decir la necesidad de que se presente una semejanza esencial entre la norma existente y el hecho de la realidad no contemplado en esta norma, y que este hecho responda a la *ratio legis* de la norma existente.

Cabe señalar que la recusación, tanto en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, como en el supuesto de hecho no contemplado por este artículo, recae sobre todos quienes se hallan a cargo de la conducción y resolución del arbitraje; vale decir, en el supuesto contemplado por el citado artículo, la recusación recae sobre el Árbitro Único, por lo que el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje prevé que la

competencia respecto del procedimiento de recusación recaiga sobre el Juez; y en el supuesto no contemplado por el referido artículo, la recusación recae sobre todos los árbitros del Tribunal Arbitral, en la medida de que la recusación formulada por la parte resulta respecto del Tribunal Arbitral en pleno, invocando para tal efecto la misma causal y los mismos hechos.

Así, la consecuencia, en virtud de la integración por analogía *a pari*, es decir aquella que sostiene que «donde hay la misma razón, hay el mismo derecho», resulta ser que la competencia respecto del procedimiento de recusación debería tenerla el Juez, ya que en ambos casos existe la misma razón de ser: la integridad de los árbitros objeto de recusación, por lo que a ambos supuestos se les debería aplicar el mismo derecho, que se halla traducido en que en ambos casos la recusación debe ser resuelta por el Juez.

En relación al segundo requisito que se debe cumplir para proceder a la integración jurídica por analogía *a pari*, vale decir, que no exista impedimento o limitación para la analogía, debemos indicar que no hay prohibición, limitación o impedimento legal o de cualquier otra naturaleza para proceder a la integración respecto del supuesto de hecho que no se contempló en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, referido a la formulación de recusación por una de las partes respecto del Tribunal Arbitral en pleno, invocando la misma causal y los mismos hechos.

Lo expresado responde a que la solución que se lograría con la integración por analogía *a pari* respecto del problema que plantea la laguna del Derecho (en relación con el supuesto de hecho no normado, en el que todo el Tribunal Arbitral esté siendo recusado por una de las partes, invocando la misma causal), resulta ser lo que el ordenamiento jurídico persigue en torno a que los conflictos resulten resueltos por juzgadores imparciales y respetando siempre el principio de heterocomposición.

De lo contrario, si el propio Tribunal Arbitral resolviese esas recusaciones, tal proceder conculcaría el principio de imparcialidad que debe regir en todo tipo de proceso, con la finalidad de contribuir a la adecuada y justa solución de los conflictos y para el incremento de la paz social.

Por lo tanto, se concluye en que no existe prohibición, limitación o impedimento legal o de cualquier otra naturaleza (jurisprudencia, costumbre o doctrina), que impida que en el caso en cuestión se proceda a integrar por analogía *a pari*.

Por el contrario, existen sólidos argumentos legislativos y doctrinarios para afirmar categóricamente que —en este supuesto— la integración por analogía *a pari* es la solución que el ordenamiento jurídico prevé que se dará a este caso de laguna del Derecho.



Afirmamos esto, habida cuenta de que una solución opuesta a la descrita significaría una trasgresión al derecho constitucional al debido proceso, que implica el respeto a los principios de imparcialidad y de heterocomposición.

De lo expuesto, se concluye que el problema que se produce como consecuencia del supuesto de hecho no contemplado por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, debe ser resuelto a través del método de integración por analogía *a pari*, en la medida de que *la producción, interpretación y aplicación de las normas procesales, así como del conjunto normativo en general, debe hacerse pues a la luz del proceso justo [o debido proceso], de los demás derechos fundamentales, y de los otros bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, debiendo prevalecer en caso de duda o conflicto, la interpretación, integración o aplicación que dote de mayor valor, viabilidad y vigor al proceso justo como a los demás derechos fundamentales*».<sup>136</sup> (El subrayado es nuestro).

Una solución contraria a la integración por analogía *a pari*, fue la interpretación que efectuó aquél Tribunal Arbitral que resolvió sobre su propia causal, produciéndose una grave vulneración del derecho constitucional al debido proceso que toda persona, natural o jurídica, tiene; derecho que se halla consagrado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú.<sup>137</sup>

En consecuencia, el derecho al debido proceso debe ser aplicado en todo procedimiento de recusación. Es así que, en el procedimiento de recusación formulado por una de las partes respecto del Tribunal Arbitral en pleno, se debe respetar el derecho al debido proceso de las partes. En tal virtud, se debe garantizar que el proceso se desarrolle en un contexto de absoluta imparcialidad respecto del juzgador.

#### **4. EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 31 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE**

Finalmente, cabe señalar que el artículo 31 del Proyecto modificatorio de la Ley General de Arbitraje intenta solucionar muchos inconvenientes suscitados en la práctica arbitral respecto a la recusación de los árbitros, en especial, el supuesto de la recusación del Tribunal Arbitral en pleno.

El artículo 31 del referido Proyecto modificatorio establece lo siguiente:

**Artículo 31.- «Procedimiento de recusación**

Las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. A falta de acuerdo se aplican las siguientes reglas:

[...]

4. Si la otra parte no conviene con la recusación o el árbitro no renuncia o no se pronuncia, se procede de la siguiente manera:

[...]

- b. Tratándose de un tribunal arbitral, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el

presidente del tribunal arbitral, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su designación o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del artículo 21.

- c. Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, incluido el presidente, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del Artículo 21. Si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación [...].» (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la modificación más relevante gira en torno a que se ha consolidado el principio de que la recusación no la resuelve el propio recusado.

Lo que se busca es que quien resuelva la recusación no sea el árbitro cuestionado, sino alguien neutral.

De esta manera, el citado Proyecto modificatorio estaría llenando la laguna del Derecho que la actual Ley General de Arbitraje presenta frente a la recusación interpuesta contra todos los miembros del Tribunal Arbitral por una misma causa.

La solución dada por esta propuesta modificatoria es que quien debe resolver siempre sea un tercero ajeno a los árbitros recusados (todos por la misma causal); a saber: la Cámara de Comercio de la localidad.

Es decir, el Proyecto modificatorio sigue la misma lógica que hemos sostenido en el presente artículo. Recordemos que a entender nuestro debería ser el Juez —un tercero— el llamado a resolver la recusación contra los tres miembros del Tribunal Arbitral y no los mismos árbitros recusados por igual motivo.

La propuesta modificatoria difiere en el tercero que deberá resolver la recusación, pero no en que quien tenga que resolverla sea, precisamente, un tercero.

Lima, septiembre del 2006.

# COMENTARIOS AL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

Por Mario Castillo Freyre

Rita Sabroso Minaya

Irene Martínez Cárdenas y

Rosana Rosales Báscones

## COMENTARIOS AL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

*Mario Castillo Freyre\**

*Rita Sabroso Minaya\*\**

*Irene Martínez Cárdenas\*\*\**

*Rosana Rosales Báscones\*\*\*\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. ANÁLISIS DEL PROYECTO MODIFICATORIO.— 2.1. ARBITRAJE DE DERECHO O DE CONCIENCIA.— 2.2. AUTONOMÍA DEL ARBITRAJE.— 2.3. REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.— 2.4. SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL.— 2.5. RENUNCIA AL ARBITRAJE.— 2.6. EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL.— 2.7. LIBERTAD DEL PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO.— 2.8. INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO.— 2.9. NOMBRAMIENTO POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO.— 2.10. PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN.— 2.11. LIBERTAD DE REGULACIÓN DEL PROCESO.— 2.12. FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR ACERCA DE SU COMPETENCIA.— 2.13. PLAZO PARA LAUDAR.— 2.14. CORRECCIÓN, ACLARACIÓN, INTEGRACIÓN Y EXCLUSIÓN.— 2.15. RECURSO DE REPOSICIÓN.— 2.16. RECURSO DE ANULACIÓN.— 2.17. INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.— 2.18. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD.— 2.19. CAUSALES DE ANULACIÓN.— 2.20. TRASLADO.— 2.21. CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN.— 2.22. MEDIDA CAUTELAR EN SEDE JUDICIAL.— 2.23. MEDIDA CAUTELAR EN SEDE ARBITRAL.— 2.24. CUMPLIMIENTO DEL LAUDO.— 2.25. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.— 2.26. EJECUCIÓN ARBITRAL.— 2.27. EJECUCIÓN JUDICIAL.— 2.28. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE NORMAS DE ARBITRAJE NACIONAL.— 2.29. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS POR DEFECTO.— 2.30. PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN.— 2.31. FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL PARA DECIDIR ACERCA DE SU COMPETENCIA.— 2.32. CORRECCIÓN, ACLARACIÓN, INTEGRACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL LAUDO.— 2.33. PLAZO, REQUISITOS Y FORMALIDADES.— 2.34. PRIMERA DISPOSICIÓN TRANSITORIA.— 2.35. SEGUNDA DISPOSICIÓN TRANSITORIA.— 2.36. PRIMERA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA.— 2.37. SEGUNDA DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA.— 2.38. DISPOSICIÓN DEROGATORIA.

### 1. INTRODUCCIÓN

Como anota Franz Kundmüller, la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572 (en adelante, Ley General de Arbitraje), publicada en el Diario Oficial «El Peruano» el 5 de enero de 1996, se caracteriza por un sesgo *privatista* e innovador que simplifica técnicamente el acceso al arbitraje, contrastando los antecedentes *judicializantes* del Derecho peruano en la materia.<sup>138</sup>

A pesar del corto plazo de vigencia de la referida Ley General de Arbitraje, no cabe duda de que resulta necesario realizar algunas modificaciones en determinados puntos, pues así lo exige el avance que ha mostrado el sistema arbitral en nuestro país.

En tal sentido, el presente estudio tiene por objeto realizar un análisis comparativo entre la actual Ley General de Arbitraje y el Proyecto Modificatorio, elaborado por la Comisión Técnica (en adelante, la Comisión) creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006.

Como lo establece la Exposición de Motivos del referido Proyecto, con las modificaciones planteadas se busca ajustar ciertos aspectos centrales de la estructura arbitral, a fin de consolidar el desarrollo sostenido que viene experimentando el arbitraje en el Perú.

En este sentido, hemos efectuado algunos breves comentarios acerca de las modificaciones propuestas por la Comisión, con el propósito de determinar las innovaciones que frente a la norma vigente establece el Proyecto Modificadorio.<sup>139</sup>

## 2. ANÁLISIS DEL PROYECTO MODIFICATORIO

### 2.1. *Arbitraje de derecho o de conciencia*

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia**El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia.Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender.Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

**Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia**El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la materia controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando, dentro de los límites del orden público, resuelven conforme a sus conocimientos sobre la materia y su sentido de equidad.La elección de la clase de arbitraje corresponde a las partes. A falta de acuerdo, o en caso de duda, se entenderá que el arbitraje es de derecho.Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de un asunto comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

El artículo 3 del Proyecto Modificadorio propone algunos cambios en la definición del arbitraje de conciencia, contenida en el artículo 3 de la Ley General de Arbitraje, eliminando la expresión *leal saber y entender* y agregando que el arbitraje de conciencia es aquél en el que los árbitros, «*dentro de los límites del orden público, resuelven conforme a sus conocimientos sobre la materia y su sentido de equidad*».

Al respecto, en la Exposición de Motivos se señala que con esta modificación se busca precisar los límites de un arbitraje de conciencia (normas de orden público) y abandonar la fórmula ambigua del *leal saber y entender*, por la de *conocimiento sobre la materia y el sentido de equidad* de los árbitros, que son criterios menos subjetivos.

Si bien consideramos adecuada dicha modificación, creemos que la subjetividad que se presentaba con la expresión *leal saber y entender*, no necesariamente disminuiría

con sólo cambiar a la expresión *conocimiento sobre la materia y el sentido de equidad*, ya que ello seguiría perteneciendo al fuero subjetivo de cada árbitro.

A pesar de dicha modificación, sigue presente el círculo vicioso en que incurre generalmente la doctrina y que fue advertido por Fernando de Trazegnies.<sup>140</sup> En efecto, el referido autor sostiene que caemos ante un perfecto razonamiento circular cuando se dice que el arbitraje de conciencia funciona conforme al *leal saber y entender* del árbitro, y, a su vez, el *leal saber y entender* es guiado por la *equidad*; pero cuando preguntamos sobre lo que es la *equidad*, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que según el *leal saber y entender* de los árbitros, éstos consideran equitativo.

Por otra parte, si bien existen varias razones por las que las partes pueden preferir un arbitraje de conciencia a uno de Derecho,<sup>141</sup> también existe el temor de que este tipo de arbitraje sea arbitrario, caprichoso o, cuando menos, demasiado subjetivo.

En efecto, existe el temor de que mediante un arbitraje de conciencia se pueda contravenir lo establecido por la ley.

Ciertamente no resulta lógico ni deseable socialmente que los particulares resuelvan sus problemas contra la ley. Por ello, toda vez que el arbitraje es un medio de solución de conflictos, dicha solución no debería pasar por pisotear la ley.

Algunos podrían argumentar con una interpretación extrema, que ello es posible si la misma ley así lo permite en el caso específico del arbitraje de conciencia. Ésta parece ser la posición del profesor Álvaro Aliaga,<sup>142</sup> para quien los árbitros de conciencia se encargan de resolver la controversia obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dicten, por lo que no están obligados en sus procedimientos ni en sus laudos a lo establecido en otras reglas, sino únicamente a lo que las partes hayan determinado en el acuerdo arbitral.

No compartimos dicha posición, ya que —a entender nuestro— no resulta coherente que el ordenamiento jurídico dé carta blanca para su eventual violación generalizada a través de la difusión legal del arbitraje de conciencia.<sup>143</sup>

Una posición interesante es la de Guillermo Lohmann,<sup>144</sup> quien sostiene que los árbitros de conciencia se pronuncian según criterios extra-jurídicos, ya que el ordenamiento legal es dejado de lado por completo. Y por tanto es perfectamente posible que el laudo de conciencia sea contrario a ley. Sin embargo, dicho autor precisa que a través del arbitraje de conciencia se puede resolver dejando de lado las normas legales *dispositivas* aplicables al caso y, asimismo, se puede dejar de aplicar disposiciones contractuales que se consideren *injustas*, pero nunca dejar de lado las normas *imperativas*.

En consecuencia, dicha discusión se zanjaría con la propuesta de incluir en la definición de arbitraje de conciencia, el que los árbitros deberán resolver *dentro de los límites del orden público*. En efecto, si según la Ley General de Arbitraje no se pueden arbitrar las controversias que interesan al orden público, tampoco se puede laudar contra el orden público que representa la ley. En tal sentido, consideramos que ningún arbitraje de conciencia puede ser contrario a la ley, ya que no puede ir contra la Constitución Política ni contra la Ley General de Arbitraje que lo regula procedimentalmente,<sup>145</sup> ni contra cualquier otra ley.

Por otro lado, el Proyecto Modificadorio señala que «*a falta de acuerdo [entre las partes acerca de la clase de arbitraje], o en caso de duda, se entenderá que el arbitraje es de derecho*» y no de conciencia, como es hoy en día.

Con esta modificación se estaría regresando a lo establecido en la primera Ley General de Arbitraje, en donde el arbitraje de derecho era la regla, mientras que el arbitraje de conciencia era la excepción. En efecto, el último párrafo del artículo 3 del Decreto Ley n.º 25935,<sup>146</sup> establecía que a falta de pacto expreso, *se presume que las partes optan por un arbitraje de derecho*.

En su momento Cantuarias y Aramburu<sup>147</sup> manifestaron su disconformidad con la antigua Ley General de Arbitraje, que consideraba como regla general al arbitraje de derecho y sólo como excepción al arbitraje de conciencia. La razón tenía que ver con el hecho de que el arbitraje de derecho constituye una función monopólica en manos de los abogados, a diferencia del arbitraje de equidad, donde sí pueden participar el resto de ciudadanos. Existiendo dicha situación, lo razonable —a entender de dichos autores— era que la actividad monopólica sea la excepción y no la regla.

En cambio con la actual Ley General de Arbitraje se invirtió la relación entre el arbitraje de derecho y el de conciencia, siguiendo —de alguna manera— la observación anotada.

Sin embargo, y tal como se señala en la Exposición de Motivos del Proyecto Modificadorio, la propuesta de modificación del artículo 3 (en relación a qué tipo de arbitraje debe presumirse en caso de duda o en caso de ausencia de pacto) tiene como objetivo no sólo seguir la tendencia internacional, sino sobre todo la experiencia observada, que muestra que lo que se suele pactar es el arbitraje de derecho, es decir, que lo común es un pacto en contrario a la norma.

En ese sentido, la Comisión considera que una regla supletoria tiene por finalidad reflejar lo que usualmente se pacta, justamente para que la norma facilite los acuerdos entre las partes, con lo que concordamos plenamente.

Al respecto, Zegarra Pinto<sup>148</sup> señala que a partir de la legislación comparada, la tendencia actual es considerar al arbitraje de derecho como la regla.<sup>149</sup>

Una clara muestra de dicha tendencia, la encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley Española de Arbitraje (Ley n.º 60/2003), la cual establece que «se invierte la regla que la Ley de 1988 contenía a favor del arbitraje de equidad. La preferencia por el arbitraje de derecho en defecto de acuerdo de las partes es la orientación más generalizada en el panorama comparado. Resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluye la de que la controversia sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal».<sup>150</sup>

## 2.2. *Autonomía del arbitraje*

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 4.- Intervención del Poder Judicial** Salvo pacto en contrario, las partes podrán someterse de modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral.

**Artículo 4.- Autonomía del arbitraje** El sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces. En consecuencia, en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ninguna autoridad judicial, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga. Es especialmente aplicable a la jurisdicción arbitral el inciso 2º del artículo 139 de la Constitución. Salvo disposición distinta de esta ley, existiendo convenio arbitral o durante el desarrollo del arbitraje ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que de cualquier manera impida el inicio del arbitraje, o que lo suspenda o impida su continuación. En ejercicio de su independencia y su jurisdicción, sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo los árbitros tienen competencia exclusiva para instalarse como tribunal arbitral, dar inicio al proceso y continuarlo, examinar su competencia y dictar el laudo. El arbitraje sólo está sujeto a control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo. Cualquier intervención judicial o administrativa distinta y anterior al laudo conducente a ejercer un control o a interferir en el ejercicio de las funciones arbitrales está sujeta a responsabilidad y no obliga a las partes ni a los árbitros.

El artículo 4 del Proyecto Modificatorio establece —en forma precisa— el principio de autonomía e independencia de la jurisdicción arbitral. En virtud de este precepto, ningún órgano jurisdiccional o administrativo —salvo en los casos dispuestos expresamente por la Ley— podría admitir a trámite cualquier proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que impida el inicio del arbitraje, o que, en todo caso, lo suspenda o no permita su continuación.

Según la Exposición de Motivos, la propuesta de modificación del artículo 4 responde a la preocupación de la intervención indebida de la Administración Pública o del Poder Judicial en el arbitraje. De esta forma, se contempla la protección del

proceso arbitral frente a cualquier interferencia que de manera directa o indirecta pretenda impedir el inicio del arbitraje o suspender su trámite.

En efecto, la finalidad de esta modificación consiste en lograr que únicamente los árbitros designados por las partes sean los que conozcan de las actuaciones realizadas dentro del proceso arbitral, evitándose de este modo que tales actuaciones se desvirtúen debido a la injerencia de alguna autoridad.

Por otro lado, en la Exposición de Motivos se sostiene que cualquier cuestionamiento a las decisiones o actuaciones de los árbitros sólo procede una vez emitido el laudo mediante el recuso de anulación, cuando los árbitros han concluido sus funciones. Así, el control jurisdiccional se orienta a un control *ex post* al laudo y no a un control *ex ante*, que frene u obstruya el desarrollo del arbitraje.

En consecuencia, el único control judicial al que se verá sometido el arbitraje sería aquél efectuado mediante el recurso de anulación del laudo, el cual se podrá interponer con posterioridad a la emisión de éste.

La propuesta modificatoria va de la mano con recientes pronunciamientos — sobre la materia— por parte Tribunal Constitucional,<sup>151</sup> el cual considera que debe protegerse la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de no interferencia.

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

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

En consecuencia, el Tribunal Constitucional, con acertado criterio, ha reconocido la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas a su fuero, con independencia de la judicatura ordinaria. Es más, tratándose de materias de su competencia, el control judicial en materia arbitral debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación (si se hubiera pactado)



y anulación del laudo; en tanto, el control constitucional deberá realizarse de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del Código Procesal Constitucional, no siendo procedentes los procesos constitucionales, cuando no se hubieran agotado las vías previas.

### 2.3. *Representación de la persona jurídica*

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 8-A.- Representación de la persona jurídica** Salvo disposición estatutaria distinta o en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en procesos arbitrales y ejercer todos los derechos y facultades previstos en esta ley, sin restricción alguna, incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos.

El Proyecto Modificadorio propone la inclusión de una presunción *iuris tantum*, en el sentido de que con el solo nombramiento como gerente general o como administrador de una persona jurídica, se tendría la facultad para celebrar convenios arbitrales que obliguen a la persona jurídica, o la facultad para representarla durante los procesos arbitrales, ejerciendo así todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna.

Sin embargo, cabe precisar que el propuesto artículo 8-A contempla la posibilidad de que el estatuto de la persona jurídica contenga una disposición distinta o que el órgano correspondiente llegue a un acuerdo en sentido contrario.

La Comisión sostiene que la actual Ley General de Arbitraje no se pronuncia expresamente sobre las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso arbitral, lo que ha generado conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios para tal efecto.

En tal sentido, la Comisión considera que —siguiendo la práctica arbitral internacional— debe presumirse que los gerentes o administradores de personas jurídicas cuentan de suyo con dichas facultades.

Ahora bien, cabe señalar que gran parte de la doctrina sostiene que los representantes de las personas jurídicas no pueden celebrar convenios arbitrales que las obliguen, a menos que cuenten con autorización expresa, es decir, con facultades expresamente conferidas para dicho fin.<sup>152</sup>

Si bien nos parece de suma importancia que se regule el tema de las facultades de representación necesarias para someter a arbitraje o para participar en el proceso

arbitral, consideramos que la opción seguida por el Proyecto Modificadorio no es la más adecuada.

A nuestro entender, sería mejor que se establezca que el gerente general o el representante de una persona jurídica debe contar con *facultades expresas* para celebrar convenios arbitrales, para representarla en procesos arbitrales y para ejercer todos los derechos y facultades previstos en la ley, sin restricción alguna, e incluso para actos procesales de disposición de derechos sustantivos.

El convenio arbitral constituye, de alguna manera, un acto de disposición de derechos (al implicar la renuncia al derecho de acudir a la jurisdicción ordinaria, para someterse a una jurisdicción alternativa) y, por tanto, requiere de la existencia de poderes especiales, esto es de facultades específicas (principio de especialidad) otorgadas para tales efectos (principio de literalidad).

En efecto, el convenio arbitral no puede ser impuesto a una persona jurídica que jamás consintió en ello. El convenio arbitral —por su naturaleza evidentemente autónoma— requiere ser celebrado por un representante que cuente con facultades especiales (expresas) para tal efecto.

En consecuencia, si bien no coincidimos con la opción seguida en el Proyecto Modificadorio, consideramos que ya se está dando un paso adelante al regular dicho tema, el cual —en la práctica— ha generado algunos conflictos, en donde incluso se llegó a recurrir al Poder Judicial para que fuera éste el que resolviera sobre el tipo de poderes necesarios para someter a arbitraje a la persona jurídica representada.

#### *2.4. Separabilidad del convenio arbitral*

##### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

##### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 14.- Separabilidad del convenio arbitral** La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral. Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento.

**Artículo 14.- Autonomía del convenio arbitral** El convenio arbitral que forme parte de un contrato o acto jurídico se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad, ineficacia o invalidez total o parcial de un contrato o acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no necesariamente implica

la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad, ineficacia o invalidez total o parcial de este. En consecuencia, los árbitros podrán decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, rescisión, resolución, nulidad, anulabilidad, ineficacia o invalidez total o parcial del contrato o acto jurídico que contiene un convenio arbitral. Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento.

Tal como lo señala la Exposición de Motivos, el artículo 14 del Proyecto Modificatorio —al establecerse que «*el convenio arbitral que forme parte de un contrato o acto jurídico debe ser considerado como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo*»— introduce de manera expresa el tema de la separabilidad o autonomía del convenio arbitral como *acuerdo independiente* de las demás estipulaciones del contrato o acto jurídico.

Por lo general, el convenio arbitral consiste en una cláusula incorporada al contrato principal del que forma parte. Sin embargo, para efectos legales, se consideraba al convenio arbitral como un contrato independiente o autónomo.

El principal efecto de esta ficción legal es que cualquier controversia referida a la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato que contiene el convenio arbitral, será de conocimiento exclusivo del tribunal arbitral.

De lo contrario, como bien indica Griguera,<sup>153</sup> si el convenio arbitral no es considerado separado o autónomo del contrato principal que lo contiene, bastaría atacar la validez del contrato principal ante el Poder Judicial para que los árbitros tuvieran que esperar el fallo definitivo sobre la validez del contrato principal y accesoriamente del pacto arbitral y recién iniciar el arbitraje.

En tal sentido, es acertada la inclusión del primer párrafo del artículo 14 del Proyecto Modificatorio, lo que no deja lugar a dudas en torno a la aplicación del *principio de autonomía del convenio arbitral*.

Por otro lado, el referido artículo 14 del Proyecto Modificatorio adiciona a los supuestos de inexistencia, ineficacia o invalidez (contemplados por el artículo 14 de la vigente Ley General de Arbitraje), los de rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad del acto jurídico que contenga al convenio arbitral, a fin de evitar cualquier interpretación que limite las facultades de los árbitros para decidir sobre las materias sometidas a su conocimiento.

Finalmente, la Comisión ha optado —acertadamente— por mantener el último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, que establece que «*es nula la*

*estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra [...]».*

Ana María Chocrón<sup>154</sup> sostiene que se debe garantizar la igualdad de las partes. Dicha igualdad se manifiesta en dos ámbitos; a saber: la designación de los árbitros y la determinación de las reglas procesales.

En consecuencia, las partes están obligadas a dar al convenio arbitral un contenido equilibrado; por ello, la Ley General de Arbitraje y el Proyecto Modificadorio sancionan con nulidad la estipulación que coloca a una parte en una situación de privilegio respecto de la otra.

## 2.5. *Renuncia al arbitraje*

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 15.- Renuncia al arbitraje** Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto demanda por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso.

**Artículo 15.- Renuncia al arbitraje** La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta de manera expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento escrito por las partes, en documentos separados o mediante intercambio de documentos o por cualquier otro medio de comunicación que deje constancia escrita de este acuerdo. Es tácita, respecto de las materias demandadas judicialmente, cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente.

El artículo 15 del Proyecto Modificadorio condiciona la validez de la renuncia al arbitraje, a que ésta se manifieste de manera expresa o tácita.

La Comisión señala —en la Exposición de Motivos— que el artículo propuesto resuelve una imprecisión generada por la redacción de la actual Ley General de Arbitraje.

Según la Comisión, algunos consideraban que la renuncia tácita implicaba la renuncia a la integridad del convenio arbitral, no permitiendo que en el futuro se vuelva a plantear un arbitraje, respecto de otros conflictos que pudieran surgir.

De esta manera, el nuevo texto precisaría que la renuncia se referirá sólo a las *materias* demandadas judicialmente, lo que no implica que en el futuro otros temas o conflictos no puedan ser materia de demanda arbitral.

Por otro lado, se propone que para hablar de una renuncia expresa, ésta deba constar *en un documento escrito por las partes, en documentos separados o mediante intercambio de documentos o por cualquier otro medio de comunicación que deje constancia escrita de este acuerdo.*

Dicha propuesta va de la mano con lo establecido por el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje (y sobre el cual no se ha planteado modificación alguna). En efecto, el referido artículo 10 establece que «[...] *se entiende que el convenio arbitral se ha formalizado por escrito no solamente cuando está contenido en documento único suscrito por las partes, sino también cuando resulta del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación o correspondencia que inequívocamente deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje*».

En relación a la renuncia tácita, se mantiene la idea de que la renuncia se considerará realizada de manera tácita, cuando el demandado no invoque ante el Juez la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente.

En tal sentido, podría estimarse la *renuncia tácita* como una especie de sanción a la parte que no interpuso la excepción de convenio arbitral, dentro de los plazos respectivos.

## **2.6. Excepción de convenio arbitral**

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral** Si se promoviera una acción judicial relativa a una materia que estuviera reservada a decisión de los árbitros de acuerdo con el convenio arbitral o cuyo conocimiento ya estuviera sometido por las partes a esa decisión, tal circunstancia podrá invocarse como excepción de convenio arbitral dentro del plazo previsto en cada proceso. Vencido el plazo correspondiente se entiende renunciado el derecho a invocarla y sin efecto alguno el convenio arbitral. Si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros, el juez deberá amparar la excepción de convenio arbitral. Si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros, el juez también deberá amparar la excepción de convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el Artículo 1º. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguirse e inclusive dictarse el laudo.

**Artículo 16.- Excepción de convenio arbitral** Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aunque no se hubiera iniciado el arbitraje. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral o, de ser el caso, el inicio del arbitraje. Si el arbitraje no estuviera iniciado, la autoridad judicial está obligada a amparar, bajo responsabilidad, la excepción una vez absuelto el traslado correspondiente, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable conforme al Artículo 1º. Si el arbitraje estuviera iniciado, la autoridad judicial, bajo responsabilidad, está también obligada a amparar la excepción de convenio arbitral una vez absuelto el traslado correspondiente. Se entiende renunciado el arbitraje respecto de las materias demandadas judicialmente cuando no se invoque

la excepción de convenio arbitral dentro del plazo correspondiente a la vía procesal aplicable. Mientras se encuentra en trámite la excepción de convenio arbitral queda suspendida la tramitación del proceso judicial principal. Las actuaciones arbitrales se iniciarán o proseguirán, según sea el caso, pudiendo incluso, dictarse el laudo durante el trámite de esta excepción. La resolución judicial que declara fundada la excepción de convenio arbitral es definitiva e inimpugnable. La resolución que declara infundada la excepción es apelable con efecto suspensivo. Sólo procede recurso de casación contra la resolución de la Corte Superior de Justicia que confirma que la excepción es infundada.

Si bien la redacción de este artículo no es copia fiel de la del artículo 16 de la Ley General de Arbitraje, no ha habido variación sustancial en su contenido en lo que concierne a la oportunidad para plantear la excepción de convenio arbitral, y en lo relativo a la forma en la que el juez debe resolverla.

A entender de la Comisión, se persigue que dicha propuesta sea la norma que —de manera exclusiva— regule los alcances de la excepción de convenio arbitral, en atención a su naturaleza particular y que difiere sustancialmente de las excepciones comunes, al menos en su tratamiento procesal. Ello, sin perjuicio del plazo de cada vía procesal para formularla y para absolverla dentro del proceso judicial respectivo.

La diferencia sustancial radica en que en el Proyecto Modificatorio se añade un párrafo en el que se establece que, mientras se encuentre en trámite la excepción, *queda suspendida la tramitación del proceso judicial principal*.

Es decir, ante la presencia de una excepción de convenio arbitral no se aplicaría lo dispuesto por el artículo 447 del Código Procesal Civil, precepto que establece que *«las excepciones se proponen conjunta y únicamente dentro del plazo previsto en cada procedimiento, sustanciándose en cuaderno separado sin suspender la tramitación del principal»*. (El subrayado es nuestro)

Consideramos correcta dicha modificación, habida cuenta de que si el juez declara fundada la excepción de convenio arbitral, anulará todo lo actuado y dará por concluido el proceso, de conformidad con lo establecido por el inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil.

En tal sentido, habida cuenta de que se puede anular todo lo que se actúe durante el lapso que demore la resolución de la excepción por parte del Juez, es correcto que se suspenda la tramitación del proceso judicial principal.

Ahora bien, el Proyecto Modificatorio, al igual que la Ley General de Arbitraje, establecen que las actuaciones arbitrales se iniciarán o proseguirán, pudiendo, incluso, dictarse el laudo durante el trámite de esta excepción.

Al respecto, coincidimos con Garro,<sup>155</sup> quien señala que la razón de esta disposición es muy simple. En la medida de que el proceso judicial es susceptible de demorar el inicio del arbitraje o el arbitraje en curso, la celeridad del arbitraje se vería seriamente comprometida, a menos que la ley faculte al tribunal arbitral a proseguir sus actuaciones, e incluso a dictar su laudo, mientras la cuestión judicial se encuentre pendiente ante el tribunal judicial.

Por otro lado, el actual artículo 16 de la Ley distingue entre *si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros* o *si la materia todavía no está sometida al conocimiento de los árbitros*. En cambio, el artículo 16 del Proyecto Modificatorio distingue los supuestos, según se trate de arbitraje *iniciado* o *no iniciado*, para lo cual debe tomarse en cuenta la definición introducida en el artículo 33 sobre el inicio del arbitraje.<sup>156</sup>

Ahora bien, dicha distinción entre *iniciado* o *no iniciado* el arbitraje tiene —en principio— la misma implicancia; a saber: que el juez está obligado a amparar la excepción de convenio arbitral, pero *bajo responsabilidad* (elemento nuevo, que no está contemplado en la Ley General de Arbitraje).

Sin embargo, la distinción resulta relevante en el supuesto de que la materia sea manifiestamente no arbitrable, conforme a lo establecido por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje<sup>157</sup> (el cual permanecería sin modificación alguna).

En efecto, sólo en el supuesto de que el proceso arbitral no se haya iniciado, es decir, en el supuesto en que no se haya notificado la solicitud para someter las controversias a arbitraje, el Juez podría no amparar la excepción de convenio arbitral, en tanto se trate de una materia manifiestamente no arbitrable.

Asimismo, la distinción entre arbitraje *iniciado* y *no iniciado* también resulta importante, en relación a los puntos que debe analizar el Juez a fin de declarar fundada o infundada la excepción de convenio arbitral.

Si el arbitraje aún no se ha iniciado, el Juez que conoce la excepción de convenio arbitral tendría que examinar: (i) la existencia del convenio arbitral y si el mismo ha cumplido con las formalidades establecidas por el artículo 10 de la Ley General de Arbitraje; (ii) la capacidad de las partes; y (iii) si la materia es arbitrable, de conformidad a lo establecido por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

Si el arbitraje ya se ha iniciado, el Juez debería examinar únicamente: (i) la identidad de las partes en el proceso arbitral y en el proceso judicial; y (ii) la identidad de materia controvertida en ambos procesos.

Finalmente, en el último párrafo del artículo 16 del Proyecto Modificatorio se precisa que la resolución judicial que declara fundada la excepción de convenio arbitral

es definitiva e inimpugnable, a diferencia de lo establecido por el artículo 450 del Código Procesal Civil, que establece que «[...] *el auto que declara fundada una excepción es apelable con efecto suspensivo*». Por el contrario, el Proyecto Modificadorio propone establecer que la resolución que declara infundada la excepción de convenio arbitral es apelable con efecto suspensivo, esta vez siguiendo la regla general del referido artículo 450 del Código Procesal Civil.

Además, sólo procederá el recurso de casación si es la Corte Superior de Justicia la que confirma que la excepción es infundada.

## **2.7. Libertad del procedimiento de nombramiento**

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 21.- Libertad de procedimiento de nombramiento** Las partes podrán determinar libremente el procedimiento para el nombramiento de el o los árbitros. A falta de acuerdo entre las partes, en los arbitrajes con tres árbitros, cada uno nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. Si una de las partes no nombra al árbitro que le corresponde dentro del plazo de (10) diez días de haberse requerido su nombramiento, la designación será hecha por el juez. Por su parte, si los árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercer árbitro dentro del mismo plazo, el nombramiento lo efectuará el juez. En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurridos diez (10) días de la primera propuesta, el nombramiento lo efectuará el juez. En todo supuesto de falta de designación del Presidente del Tribunal Arbitral, asumirá tal condición el árbitro designado por los miembros del tribunal arbitral.

**Artículo 21.- Libertad de procedimiento de nombramiento** Las partes podrán acordar libremente el procedimiento y plazos para la designación 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 aplican las siguientes reglas: 1.

Si las partes no han establecido el número de árbitros, el tribunal arbitral estará integrado por tres miembros. 2.

En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de diez días de recibido el requerimiento de designación para que cumplan con hacerlo. 3.

En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de diez días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así designados, en el plazo de diez días de producida la aceptación del último de ellos, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. 4.

En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados también de común acuerdo otro en el plazo de diez días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que otra cosa se hubiese dispuesto en el convenio



arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así designados elegirán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.<sup>5</sup>

Si por falta de acuerdo entre las partes o falta de acuerdo entre los árbitros o entre varios demandantes o varios demandados o falta de designación por una parte no se llega a nombrar uno o más árbitros el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en el lugar, la designación corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

Según lo señalado en la Exposición de Motivos, los cambios se orientan a reforzar el principio de autonomía privada y reducir la intervención judicial para evitar sobrecargar la actividad de los jueces ordinarios y conseguir una mayor celeridad en los arbitrajes.

El artículo 21 del Proyecto Modificatorio presenta una variación sustancial respecto del artículo 21 de la Ley General de Arbitraje, tanto en su estructura como en su redacción.

El proyectado artículo comienza señalando que las partes pueden acordar libremente el procedimiento y los plazos para la designación de los árbitros, o —en todo caso— elegir someterse al procedimiento contenido en cualquier reglamento arbitral. Sin embargo, se resalta que cualquiera sea el procedimiento elegido, nunca se debe vulnerar el principio de igualdad.

Esta referencia al principio de igualdad va de la mano con lo establecido por el último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, al señalar que *«es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos [...]»*. (El subrayado es nuestro).

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez<sup>158</sup> señala que las partes están obligadas a dar al convenio arbitral o cláusula arbitral un contenido equilibrado; por ello, la Ley General de Arbitraje sanciona con nulidad la estipulación que coloca a una parte en una situación de privilegio respecto de la otra en relación a la designación de los árbitros.

En relación a la designación de los árbitros, Ana María Chocrón<sup>159</sup> sostiene que se debe garantizar la igualdad de las partes, por lo que es nulo el convenio arbitral que coloca a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros.

La doctrina reconoce distintas formas de designación de árbitros: por las propias partes, por un tercero, por una institución arbitral o por el juez, y en todas esas formas,

es exigible que las partes guarden una posición igualitaria o equivalente, es decir, que ninguna de ellas sea favorecida en la elección del árbitro o árbitros que han de dirimir la contienda.

Asimismo, cabe resaltar que el artículo 21 del Proyecto Modificadorio contempla de manera más ordenada y sistemática los diferentes supuestos de designación de árbitros, incluyendo el supuesto de partes constituidas por más de una persona o de una empresa, e incluyendo reglas supletorias en caso las partes no hayan elegido algún procedimiento.

El inciso 1 regula el supuesto en el que no se haya determinado el número de árbitros, entendiéndose que éstos serán tres, lo que constituye claro reflejo de lo que se presenta en la práctica arbitral.

Sin embargo, debemos señalar que lo establecido por el referido inciso 1 es sólo una opción que ha seguido la Comisión, ya que se pudo haber establecido que ante la no determinación del número de árbitros, se debería entender que se trata de árbitro único.

Cantuarias y Aramburú<sup>160</sup> afirman que la elección de un solo árbitro tiene una doble ventaja. Por un lado, asegurará un arbitraje económico, ya que las partes sólo deberán pagar los servicios de una persona; y, por otro lado, permitirá que el arbitraje se desarrolle de manera más rápida, ya que muchas veces los arbitrajes se demoran por la dificultad que significa el tener que reunir a varias personas para que resuelvan una controversia.

En relación a la designación de un tribunal arbitral colegiado, los citados autores señalan que si bien generará mayores costos y probablemente hará más lento el procedimiento arbitral, que en el caso de contar con un solo árbitro, tiene una serie de ventajas, como la de permitir a las partes la posibilidad de designar a varias personas en razón de su nacionalidad, profesión, experiencia, etc.

Dentro de tal orden de ideas, pareciera que la Comisión —considerando las ventajas que presenta la designación de un tribunal arbitral— optó porque, ante la falta de determinación, sea un tribunal arbitral de tres miembros.<sup>161</sup>

El inciso 2 regula el supuesto en el que se deba elegir árbitro único, o cuando las partes han acordado que el presidente del tribunal o que todos los árbitros, deben ser elegidos de común acuerdo. En dicho caso, las partes tendrán un plazo de diez días para la designación, plazo que se contará a partir del requerimiento respectivo.

Por su parte, el inciso 3 contempla el supuesto en el que se haya decidido que sean tres árbitros. En dicha situación, cada parte designará a uno, también en un plazo

de diez días. Y los dos árbitros elegidos por las partes, nombrarán —a su vez— al presidente del tribunal arbitral, dentro de un plazo similar.

Ahora bien, en el caso de pluralidad de demandados y/o pluralidad de demandantes, supuesto regulado por el inciso 4, los demandados nombrarán de común acuerdo a un árbitro al igual que los demandantes.

Asimismo, ambas partes tienen un plazo de diez días luego de haber sido requeridas. Los dos árbitros elegidos por las partes, designarán al presidente del tribunal arbitral. Si bien no se señala plazo para esta última designación, se entiende —por interpretación sistemática— que es el mismo que se establece en el inciso 3, para el supuesto de elección del presidente del Tribunal Arbitral.

Cabe resaltar que el que se conceda un plazo determinado para que las partes designen a los árbitros, es sumamente importante, habida cuenta de que se trata de evitar dilaciones innecesarias en el procedimiento de designación de árbitros.

Por otro lado, debemos resaltar que la innovación más importante que trae consigo este artículo es que las designaciones de los árbitros ya no serán efectuadas —en ningún caso— por el Juez. Por el contrario, el rol de designación lo cumplirán sólo las partes o, en su defecto, las Cámaras de Comercio.

De esta manera, el inciso 5 del artículo 21 del Proyecto Modificatorio contempla el supuesto en el cual, por alguna razón, no se haya podido nombrar a uno o más árbitros. Aquí se propone que cualquiera de las partes puede solicitar a la Cámara de Comercio (del lugar pactado para el arbitraje) que realice el nombramiento. Si no se hubiese pactado lugar para el arbitraje, el nombramiento será solicitado a la Cámara de Comercio del lugar en donde se celebró el convenio arbitral y si no existiese Cámara de Comercio en ninguno de estos lugares, entonces, se acudirá a la de la localidad más cercana.

Como bien lo señala la Comisión, el proyecto presupone una gran responsabilidad de las Cámaras de Comercio, lo que exigirá que éstas actúen con independencia e imparcialidad.

Finalmente, debemos dejar en claro que la actuación de las Cámaras de Comercio es supletoria a la voluntad de las partes (en defecto de), de manera tal que éstas siempre podrán establecer un mecanismo distinto.

## ***2.8. Incumplimiento del encargo***

**Artículo 22.- Incumplimiento del encargo** Si el tercero a que se refiere el Artículo 20º, encargado de efectuar la designación de el o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral o, a falta de ellos, dentro del plazo de diez (10) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tal caso, las partes podrán designar a un nuevo tercero con ese propósito. A falta de acuerdo entre las partes sobre la designación del tercero dentro del mismo plazo, el juez procederá a la designación de el o los árbitros.

**Artículo 22.- Incumplimiento del encargo** Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o [por] el reglamento arbitral pertinente o, en su defecto, dentro de los diez días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso 5 del Artículo 21º.

El artículo 22 del Proyecto Modificatorio establece que transcurrido el plazo de 10 días para que el tercero —luego de ser requerido— cumpla con la designación del árbitro, ya no serán las partes ni el Juez, quienes deban nombrar al árbitro. En tal situación, se seguirá el procedimiento señalado en el inciso 5 del artículo 21 del referido Proyecto, es decir, será la Cámara de Comercio quien deberá cumplir esta función.

En efecto, tal como se explica en la Exposición de Motivos, el artículo propuesto establece que en caso de problemas de designación de árbitros, generados ya sea por falta de acuerdo o por cualquier otro problema en el nombramiento, corresponderá a las Cámaras de Comercio actuar como entidades nominadoras de carácter residual, no siendo ya necesaria la intervención del Poder Judicial, estableciendo reglas básicas y criterios de prelación en el mecanismo de designación.

En tal sentido, aquí también los cambios se orientan a reforzar el principio de autonomía privada y reducir la intervención judicial, por lo que nos remitimos a los comentarios ya formulados en el punto precedente.

## ***2.9. Nombramiento por las Cámaras de Comercio***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 23.- Nombramiento por el juez** Es competente para la designación de el o los árbitros en los casos a que se refieren los Artículos 21º y 22º, el Juez Especializado en lo Civil al que las partes hubiesen sometido expresamente. En defecto de sumisión expresa, el del lugar donde debe realizarse el arbitraje si se hubiera previsto; a falta de ello y a elección del interesado, el del lugar de celebración del convenio arbitral o del domicilio del emplazado, o el de cualquiera de ellos, si son varios. El Juez procederá a la designación de acuerdo al siguiente trámite: 1.

E 1

interesado acompañará a su solicitud el o los documentos que contienen el convenio

arbitral y propondrá los nombres de los árbitros en un número no inferior a siete (7).2. El Juez citará a las partes a una audiencia única la cual deberá desarrollarse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.3. Si el emplazado no concurre a la audiencia, en el acto de la misma, el Juez resuelve designando al o los árbitros, así como a uno o más suplentes, entre la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo. Sin embargo, el Juez si lo considera pertinente, podrá encargar a una institución arbitral debidamente constituida en el lugar de la sede de su competencia, para que realice libremente la designación dentro del plazo que determine, el cual no podrá exceder los diez (10) días hábiles. Vencido dicho plazo sin que la institución arbitral haya procedido con la designación, a pedido de parte, el Juez procederá dentro de tercero (3) día hábil a dictar resolución designando al o los árbitros.4.

Si el emplazado concurre a la audiencia, en el acto de la misma, el Juez invitará a la parte emplazada para que proceda a designar al árbitro o árbitros que le corresponda. En caso el emplazado no designe al árbitro o a los árbitros que le corresponda, el Juez designará al árbitro o a los árbitros que corresponda de la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo, nombrando al mismo tiempo uno o más suplentes; o procederá a encargar tal designación a la institución arbitral de conformidad con el inciso 3) de este artículo. En caso se hubiere pactado el nombramiento conjunto de el o los árbitros a su designación por un tercero que no cumplió con el encargo, el Juez invitará a las partes a ponerse de acuerdo en la designación. Caso contrario, el Juez invitará a la parte emplazada para que proponga los nombres de los árbitros en un número no inferior a siete (7) entre quienes conjuntamente con la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo procederá a la designación, debiendo ésta recaer principalmente en aquellos árbitros cuyos nombres estén presentes en ambas listas. En caso la parte emplazada se niegue a proponer la lista de árbitros, el Juez designará al árbitro o a los árbitros que correspondan, como a uno o más árbitros suplentes de la lista de árbitros indicada en el inciso 1) de este artículo, o procederá a encargar tal designación a la institución arbitral de conformidad con el inciso 3) de este artículo.5.

El Juez únicamente podrá rechazar la solicitud de designación de árbitros cuando considere por los documentos aportados que no consta manifiestamente la voluntad de las partes de acudir al arbitraje.6. Para el nombramiento del o los árbitros, según corresponda, el Juez tomará en cuenta lo previsto en el convenio arbitral sobre las condiciones que deben reunir los árbitros.7. Contra las decisiones del Juez no procede recurso impugnatorio alguno, sin perjuicio de lo indicado en el inciso siguiente.8. La resolución que pone fin al proceso es apelable con efecto suspensivo, sólo cuando se haya desestimado la solicitud de designación de árbitros. Contra lo resuelto por el superior no procede impugnación alguna.

**Artículo 23.- Nombramiento por las Cámaras de Comercio** En los casos en los que según esta ley corresponda la designación de un árbitro a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. A efectos de solicitar a una Cámara la designación de un árbitro, la parte interesada debe señalar

el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que sería objeto de arbitraje y acompañar copia del convenio arbitral y del requerimiento de arbitraje efectuado a la otra parte. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara designará al árbitro dentro de un plazo razonable, salvo que la parte requerida hubiera cumplido con efectuar la designación que le correspondía realizar al dar respuesta a la solicitud, lo que será informado a las partes. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar una designación, los requisitos establecidos por las partes y por la Ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

El artículo 23 del Proyecto Modificatorio establece los requisitos, procedimiento y plazos para que la Cámara de Comercio correspondiente efectúe la designación, a falta de reglas establecidas por la propia Cámara.

En tal sentido, se establece que la Cámara de Comercio determinará la persona u órgano encargado de la elección. Asimismo, se establece que a falta de determinación previa, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución, lo que implica que la decisión sea definitiva e inimpugnable. Aquí también podemos apreciar que al establecer que la decisión es inimpugnable, se está cerrando toda posibilidad de intervención judicial.

Si la Cámara de Comercio respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud de designación de árbitro será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco días. Así, vencido dicho plazo, la Cámara designará al árbitro dentro de un plazo razonable, salvo que la parte requerida hubiera cumplido con efectuar la designación que le correspondía realizar al dar respuesta a la solicitud, lo que será informado a las partes.

Finalmente, la Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar una designación, los requisitos establecidos por las partes y por la Ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

## ***2.10. Procedimiento de recusación***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 31.- Procedimiento de recusación** Iniciado el proceso arbitral, la parte que formula recusación debe hacerlo inmediatamente después de conocida la causa que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y siempre que no haya vencido el plazo probatorio. Si el recusado niega la razón y el arbitraje fuera unipersonal, el Juez, conforme al trámite indicado en el Artículo 23°, en lo que fuera pertinente, o la institución organizadora del arbitraje, conforme a su reglamento, resolverán sobre la

procedencia o no de la recusación, después de oídas las partes y el árbitro. Si el arbitraje fuera colegiado, la institución organizadora del arbitraje, cuando correspondiera, o el tribunal arbitral, resolverá la recusación por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate resuelve el presidente, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve el de mayor edad. Contra la resolución que el Juez, la Institución Organizadora o el tribunal pronuncien, no procede ningún medio impugnatorio. El trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.

**Artículo 31.- Procedimiento de recusación** Las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. A falta de acuerdo se aplican las siguientes reglas: 1. La recusación debe formularse dentro de los cinco días de notificada la instalación del tribunal arbitral o de conocida la causal, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes. 2. El

árbitro recusado y la otra parte deben manifestar lo conveniente a su derecho dentro de los cinco días siguientes de notificados con la recusación. 3. Si la otra parte conviene con la recusación o el árbitro renuncia, se procede a la designación del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía designar al árbitro recusado, salvo que exista designado un árbitro suplente. 4. Si la

otra parte no conviene con la recusación o el árbitro no renuncia o no se pronuncia, se procede de la siguiente manera: a. Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha designado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del Artículo 21°. b.

Tratándose de un tribunal arbitral, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, salvo que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su designación o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del artículo 21°. c. Si se

recusa por la misma causa a más de un árbitro, incluido el presidente, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, según el inciso 5 del Artículo 21. Si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación. 5.

Culminada la etapa probatoria no proceden recusaciones. 6. El trámite de recusación no suspende el proceso arbitral, salvo cuando así lo decidan los árbitros.

**LA RENUNCIA DE UN ÁRBITRO A SU CARGO O LA ACEPTACIÓN POR LA OTRA PARTE DE SU CESE NO SE CONSIDERARÁ COMO UN RECONOCIMIENTO DE LA PROCEDENCIA DE NINGUNO DE LOS MOTIVOS DE RECUSACIÓN INVOCADOS. NO PROCEDE RECUSACIÓN BASADA EN DECISIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL EXPEDIDAS DURANTE EL TRANSCURSO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES.** En los casos en los que según esta ley corresponda resolver la recusación a una Cámara de comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. La resolución que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, al reglamento arbitral aplicable o al establecido en este artículo,

la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

El artículo 31 de la Ley General de Arbitraje en actual vigencia, contempla únicamente los casos elementales y, por lo tanto, generales del arbitraje. Sin embargo, en la práctica se han presentado diversos problemas acerca de quiénes tienen competencia y jurisdicción para resolver una recusación, y bajo qué reglas deben proceder a resolverla.

Por ello, tal como se señala en la Exposición de Motivos, el artículo 31 del Proyecto Modificadorio trata de solucionar muchos inconvenientes suscitados en la práctica arbitral respecto a la recusación de los árbitros.<sup>162</sup>

En primer lugar, se establece que las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, lo que también refuerza el principio de autonomía privada.

En el inciso 1 del artículo 31 del Proyecto Modificadorio se precisa que cualquier recusación debe ser formulada luego de la instalación del Tribunal Arbitral, estableciéndose un plazo de cinco días desde notificada la instalación del Tribunal Arbitral o de conocida la causal, a diferencia del artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, que establecía que la recusación debía ser formulada *inmediatamente* después de conocida la causal.

Asimismo, en el inciso 2, se establece un plazo similar para que el árbitro recusado y la otra parte manifiesten lo que mejor convenga a su derecho.

Por su parte, el inciso 3 establece la posibilidad del árbitro de renunciar, o de la contraparte de consentir con la recusación, supuestos que no se encuentran contemplados en el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje.

Al respecto, cabe precisar que la renuncia no implica necesariamente que el árbitro recusado esté aceptando como verdaderas las causas que motivan la recusación. Así, por ejemplo, puede darse el caso de que una de las partes recuse a uno de los árbitros, el cual niega las causales invocadas para su recusación, pero a pesar de ello, presenta su renuncia al cargo de árbitro, debido a que —resulta obvio— la parte que lo recusó no confía en la independencia e imparcialidad de dicho árbitro.

En tal sentido, nos parece correcto que el Proyecto Modificadorio disponga que la renuncia de un árbitro a su cargo no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de alguno de los motivos de recusación invocados, ya que la



posibilidad de renuncia es una facultad que tiene el árbitro recusado, es decir, no se trata de una obligación.

Por otro lado, el inciso 4 regula el procedimiento que se debe seguir en caso la otra parte no convenga con la recusación o en caso el árbitro opte por no renunciar o, simplemente, no se pronuncie dentro del plazo de cinco días establecido por el inciso 2.

De esta manera, el inciso 4 contempla diversos supuestos; a saber: (i) que se recuse al árbitro único; (ii) que se recuse a uno de los miembros del tribunal arbitral; y (iii) que se recuse —por la misma causal— a más de un árbitro.

Asimismo, en el inciso 4 se establece que a falta de entidad o persona en capacidad de resolver la recusación, corresponde residualmente dicha función a la Cámara de Comercio correspondiente.

Como se puede apreciar, en ninguno de los supuestos contemplados por el inciso 4 resuelve el propio recusado. Es decir, se ha consolidado el principio de que *la recusación no la resuelve el propio recusado*. De esta manera, lo que se busca es que quien resuelva la recusación no sea el árbitro cuestionado, sino alguien neutral.

Otro punto importante es que este inciso 4 trata de llenar la laguna de derecho que la vigente Ley General de Arbitraje presenta frente a la recusación contra todos los miembros del Tribunal Arbitral por una misma causal.

La solución dada por esta propuesta modificatoria es que quien debe resolver sea un tercero ajeno a los árbitros (recusados todos por la misma causal); a saber: la Cámara de Comercio de la localidad. Por lo tanto, se deja claro que debe ser un tercero imparcial el llamado a resolver la recusación contra más de un árbitro y no los otros árbitros recusados.

Por su parte, el inciso 5 prescribe que la recusación sólo procede hasta antes de *culminada la etapa probatoria*, manteniéndose lo ya contemplado por el actual artículo 31, que establece que las recusaciones se formulan *siempre que no haya vencido el plazo probatorio*.

Consideramos correcto el haber mantenido dicho límite a la formulación de recusaciones. No se puede pensar que una recusación pueda ser formulada incluso hasta antes de la emisión del laudo, ya que ello ocasionaría que una de las partes pueda demorar la emisión del laudo, recusando a los árbitros maliciosamente.

El inciso 6 admite la posibilidad de que los árbitros — discrecionalmente— suspendan la tramitación del arbitraje en tanto se resuelve la

recusación, a diferencia de lo establecido por el artículo 31 de la Ley General de Arbitraje, que señala que *el trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral*.

Asimismo, el artículo 31 del Proyecto Modificadorio prohíbe las recusaciones basadas en decisiones de los propios árbitros, a fin de proteger la independencia y autonomía de los mismos en el ejercicio de sus funciones.

Dicha precisión resulta por demás adecuada, habida cuenta de que no debe proceder recusación alguna por el simple hecho de que a una de las partes no le haya gustado la forma de resolver algún incidente que se haya presentado durante el proceso arbitral.

Así, por ejemplo, si un Tribunal Arbitral en mayoría declara fundada una excepción de incompetencia, poniendo fin al proceso arbitral, no procedería que la parte perjudicada con dicho resolver recuse a los árbitros, basada —justamente— en el hecho de que la decisión de los árbitros no se ajusta a sus intereses.

Si una parte no se encuentra conforme con las decisiones de los árbitros, tiene otro mecanismo que la ley le ofrece: el recurso de reposición, el mismo que se puede interponer contra las resoluciones distintas al laudo.

Por otro lado, consideramos correcto que se haya establecido que en los casos en que corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. Sin embargo, a falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución, dada la importancia del tema.

Finalmente, en el último párrafo del artículo 31 del Proyecto Modificadorio se precisa que la resolución que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable y que todo cuestionamiento debe efectuarse *ex post* al laudo, ya que sólo cabe cuestionar lo resuelto en la recusación por la vía del recurso de anulación del laudo, luego de expedido éste.

En consecuencia, como hemos podido apreciar en los párrafos precedentes, con esta propuesta modificatoria se elimina la intervención judicial, evitando sobrecargar la actividad de los tribunales de justicia, persiguiendo una mayor celeridad en los arbitrajes.

## *2.11. Libertad de regulación del proceso*

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 33.- Libertad de regulación del proceso** Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien

encomienden su organización. A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes. Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

**Artículo 33.- Libertad de regulación del proceso** La fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje se considera para todos los efectos [como] la de inicio del arbitraje, salvo pacto distinto de las partes. Corresponde a las partes decidir el lugar del arbitraje y las reglas del proceso. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá, con sujeción a esta ley, el lugar y las reglas que considere más apropiadas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. El proceso arbitral se sujetará a los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes. Cuando no exista disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por los árbitros, se aplicarán supletoriamente las normas de la presente ley. Si no existe en la presente ley norma aplicable, los árbitros podrán suplir el vacío recurriendo, según su criterio, a los principios arbitrales y a los usos y costumbres.

El artículo 33 del Proyecto Modificatorio establece que la fecha de recepción de la solicitud de arbitraje será considerada como la fecha de inicio del arbitraje, salvo pacto distinto.

En la Exposición de Motivos se señala que el artículo 33 recoge, para la parte de arbitraje nacional, los principios contemplados en la norma del artículo 110<sup>163</sup> de la parte de arbitraje internacional sobre el *inicio del arbitraje*, con ligeros cambios.

De esta manera, el artículo 33 viene a despejar toda incertidumbre respecto de cuándo se considera iniciado un arbitraje, sin perjuicio de cualquier acuerdo distinto de las partes.

Al igual que el artículo 33 en actual vigencia, el Proyecto Modificatorio establece que las partes puedan decidir el lugar y las reglas del arbitraje. En efecto, en tanto son las partes las que optan por resolver sus controversias a través del arbitraje, es lógico que se les permita a ellas mismas pactar libremente las reglas del procedimiento arbitral.

Ahora bien, cabe precisar que ni la Ley General de Arbitraje ni el Proyecto Modificatorio señalan los límites dentro de los cuales las partes pueden establecer las reglas del proceso.

Si bien el último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje establece que «[...] es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación [...] de las reglas de procedimiento», dicha norma regula únicamente el supuesto de nulidad del convenio arbitral, en el cual una de las partes se coloca en una situación de privilegio frente a la otra, pero no regula los

límites dentro de los cuales ambas partes —de común acuerdo— establecen las reglas del procedimiento.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que los límites estarían enmarcados en los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario, que el tercer párrafo del artículo 33 del Proyecto Modificatorio contempla.

En otras palabras, las reglas del proceso establecidas de común acuerdo por ambas partes no pueden vulnerar el derecho al debido proceso de ninguna de ellas ni contravenir normas imperativas. Por lo tanto, siempre y cuando se respete dichos límites, las partes podrán determinar las reglas del proceso de la manera que estimen más conveniente.

Asimismo, el artículo 33 del Proyecto Modificatorio propone que —a falta de acuerdo o reglamento arbitral aplicable— el Tribunal Arbitral será quien decida sobre dichos temas. Sin embargo, se ha cambiado la expresión *atendiendo a la conveniencia de las partes* por la frase *teniendo en cuenta las circunstancias del caso*.

Sin embargo, en el proyecto no se contempla cómo deberá proceder el árbitro único en caso no exista acuerdo ni reglamento arbitral aplicable. Consideramos que de presentarse dicho supuesto, deberá entenderse que el árbitro único también gozará de la facultad de decidir sobre el lugar y sobre las reglas más apropiadas, *teniendo en cuenta las circunstancias del caso*.

Por otro lado, el artículo 33 del Proyecto Modificatorio propone que el proceso arbitral se sujetará a los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes, lo que —tal como se señala en la Exposición de Motivos— brinda lineamientos claros sobre los límites que tiene la autonomía privada o que debe tener la decisión de los árbitros en el diseño del futuro proceso.

Además, en un nuevo párrafo se establece que en caso de no existir disposición aplicable —convencional, arbitral o legal— se llenará este vacío recurriendo a los *principios arbitrales*, a los *usos* y a las *costumbres*.

De esta manera, la Comisión pretende cerrar cualquier ventana a la aplicación supletoria de ordenamientos procesales distintos que puedan propiciar una *judicialización del arbitraje*. Así, ante el vacío de reglas pactadas y de la Ley General de Arbitraje, son los árbitros quienes integran las reglas necesarias, sobre la base de los principios generales del Derecho, en particular los principios arbitrales, y los usos y costumbres. Evidentemente, la integración de nuevas reglas por los árbitros debe sujetarse al respecto de los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario, ya anotados.

Cabe señalar que esta modificación es el resultado de lo que ya se venía presentando en la práctica arbitral. En los arbitrajes *ad hoc* es usual establecer en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, que en caso de deficiencia o vacío de las reglas aplicables al proceso arbitral, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

Al respecto, Garro<sup>164</sup> señala que si bien las actuaciones arbitrales deberían estar reguladas —en forma supletoria— en la ley de arbitraje, convendría dejar un amplio margen de libertad a los árbitros para fijar los plazos y actuaciones procesales.

En consecuencia, consideramos acertadas las modificaciones propuestas por la Comisión, habida cuenta de que responden a la finalidad del arbitraje, de acomodarse a los deseos de las partes, estableciendo expresamente la sujeción del proceso a los principios de derecho de defensa, contradicción e igualdad.

## ***2.12. Facultad del Tribunal Arbitral para decidir acerca de su competencia***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 39.- Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia** Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio. Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada.

**Artículo 39.- Facultad del Tribunal Arbitral para decidir acerca de su competencia** Los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje o cualesquiera otras cuya estimación pretenda impedir que se entre a conocer el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra excepción u objeción que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales. **LAS EXCEPCIONES U OBJECIONES DEBERÁN FORMULARSE A MÁS TARDAR EN EL MOMENTO DE PRESENTAR LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA O EN SU CASO A LA RECONVENCIÓN, SIN QUE EL HECHO DE HABER DESIGNADO O PARTICIPADO EN EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS IMPIDA FORMULARLAS. SI EN EL CURSO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES SE SUSCITA UNA MATERIA QUE EXCEDA EL ÁMBITO DE COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS, LA EXCEPCIÓN U OBJECCIÓN DEBE INTERPONERSE EN LA PRIMERA OPORTUNIDAD QUE LE SEA POSIBLE A LA PARTE QUE SE CONSIDERE AFECTADA.** Los árbitros podrán decidir estas excepciones u objeciones con carácter previo o en el laudo. Si los árbitros desestiman la excepción u objeción

como cuestión previa, esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de reposición, sin perjuicio del recurso de anulación contra el laudo final basado en la decisión adoptada. Si la excepción u objeción se desestima en el laudo, sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si los árbitros amparan la excepción u objeción como cuestión previa, sólo 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 expedirse el laudo final.

La Comisión señala que de acuerdo con la legislación comparada más reciente y calificada, la redacción del artículo propuesto es más completa, en lo que se refiere al principio *kompetenz kompetenz*, es decir, en lo que respecta a la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia.

En efecto, si la determinación acerca de la validez o invalidez del convenio arbitral quedara —desde un inicio— en manos del Poder Judicial, el arbitraje se vería seriamente afectado, ya que la parte que no quisiera cumplir con el convenio arbitral podría iniciar un proceso, por ejemplo de nulidad de dicho convenio, ante el Poder Judicial y, así, el inicio del arbitraje se postergaría hasta que existiera un pronunciamiento del Juez.

Tal como señalan Cantuarias y Aramburú,<sup>165</sup> ante dicha situación la doctrina postula desde hace mucho tiempo la necesidad de que sean los propios árbitros quienes determinen, por lo menos en un principio, si son competentes o no para resolver la controversia o, lo que es lo mismo, si el convenio arbitral —que es autónomo al contrato principal— sufre de algún vicio que lo invalide. Esta competencia de los árbitros de resolver acerca de su propia competencia es conocida comúnmente como *kompetenz kompetenz* y se encuentra expresamente contemplada en un sinnúmero de tratados y leyes sobre la materia.

Dentro de tal orden de ideas, resulta evidente que con la modificación que se propone se busca evitar que las partes puedan frenar el arbitraje con articulaciones sobre competencia en la vía judicial. Ello, sin perjuicio de las facultades del Poder Judicial para hacer un control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de anulación del laudo, regulado en el artículo 71 de la Ley General de Arbitraje.

Asimismo, cabe señalar que siendo el arbitraje un mecanismo privado de resolución de conflictos, en donde sólo se autoriza a los árbitros a resolver aquello expresamente contemplado en el convenio arbitral, los árbitros —en virtud del principio *kompetenz kompetenz*— son competentes para verificar la validez del convenio arbitral y para verificar si procede resolver por la vía arbitral la materia o las materias controvertidas, es decir, si dichas materias son arbitrables, de conformidad con lo establecido por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

De esta manera, el artículo 39 del Proyecto Modificatorio añade a lo establecido por el actual artículo 39, que los árbitros son competentes para decidir cualquier excepción u objeción que *pretenda impedir que se entre a conocer el fondo de la controversia o la continuación de las actuaciones arbitrales*.

Según la Exposición de Motivos, la idea es que, cualquiera sea la denominación que se le dé a la formulación de un cuestionamiento de este tipo, las reglas aplicables sean las establecidas en el artículo bajo comentario, dejándose claramente establecida la exclusiva competencia de los árbitros para estos efectos.

De esta manera, se puede apreciar que el artículo 39 enumera varias clases de excepciones y/o defensas previas,<sup>166</sup> las mismas que se subsumen en la figura denominada *oposición al arbitraje*, que comprende todo tipo de medio de defensa que las partes pudieran esgrimir en contra de la arbitrabilidad de la controversia.

Además, se precisa que el plazo para presentar estas excepciones u objeciones se extiende hasta el momento de la presentación de la demanda o de la reconvención, mejorando de esta manera la redacción del actual artículo 39, que establece que dichas excepciones u objeciones deberán *formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales*.

Ambos preceptos buscan evitar que las partes *se guarden* nulidades, como ases bajo la manga, que las puedan presentar en el momento que mejor convenga a sus intereses y con ello —tal vez— demorar el trámite del proceso arbitral.

Algo muy importante de destacar es que en el Proyecto Modificatorio se precisa que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros no impide formular —en el plazo respectivo— oposición al arbitraje.

En efecto, en la práctica arbitral se han presentado algunos casos en los cuales alguna de las partes —mal asesorada por sus abogados— no designa árbitro, convencida de que con dicho proceder estaría dejando sentado desde un principio su oposición al inicio del arbitraje. En otras palabras, la parte considera que con la designación del árbitro estaría renunciando a su derecho de oponerse al arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, la propuesta modificatoria resuelve este problema.

Por otro lado, también se propone incluir en el artículo 39 que si la causa que amerite la excepción u objeción se presentase en el transcurso del proceso arbitral, ésta deberá interponerse, por la parte que se considere afectada, en la primera oportunidad en que le sea posible.

De esta manera, con la modificación que se propone se brindaría discrecionalidad a los árbitros para admitir excepciones fuera de los supuestos previstos cuando la demora resulta justificada. Ello, en base a la flexibilidad que es propia del arbitraje.

Sin embargo, el artículo 39 del Proyecto Modificatorio no contempla —en lo que a nuestro entender, constituye un desacierto— la posibilidad de que los árbitros decidan sobre estos temas de oficio, a diferencia de lo establecido en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, la cual establece que *los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio*.

En tal sentido, estimamos que este punto debería ser incluido también en el Proyecto Modificatorio, ya que —de esta manera— estaríamos evitando serios problemas. Por ejemplo, si el convenio arbitral adolece de nulidad absoluta, pero ninguna de las partes —dentro del plazo respectivo— formula la oposición correspondiente, el árbitro —con la propuesta modificatoria— no podría declararla de oficio, convalidándose la nulidad, lo que resulta a todas luces imposible.

En dicha situación y ante la deficiencia de la propuesta modificatoria, el árbitro tendría que recurrir supletoriamente a lo establecido por el artículo 220 del Código Civil.<sup>167</sup>

Por ello, es que consideramos que el Proyecto Modificatorio también debería contemplar la posibilidad de que los árbitros actúen de oficio a este respecto.

En relación a la oportunidad de resolver las excepciones, el Proyecto Modificatorio establece que los árbitros podrán decidir las oposiciones al arbitraje con carácter previo o en el laudo, manteniéndose así la flexibilidad del actual artículo 39.

Sin embargo, consideramos que ello debería tener ciertos límites, ya que podría darse el caso en que el convenio arbitral sea manifiestamente nulo o en que la materia sea manifiestamente no arbitrable y los árbitros se reserven la decisión para el momento de laudo, lo que implicará pérdida de tiempo y dinero a las partes, si los árbitros se declaran incompetentes recién en el laudo.

Finalmente, en lo que respecta a la forma de resolver, el Proyecto Modificatorio contempla que la decisión que desestime la excepción u objeción —como cuestión previa— podrá ser impugnada mediante recurso de reposición,<sup>168</sup> sin perjuicio del recurso de anulación contra el laudo final, a diferencia del actual artículo 39, en donde se establece que contra esta decisión sólo cabe el recurso de anulación, una vez emitido el laudo final.



Ahora bien, si el recurso de reposición también fuera declarado infundado, la parte perjudicada sólo podría cuestionar dicha decisión a través del recurso de anulación contra el laudo final (es decir, un control *ex post*).

Sin embargo, si la excepción u objeción se resuelve en el laudo, sólo procederá el respectivo recurso de anulación.

Por otro lado, si los árbitros —como cuestión previa— amparan la excepción u objeción, pero sólo respecto de determinadas materias, dicha decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra el laudo final.

Con dicha modificación se estaría llenando un vacío que la Ley General de Arbitraje presenta, ya que en dicha norma no se establece claramente cuál es el recurso para cuestionar una resolución (que no es laudo) y que pone fin al proceso arbitral.

De esta manera, la Comisión está dando a dicha resolución los alcances que tendría un laudo.

Asimismo, la Comisión contempla el supuesto en el que sólo algunas de las materias hayan sido excluidas del arbitraje por la decisión previa de los árbitros respecto de la excepción u objeción, caso en el cual la tramitación continuará y la decisión sólo podrá ser impugnada vía anulación, una vez que se haya emitido el laudo final.

### **2.13. Plazo para laudar**

#### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

#### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 48.- Plazo para laudar**Salvo que otra cosa se hubiera dispuesto en el convenio, en las reglas del proceso, o que las partes autoricen una extensión, el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte (20) días de vencida la etapa de prueba, o de cumplido el trámite a que se refiere el inciso 1) del Artículo 34°, si no hubiera hechos por probar, salvo que los árbitros consideren necesario contar con un plazo adicional, que en ningún caso podrá exceder de quince (15) días.

**Artículo 48.- Plazo para laudar**Salvo que las partes o el reglamento arbitral aplicable establezcan otra cosa, el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte días de efectuados los informes orales de las partes o, si no lo hubiere, de vencido el plazo para formular alegatos escritos. Los árbitros pueden prorrogar de oficio este plazo hasta por quince días adicionales.Cualquier plazo de duración del arbitraje establecido por las partes, sólo podrá computarse desde el momento de la instalación del tribunal arbitral. Las partes podrán prorrogar este plazo las veces que estimen necesario o conferir esta potestad a los árbitros.

El artículo 48 del Proyecto Modificatorio resulta ser una disposición más sintética y adecuada que la norma en vigencia, puesto que se refiere únicamente a que *las partes*

o el reglamento dispongan otra cosa, mientras que el actual artículo 48 hace innecesaria alusión al *convenio arbitral*, cuando lo contenido en el convenio arbitral es también una decisión de las partes.

Sin embargo, el cambio sustancial de esta norma se refiere al momento en que se debe empezar a computar el plazo de 20 días para que se emita el laudo.

El artículo 48 de la Ley General de Arbitraje establece que dicho plazo corre a partir del *vencimiento de la etapa de prueba*, o del cumplimiento del trámite que establece el inciso 1 del artículo 34 de la Ley General de Arbitraje, es decir, una vez *culminada la audiencia de conciliación*, si es que no existieran hechos por probar.

Por su parte, el artículo 48 del Proyecto Modificatorio dispone que el plazo citado se empezará a contabilizar a partir de *efectuados los informes orales de las partes* o, en su defecto, a partir del vencimiento del plazo para *formular alegatos escritos*.

En otras palabras, se propone que el plazo corra no desde el fin de la etapa probatoria, sino desde el informe oral y de no presentarse éste, desde la fecha prevista para la presentación de alegatos escritos. Lo que implica que se está incorporando la práctica usual en el país en el sentido de que el plazo para laudar corre desde los alegatos finales.

Cabe resaltar que ambas normas (la Ley General de Arbitraje y el Proyecto Modificatorio) establecen una prórroga del plazo por quince días adicionales.

Finalmente, la norma modificatoria señala un supuesto diferente, que es aquel en el cual el convenio arbitral establezca un plazo para la duración del íntegro del arbitraje.<sup>169</sup> En este supuesto, la norma establece que el plazo de duración del arbitraje se computa desde la instalación del Tribunal Arbitral. Esto, debido a que es recién a partir de dicha fecha que los árbitros tienen el control del proceso arbitral y, por tanto, se hallan en capacidad de controlar el desarrollo del mismo. Todo ello, naturalmente, si es que no se hubiese dispuesto algo distinto en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

## **2.14. Corrección, aclaración, integración y exclusión**

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 54.- Corrección e integración del laudo**A solicitud de parte, formulada dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación, o por propia iniciativa de los árbitros dentro del mismo plazo, éstos pueden corregir errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográfico y de naturaleza similar. Dentro del plazo indicado en el párrafo anterior, los árbitros pueden también integrar el laudo si se hubiese omitido resolver

algunos de los puntos materia de controversia. La corrección, y en su caso la integración se hará por escrito dentro del plazo de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la solicitud. **Artículo 55.- Aclaración del laudo.**-Dentro del mismo plazo señalado en el artículo anterior, cualquiera de las partes puede solicitar de los árbitros con notificación a la otra parte, una aclaración del laudo. La aclaración se efectuará por escrito dentro de los cinco (5) días siguientes a la recepción de la solicitud, prorrogables por acuerdo de las partes. La aclaración forma parte del laudo. **Artículo 56.- Prórroga de plazos.**-En cualquiera de los supuestos contenidos en los Artículos 54° y 55°, y siempre y cuando exista solicitud de parte para corregir, integrar o aclarar un laudo, los árbitros podrán prorrogar el plazo para resolver por un término no mayor de diez (10) días.

**Artículo 54.- Corrección, aclaración, integración y exclusión** Salvo que las partes o el reglamento aplicable establezcan plazos diferentes, dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de ellas puede solicitar a los árbitros: 1. La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar. 2. La aclaración de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución. 3. La integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometido a conocimiento y decisión de los árbitros. 4. La exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión de los árbitros o que no sea susceptible de arbitraje. **EL TRIBUNAL ARBITRAL CORRERÁ TRASLADO DE LA SOLICITUD POR DIEZ DÍAS A LA OTRA PARTE. VENCIDO DICHO PLAZO, CON LA ABSOLUCIÓN O SIN ELLA, EL TRIBUNAL ARBITRAL RESOLVERÁ LA SOLICITUD EN UN PLAZO DE DIEZ DÍAS. ESTE PLAZO PUEDE SER PRORROGADO DE OFICIO POR DIEZ DÍAS ADICIONALES.** Los árbitros podrán también proceder de oficio a la corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. La decisión que comprenda una corrección, aclaración, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede recurso de reposición. La notificación de estas decisiones se sujeta a lo dispuesto en el Artículo 53°. Si los árbitros no resuelven las correcciones, aclaraciones, integraciones y exclusiones solicitadas dentro del plazo previsto en este artículo se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto ninguna decisión sobre corrección, aclaración, integración y exclusión del laudo notificada fuera de los plazos establecidos.

Según señala la Comisión, en la Exposición de Motivos, el artículo 54 propuesto tiene una nueva estructura que corrige muchas cuestiones oscuras, vacíos e imprecisiones de las normas anteriores (artículos 54 y 55 de la Ley General de Arbitraje), en relación a plazos y procedimientos, añadiéndose un nuevo supuesto denominado *exclusión*.

Un primer punto que cabe resaltar del artículo 54 del Proyecto Modificatorio, es que nos brinda la definición de cada uno de los supuestos (corrección, aclaración, integración y exclusión). Hoy en día es necesario recurrir a lo establecido por el Código Procesal Civil, a fin de poder interpretar los alcances de cada una de estas figuras,

estableciendo —de esta manera— un marco conceptual del cual carece nuestra Ley General de Arbitraje.

Otro punto importante es la incorporación de un nuevo supuesto; a saber: la exclusión sobre extremos del laudo que no formen parte de las materias sometidas a conocimiento del Tribunal Arbitral. Ello permite a los árbitros sanear cualquier extremo en el que se hayan pronunciado más allá de su competencia.

El artículo 54 del Proyecto modificadorio establece plazos claros (uniformizándolos) y señalando expresamente que se debe correr traslado del recurso a la otra parte para que se pronuncie, a diferencia de la norma actual. Con ello, se respeta el derecho de defensa y contradicción de las partes.

Asimismo, dicha modificación se ajusta a lo que se viene presentando en la práctica arbitral, en donde era común que se estableciera en el Acta de Instalación que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de correr traslado de los recursos a la otra parte, a fin de que expresen lo que mejor convenga a su derecho.

Por otro lado, el referido artículo 54 del Proyecto Modificadorio, fija también un plazo más breve para el pronunciamiento de oficio. Según la Exposición de Motivos, de esta manera, las partes tendrán clara la situación del laudo, antes del vencimiento del plazo para interponer el recurso de anulación.

Asimismo, el Proyecto Modificadorio aclara que en cualquiera de los supuestos señalados (corrección, aclaración, integración y exclusión), la decisión fundada forma parte del laudo.

Dicha precisión era necesaria, habida cuenta de que la actual Ley General de Arbitraje no lo establecía expresamente.

Cabe señalar que el contenido de un laudo arbitral podría variar de manera accesoria o considerable, luego de que sea declarado fundado alguno de los supuestos de corrección, aclaración, integración y exclusión. En tal sentido, el contenido del laudo únicamente se encontraría definido en el momento en el cual los árbitros lo integren, corrijan, aclaren o excluyan.

Dentro de tal orden de ideas, al formar dichos supuestos parte del laudo, no procede contra ellos el recurso de reposición, sino el recurso de anulación.

Si los árbitros no resolvieran dentro de los plazos establecidos, se considera que la solicitud ha sido denegada. No surten efectos las decisiones notificadas fuera de plazo. La razón de esto radica en que se busca dar certeza a las partes en torno al

estatus del laudo y, de considerarlo pertinente, puedan proceder a plantear el recurso de anulación.

La Comisión señala que aquí operaría una suerte de silencio negativo.

El silencio —en este caso— sería la sustitución de la expresión concreta de los árbitros. El Proyecto Modificatorio establece una presunción, en virtud de la cual, transcurrido un determinado plazo, se deriva una manifestación de voluntad de los árbitros con efectos jurídicos desestimatorios.

Al respecto, resultan pertinentes los comentarios de Juan Carlos Morón<sup>170</sup> en relación al silencio administrativo. El referido autor señala que la trascendencia de la teoría del silencio administrativo radica en emanar determinado valor y significado de la reserva producida, a través de la interpretación dada por la norma legal, esto es, si los efectos jurídicos serán entendidos negativamente (desestimar la petición, reclamo o recurso) o positivamente (favorables). Es el contenido de la presunción —negativa o positiva— formulada por el sistema jurídico el que otorga significado a la actividad silente, imponiendo al mismo tiempo, las condiciones y procedimientos para su concreción.

De esta manera, el silencio negativo que se propone incluir en el artículo 54 sería un mecanismo que se brindaría a las partes para defenderse de la pasividad o negligencia de los árbitros, ya que —no olvidemos— los árbitros tienen la obligación de pronunciarse sobre la cuestión planteada dentro del plazo establecido.

En consecuencia, la idea de esta norma es que estos recursos permitan sanear deficiencias, sin necesidad de recurrir al recurso de anulación. En este sentido, el recurso de anulación no podrá ser planteado respecto de aspectos que pudieron ser corregidos mediante los recursos de corrección, aclaración, integración o exclusión, si los mismos no hubieran sido planteados oportunamente.

## ***2.15. Recurso de reposición***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 58.- Recursos contra resoluciones**Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reconsideración ante los propios árbitros dentro de los cinco (5) días siguientes de notificada la resolución, salvo que ésta sea expedida en audiencia, en cuyo caso el recurso debe formularse en dicha oportunidad, sin perjuicio de fundamentación complementaria en el plazo de tres (3) días.

**Artículo 58.- Recurso de reposición**Contra las resoluciones distintas al laudo, sólo procede recurso de reposición ante el tribunal arbitral dentro los tres días siguientes de

notificadas, salvo que las partes o el reglamento arbitral aplicable establezcan un plazo diferente. Presentado el recurso, el tribunal arbitral podrá, a su entera discreción, resolver de plano o correr traslado a la otra parte, por un plazo de tres días. Vencido este plazo, el tribunal arbitral resuelve el recurso. El recurso no suspende la ejecución de la resolución impugnada, salvo decisión distinta de los árbitros, que no requiere motivación. La decisión que resuelve el recurso de reposición es definitiva e inimpugnable.

La norma actual se refiere en este artículo al llamado *recurso de reconsideración*, que se interpone ante el propio Tribunal Arbitral, en un plazo de cinco días contados a partir de la notificación de la resolución. En caso ésta sea expedida en audiencia, el recurso debe formularse en dicha oportunidad, pudiendo presentarse la fundamentación complementaria en un plazo de tres días.

El Proyecto Modificadorio introduce el término *reposición*, para referirse al recurso que procede contra las resoluciones distintas al laudo. Éste se puede interponer dentro de los tres días siguientes a la notificación de dichas resoluciones, salvo que las partes o el Reglamento Arbitral establezcan un plazo distinto.

Como se puede apreciar, se está retomando el nombre original del recurso y el plazo originalmente previsto, a fin de darle mayor celeridad y seguridad a los arbitrajes, según lo expresa la Exposición de Motivos.

En efecto, el texto original del artículo 58 de la Ley General de Arbitraje establecía que «*contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la resolución*». Sin embargo, el artículo 1 de la Ley n.º 28519, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 24 de mayo de 2005, modificó el artículo 58 en los términos que hoy conocemos, cambiando el nombre del recurso de *reposición* por el de *reconsideración* y el plazo de tres a cinco días, distinguiendo el supuesto en que la resolución objeto del recurso impugnatorio haya sido emitida en una Audiencia.

Sin embargo, en la práctica dicha modificación (la del año 2005) generaba ciertos inconvenientes, como el hecho de que algunas partes —como no estaban aún acostumbradas con el cambio de procedimiento— no formulaban la reconsideración en la propia audiencia y presentaban el recurso con posterioridad, lo que originaba que se les declarara improcedente dicho recurso.

En tal sentido, la Comisión ha tenido a bien establecer un solo procedimiento para interponer el recurso impugnatorio, sin distinguir si la resolución fue emitida o no en una audiencia.

En lo que se refiere al plazo para interponer la reposición, el Proyecto Modificadorio señala un plazo de tres días, el cual no es imperativo, ya que puede ser

variado por acuerdo de las partes o se puede aplicar el plazo contemplado por el reglamento arbitral al cual las partes se hayan sometido.

Ahora bien, cabe señalar que en la Exposición de Motivos no se ha explicado cuál es la razón para volver a cambiar el nombre de este recurso impugnatorio.<sup>171</sup> Sólo cabría pensar que la Comisión consideró más adecuada la terminología original, es decir, la de *reposición*.

Tal vez, la Comisión estimó que denominar *reconsideración* al recurso impugnatorio, podría ocasionar cierta confusión con la figura regulada en el artículo 208 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley n. 27444, que establece que *el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba* [...]. (El subrayado es nuestro).

En efecto, a diferencia de la reposición, en la reconsideración se exige un elemento nuevo a ser considerado. Al respecto, nos parece pertinente lo expresado por Morón Urbina,<sup>172</sup> quien señala —en relación al recurso de reconsideración en el procedimiento administrativo— que para nuestro legislador no cabe la posibilidad de que la autoridad pueda cambiar el sentido de su decisión, con sólo pedírselo, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan sólo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.

Dentro de tal orden de ideas, y guardando una lógica dentro de todo nuestro ordenamiento jurídico, consideramos adecuado el retorno a la denominación original del recurso impugnatorio que se puede interponer contra las resoluciones distintas del laudo, ya que no constituye requisito para su procedencia, el que la parte que impugna la resolución presente una nueva prueba, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento administrativo.

Por otro lado, el Proyecto Modificatorio permite que una vez presentado el recurso, el Tribunal Arbitral pueda —de forma discrecional— resolver de plano o correr traslado a la otra parte por un plazo de tres días. Si este plazo vence, el Tribunal resolverá el recurso, haya o no manifestado algo la parte contraria.

Consideramos acertado el que se establezca un plazo para que el Tribunal Arbitral resuelva la reposición, habida cuenta de que con ello se da mayor celeridad al proceso arbitral. Ahora bien, cabe señalar que el plazo de tres días para resolver no nos parece adecuado, si tenemos en cuenta la complejidad que pueden revestir algunos temas.

El artículo 58 del Proyecto Modificatorio, precisa que la reposición no tiene efectos suspensivos, salvo decisión diferente de los árbitros, la cual no requiere motivación.

En consecuencia, tenemos que la modificación regresa a la lógica de la versión original de la Ley General de Arbitraje en relación con los recursos que pueden presentarse en contra de resoluciones distintas al laudo. Además, se reconoce la discrecionalidad de los árbitros para resolver de plano o correr traslado del recurso, y para declarar la suspensión de los efectos de la decisión impugnada, mientras se encuentre en trámite el recurso.

Finalmente, se enfatiza que la decisión que resuelve el recurso de reposición es definitiva e inimpugnable, a diferencia de la actual regulación que no se pronuncia al respecto.

Esta precisión resulta adecuada, ya que refleja lo que en la práctica se viene presentando, es decir, que no cabe recurso impugnatorio (llámese *reposición* o *reconsideración*) contra la resolución que resuelve un recurso impugnatorio. Y ello no podría ser de otra manera, ya que de lo contrario, estaríamos incursionando en un sin fin de recursos impugnatorios (círculo vicioso).

## **2.16. Recurso de anulación**

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

ARTÍCULO 61.- 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 en el fondo de la controversia, y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Está prohibido, bajo responsabilidad, la revisión del fondo de la controversia.

**Artículo 61.- 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. El recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo únicamente por las causales taxativamente establecidas en el Artículo 73° de esta ley y se resuelve declarando su validez o su nulidad. Al resolverse el recurso de anulación 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 expuestos por el tribunal arbitral.

El artículo 61 del Proyecto Modificatorio establece que el recurso de anulación tiene como objeto revisar la validez del laudo, considerando las causales taxativamente señaladas en el artículo 73 de la Ley.



Para tal efecto, el referido recurso debe ser interpuesto ante el Poder Judicial, contra los laudos dictados en una sola instancia o contra aquéllos dictados en segunda instancia.

Como bien señalan Feldstein y Leonardi,<sup>173</sup> emitido y notificado el laudo concluye la jurisdicción del Tribunal salvo para los casos en que se solicite aclaratoria, corregir error material o de cálculo, o suplir omisiones sobre puntos accesorios o vinculados con alguna cuestión planteada [o excluir algún punto no sometido a la competencia del Tribunal Arbitral].

Dentro de tal orden de ideas, habida cuenta de que el Tribunal Arbitral ya no tiene jurisdicción, el Poder Judicial es competente para resolver el eventual recurso de anulación que alguna de las partes pudiera interponer.

En la Exposición de Motivos se señala que el artículo 61 sólo contiene cambios de precisión con el objeto de resaltar que el recurso de anulación es un recurso *extraordinario*, que se interpone ante el Poder Judicial para revisar vicios formales. No se trata, por tanto —en ningún caso— de una demanda, acción o apelación.

Por tal motivo, debemos resaltar el hecho de que —sin ser novedad— el fundamento jurídico del recurso de anulación se centrará únicamente en las causales previstas en el artículo 73 de la Ley, motivo por el cual se señala expresamente que no se podrá solicitar pronunciamiento respecto al contenido de la decisión del Tribunal Arbitral, ni sobre la calificación de los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestos por el mismo.

Al respecto, Caivano<sup>174</sup> señala que el objeto de instancia, como surge de las causales que la habilitan, no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones han considerado indispensables para la buena administración de justicia.

En consecuencia, es adecuado que la Comisión proponga establecer expresamente que la anulación sólo procede sobre aspectos formales del laudo o del proceso arbitral, pero nunca sobre el fondo de la controversias, es decir, sobre cómo se resolvió.

## ***2.17. Interposición del recurso***

**Artículo 71.- Plazo para la interposición del recurso de anulación y órgano competente**

El recurso de anulación del laudo arbitral deberá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes de notificado el laudo arbitral de primera instancia o en su caso el laudo arbitral de segunda instancia directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la anulación. Cuando se hubiere solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución correspondiente.

**Artículo 71.- Interposición del recurso** El recurso de anulación se interpone ante la Sala Civil competente de la Corte Superior del lugar del arbitraje dentro del plazo de quince días de notificado el laudo de primera instancia o, en su caso, el laudo arbitral de segunda instancia. Cuando se hubiere solicitado la corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo, el recurso de anulación debe interponerse dentro de los quince días de notificada la decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para su notificación sin que los árbitros se hayan pronunciado. Si los árbitros declararan de oficio la corrección, aclaración, integración o exclusión, el recurso debe interponerse dentro de los quince días de notificada la decisión.

En primer lugar, en el artículo 71 del Proyecto Modificatorio se establece un plazo mayor para la interposición del recurso de anulación del laudo arbitral. En efecto, este nuevo dispositivo otorgaría un plazo de cinco días adicionales a los diez establecidos por el artículo 71 de la Ley General de Arbitraje, contados a partir de la notificación del laudo de primera o segunda instancia.

Dicha ampliación es adecuada sobre todo si tenemos en cuenta que elaborar un recurso de anulación requiere de un tiempo considerable, pues debe revisarse todo el expediente, lo que, en algunos casos, resulta muy complejo.

Extraña que el Proyecto Modificatorio aún siga haciendo referencia a la Sala Civil de la Corte Superior como la encargada de resolver la anulación, ya que mediante Resolución Administrativa n.º 006-2004-SP-CS, de fecha 30 de septiembre de 2004, la competente para conocer los recursos de anulación contra laudos arbitrales es la Sala Comercial de la Corte Superior.<sup>175</sup>

Por otro lado, el artículo 71 del Proyecto Modificatorio precisa que el plazo para interponer el recurso de anulación, corre a partir de notificada la resolución que corrija, aclare, integre o excluya el laudo, siguiendo la lógica de que la decisión que comprenda una corrección, aclaración, integración y exclusión forma parte del laudo, de conformidad a lo establecido por el artículo 54 del Proyecto Modificatorio.

Asimismo, si transcurre el plazo de tres días para que los árbitros se pronuncien en relación a los recursos de corrección, aclaración, integración y exclusión, sin que ellos resuelvan dichos pedidos, el Proyecto Modificatorio establece

que el plazo de quince días para demandar la nulidad se cuenta a partir del vencimiento de los tres días. Es decir, aquí también se estaría aplicando una suerte de silencio negativo.<sup>176</sup>

Finalmente, en caso los árbitros hayan resuelto de oficio la corrección, aclaración, integración o exclusión, el plazo de quince días corre a partir de la notificación de la decisión, ya que en ese momento recién nos encontramos —en estricto— frente a un laudo.

## **2.18. Requisitos de admisibilidad**

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 72.- Requisitos de admisibilidad** Son requisitos de admisibilidad del recurso de anulación:1.

La indicación precisa de las causales de anulación, debidamente fundamentadas.2.

La presentación de copia simple del laudo arbitral y de las resoluciones que lo corrijan, integren o aclaren, en su caso.3.

La presentación de la notificación del laudo arbitral de instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia, cuando ello proceda y, en su caso, de sus correcciones, integración o aclaraciones.4.

En su caso, el recibo de pago o comprobante de depósito en cualquier entidad bancaria, o fianza solidaria por la cantidad a favor de la parte vencedora, si se hubiera pactado en el convenio o dispuesto en el reglamento de la institución arbitral a la que las partes hubieran sometido la controversia, como requisito para la interposición del recurso. En este mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios pertinentes.

**Artículo 72.- Requisitos de admisibilidad** Son requisitos especiales de admisibilidad del recurso de anulación:1.

La presentación de copia simple del laudo arbitral y, en su caso, de las resoluciones sobre corrección, integración, aclaración y exclusión y de sus respectivas notificaciones.2.

La indicación expresa de la causal o las causales de anulación debidamente sustentadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.3. Cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes o previsto en el reglamento arbitral aplicable.

El artículo 72 del Proyecto Modificatorio establece los requisitos especiales de admisibilidad del recurso de anulación.

En efecto, se propone establecer como requisitos: (i) la presentación de copia simple del laudo arbitral y, en su caso, de las resoluciones sobre corrección, integración, aclaración —añadiendo la de exclusión— y de sus respectivas notificaciones;<sup>177</sup> y (ii) la indicación expresa de la causal o las causales de anulación debidamente sustentadas, agregando que para tal sustentación se necesitará de los medios probatorios correspondientes, los cuales únicamente podrán consistir en documentos.

En la propuesta de modificación se hace la precisión de que sólo se pueden *ofrecer documentos*, a diferencia del actual artículo 72 que establece que se pueden ofrecer *los medios probatorios pertinentes*, lo que implica que no necesariamente se deba tratar de documentos, sino de cualquier otro tipo de medio probatorio e incluso podría hasta ofrecerse la realización de inspecciones, exhibiciones, etc.

Por otro lado, el artículo 72 del Proyecto Modificatorio propone eliminar como requisito para la interposición del recurso, la presentación del recibo de pago o comprobante de depósito o carta fianza a favor de la parte vencedora.

Sin embargo, el Proyecto Modificatorio establece que las partes pueden pactar requisitos adicionales para garantizar el cumplimiento del laudo, al igual que el reglamento aplicable, por lo que si las partes quisieran, por ejemplo, el otorgamiento de una fianza como garantía del cumplimiento del laudo, deberían pactarlo de común acuerdo en el convenio arbitral o —en todo caso— en el Acta de Instalación.

Cabe señalar que pese a que el artículo 72 del Proyecto Modificatorio ha eliminado la presentación de la carta fianza como requisito de admisibilidad del recurso de anulación, el artículo 83 del referido Proyecto Modificatorio exige una fianza a efectos de suspender la ejecución del mismo.<sup>178</sup>

## **2.19. Causales de anulación**

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

ARTÍCULO 73.- CAUSALES DE ANULACIÓN DE LOS LAUDOS ARBITRALES El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:1.

La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al Artículo 39°.2.

Q u e no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.3.

Que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.4.

Q u e se ha laudado sin las mayorías requeridas.5.

Q u e se ha expedido el laudo fuera del plazo siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros antes de ser notificada con el laudo.6.

Que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.<sup>7</sup> No obstante lo establecido en los incisos anteriores, el juez que conoce del recurso de anulación podrá anular de oficio el laudo, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1°. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo.

**Artículo 73.- Causales de anulación**El laudo arbitral sólo podrá ser anulado, cuando la parte que alegue una causal, pruebe:1. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido.2. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o del desarrollo de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer su derecho de defensa.3. Que la composición del tribunal arbitral o el desarrollo de las actuaciones arbitrales no se han ajustado al convenio celebrado entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que fuera contrario a una norma imperativa de esta ley, o en defecto de dicho convenio o reglamento, no se ha ajustado a lo establecido en esta ley.4. Que el laudo resuelve sobre materias no sometidas a decisión de los árbitros.5. Que el laudo resuelve sobre materias que manifiestamente, de acuerdo a ley, no son susceptibles de arbitraje.6. Que el laudo se ha dictado fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable, establecido por los árbitros o, en su defecto, por esta ley.Las causales previstas en los incisos 1, 2 y 3 sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante los árbitros por la parte afectada y fueron desestimados. La misma regla se aplica en el caso del inciso 4 si la inclusión de la materia no sometida a decisión de los árbitros fue planteada antes de la emisión del laudo por las partes o los árbitros conforme al Artículo 39°.En los casos de las causales de los incisos 4 y 5, la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje siempre que puedan separarse de las demás. En caso contrario, la anulación será total.La causal prevista en el inciso 5 podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.La causal prevista en el inciso 6 sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca a los árbitros y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlo.

En la Exposición de Motivos se señala que en el artículo 73 del Proyecto Modificatorio se han ajustado, precisado y redactado con mayor claridad las distintas causales de anulación de acuerdo con los estándares internacionales.

En efecto, en el referido artículo 73 se precisan los requisitos y alcances para que las causales puedan ser atendidas.

El inciso 1 del artículo 73 del Proyecto Modificadorio establece expresamente una causal de anulación no prevista con anterioridad. Dicha causal está referida a la posibilidad de interponer recurso de anulación contra un laudo cuando el convenio arbitral sea inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido.

El artículo 73 de la Ley General de Arbitraje, en vigencia, sólo contempla el supuesto de nulidad del convenio arbitral, por lo que la propuesta modificatoria abre la puerta a la posibilidad de anular el laudo cuando el convenio arbitral también sea inexistente, anulable, ineficaz o inválido.

Cabe resaltar que para que sea procedente esta causal de anulación, la misma debió haber sido objeto de reclamo por la parte que solicita la anulación del laudo y dicho reclamo debió haber sido desestimado.

El inciso 2 del Proyecto Modificadorio —con palabras más, con palabras menos— establece lo mismo que el inciso 2 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Para la procedencia de esta causal de anulación, aquí también se requiere que la misma haya sido objeto de reclamo oportuno y que dicho reclamo haya sido desestimado.

Por otro lado, se propone añadir al inciso 3 vigente, que constituye causal de anulación, el supuesto en el que *el desarrollo de las actuaciones arbitrales* no se ha ajustado al convenio arbitral o al reglamento arbitral aplicable, salvo que fuera contrario a normas imperativas, o que dicho desarrollo no se haya ajustado a lo establecido por la ley.

Al respecto, debe tenerse presente que el procedimiento arbitral (desarrollo de las actuaciones arbitrales) se rige principalmente por las normas convencionales que las partes hayan pactado en el convenio arbitral, o por las normas reglamentarias a las que se hayan sometido. Sin embargo, la libertad en este aspecto no es ilimitada: no pueden pactarse normas de procedimiento que alteren la igualdad de las partes, o que importen una afectación al derecho de defensa, etc.<sup>179</sup>

Luego, el inciso 4 del Proyecto Modificadorio contempla el supuesto regulado por el actual inciso 6. Pero a diferencia del actual inciso 6, el inciso 4 del Proyecto Modificadorio no distingue entre materia sometida *expresamente* a la decisión de los árbitros y materia sometida *implícitamente* a la decisión de los árbitros.

En relación al inciso 5 del Proyecto Modificadorio, debemos señalar que es correcto que se establezca que dicha causal puede ser apreciada de oficio por la Corte Superior

que conoce el recurso. La facultad del Juez de declarar de oficio el laudo porque en él se resuelven materias manifiestamente no arbitrables, sigue la línea de lo establecido por el artículo 220 del Código Civil, sobre nulidad de oficio.

Finalmente, en el último párrafo del artículo 73 propuesto, se establece expresamente que no procederá la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante corrección, aclaración, integración o exclusión del laudo, y la parte interesada no cumplió con solicitarlo.

Dentro de tal orden de ideas, siempre resultará necesario, antes de interponer el recurso de anulación, que se solicite la corrección, aclaración, integración o exclusión del mismo. Sólo si tales recursos no fueron suficientes para proteger los intereses de la parte, se podrá demandar la anulación del laudo.

Como resulta evidente, este punto se relaciona con lo regulado por el inciso 4 del referido Proyecto. En efecto, el inciso 4 establece que procede nulidad cuando *el laudo resuelve sobre materias no sometidas a decisión de los árbitros*. De esta manera, la parte que pretende la anulación del laudo por esta causal, debe —antes de demandar la anulación— solicitar la exclusión de aquellas materias no sometidas a la competencia de los árbitros, dentro del plazo establecido por el artículo 54 del Proyecto Modificadorio. Sólo en el supuesto de que se desestime el recurso de exclusión, la parte podría solicitar la anulación del laudo.

En consecuencia, con lo establecido en el último párrafo del artículo 73 del Proyecto Modificadorio se busca que la parte intente que el laudo sea subsanado por los propios árbitros, antes de recurrir a la anulación del laudo. Es decir, se busca no demorar —a través de *tinterilladas*— la ejecución del laudo.

## **2.20. Traslado**

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

ARTÍCULO 75.- TRASLADO Admitido a trámite el recurso de anulación, la Sala correrá traslado del mismo a la otra parte por cinco (5) días para que exponga lo conveniente a su derecho y ofrezca las pruebas que desea actuar. Con la contestación o sin ella, los medios probatorios admitidos se actuarán en el plazo máximo de diez (10) días.

**Artículo 75.- Traslado** Admitido a trámite el recurso de anulación, la Corte Superior correrá traslado a la otra parte por el plazo de quince días para que exponga lo conveniente a su derecho y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.

Este artículo amplía el plazo de 5 a 15 días, para que la parte que no interpuso el recurso de anulación, exponga lo conveniente a su derecho y ofrezca los medios probatorios necesarios.

Así como es compleja la revisión del expediente arbitral, a fin de elaborar la respectiva demanda de anulación, también resulta compleja la elaboración de la respectiva contestación.

Como se puede apreciar, dicha modificación establece la igualdad de las partes en relación al plazo que se les concede, igualdad que no se respeta en la actual Ley General de Arbitraje, pues que otorga un plazo de 10 días para interponer la demanda y de sólo 5 para contestarla.

Por otro lado, el demandado en el proceso de anulación del laudo sólo podrá ofrecer *documentos* como medios probatorios, al igual que la parte demandante, tal como lo establece el inciso 2 del artículo 72 del Proyecto Modificatorio.

En tal sentido, se elimina de la redacción del artículo propuesto toda referencia a plazo alguno para la *actuación* de medios probatorios, a diferencia de lo que se encuentra regulado por el artículo 75 de la Ley General de Arbitraje en actual vigencia.

## **2.21. Consecuencias de la anulación**

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 78.- Consecuencias de la anulación**Anulado el laudo arbitral, se procederá de la siguiente manera:1.

Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 1) del Artículo 73°, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes.2.

Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 2) del Artículo 73°, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que éstos reinicien el arbitraje en el estado en que se cometió la violación.3.

Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 3) del Artículo 73°, queda expedito el derecho de las partes para proceder a una nueva designación de los árbitros.4.

Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 4) del Artículo 73°, el Poder Judicial remitirá la causa a los árbitros para que se pronuncien con las mayorías requeridas.5.

Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 5) del Artículo 73°, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes.6.

Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 6) del Artículo 73°, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida, salvo acuerdo distinto de las partes.7.

Si el laudo arbitral ha sido anulado por la causal establecida en el inciso 7) del Artículo 73°, la competencia del Poder Judicial quedará restablecida.

**Artículo 78.- Consecuencias de la anulación**Anulado el laudo arbitral se procederá de la siguiente manera:1. Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 1 del Artículo 73°, la materia



que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.2.

Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 2 del Artículo 73°, los árbitros deben reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.3.

Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 3 del Artículo 73°, las partes deberán proceder a una nueva designación de árbitros o, en su caso, los árbitros deberán reiniciar el arbitraje en el estado en que se produjo la inobservancia del convenio, del reglamento, de la regla o de la norma aplicable.4.

Si el laudo arbitral o parte de él se anula por la causal prevista en el inciso 4 del Artículo 73°, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje de estar contemplada en el convenio arbitral. De lo contrario, y salvo que las partes acuerden lo contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente.5.

Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 5 del Artículo 73°, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.6.

Si el laudo arbitral se anula por la causal prevista en el inciso 6 del artículo 73 y es de aplicación un convenio arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar un nuevo arbitraje. De no existir convenio vigente y no mediar acuerdo distinto de las partes, podrá demandarse judicialmente. Sin embargo, en cualquier caso, dentro de los quince días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo las partes pueden convenir que sobre la base de las actuaciones la Sala de la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia. La anulación del laudo no perjudica los medios probatorios actuados en el proceso arbitral, los que podrán ser apreciados a discreción por los nuevos árbitros o, en su caso, por la autoridad judicial.

Si bien los numerales de este artículo no reproducen el contenido del artículo 78 de la Ley General de Arbitraje, tampoco ha habido una variación sustancial en el mismo.

En efecto, el artículo 78 del Proyecto Modificatorio es más preciso y ordenado al ocuparse de las consecuencias de la anulación.

En el supuesto regulado por el inciso 1 del artículo 73, la materia que fue objeto del arbitraje puede ser demandada ante el Poder Judicial. Nótese que es una facultad de las partes el ir al Poder Judicial, ya que ellas podrían pactar un nuevo convenio arbitral en el que se acuerde someter a arbitraje aquellas controversias que fueron objeto de pronunciamiento en el laudo anulado.

Si el laudo se anula en virtud de la causal prevista en el inciso 2 del artículo 73, se debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se violó el derecho de defensa, reasumiendo jurisdicción.

Ahora bien, si el laudo arbitral se anula en razón de la composición del Tribunal Arbitral, las partes deberán proceder a una nueva designación, de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral o a lo establecido en el reglamento arbitral aplicable o de acuerdo a lo establecido en la Ley.

En cambio, si el laudo se anula en razón de que el desarrollo de las actuaciones arbitrales no se ajustó a lo establecido en el convenio arbitral, o en el reglamento arbitral aplicable o en la norma aplicable, los árbitros deberán reiniciar el arbitraje en el estado en que se produjo la referida inobservancia.

Por otro lado, si el laudo se anuló porque la materia sobre la cual se resolvió no estaba sometida a la decisión de los árbitros, dicha materia podrá ser objeto de un nuevo arbitraje si así lo acuerdan las partes en un nuevo convenio arbitral. De no celebrarse un nuevo convenio arbitral, la materia podrá ser demandada judicialmente.

Por el contrario, si el laudo arbitral se anula porque la materia sobre la cual se pronunció no era susceptible de arbitraje, las partes sólo podrán someter dicha controversia al Poder Judicial.

Finalmente, si el laudo se anula porque fue emitido fuera del plazo pactado por las partes, o por el previsto en el reglamento arbitral o por la norma aplicable, cualquiera de las partes podrá solicitar un nuevo arbitraje. De no existir convenio arbitral vigente y no mediar acuerdo distinto de las partes, la controversia podrá demandarse judicialmente.

La Comisión señala que con estos supuestos se pretende dar a las partes bastante flexibilidad, para que ellas puedan regular —en varias de las causales— los efectos de las mismas, en base al principio de autonomía privada.

Sin embargo, algo que llama la atención es que el Proyecto Modificatorio establece que las partes se encuentran facultadas para solicitar —de común acuerdo—, dentro de los quince días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, que la Sala de la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva —en única instancia— sobre el fondo de la controversia.

Al respecto, la Exposición de Motivos no brinda mayores alcances sobre el por qué se ha otorgado esa facultad a las partes.

Sin embargo, creemos que esta posibilidad que se brinda a las partes se fundamenta en el principio de autonomía privada, ya que ellas —luego de anulado un laudo— no están obligadas a reiniciar el proceso o a continuarlo.

Asimismo, recordemos que el arbitraje tiene como uno de sus pilares fundamentales la confianza que las partes tengan en relación a los árbitros. Si las partes —luego de la anulación del laudo— no confían en los árbitros que deberían reasumir el arbitraje, pareciera lógico que ellas pudieran acordar que sea la Sala que anuló el laudo, la encargada de conocer los temas de fondo.

Dicha opción que se brinda a las partes se basaría —precisamente— en la confianza que habría generado en las partes el actuar de los magistrados de la Sala Comercial.

Cabe precisar que si bien la Sala conocería los temas de fondo, su pronunciamiento no debería ser considerado como una apelación o como una instancia de alzada.

Sin embargo, debemos admitir que este constituye un tema en extremo discutible.

Finalmente, el artículo 78 del Proyecto Modificatorio establece que la anulación del laudo no perjudica los medios probatorios actuados en el proceso arbitral; por ello, éstos podrán ser apreciados a discreción por los nuevos árbitros o, en su caso, por la autoridad judicial.

## ***2.22. Medida cautelar en sede judicial***

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 79.- Medida cautelar en sede judicial** Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. A estos efectos, serán de aplicación las disposiciones sobre Proceso Cautelar contenidas en el Código Procesal Civil, con la salvedad de que ejecutada la medida antes de iniciado el proceso arbitral, el beneficiario deberá requerir a la otra parte el nombramiento de él o los árbitros o gestionar la iniciación del arbitraje de conformidad con el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje, dentro de los diez (10) días posteriores a dicho acto. Si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior o cumplida la exigencia el proceso arbitral no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

**Artículo 79.- Medida cautelar en sede judicial** Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la instalación del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada debe iniciar el arbitraje dentro de los diez días siguientes, si no lo hubiere hecho previamente. Si no lo hace dentro de este plazo o, habiendo cumplido con hacerlo, no se instala el tribunal arbitral dentro de cuatro meses de ejecutada la medida, ésta caduca de pleno derecho. Instalado el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de esta instalación

con copia del acta respectiva y pedir la remisión a los árbitros del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial, está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre al tribunal arbitral.

Según la Exposición de Motivos, con el artículo 79 del Proyecto Modificadorio se busca regular de manera más precisa y clara las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial.

En el primer párrafo del referido artículo se cambia la expresión *antes de la iniciación del arbitraje* por la de *antes de la instalación del tribunal arbitral*.

Al respecto, la Exposición de Motivos no explica el por qué del cambio.

Sin embargo, consideramos que la Comisión ha propuesto dicha modificación, habida cuenta de que hasta antes de la instalación del Tribunal Arbitral, las partes sólo pueden recurrir al Juez, a fin de solicitar alguna medida cautelar, en razón de que su competencia deriva de la fuerza del Estado (jurisdicción ordinaria).

Recién con la Instalación del Tribunal Arbitral, dicho órgano asume la competencia para resolver la controversia sometida a arbitraje.

En tal sentido, la jurisdicción del Tribunal Arbitral alcanza, obviamente, a las cuestiones que fueron sometidas a su conocimiento y a las que puedan considerarse accesorias de aquéllas, tales como las medidas cautelares.

Al respecto, Caivano<sup>180</sup> sostiene que el dictado de una medida cautelar es, sin duda, un accesorio de las cuestiones que las partes sometieron a los árbitros, ya que la medida tiene como propósito asegurar los derechos debatidos ante esa jurisdicción; no tiene carácter autónomo, sino que su fin es la garantía del desarrollo o del resultado de un proceso distinto.

Así, según el citado autor, no quedan dudas tampoco de que las medidas cautelares están comprendidas dentro de aquellas cuestiones respecto de las cuales los árbitros tienen jurisdicción, en especial por aplicación de la regla conforme a la cual es competente para dictar las medidas precautorias el que deba conocer en el proceso principal.

Si se hubiera dejado la expresión original, es decir, antes de la *iniciación del arbitraje*, tendríamos que el Juez es competente para conceder medidas cautelares sólo hasta antes de la *fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje*, ya que según el primer párrafo del artículo 33 del Proyecto Modificadorio, esa es la fecha de inicio del arbitraje.

Con ello, las partes no tendrían a quien recurrir a fin de solicitar una medida cautelar, durante el lapso que medie entre el inicio del arbitraje (entendido como la fecha de recepción de la solicitud) y la instalación del tribunal arbitral (momento en el cual el Tribunal Arbitral asume competencia).

En efecto, como se sabe, pueden pasar varios días e incluso varias semanas entre: (i) el momento en que una de las partes solicita a su contraparte someter a arbitraje sus controversias, en virtud de un convenio arbitral celebrado por ambas; y (ii) el momento en que se lleva a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos adecuada la precisión efectuada en el primer párrafo del artículo 79.

Otro punto a destacar, es que se haya mantenido la norma que establece que la solicitud de una medida cautelar a la autoridad judicial no implica renuncia al arbitraje.

En efecto, si no se mantuviera dicha precisión, el hecho de que una de las partes solicite al Juez una medida cautelar, podría conducir a que se considere prorrogada tácitamente la competencia de los árbitros a favor del Juez y se estime renunciada la jurisdicción arbitral.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 79 del Proyecto Modificadorio contempla de forma más clara los supuestos regulados por el segundo y el tercer párrafo del artículo 79 de la Ley General de Arbitraje.

De acuerdo a la modificación propuesta, el beneficiario de la medida cautelar tiene diez días para iniciar el arbitraje, es decir, para solicitar a su contraparte el sometimiento a arbitraje de sus controversias. Ahora bien, si el beneficiario no cumple con la solicitud de arbitraje dentro de los diez días o, habiendo cumplido con dicho requisito, el Tribunal Arbitral no se instala dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida cautelar, ésta caduca de pleno derecho.

En cambio, con la actual redacción del artículo 79 de la Ley General de Arbitraje, el beneficiario de la medida cautelar tiene diez días para: (i) requerir a su contraparte el nombramiento del árbitro o de los árbitros; o (ii) *gestionar* el inicio del arbitraje.

Según el primer supuesto del último párrafo del artículo 79 de la Ley General de Arbitraje, si el beneficiario no cumple con lo indicado en el párrafo anterior, es decir, con requerir el nombramiento de árbitros o con *gestionar* el inicio del arbitraje, la medida cautelar caduca de pleno derecho.

El segundo supuesto consiste en que si a pesar de haber cumplido la exigencia, es decir, a pesar de haber requerido el nombramiento de árbitros o de haber *gestionado* el inicio del arbitraje, éste no se inicia dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida, ésta también caduca de pleno derecho.

Sin embargo, la Ley General de Arbitraje no explica qué debe entenderse por *gestionar* el inicio del arbitraje.

En tal sentido, consideramos adecuada la redacción propuesta para el segundo párrafo del artículo 79, ya que se deja de lado conceptos ambiguos, como el de *gestionar* el inicio del arbitraje.

En efecto, teniendo en cuenta que —según el primer párrafo del artículo 33 del Proyecto Modificatorio— el inicio del arbitraje debe entenderse como *la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje*, es correcto que la Comisión haya eliminado el término *gestionar*.

Para concluir nuestros comentarios en torno al segundo párrafo propuesto, debemos decir que es acertado que se haya mantenido la caducidad, ya que ninguna de las partes debe abusar de la vía ordinaria para solicitar medidas cautelares, si es que se pactó la vía arbitral.

Como ya hemos advertido, el único competente para dictar las medidas cautelares es el que va a conocer el proceso principal. En tal sentido, si —en virtud del convenio arbitral celebrado por las partes— el que va a conocer las controversias es un Tribunal Arbitral, es éste el que debe dictar la medida cautelar.

Sólo de manera excepcional, se otorga la posibilidad de que —antes del inicio del arbitraje— se pueda acudir al Juez para que sea éste el que dicte la medida cautelar. En efecto, sólo en aquellos casos en los que la demora (tiempo que tomará solicitar el arbitraje y que se instale el Tribunal Arbitral) pueda hacer peligrar el cumplimiento de la decisión definitiva, cabe que sea el Juez el que dicte la medida cautelar.

En tal sentido, la caducidad es una especie de sanción para aquél que consiguió se dicte una medida cautelar a su favor y no tuvo la diligencia (o el interés) de que el Tribunal Arbitral se instalara. Consideramos que el mantener un plazo de cuatro meses para la caducidad del derecho resulta acertado, ya que dicho plazo —a nuestro entender— es tiempo suficiente para que la parte beneficiada con la medida cautelar solicite el inicio del arbitraje, se nombre a los árbitros y se instale el respectivo Tribunal.

Por otro lado, cabe señalar que en el artículo propuesto ya no se establece que sean de aplicación las disposiciones sobre el proceso cautelar del Código Procesal Civil.

Finalmente, a diferencia de la norma vigente, el Proyecto Modificatorio propone incluir que una vez que se ha instalado el Tribunal Arbitral, cualquiera de las partes pueda informar de esto al Juez y solicitar que se remita a los árbitros el expediente cautelar en el estado en que se encuentre.

### ***2.23. Medida cautelar en sede arbitral***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 81.- Medida cautelar en sede arbitral** En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros puede exigir contracautela a quien solicita la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo. Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez por el solo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

**Artículo 80.- Medida cautelar en sede arbitral** Una vez instalado el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, los árbitros podrán dictar las medidas cautelares que consideren necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida. El tribunal arbitral, antes de resolver, correrá traslado de la solicitud a la otra parte por el plazo de cinco días. Sin embargo, podrá adoptar una medida cautelar sin la necesidad de correr traslado, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de proceder de esa forma para garantizar que la medida no se frustre. En estos casos, una vez ejecutada la medida cautelar, sólo podrá interponerse contra la decisión recurso de reposición. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado, así como las medidas cautelares dictadas por la autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Los árbitros asumen competencia sobre cualquier solicitud de medida cautelar en trámite o en apelación una vez producida la instalación del tribunal arbitral. La demora en la remisión del expediente del proceso cautelar no impide a los árbitros pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada o impugnada.

El artículo 81 de la Ley General de Arbitraje señala que en cualquier momento del proceso los árbitros podrán, a petición de parte, adoptar medidas cautelares para garantizar el resultado del proceso. Podrán, además, exigir contracautela a quien solicita la medida para cubrir el pago de ésta y una eventual indemnización para la contraparte, si es que la pretensión del solicitante fuera declarada infundada.

Adicionalmente, la norma establece que frente a esta decisión arbitral no procede ningún recurso.

Por su parte, el Proyecto Modificadorio, en su artículo 80, continúa con la lógica de la norma vigente al señalar que el Tribunal Arbitral podrá dictar medidas cautelares, a pedido de cualquiera de las partes. Es decir, ninguna de las normas permite que los árbitros adopten tales medidas de oficio.

Además, el Proyecto Modificadorio prevé, como sucede en la Ley actual, la posibilidad de que el Tribunal Arbitral exija las garantías necesarias para el resarcimiento de los eventuales daños y perjuicios que la ejecución de la medida pudiera ocasionar.

Sin embargo, el artículo 80 del Proyecto Modificadorio cambia la expresión *en cualquier estado del proceso* por la de *una vez instalado el tribunal arbitral*, es decir, la Comisión precisa —con acierto— que la instalación del Tribunal Arbitral es el punto de quiebre para pedir y decidir medidas cautelares en vía judicial o arbitral.

En efecto, el artículo 81 de la Ley General de Arbitraje no establecía expresamente a partir de qué momento las partes podían solicitar una medida cautelar al Tribunal Arbitral, por lo que se tenía que recurrir al artículo 79 de la citada Ley, precepto que establece que las medidas cautelares se solicitan al Juez hasta antes de la *iniciación del arbitraje*.

Ahora bien, como ya hemos señalado en el punto 2.22. del presente artículo, en virtud de las modificaciones que se proponen para el primer párrafo del artículo 33 del Proyecto Modificadorio, el artículo 79 también se debería modificar, en el sentido de que las medidas cautelares se solicitan al Juez hasta antes de la *instalación del Tribunal Arbitral*.<sup>181</sup>

Dentro de tal orden de ideas, consideramos adecuada la precisión propuesta para el artículo 80 del Proyecto Modificadorio. En efecto, resulta pertinente que se establezca de manera expresa que es recién con la instalación del Tribunal Arbitral, cuando este órgano tiene la competencia para conceder medidas cautelares, a fin de garantizar el cumplimiento del futuro laudo.

Por otro lado, el Proyecto Modificadorio establece el procedimiento que el Tribunal Arbitral deberá seguir al recibir una solicitud de medida cautelar. De esta manera, se señala que el Tribunal Arbitral tendrá un plazo de cinco días para correr traslado de la solicitud a la otra parte. Sin embargo, la norma alberga la posibilidad de que el Tribunal Arbitral dicte la medida cautelar sin correr traslado de la misma, siempre y cuando, la parte solicitante justifique la necesidad de tal proceder.



Tal como lo establece la Exposición de Motivos, lo que se busca con dicha propuesta es preservar el principio de audiencia y contradicción, ya que como regla debe escucharse a la otra parte antes de resolver, salvo cuando proceder de esta manera (corriendo traslado a la contraparte por el plazo de cinco días) implique la posibilidad de que la medida cautelar solicitada se frustre o ya no cumpla con su objetivo, es decir, con garantizar el cumplimiento del futuro laudo.

Sin embargo, cabe precisar que si el Tribunal Arbitral dictase una medida cautelar sin escuchar a la otra parte (es decir, en los casos de excepción), se le concede expresamente la posibilidad de impugnar dicha decisión a través del recurso de reposición, a diferencia de lo establecido por la Ley General de Arbitraje en vigencia, que establece que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

El aporte más importante que plantea el artículo 80 del Proyecto Modificatorio lo encontramos en su tercer párrafo. Aquí se establece la posibilidad de que los árbitros modifiquen, sustituyan y dejen sin efecto las medidas cautelares dictadas por ellos, así como también, las medidas adoptadas por los jueces, aun cuando se trate de decisiones firmes.

Como resulta evidente, todo ello implica mayores atribuciones de los árbitros, ya que se les estaría facultando a contravenir una decisión jurisdiccional.

Según la Exposición de Motivos, de esta manera se deja en claro que sea que estemos ante una solicitud de medida cautelar no resuelta o ante la apelación de una solicitud cautelar ya decidida por el Poder Judicial, corresponde a los árbitros resolver la concesión o el rechazo de la misma o de la apelación que esté pendiente.

Cabe precisar que dicha modificación se vincula con el hecho de que a partir de la instalación del Tribunal Arbitral, éste asume plena competencia sobre todo lo relacionado a la controversia que las partes han puesto en su conocimiento, es decir, sobre las cuestiones principales, así como sobre las cuestiones accesorias.

Por otro lado, debemos señalar que el artículo 80 del Proyecto Modificatorio —a diferencia del artículo 81 de la Ley General de Arbitraje— ya no establece que para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas.

El artículo 81 de la Ley General de Arbitraje —al igual que el artículo 75 de la antigua Ley General de Arbitraje— ha generado controversia acerca de las facultades de los árbitros para adoptar y ejecutar medidas cautelares.

Al respecto Cantuarias y Aramburú,<sup>182</sup> sostienen que bien puede afirmarse que lo lógico sería que los árbitros pudieran adoptar y ejecutar ellos mismos sus propias

decisiones porque finalmente las partes han decidido confiar en ellos la resolución de sus conflictos. Sin embargo, también sería válido afirmar que una amplia libertad en los árbitros no permitiría asegurar una adecuada defensa de terceros ajenos al proceso arbitral y que además en la práctica resulta poco viable y peligroso que se dé a los árbitros (que potencialmente pueden ser todas las personas mayores de 18 años) facultades de coerción, como puede ser la posibilidad de entrar a una casa y secuestrar los bienes que ahí se encuentran.

Ambas posiciones, según los referidos autores, son correctas dependiendo por donde se mire: los que se preocupan únicamente por las partes insistirán en que se otorgue a los árbitros mayores facultades y, los que buscan proteger a los terceros, considerarán prudente que sea el Juez (persona debidamente identificada y con la debida competencia otorgada por el Estado), el que proceda a adoptar y ejecutar las medidas cautelares.

La decisión de la Comisión, plasmada en el artículo 80 del Proyecto Modificatorio, parecería ser la de evitar cualquier tipo de injerencia por parte del Poder Judicial en el arbitraje. En tal sentido, ha optado por eliminar la posibilidad de los árbitros de solicitar el auxilio del Juez, en lo relacionado con la ejecución del laudo.

Nosotros consideramos que resulta peligroso que los árbitros también tengan la facultad de ejecutar las medidas cautelares, ya que ello implicaría —en algunos casos— que terceros ajenos al proceso arbitral (ya que no suscribieron el convenio arbitral) se puedan ver afectados por la decisión adoptada por los árbitros.

Hay que tener en cuenta de que los jueces tienen no sólo la facultad de conocer y resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, sino también la de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, haciendo uso —de ser necesario— de la fuerza pública.

¿Imaginamos a los tribunales arbitrales —ellos mismos— oficiando a la Policía Nacional y ésta, por el solo mérito del oficio, acatando la dispuesto por los árbitros?

Preferiríamos que esto no sea así.

Tal como enseña Caivano,<sup>183</sup> dicha atribución implica hacer uso de la fuerza coercitiva que emana del atributo de soberanía del Estado, que sus órganos ejercen con carácter monopólico. Sabido es que los árbitros carecen de *imperium*. Si bien tienen jurisdicción para sustanciar y decidir las causas que versan sobre cuestiones comprometidas, no pueden utilizar la fuerza coercitiva del Estado para garantizar el cumplimiento de sus decisiones. Esta circunstancia constituye una limitante para aquellos casos en que es necesario utilizar la fuerza legal para imponer alguna decisión.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos desacertado eliminar la posibilidad de que los árbitros puedan contar con el auxilio del Juez para ejecutar las medidas cautelares. Ello, pues si un laudo arbitral no se acata voluntariamente, es obvio que su ejecución tendría que ser forzoso y —por tanto— con el auxilio de la fuerza pública.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que causa cierta extrañeza el que se haya regulado la medida cautelar en sede arbitral en el artículo 80 del Proyecto Modificadorio y no en el 81, siguiendo la numeración que tiene actualmente dicho tema en la Ley General de Arbitraje.

Consideramos que ello debe haber obedecido a un error de digitación y que —en efecto— el artículo que debería corresponder al tema de la medida cautelar en sede arbitral es el 81, ya que la Disposición Derogatoria del Proyecto Modificadorio<sup>184</sup> no incluye al artículo 80 de la Ley General de Arbitraje, precepto que establece que «*cuando las partes celebren contrato de secuestro respecto de los bienes que constituyen el objeto de litigio, se entenderá que las referencias al Juez en los Artículos 1861, 1862, 1864 y 1865 del Código Civil lo son al árbitro o tribunal arbitral*».

Dicha norma, es decir, el artículo 80 de la Ley General de Arbitraje, no presenta problema alguno en la práctica, ya que simplemente reconoce que los árbitros serán los encargados de regular todo lo relacionado con el contrato de depósito de un bien que es objeto de conflicto ante los propios árbitros.

## **2.24. Cumplimiento del laudo**

### LEY GENERAL DE ARBITRAJE

### PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 83.- Ejecución del laudo**El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que [a] aquéllos o a ésta se le hubiesen otorgado en el convenio.

**Artículo 82.- Cumplimiento del laudo**Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o si no se hubiera establecido plazos específicos dentro de los tres días de notificada, la parte interesada podrá pedir la ejecución a la autoridad judicial competente, salvo que sea de aplicación el artículo 84.

En primer lugar, debemos señalar que llama la atención que el artículo 82 del Proyecto Modificadorio trate sobre el *cumplimiento del laudo* y no sobre la *medida cautelar*

*estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación*, materia que está regulada en el artículo 82 de la Ley General de Arbitraje.<sup>185</sup>

Teniendo en cuenta que el artículo 82 de la Ley General de Arbitraje no es uno de los artículos que el Proyecto Modificadorio propone derogar,<sup>186</sup> creemos que aquí también se estaría presentando un error de digitación, dada la importancia del referido artículo 82 de la Ley General de Arbitraje.

Ahora bien, hecha dicha precisión, debemos señalar que el artículo 82 del Proyecto Modificadorio estaría variando —aunque la Exposición de Motivos no se pronuncia al respecto— el artículo 83 de la Ley General de Arbitraje.

En primer lugar, a diferencia del primer párrafo del artículo 83 de la Ley General de Arbitraje, en el Proyecto Modificadorio ya no se señala 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»*.

Si bien es unánime en doctrina que un laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y que, por ello, su cumplimiento es obligatorio desde que las partes toman conocimiento de su contenido, consideramos que el artículo 82 del proyecto Modificadorio no debió eliminar el primer párrafo del artículo 83 de la Ley General de Arbitraje.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 83 establece que si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte a quien corresponde hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil.

En ese sentido, más allá de que en el Proyecto Modificadorio se indica que el pedido de ejecución (entendemos que forzosa, a pesar de que en la propuesta no se señala expresamente) se dirige *a la autoridad judicial competente*, dejando de lado la expresión *ante el Juez Especializado en lo Civil*, lo relevante de la propuesta es que se establece un plazo de 3 días a partir de la notificación del laudo, para que la parte interesada en el cumplimiento del mismo solicite la ejecución, salvo que sea aplicable el artículo 84.<sup>187</sup>

Al respecto, la Exposición de Motivos únicamente señala que el artículo 82 del Proyecto Modificadorio contempla un plazo supletorio para el cumplimiento del laudo luego de notificado.

En efecto, las partes pueden pactar un plazo distinto (en el convenio arbitral o en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral) o el reglamento arbitral del Centro que administra el proceso puede establecer un plazo distinto; sin embargo, en el supuesto de que no exista plazo alguno para el cumplimiento de laudo, se aplicaría el plazo de 3 días que la propuesta contempla.

## **2.25.- Garantía de cumplimiento**

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

### **Artículo 83.- Garantía de cumplimiento**

La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo y solicite la suspensión cumpla con el requisito pertinente acordado por las partes o establecido en el reglamento arbitral al que se hubieran sometido como garantía. Al admitir a trámite el recurso la Sala verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión. Cuando no estuviera estipulado requisito alguno, a pedido de parte, la Sala concederá la suspensión si se consigna la obligación debida o si se presenta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte con vigencia no menor de seis meses renovable por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo. Si una parte o el total de la condena es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea solamente una operación matemática, los árbitros señalarán un monto razonable en el laudo para consignar o constituir fianza bancaria y suspender su ejecución, salvo disposición distinta de las partes. En estos casos, o cuando los árbitros no hubieran señalado el monto, la parte impugnante podrá pedir la determinación o graduación del mismo a la Sala de la Corte Superior que conoce del recurso, quien luego de correr traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución. Si el recurso de anulación es desestimado, la Sala entrega a la parte acreedora el certificado de consignación o el título de ejecución de la garantía. En caso contrario lo devuelve a quien la entregó.

Tal como señala Caivano,<sup>188</sup> el arbitraje supone el sometimiento a jueces privados y la renuncia de las partes a ser juzgadas por los órganos estatales. En tal sentido, es natural que el legislador haya querido rodear al arbitraje de ciertas garantías, que impone como condición de validez de la decisión de los árbitros. De esta manera, se otorga a los jueces estatales la potestad de verificar que tales requisitos se cumplan, y de anular el laudo en caso contrario.

Asimismo, el citado autor precisa que en tanto esta instancia no es automática, el recurso de anulación procede únicamente a petición de quien tenga interés legítimo para ello.

En tal sentido, la parte que tiene interés en que el laudo sea anulado deberá cumplir ciertos requisitos formales de admisibilidad, regulados en el artículo 72 del Proyecto Modificadorio.<sup>189</sup>

En efecto, dicho artículo propone como requisitos la presentación de copia simple del laudo y, en su caso, de las resoluciones sobre corrección, integración, aclaración, exclusión y de sus respectivas notificaciones; así como la indicación expresa de la causal de anulación, debidamente sustentada.

Como ya advirtiéramos, el artículo 72 del Proyecto Modificadorio no incluye como requisito de admisibilidad del recurso, la presentación del recibo de pago o comprobante de depósito o carta fianza a favor de la parte vencedora.

Sin embargo, el tema de la fianza se estaría regulando en el artículo 83 del Proyecto Modificadorio, pero ya no como un requisito de admisibilidad de del recurso de anulación, sino como una *garantía de cumplimiento*.

Según la Exposición de Motivos, en el artículo 83 hay un cambio sustancial en los efectos del laudo. A diferencia de la regulación que se modifica, el recurso de anulación no suspende el cumplimiento o la ejecución del laudo. Sólo se produce la suspensión cuando se cumple con el requisito de garantía acordado por las partes o, cuando se cumple con la garantía establecida en el artículo 83.

Así, en el primer párrafo del referido artículo 83, se propone que el recurso de anulación de un laudo arbitral no impide su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo y solicite la suspensión cumpla con el requisito pertinente acordado por las partes o establecido en el reglamento arbitral al cual se sometieron las partes.

Sólo en el caso de que no se haya estipulado requisito alguno, la parte interesada en que se suspendan los efectos de laudo mientras dure el trámite del recurso, puede consignar la obligación debida o presentar carta fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la parte vencedora, con una vigencia no menor de seis meses, renovable por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

Consideramos acertada dicha propuesta, ya que todo acto jurídico cuya nulidad no es manifiesta se presume válido en tanto ella no se haya declarado. Es decir, el laudo puede ejecutarse, mientras no se declare su nulidad.

Con ello se estaría tratando de evitar maniobras dilatorias y sólo si está segura, la parte que impugna el laudo podrá solicitar la suspensión de los efectos del mismo, presentando —previamente— la fianza o consignando la obligación debida.

En efecto, en el último párrafo del artículo 83 del Proyecto Modificatorio se establece que en el supuesto en que el recurso de anulación fuese desestimado, la Sala deberá entregar a la parte vencedora el certificado de consignación o el título de ejecución de la garantía. En caso contrario, debe devolverlo a quien interpuso el recurso.

Ahora bien, si una parte o el total de lo resuelto por el laudo no fuese valorizable en dinero, los árbitros deberán señalar un monto razonable en el laudo para que fuera consignado por la parte que decidiera solicitar la suspensión de la ejecución del laudo, mientras dure el trámite del recurso.

En caso los árbitros no determinasen un monto, la parte que desee interponer el recurso podrá pedir la determinación o graduación del mismo a la Sala de la Corte Superior que conozca del recurso, es decir, a la Sala Comercial, la cual luego de correr traslado a la otra parte por tres días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.

## ***2.26. Ejecución arbitral***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 83.- Ejecución del laudo**El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que [a] aquéllos o a ésta se le hubiesen otorgado en el convenio.

**Artículo 84.- Ejecución arbitral**Los árbitros están facultados para ejecutar sus laudos y resoluciones siempre que medie acuerdo expreso o que se derive tácitamente de la conducta de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable. Sin embargo los árbitros podrán abstenerse de ejecutar el laudo o sus resoluciones en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública o cuando, a su discreción, no lo estimen conveniente, por considerar que la ejecución judicial resulta más efectiva. Los árbitros podrán liquidar honorarios adicionales según la complejidad y duración de la ejecución. En cualquier momento durante la ejecución, cuando los árbitros encuentren que no es posible llevar adelante la ejecución de manera eficaz, cesarán en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregarán a la parte interesada copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de continuar con la ejecución.

Recordemos que el artículo 82 del Proyecto Modificatorio nos remitía al artículo 84, bajo análisis. En efecto, el artículo 82 establecía que si la parte obligada no cumple

con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, la parte interesada podía pedir la ejecución a la autoridad judicial competente, salvo que sea de aplicación el artículo 84, es decir, salvo que sea de aplicación la ejecución del laudo por los propios árbitros.

En virtud de lo establecido por el artículo 84 del Proyecto Modificadorio, los árbitros están facultados para ejecutar el laudo. Ahora bien, esta facultad sólo podrá ser ejercida por los árbitros cuando ella se encuentre prevista en el reglamento arbitral al cual se sometieron las partes o cuando las partes hayan convenido otorgársela, ya sea expresa o tácitamente.

Sin embargo, nosotros consideramos que resultaría peligroso que los árbitros puedan ejecutar los laudos, por el solo hecho de que dicha facultad se derive *tácitamente* de la conducta de las partes.

Cabe preguntarse, ¿cuándo se considerará que esta facultad ha sido otorgada tácitamente?

Lamentablemente, la Exposición de Motivos no nos dice nada al respecto. En ella, sólo se señala que el artículo 84 supedita la ejecución arbitral siempre a la voluntad de las partes y también a la discrecionalidad de los árbitros.

En tal sentido, consideramos que debería suprimirse del primer párrafo del artículo 84 propuesto, la expresión *cuando se deriva tácitamente de la conducta de las partes*, es decir, los árbitros sólo podrían ejecutar el laudo cuando así estuviese establecido en el reglamento arbitral o cuando las partes lo hubieren pactado expresamente (ya sea en el convenio arbitral, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral o en un acto posterior).

Por otro lado, debemos analizar si la discrecionalidad de los árbitros (a la cual hace referencia la Exposición de Motivos) tiene límites.

Cuando analizamos el artículo 80 del Proyecto Modificadorio,<sup>190</sup> expresamos nuestra preocupación en torno a los alcances de las facultades de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares.<sup>191</sup>

En la misma línea, consideramos que resultaría peligroso que los árbitros también tengan la facultad de ejecutar los laudos, incluso cuando dicha facultad haya sido otorgada por las propias partes o por el reglamento arbitral, ya que ello podría presentar problemas.

Recordemos, nuevamente, que el Juez sí tiene la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, haciendo uso —de ser necesario— de la fuerza pública,



a diferencia de los árbitros, que carecen de *imperium* para garantizar el cumplimiento de sus decisiones.

Dicha situación constituye —a todas luces— un límite para aquellos casos en que es necesario utilizar la fuerza pública para imponer alguna decisión.

Por ello, el artículo 84 del Proyecto Modificadorio precisa que los árbitros *podrán* abstenerse de ejecutar el laudo o sus resoluciones en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública.

Sin bien consideramos que la lógica seguida por la Comisión es correcta, creemos conveniente que la abstención —en los casos en que se requiera el auxilio de la fuerza pública— no sea sólo una posibilidad que puedan adoptar los árbitros, sino una obligación. Es decir, consideramos que la redacción del referido extremo del artículo 84 debería ser en el sentido de que «los árbitros *deben* abstenerse de ejecutar el laudo o sus resoluciones en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública».

La redacción podría permanecer igual, en el sentido de que los árbitros *podrán* abstenerse de ejecutar el laudo o sus resoluciones en los casos en que no sea necesario el uso de la fuerza pública y siempre que, a su discreción, consideren que la ejecución judicial sería más afectiva, a pesar de que el reglamento arbitral o las partes hayan establecido la ejecución arbitral.

Cabe hacer una precisión a lo señalado en la Exposición de Motivos, cuando se dice que la norma es flexible por la variedad de supuestos que pueden suscitarse y que deja abierta la puerta para que las partes recurran a la ejecución judicial en cualquier momento, cuando ella resulte más efectiva.

La norma en ningún momento establece que sean las partes las que puedan recurrir a la ejecución judicial del laudo.

En efecto, de una simple lectura del artículo 84 del Proyecto Modificadorio se desprende que son los árbitros los que —en cualquier momento durante la ejecución del laudo— pueden decidir si resulta más conveniente que las partes recurran a la autoridad judicial para ejecutar el laudo o para continuar con la ejecución.

En consecuencia, consideramos que el referido artículo 84 debería establecer *expresamente* que las partes pueden decidir recurrir a la ejecución judicial o pueden solicitar al Juez que continúe con la ejecución iniciada por los árbitros.

## ***2.27. Ejecución judicial***

**Artículo 85.- Ejecución judicial**

La parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario ejecutar el laudo acompañando copia de éste y de sus correcciones, aclaraciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por los árbitros. La autoridad judicial por el sólo (sic) mérito de los documentos referidos en el párrafo anterior procederá a ejecutar el laudo sin admitir oposición alguna basada en razones distintas al cumplimiento o la observancia de las exigencias del Artículo 83° para suspender la ejecución del laudo verificada y decidida por la Sala que conoce del recurso de anulación correspondiente. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

Según el artículo 85 del Proyecto Modificadorio, sólo es preciso anotar que la ejecución del laudo puede ser suspendida en cualquier etapa en la que se encuentre, siempre que se acredite la declaración de suspensión de la Corte Superior que conoce el recurso de anulación.

En efecto, debemos reiterar 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.

El artículo 83 del Proyecto Modificadorio establece que la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución judicial, salvo cuando la Sala Comercial ordena la suspensión de los efectos del laudo, habida cuenta de que la parte que impugnó el laudo ha cumplido con el requisito acordado por las partes o establecido en el reglamento arbitral o con la garantía establecida por el propio artículo 83.

Siguiendo la misma lógica, el artículo 85 del Proyecto Modificadorio establece que la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo ante el Juez, acompañando copia de éste y de sus correcciones, aclaraciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por los árbitros.

Asimismo, el referido artículo 85 establece que el Juez procederá a ejecutar el laudo, salvo la observancia de las exigencias del artículo 83 para suspender la ejecución del laudo, verificada y decidida por la Sala que conoce del correspondiente recurso de anulación.

Finalmente, en dicho artículo se precisa —de manera acertada— que los jueces no pueden admitir recursos cuyo objeto sea dilatar la ejecución del laudo.

## ***2.28.Ámbito de aplicación de normas de arbitraje nacional en el arbitraje internacional***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 89.- Ámbito de aplicación de normas domésticas** Son de aplicación supletoria a esta Sección los Artículos 7°, 19°, 32°, 35°, 42°, 47°, segundo párrafo, 52°, 62°, 79°, 80°, 81°, 82°, 83° y 86° de la Sección Primera.

**Artículo 89.- Aplicación de normas de arbitraje nacional** Son de aplicación a esta Sección los Artículos 4°, 7°, 8A°, 16°, quinto y sexto párrafos, 19°, 21°, inciso 4, 32°, 35°, 42°, 47°, segundo párrafo, 48°, segundo párrafo, 52°, 61°, tercer párrafo, 62°, 79°, 80°, 81°, 82°, 83° y 84° de la Sección Primera.

El artículo 89 de la Ley General de Arbitraje establece qué artículos sobre arbitraje nacional son de aplicación *supletoria* al arbitraje internacional.

Por su parte, el artículo 89 del Proyecto Modificadorio enumera los artículos sobre arbitraje nacional que se aplicarían al arbitraje internacional; a saber: los artículos 4, 7, 8A, 16, quinto y sexto párrafos, 19, 21, inciso 4, 32, 35, 42, 47, segundo párrafo, 48, segundo párrafo, 52, 61, tercer párrafo, 62, 79, 80, 81, 82, 83 y 84.

Cabe señalar que al haberse eliminado la palabra *supletoria* de la redacción del artículo 89, se estaría estableciendo que los referidos artículos se aplican imperativamente al arbitraje internacional, dada la importancia de los temas que regulan, y sobre los cuales ya hemos formulado comentarios.

## ***2.29.Designación de árbitros por defecto***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 103.- Designación de árbitros por el Juez** Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o los árbitros no pueden llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o un tercero, incluida una institución arbitral, no cumplan una función que se les confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar a la institución arbitral que ella señale de conformidad con el primer párrafo del Artículo 102°, que adopte la medida necesaria, a menos que en el convenio sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo. En todos los supuestos indicados en el Artículo 102° y primer párrafo de este artículo, si las partes lo han pactado expresamente, el nombramiento se hará a instancias del Juez Especializado en lo Civil al que las partes se hubiesen sometido expresamente. En defecto de ello, el Juez Especializado en lo Civil del distrito judicial de Lima. En todos estos supuestos es de aplicación el artículo 23°. Al nombrar un árbitro, se deberá tener debidamente en cuenta las condiciones requeridas para el

árbitro en el convenio arbitral y se tomarán las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En caso de árbitro único o del tercer árbitro, se tendrá en cuenta así mismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las de las partes.

**Artículo 103.- Designación de árbitros por defecto** Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o los árbitros no pueden llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento o, un tercero, incluida una institución arbitral, no cumplan una función que se les confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar a la institución arbitral que ella señale de conformidad con el primer párrafo del Artículo 102º, que adopte la medida necesaria, a menos que en el convenio sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo. Al nombrar un árbitro, se deberá tener debidamente en cuenta las condiciones requeridas para el árbitro en el convenio arbitral y se tomarán las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En caso de árbitro único o del tercer árbitro, se tendrá en cuenta así mismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las de las partes.

El artículo 103 del Proyecto Modificatorio, propone eliminar el segundo párrafo del artículo 103 de la Ley General de Arbitraje, el cual contempla que las partes pueden pactar que el nombramiento de los árbitros esté a cargo de un Juez Especializado en lo Civil.

Según la Exposición de Motivos, todos los artículos sobre arbitraje internacional modificados (entre los cuales se encuentra el artículo 103 bajo comentario) contienen cambios que simplemente se adaptan a las modificaciones introducidas en la parte de arbitraje nacional.

Estamos de acuerdo con este proceder.

### ***2.30. Procedimiento de recusación***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 105.- Procedimiento de recusación** Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. A falta de acuerdo, es de aplicación el Artículo 31º, siendo competente el Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje, cuando ello corresponda.

**Artículo 105.- Procedimiento de recusación** Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros. A falta de acuerdo, es de aplicación el Artículo 31º, debiendo resolver la recusación, en sustitución de la Cámara de Comercio a que se refiere dicha norma cuando corresponda, la institución arbitral que la parte recusante señale. La institución arbitral será cualquiera de las ubicadas en el lugar donde debe realizarse el arbitraje, si se

hubiere previsto, o cualquiera de las instituciones arbitrales ubicadas en Lima, a elección del interesado.

El artículo 105 del Proyecto Modificadorio, siguiendo la línea de la no intervención de los jueces en el procedimiento arbitral, otorga competencia para resolver la recusación —a falta de acuerdo entre las partes, y en sustitución de la Cámara de Comercio a la que hace referencia el artículo 31 del Proyecto Modificadorio— a la institución arbitral que las partes señalen, tales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), etc.

Aquí también los cambios propuestos tienen como finalidad adaptar el artículo 105 a las modificaciones introducidas en la parte de arbitraje nacional de la Ley.

### ***2.31. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 106.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia**El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A ese efecto, un convenio que forma parte de un contrato se considerará independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no determina la nulidad del convenio arbitral. La oposición indicada en el párrafo anterior deberá formularse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de formular la oposición por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La oposición basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá de oponerse de inmediato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una oposición presentada más tarde, si considera justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las oposiciones a que hace referencia este artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Contra la decisión del tribunal arbitral no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada, cuando ello corresponda.

**Artículo 106.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia**El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral. A ese efecto, un convenio que forma parte de un contrato se considerará independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no determina la nulidad del convenio arbitral. La excepción indicada en el párrafo anterior deberá formularse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de formular la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá de oponerse de inmediato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde, si considera

justificada la demora. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que hace referencia este artículo como cuestión previa o en el laudo sobre el fondo, resultando de aplicación lo dispuesto en el sexto párrafo del Artículo 39°.

Las únicas modificaciones que presenta este artículo son dos; a saber: el cambio de la palabra *oposición* por *excepción*; así como la eliminación de la última frase, estableciendo en su lugar que resultará de aplicación lo dispuesto en el sexto párrafo del proyectado artículo 39.

Estamos de acuerdo con la referencia al artículo 39 del Proyecto Modificatorio (en el cual se refuerza las potestades de los Tribunales Arbitrales). En tal sentido, nos remitimos a lo ya expresado en el punto 2.12. del presente artículo.

### ***2.32. Corrección, aclaración, integración y exclusión del laudo***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 122.- Corrección, integración y aclaración del laudo** Son de aplicación a esta Sección los Artículos 54°, 55° y 56°, referidos a la corrección, integración o aclaración de un laudo arbitral, con las siguientes precisiones:1. E 1

plazo para solicitar la corrección, interpretación o aclaración o para que los árbitros actúen de oficio, será de veinte (20) días.2. E 1

plazo para que los árbitros corrijan, integren o aclaren un laudo será de veinte (20) días.3. El plazo establecido en el Artículo 56°, primer

párrafo, será de veinte (20) días. **Artículo 122.- Corrección, aclaración,**

**integración y exclusión del laudo** Es de aplicación a esta Sección el Artículo 54°, con las siguientes precisiones:1. El plazo para solicitar la corrección, aclaración,

integración y exclusión y para su correspondiente absolución es de veinte días.2. El plazo para que los árbitros resuelvan una corrección, aclaración, integración y exclusión es de veinte días y con facultad de prórroga de diez días adicionales.3. E 1

plazo para que los árbitros dicten de oficio una decisión de corrección, aclaración, integración y exclusión es de quince días.

El artículo 122 del Proyecto Modificatorio adapta al arbitraje internacional las modificaciones propuestas para el artículo 54 sobre arbitraje nacional.

Así se incluye la posibilidad de que las partes puedan solicitar la exclusión del laudo de algún punto no sometido a la competencia de los árbitros.

Por otro lado, se otorga a los árbitros la facultad de prorrogar el plazo inicial de veinte días para resolver la corrección, aclaración, integración y exclusión, en diez días adicionales.

Finalmente, se modifica el plazo establecido en el inciso 3 (resolución de oficio de los pedidos de corrección, integración, aclaración y exclusión), de veinte a quince días.

### ***2.33.Plazo, requisitos y formalidades***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Artículo 124.- Plazos, requisitos y formalidades**El recurso de anulación sólo podrá formularse dentro de los quince (15) días contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al Artículo 122°, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.Son de aplicación los requisitos de admisibilidad establecidos en el Artículo 72°. Si los documentos exigidos no estuvieran redactados en castellano, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dicho documentos, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 96°.El trámite del recurso de anulación será el dispuesto en los Artículos 74°, 75°, 76° y 77°.La autoridad judicial, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine, el cual no podrá ser mayor a treinta (30) días, a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de anulación.

**Artículo 124.- Plazo, requisitos y formalidades**El recurso de anulación sólo podrá formularse dentro de los treinta días contados desde la fecha de notificación del laudo o, de las decisiones a que se refiere el Artículo 122° o de transcurrido el plazo para la notificación de estas últimas decisiones sin que los árbitros se hayan pronunciado.Son de aplicación los requisitos de admisibilidad establecidos en el Artículo 72°. Si los documentos exigidos no estuvieran redactados en castellano, la parte deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos, siendo de aplicación lo dispuesto en el Artículo 96°. El trámite del recurso de anulación será el dispuesto en los Artículos 74°, 75°, 76° y 77°. Sin embargo, el plazo para que los árbitros remitan el expediente arbitral será de quince días.La autoridad judicial, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine, el cual no podrá ser mayor a seis meses, a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de anulación.

El artículo 124 de la Ley General de Arbitraje señala que el plazo para la interposición del recurso de anulación es de quince días contados a partir de la fecha de recepción del laudo, o si la petición se ha hecho con arreglo a lo establecido en el artículo 122 (que se refiere a la corrección, integración y aclaración del laudo), desde la fecha en que dicha petición haya sido resuelta por el Tribunal Arbitral.

Por su parte, el artículo 124 del Proyecto Modificadorio amplía el referido plazo a treinta días, contados desde la fecha de notificación del laudo o a partir de las decisiones a las que se refiere el artículo 122 o desde que haya transcurrido el plazo para la notificación de dichas decisiones sin que los árbitros se hubieran pronunciado.

Además, otra modificación que presenta la propuesta es que, a diferencia de la norma vigente, ella establece un plazo de quince días para que los árbitros remitan el expediente, plazo que en la actualidad no establece la Ley.

Finalmente, en el Proyecto Modificadorio se extiende —a seis meses— el plazo que tienen los jueces para suspender las actuaciones, si correspondiera y si así lo hubiera solicitado una de las partes, cuando la norma actual sólo prevé para este caso un plazo de treinta días.

### ***2.34. Primera Disposición Transitoria***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Primera Disposición Transitoria** Los convenios arbitrales, o en su caso las cláusulas y compromisos arbitrales, celebrados con anterioridad a esta Ley, que no estipulen expresamente la clase de arbitraje, se regirán por las siguientes reglas para iniciar un arbitraje después de la vigencia de esta Ley:1.

Para las cláusulas y compromisos arbitrales celebrados bajo la vigencia del Código de Procedimientos Civiles y el Código Civil de 1984 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.2.

Para los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia del Decreto Ley N° 25935 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de derecho.3.

Para los convenios arbitrales bajo la vigencia de la Ley N° 26572 antes de su modificación por esta ley, que no establecieron expresamente la clase arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de conciencia. Cualquier divergencia sobre la clase de arbitraje deberá ser decidida por los árbitros como cuestión previa a la presentación de la demanda.

Esta Primera Disposición Transitoria establece las reglas para iniciar un arbitraje que se aplicarán a los convenios arbitrales celebrados antes de la vigencia de la Ley que se propone aprobar y que no estipulen expresamente la clase de arbitraje de que se trata.

Si bien la citada norma no resulta —en estricto— necesaria, pues su contenido es fácilmente deducible del análisis de las normas vigentes en cada momento, ella sí resulta útil. Sin embargo, el que a través de una norma legal se establezca esto, no quiere decir que alguien se halle impedido de hacer una aplicación o interpretación distinta de la vigencia de las normas en el tiempo.



Finalmente, el precepto hace referencia al supuesto de una eventual divergencia sobre la clase de arbitraje de que se trate, estableciendo que ante un escenario como el señalado, resolverán el problema los árbitros como una cuestión previa a la demanda.

### ***2.35.Segunda Disposición Transitoria***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Segunda Disposición Transitoria** En aquellos Distritos Judiciales en los que exista o se creen Jueces Comerciales o Salas Comerciales como especialidad o subespecialidad, las causas arbitrales a que se refiere esta ley, al margen de la materia sobre la que versen, serán conocidas por éstos, según corresponda.

La Segunda Disposición Transitoria del Proyecto Modificadorio establece que cuando en un Distrito Judicial exista un Juez Comercial o una Sala Comercial, las causas arbitrales serán conocidas por éstos, independientemente de la materia sobre la que versen.

Esta norma obedece a dos razones principales. En primer lugar, descongestionar las Salas Civiles; por ello, mediante Resolución Administrativa n.º 006-2004-SP-CS, de fecha 30 de septiembre de 2004, se crearon las Salas Superiores de la subespecialidad Comercial; y, en segundo lugar, los Jueces Comerciales y Salas Comerciales son los competentes en conocer los recursos de anulación de laudos arbitrales y, en su caso, los recursos de apelación de laudos arbitrales referidos a las materias comerciales.<sup>192</sup>

### ***2.36.Primer Disposición Complementaria***

LEY GENERAL DE ARBITRAJE

PROYECTO MODIFICATORIO

**Disposiciones complementarias Primera.-** Las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas a efectos de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de laudos a cargo de los árbitros en el marco de esta ley.

En esta Disposición se establece que las instituciones arbitrales podrán celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas, con el fin de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de los laudos.

Esta norma coadyuvará a que los árbitros puedan ejercer con eficiencia las facultades que se le otorguen, a fin de poder llevar a cabo la ejecución de sus resoluciones y laudos.

### ***2.37.Segunda Disposición Complementaria***

**Disposiciones complementarias Segunda.-**

A efectos de esta ley, se entiende por Cámaras de Comercio a las Cámaras de Comercio Nacionales que existen en cada departamento de la República.

Esta norma simplemente aclara que cuando la Ley que se propone aprobar se refiere a las Cámaras de Comercio, está haciendo alusión a las Cámaras de Comercio Nacionales que se encuentran en cada departamento del Perú.

**2.38. Disposición Derogatoria**

**Disposición Derogatoria** Derogar los artículos

55, 56 y 86 de la Ley General de Arbitraje N° 26572.

Se establece en esta Disposición que se derogan los artículos 55, 56 y 86 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje. Las normas que se dejan sin efecto se refieren a la aclaración del laudo, a la prórroga de plazo que opera en casos de corrección, integración y aclaración del laudo y a la imposibilidad de impugnación de los autos en la etapa de ejecución judicial del laudo.

Lima, octubre del 2006.

**EL DERECHO A PROBAR Y LAS FACULTADES DE LOS ÁRBITROS EN CUANTO A LAS PRUEBAS**

Por Mario Castillo Freyre y  
Krhis Olivera Piélagos

**EL DERECHO A PROBAR Y LAS FACULTADES  
DE LOS ÁRBITROS EN CUANTO A LAS PRUEBAS**

*Mario Castillo Freyre\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. EL DERECHO A PROBAR Y EL DEBIDO PROCESO.— 3. LA ADMISIBILIDAD Y LA PERTINENCIA DE LOS MEDIOS PROBATORIOS.—  
4. LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

## **1. INTRODUCCIÓN**

Como bien lo señala Federico Callizo<sup>193</sup> —citando a Roque Caivano—, en todo proceso judicial la etapa más crítica, la que mayor recursos insume y la que suele incidir en mayor medida en la duración de los procesos judiciales es la *probatoria*, ya sea porque los plazos no se cumplen o por las argucias incidentales de los abogados de las partes. En efecto, rara vez son cumplidos los plazos establecidos en los Códigos de Procedimientos, y de esta forma, la demora judicial se hace crítica, y los juzgadores — en la mayoría de los casos— son contemplativos con el impulso procesal necesario para acelerar la terminación de los procesos.

Por otro lado, muchas veces los juzgadores deben aceptar el ofrecimiento y la producción de pruebas que no resultan eficientes para dar claridad al proceso. A veces, las pruebas resultan irrelevantes para la causa controvertida y, de un buen análisis previo, que podría hacer el juzgador de la causa, podrían las mismas ser desestimadas al inicio, ordenando solamente la producción de aquéllas que resulten necesarias.

Por todo ello, es que en los casos sometidos a arbitraje, los árbitros deben tener facultades suficientes para escoger aquellas pruebas que resulten piezas necesarias e importantes para el análisis y estudio de la causa, y dejar de lado otras que podrían, incluso, servir para confundir a las partes y a los propios árbitros, por ser evidentemente improcedentes y no conducentes a los hechos controvertidos.

Los principios de celeridad y economía justifican esta flexibilización en materia de pruebas en el ámbito arbitral, y más aún, hacen posible que los árbitros, en aras de la búsqueda de la verdad material, sean capaces de producir pruebas de oficio para mejor resolver, respetando desde luego la igualdad de las partes y no supliendo de ese modo la negligencia o la torpeza de ellas.

## **2. EL DERECHO A PROBAR Y EL DEBIDO PROCESO**

En primer lugar, debemos preguntarnos si es de aplicación en el ámbito arbitral, la doctrina constitucional del derecho fundamental a la prueba.

Reynaldo Bustamante Alarcón<sup>194</sup> señala que la prueba no es vista más como un simple medio o como una mera diligencia que atienda tan sólo a las normas que

regulan su admisibilidad o desarrollos procedimentales, sino que es vista como un derecho subjetivo de los sujetos procesales legitimados a intervenir en la actividad probatoria que define —junto con otros elementos— un debido proceso.

La prueba es vista como un derecho fundamental,<sup>195</sup> o, si se prefiere, como un derecho constitucional que inspira —junto con otros derechos y principios procesales— un debido proceso. Conforme a ello, hoy podemos hablar con todo rigor de un derecho fundamental a la prueba o de un derecho fundamental a probar —siendo esta última expresión la más adecuada—. <sup>196</sup>

Morello,<sup>197</sup> por ejemplo, señala que «[...] *el derecho constitucional de la prueba* [es una] *fase esencial del debido proceso y del ejercicio cabal de la defensa en juicio*. [...] *El derecho a probar es uno de los elementos constitutivos que concurren a definir el proceso justo*».

En nuestro país, si bien no contamos con una norma que reconozca expresamente la naturaleza fundamental o constitucional del derecho a probar, tal reconocimiento se produce implícitamente con la incorporación del derecho a un debido proceso al texto constitucional, pues el derecho a probar es uno de los elementos que lo constituyen.

No obstante, consideramos que el derecho a probar, como todo derecho fundamental, no requiere de una norma positiva para existir y ser eficaz, pues al ser anterior al ordenamiento jurídico —cosa que en nuestra opinión sucede con todo derecho fundamental—, tal incorporación es sólo un mero reconocimiento de su existencia.

Así como toda persona tiene o posee el derecho fundamental a probar, como una expresión del derecho al debido proceso, debe tenerse en cuenta que éste debe ser ejercido atendiendo a la debida valoración de los medios de prueba y otorgándole un contenido constitucional.

La doctrina reconoce como contenido esencial de los derechos fundamentales a aquel núcleo básico e irreducible que configura el derecho y sin el cual se desnaturaliza o pierde sentido.

En el caso del derecho a probar, su contenido esencial consiste en el derecho de todo sujeto, legitimado para intervenir en la actividad probatoria, a que se admitan, actúen y valoren debidamente los medios probatorios aportados al proceso, para acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa.

Por tratarse de un derecho que tiene concreción dentro de un proceso, serán los principios procesales los que delimitarán su contenido (por ejemplo, los principios de pertinencia, idoneidad, utilidad, licitud, contradicción, entre otros).

La naturaleza fundamental o constitucional de este derecho, inspirador de un debido proceso, hace —como sucede con todo derecho fundamental— que posea un doble carácter.

Por un lado, un carácter subjetivo, por el que aparece como un derecho de cada individuo, que pretende garantizar, a través de su ejercicio en un proceso o procedimiento, su libertad o su *status* jurídico.

Por otro lado, un carácter objetivo, por el que se presenta como un elemento esencial del ordenamiento jurídico, es decir, como uno de los que le otorga sus contenidos básicos e informa la organización jurídica y política del Estado.

Es este último carácter el que nos hace advertir la importancia de analizar la prueba como un derecho fundamental o constitucional, pues al ser un elemento esencial del ordenamiento jurídico tiene —como todo derecho fundamental— propia fuerza normativa, es decir, obliga o vincula a todos los órganos del Estado y a los particulares en general, como derecho directamente aplicable, de tal suerte que su violación implica una afectación directa al orden jurídico.

En tal virtud, las consecuencias de advertir la existencia de un derecho a probar y de reconocer su naturaleza fundamental o constitucional, por ser inspirador de un debido proceso, son las siguientes:

- (i) Puede ser ejercido en cualquier orden jurisdiccional, interno o internacional, pues al ser un derecho fundamental, la posibilidad de su ejercicio trasciende los límites de un ordenamiento jurídico interno. Así lo reconocen los principales tratados y convenciones internacionales sobre la materia.<sup>198</sup>
- (ii) Puede ser ejercido en cualquier tipo de proceso (sea civil, penal, constitucional o laboral) o en cualquier tipo de procedimiento (sea administrativo, militar, arbitral, político o particular).

En ese sentido, por ejemplo, un tribunal arbitral está obligado a respetar este derecho fundamental, atendiendo, actuando y valorando adecuadamente los medios probatorios ofrecidos por los sujetos procesales legitimados para intervenir en la actividad probatoria, en armonía con los principios que inspiran y dan contenido a dicho derecho.

- (iii) Dada su naturaleza fundamental, las normas jurídicas relacionadas con la admisión, actuación y valoración de los medios probatorios, deben ser interpretadas de tal forma que favorezcan la eficacia o maximización de este derecho (principio de mayor valor).<sup>199</sup>

Conforme a ello, Morello<sup>200</sup> propone lo siguiente:

- a. La reducción de las reglas de exclusión de medios probatorios (por ejemplo, atenuar los principios de idoneidad y licitud de los medios de prueba)<sup>201</sup> y reducir el rigor de los purismos formales.
- b. La introducción de instrumentos que aseguren la adquisición de la prueba (por ejemplo, los medios técnicos y científicos).
- c. La adopción de un método eficaz para la actuación y valoración adecuada de los medios de prueba.
- d. La adopción en todo tipo de procesos o procedimientos de la libre valoración de la prueba, también llamada de la apreciación razonada, etc.

(vi) En la medida de que la valoración de los medios de prueba —parte integrante del contenido esencial del derecho a probar— sólo puede ser conocida a través de los fundamentos de la decisión del árbitro —pues, como veremos, la valoración es una actividad mental—, el derecho a probar tiene como correlato el deber del árbitro de motivar debidamente sus resoluciones, con la finalidad de que se pueda determinar si su valoración ha sido adecuada y se eviten arbitrariedades.

La naturaleza constitucional o fundamental del derecho a probar intensifica este deber del árbitro; por ello, el árbitro debe justificar siempre su decisión a través de una motivación coherente; por ejemplo, deberá explicar las razones que lo llevaron a dar mayor valor probatorio a determinado medio de prueba en perjuicio de otro que pretendía contradecirlo o a prescindir de un medio probatorio.<sup>202</sup>

De esta manera, la motivación aparece como una de las garantías más útiles para evitar la arbitrariedad del árbitro, resultando írritas las resoluciones que contienen fundamentaciones implícitas, genéricas o aparentes, que no permitan a las partes verificar la racionalidad de la valoración.

(v) Como todo derecho, el derecho a probar no es un derecho absoluto, sino limitado por otros derechos fundamentales y principios procesales con los que guarda relaciones de coordinación en el ordenamiento jurídico.

No obstante ello, su naturaleza fundamental hace que, ante la posibilidad de establecer limitaciones a su ejercicio, deba exigirse la existencia de una

motivada y razonada proporcionalidad entre la limitación y el fin que pretende alcanzarse (principio de proporcionalidad).<sup>203</sup>

No cabe duda de que si una norma jurídica, pese a querer proteger otro valor o derecho fundamental, limita el derecho a probar en forma desproporcionada, será inconstitucional. Al mismo razonamiento se llegará si el Derecho a probar es restringido por un acto o decisión del árbitro carente de razonabilidad alguna.

(vi) Por último, cabe advertir que cualquier vulneración al derecho a probar, sea por la negativa arbitraria a admitir los medios probatorios ofrecidos, por actuarlos de manera incorrecta (por ejemplo, afectando el principio de contradicción o el de inmediación) o por la ausencia de valoración o una valoración defectuosa, significará una afectación directa al orden constitucional e internacional, en la medida de que aparece como un elemento garantista presente en los principales tratados y convenciones internacionales sobre la materia.

En efecto, las únicas exigencias que normalmente se establecen en razón de los principios de defensa, contradicción e igualdad, son las de notificar a las partes con la debida antelación de la celebración de las audiencias y el de poner en conocimiento de las partes todos los documentos y pruebas que se aporten durante el proceso arbitral.<sup>204</sup>

En consecuencia, resulta de suma importancia conocer y estudiar los principios procesales que limitan y dan contenido a este derecho, a fin de que pueda ser ejercido eficazmente por sus titulares en la defensa de sus derechos e intereses y se evite su vulneración.

## **2. LA ADMISIBILIDAD Y LA PERTINENCIA DE LA PRUEBA**

Benetti<sup>205</sup> señala que aceptada por el tribunal su competencia, oirá a las partes para que soliciten la práctica de pruebas y presenten las que tengan, y en seguida se pronuncia sobre éstas, con las mismas facultades que otorga al juez el Código de Procedimiento Civil, inclusive las de rechazar las que no se estime pertinente o decretar otras distintas en forma oficiosa.

A entender de Cantuarias y Aramburú,<sup>206</sup> la etapa de pruebas se abre una vez finalizado el plazo para la contestación de la demanda o la reconvenición, y generalmente son los árbitros (salvo que las partes hayan acordado otra cosa en el convenio arbitral o se trate de un arbitraje institucional) los encargados de determinar todo lo relativo a

la forma en que se conducirá esta etapa, su plazo, como la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

Así, el artículo 37 de la Ley General de Arbitraje señala que «*los árbitros tienen la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas*».

Los criterios para determinar la admisibilidad de la prueba son la legalidad, la pertinencia, la utilidad y la necesidad.

La *legalidad* del medio de prueba significa que la actividad procesal, que es preciso desarrollar para incorporar la fuente al proceso, debe realizarse de acuerdo con lo dispuesto en la ley.

Así, la licitud se refiere al modo de obtención de la fuente que posteriormente se pretende incorporar al proceso, es decir, se trata de regular la actividad conducente a la obtención de la fuente.

Por otro lado, la *pertinencia* es la necesaria relación entre el hecho que pretende probarse y el hecho o los hechos conformadores del objeto del proceso, y aportados por las partes.

A entender de Carolina Sanchís,<sup>207</sup> el derecho a la prueba incluye: (i) el derecho a proponer la prueba; (ii) el derecho a que la prueba pertinente propuesta sea admitida, y en caso de no serlo, a una inadmisión motivada, razonable y no arbitraria; y (iii) el derecho a practicar la prueba admitida.

Dado que sólo de las pruebas propuestas, las pertinentes serán admitidas, procede a examinar qué se entiende por pertinencia.

La pertinencia de las pruebas es la relación que éstas guardan con lo que es objeto del proceso arbitral y con lo que constituye *thema desiderandi* para el árbitro. Asimismo, la pertinencia expresa la capacidad de los medios probatorios utilizados para formar la definitiva convicción del árbitro.

La apreciación de la pertinencia o no de la prueba propuesta corresponde al árbitro, quien puede descartar la práctica de aquellas pruebas que resulten innecesarias para la fundamentación de su decisión o que no se hayan propuesto de acuerdo con lo establecido en las leyes.

A su vez, el criterio de la *utilidad* se refiere a la cualidad del medio de prueba que hace que éste sea adecuado para aprobar un hecho.



Por otro lado, *la necesidad* del medio de prueba es una cualidad del mismo que no puede ser utilizada por el árbitro como criterio de admisión probatorio general.

Así, por ejemplo, el segundo párrafo del artículo 37 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establece «*en cualquier etapa del proceso los árbitros pueden [...] ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios*».

Al respecto, Cantuarias y Aramburú<sup>208</sup> señalan que al ser los árbitros los absolutos directores del proceso arbitral, ellos están generalmente facultados para ordenar la actuación de las pruebas que consideren pertinentes y necesarias, inclusive la de peritaje.

Dentro de este orden de ideas, la prueba es vista también desde la perspectiva del árbitro, al que se le reconoce un papel protagónico para vigilar, orientar, explorar y gestionar la prueba, reconociéndose además la necesidad de que cuente con poderes inquisitivos para investigar los hechos y decretar la actuación de medios probatorios de oficio.

Asimismo, no debe existir limitación en orden a su necesidad, en cuanto a los medios de prueba que las partes puedan proponer. Sin embargo, en determinados supuestos sí puede utilizarse este criterio. Son casos en los que el medio de prueba se manifiesta claramente como innecesario o superfluo. Esto puede suceder cuando se propongan dos pruebas con el mismo fin o cuando el medio de prueba ya se haya practicado antes.

En efecto, si bien las estrictas reglas de prueba que se aplican en la jurisdicción ordinaria generalmente no se utilizan en el arbitraje, ello no significa que los árbitros deban aceptar todo lo que se les presente. Las pruebas presentadas deben estar vinculadas al caso.

En relación a los hechos cuya prueba no es necesaria, Hugo Alsina<sup>209</sup> señala que existen limitaciones que se derivan de la naturaleza de los hechos; así, la prueba no será necesaria cuando se trate de hechos confesados o admitidos por las partes. Existirá confesión cuando el demandado reconoce expresamente los hechos afirmados por el demandante.

También están excluidos de la prueba los hechos notorios; es decir, aquéllos cuyo conocimiento forma parte de la cultural normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que ocurre la decisión. No pueden darse a este respecto reglas precisas, pero su característica más resaltante es la fama pública, es decir, que nadie los pone en duda, de tal manera que la convicción que de ella surge es tan firme como la que emana de una prueba directa.

Finalmente, cabe señalar que junto al derecho a que los medios de prueba pertinentes propuestos sean admitidos, se encuentra el derecho a que si no lo son, la resolución sea motivada, razonable y no arbitraria. Es decir, el árbitro debe explicitar el porqué de su negativa a la admisión de la prueba.

Al respecto, Antonio Zapata<sup>210</sup> señala que la motivación está referida a la necesidad de que haya congruencia entre los hechos que dan origen a la resolución y esta misma.

Más aún, el texto constitucional consagra el deber de la motivación de las resoluciones. Así, el artículo 139, inciso 5 de la Constitución Política del Perú, establece que constituye uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, *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*, precepto aplicable por analogía al proceso arbitral.

De esta manera, lo que se sanciona son las resoluciones que carezcan de motivación, por cuanto si los árbitros incurren en esta omisión (la de motivar), habrán *incumplido* con el deber fundamental que tiene todo tribunal de analizar escrupulosamente los requerimientos de las partes.

En consecuencia, debemos subrayar que la ausencia de motivación al momento de no admitir algún medio probatorio, afecta gravemente el derecho de defensa de la parte que ofreció dicho medio, en la medida de que dicha parte no tendrá la certeza sobre el motivo de la no admisión de aquella prueba que —a su entender— hubiese demostrado la veracidad de sus alegaciones.

### **3. VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS**

Juan Carlos Esquivel Oviedo<sup>211</sup> afirma que la prueba es, sin duda alguna, un tema medular, en la medida de que casi toda la actividad de las partes está dirigida a crear convicción en el juzgador acerca de la veracidad de los hechos alegados que sustentan la pretensión; mientras que la actividad del juzgador igualmente está enderezada a obtener certeza sobre los mismos, a fin de emitir un fallo arreglado a Derecho.

Por su parte, Hugo Alsina<sup>212</sup> señala que el fin de los medios probatorios es producir en el juzgador la convicción sobre los hechos que configuran una determinada pretensión o una determinada defensa.

Lo verdaderamente importante consiste en no olvidar que ninguna decisión es justa si está fundada en una precisión errada de los hechos, de ahí que toda la actividad probatoria (en especial su fase valorativa) debe estar encaminada a una búsqueda de la verdad jurídica objetiva de los hechos.

Ello implica que la convicción del árbitro no sea reflejo de una verdad formal, ni que consista en una certeza meramente subjetiva, sino en una certeza objetiva, basada en la realidad de los hechos y en el derecho,<sup>213</sup> con la finalidad de asegurar una correcta y justa solución del conflicto o de la incertidumbre jurídica.<sup>214</sup>

En efecto, una manifestación del derecho fundamental a probar, consiste en el derecho de toda persona a que se valoren debidamente los medios probatorios actuados en el proceso, pues el derecho a probar tiene por finalidad producir en el árbitro la convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos que configuran la pretensión o la defensa.

Este derecho resultaría ilusorio si el árbitro no valorara adecuadamente el material probatorio (conforme al sistema de valoración adoptado, a los principios procesales sobre la materia y en base a un método apropiado).

Taruffo<sup>215</sup> destaca que si el juzgador no valora o toma en consideración los resultados obtenidos en la actuación de los medios probatorios, el derecho a probar se convertiría en una garantía ilusoria y meramente ritualística.

De esta manera, el derecho a probar resultaría afectado, y por ende el debido proceso, si el árbitro no valora algún medio probatorio admitido y actuado conforme a los principios que rigen la actividad probatoria, o lo hace pero de una manera defectuosa.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia argentina ha señalado que *hay arbitrariedad si la decisión final consuma un estudio parcial, ilógico o inequitativo del material fáctico; en particular, si prescinde de una visión de conjunto y correlacionada de la prueba, no traduciendo por ende, una apreciación crítica de ella y que una labor aislada de las probanzas, sin integrarlas ni armonizarlas en su conjunto, padecerá de arbitrariedad y será impugnabile*.<sup>216</sup>

Respecto a los sistemas de valoración de los medios de prueba, la casi totalidad de la doctrina, advirtiendo la naturaleza fundamental o constitucional del derecho a probar, ha propuesto la necesidad de adoptar el sistema de la libre valoración de los medios de prueba —o de la sana crítica— en todo tipo de procesos o procedimientos, es decir, incluso en el proceso arbitral.

No obstante ello, debemos referirnos —aunque sea brevemente— al Sistema de la Tarifa Legal.

Según este sistema —cuyos rezagos todavía se aprecian en algunos ordenamientos procesales— el juzgador, ante la presencia o ausencia de determinados

medios de prueba, debía aceptar forzosamente la conclusión que le señalaban ciertas reglas abstractas preestablecidas por la ley.

Las ventajas que se señalaron en su momento para adoptar este sistema fueron las siguientes: (i) supuestamente permitía a las partes saber de antemano cuál era el valor probatorio que se le iba a dar a los medios de prueba aportados al proceso; (ii) habría uniformidad en las decisiones; (iii) se evitaría que el juzgador favoreciera a alguna de las partes, pues al basarse en el valor preestablecido por la ley no habría lugar a subjetividades; y (iv) supliría la supuesta ignorancia o falta de experiencia de los juzgadores, en la medida de que las normas promulgadas por el legislador habrían sido elaboradas por personas doctas en Derecho.

Frente a la carencia de fundamento científico de estas supuestas ventajas, la doctrina señaló las siguientes desventajas del Sistema de la Tarifa Legal: (i) mecanizaba la función del juzgador, quitándole personalidad e impidiéndole formarse un criterio personal, al punto de obligarlo a aceptar las soluciones en contra de su convencimiento lógico y razonado; (ii) conducía con frecuencia a que se declarara como verdad una simple apariencia formal, dando lugar, muchas veces, a que se tomaran decisiones irracionales o arbitrarias; y (iii) como consecuencia de ello —al alejarse groseramente de la realidad— se producía un divorcio entre la justicia y la decisión final.

En oposición al Sistema de la Tarifa Legal surgió el Sistema de la Sana Crítica o libre valoración de los medios de prueba (llamado por algunos: el de la libre condición), en virtud del cual el juzgador tiene la libertad para valorar los medios de prueba, es decir, ya no está sujeto a reglas abstractas preestablecidas por la ley, pero su valoración debe ser efectuada de una manera razonada, crítica, basada en las reglas de la lógica, la psicología, la técnica, la ciencia, el Derecho y las máximas de experiencias aplicables al caso.

En esa medida, Casimiro Valera<sup>217</sup> señala que no es una libertad para la arbitrariedad, ya que exige que se valore los medios de prueba sobre bases reales y objetivas, absteniéndose de tener en cuenta conocimientos personales que no se deduzcan del material probatorio aportado al proceso o procedimiento<sup>218</sup> y que motive debidamente sus decisiones.

Dentro de tal orden de ideas, se trata de un sistema que consagra una libertad responsable, a tal punto que una valoración contraria a las reglas de la lógica, de la sociología, de la técnica, de la ciencia, del Derecho o de las máximas de experiencias aplicables al caso, será considerada una valoración defectuosa.

Lima, enero de 2006.

VALORACIÓN DEL DAÑO: ALCANCES DEL ARTÍCULO 1332 DEL CÓDIGO CIVIL  
Por Mario Castillo Freyre

VALORACIÓN DEL DAÑO: ALCANCES DEL  
ARTÍCULO 1332 DEL CÓDIGO CIVIL\*

*Mario Castillo Freyre\*\**

No cabe duda de que el tema de la valoración de los daños resulta en extremo importante, sobre todo, porque es a través de las indemnizaciones que el Derecho trata de suplir aquellas deficiencias en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones contraídas y resarcir a los perjudicados, de manera tal que no se quebranten principios básicos de equidad y justicia.

En tal sentido, el presente trabajo consistirá en el análisis de los alcances de la disposición emanada del artículo 1332 del Código Civil Peruano, que establece que «Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa».

Es verdad que el artículo 1332 constituye uno de los preceptos más útiles del Código Civil, y no me cabe la menor duda de que es también uno de los preceptos que se utilizan con mayor frecuencia en la vida profesional, lo que no hace sino probar su utilidad.

El artículo 1332 es una de aquellas normas que nos ayudan a solucionar un problema, pero tiene también la virtud de ser una de esas normas que nos ayudan a obtener justicia.

He tenido oportunidad de ver en diversas ocasiones sentencias judiciales o laudos arbitrales, en donde se invoca la aplicación del artículo 1332 del Código Civil, para tratar de armonizar un monto indemnizatorio y ajustarlo lo más posible a la equidad.

Pero, uno de los puntos más controvertidos en torno al artículo 1332 es, no cabe duda, el relativo a los requisitos que se necesitan para hacerlo de aplicación.

Dentro de tal orden de ideas, el primer requisito indispensable para aplicar lo dispuesto en el artículo 1332, es que quien alega haber sufrido algún daño, lo pruebe.

Por aplicación estricta de lo dispuesto por el artículo 196 del Código Procesal Civil, quien alega un hecho debe probarlo, de manera tal que sería difícil admitir, dentro de ese razonamiento, que se pueda aplicar el artículo 1332 para hacer una valoración equitativa de los daños, precisamente cuando no se haya probado la existencia de un daño.

Nos explicamos.

Cuando se trata de cuestiones indemnizatorias, es claro que no siempre resultará fácil acreditar, es decir, probar, la existencia de daños y perjuicios, pero, como todos sabemos, es precisamente la existencia de esos daños y perjuicios, requisito indispensable para poder pensar en una eventual indemnización.

Decimos esto, por cuanto, salvo en materia de cláusulas penales, las indemnizaciones no tienen —dentro del Derecho Nacional— otra finalidad que la resarcitoria.

Es decir, dentro del Derecho Nacional, no cabe pensar en una indemnización de carácter punitivo, o que tuviera finalidad distinta a la de tratar de compensar al perjudicado por los daños y perjuicios sufridos, con un monto indemnizatorio que revierta su situación patrimonial o moral.

Ello, salvo que estuviésemos hablando de una indemnización derivada de una cláusula penal, en donde el monto indemnizatorio, además de cumplir una eventual función resarcitoria, sin duda podría tener una función punitiva, o una función disuasiva o incluso una función conminatoria.

Es más, cuando hablamos de una indemnización objeto de una cláusula penal, podríamos llegar al extremo de que esa indemnización no resarza, en estricto, ningún daño ni ningún perjuicio, por la sencilla razón de que no se haya producido daño o perjuicio alguno.

Entonces, queda claro que cuando nos referimos a la aplicación del artículo 1332, lo estamos haciendo en estricta relación con la función resarcitoria de las indemnizaciones.

Dicho esto, entonces, nos corresponde apreciar cuándo es que se considera probado un daño.

La interpretación que usualmente se efectúa del artículo 1332 del Código Civil, gira en torno a señalar que puede haberse probado el daño alegado, pero tal vez no se haya probado dicho daño en su monto preciso.

Confieso que siempre he seguido este criterio interpretativo y confieso además que, salvo las normales consideraciones que uno se formula respecto de una norma, como abogado en ejercicio y como profesor universitario, verdaderamente creía necesario profundizar en el estudio de los reales alcances del artículo 1332.

Dentro de tal orden de ideas, cabe formular una primera pregunta, y esa primera pregunta es la de si resulta posible probar la existencia de daños y perjuicios, pero no probar su monto exacto.

La respuesta no es sencilla, y sobre todo no lo es porque, como todos sabemos, en materia de responsabilidad civil no hay un caso tipo, no hay un caso modelo, habida cuenta de que la multiplicidad de supuestos indemnizatorios es tan variada como la vida misma.

Es verdad que hay algunas áreas del Derecho de daños en donde resultará más fácil la probanza que en otras.

Por ejemplo, no me cabe duda de que ante el incumplimiento de la devolución de un bien, terminado un contrato de arrendamiento, el tema indemnizatorio será más o menos claro para el juzgador.

Como tampoco me cabe duda de que ante un accidente automovilístico, en donde los daños causados a la víctima se limiten al planchado y pintura de su automóvil, también será fácil demostrar la cuantía o monto exacto de tales daños y perjuicios.

Incluso, creo que es más fácil en muchos casos probar los daños que probar los perjuicios, porque al fin y al cabo, los daños constituyen un menoscabo sufrido en el patrimonio actual de la víctima, en tanto los perjuicios constituyen un eventual o probable menoscabo al patrimonio futuro de la víctima y, por tanto, cuando hablamos de perjuicios, hablamos fundamentalmente de una especulación, especulación que necesitará evidente asidero legal y evidente asidero probatorio, pero especulación al fin y al cabo, porque nadie es dueño ni nadie conoce a ciencia cierta lo que pasará en el futuro, o lo que realmente la víctima dejó de ganar en el futuro.

En tal sentido, el supuesto óptimo en materia probatoria, es que la víctima pruebe haber sufrido un daño y, además, pruebe el monto exacto del daño sufrido.

Esto, sin duda alguna, ayudará enormemente a la labor de los jueces y árbitros, pues, de considerar fundada la pretensión indemnizatoria, en base a los medios probatorios que la sustenten, tendrá a mano todos los elementos para hacer justicia, y lograr que esa justicia sea lo más cercana a la realidad de los hechos, hechos que el propio juez o árbitro ya conoce.

Pero, existe una infinidad de supuestos que se alejan de este ideal probatorio en materia de indemnizaciones.

Sólo en materia de daños patrimoniales existen muchos casos en los cuales, el juez o el árbitro sólo percibe que, en efecto, la víctima ha sufrido un daño patrimonial, es decir, no le cabe duda de que el patrimonio de la víctima se ha visto menoscabado por el incumplimiento contractual o por el hecho dañoso del causante.

No obstante ello, es frecuente que, a pesar de que la carga probatoria corra a cargo de quien alega el daño sufrido, es decir, la víctima, dicho contratante pueda no haber aportado al proceso los medios probatorios idóneos para acreditar la cuantía de tales daños y perjuicios.

En otras palabras, de acuerdo a los hechos que quedan acreditados en el proceso, resulta incuestionable la presencia del daño.

Además, resultará incuestionable que ese daño ha sido causado por la contraparte.

Es decir, si se presentan todos los elementos de la responsabilidad, nexo causal incluido, la consecuencia no puede ser otra que una sentencia que declare fundada la pretensión indemnizatoria, pero esa sentencia tendrá ineludiblemente que recoger un *quantum* indemnizatorio; es decir, el juez o el árbitro no puede limitarse, como resulta evidente, a amparar una pretensión sin que ello conlleve ineludiblemente el amparar el monto indemnizatorio.

Es así que, obligado a declarar fundada esa pretensión, el juez o el árbitro también se encontrará obligado a establecer cuánto es lo que hay que indemnizar, lo que lo obliga a tener que establecer una cifra, independientemente de si la víctima llegó o no a probar un monto preciso en esa materia.

Esto es simplemente una cuestión de lógica.

Es más, incluso en la hipótesis de que no existiera el artículo 1332 del Código Civil, los jueces y los árbitros tendrían siempre el ineludible deber de actuar conforme a la doctrina que inspira esta norma. Simplemente, no hay en el plano teórico alternativa alguna.



Dentro de tal orden de ideas, lo que hace el artículo 1332 es allanar el camino para que los magistrados y los árbitros actúen con fundamento legal en materia de estas indemnizaciones equitativas.

Ahora bien, lo que debe quedar claro de esta primera etapa de nuestro análisis del artículo 1332, es que el juzgador no tiene un elemento absolutamente objetivo en el cual basarse a efectos de ordenar esa indemnización, pues resulta evidente que si el tema hubiese sido absoluta y pulcramente probado en juicio, simplemente no se tendría que recurrir al artículo 1332 y esa indemnización no se basaría en los criterios que inspiran esta norma, sino en las pruebas fehacientes aportadas en ese juicio.

Esto no significa que la parte perjudicada con el evento dañoso no haya intentado probar el daño en su monto preciso.

Es posible que sí lo haya intentado, pero para encontrarnos dentro del supuesto del artículo 1332, será claro que no habrá conseguido probar plenamente aquello que alega en materia del monto de esos daños y perjuicios.

Es así que los jueces, ante tales circunstancias, y habiéndose demostrado la existencia del daño, deberán actuar con criterio de equidad dentro de los límites de la pretensión indemnizatoria del demandante y estimando equitativamente qué proporción del total de esos daños y perjuicios reclamados, realmente tiene algún asidero legal.

No puedo decir lo contrario; tengo que afirmar que la aplicación práctica del artículo 1332 pasa necesaria e ineludiblemente por una consideración de carácter subjetivo; ello, por cuanto es requisito de la aplicación de esta norma, como la propia norma establece, que «El resarcimiento del daño no hubiera podido ser probado en su monto preciso».

Entonces, si ese resarcimiento no pudo ser probado en su monto preciso, que hubiese sido el ideal en materia objetiva, no cabe otra respuesta que ingresar a un terreno subjetivo, el mismo que en esta materia es el último recurso que el Derecho tiene y otorga a los jueces y árbitros para aplicar justicia en materia indemnizatoria.

Ahora bien, la siguiente pregunta que corresponde formular es, cuán subjetiva resulta la facultad que otorga el artículo 1332 a los encargados de administrar justicia.

En otras palabras, si los magistrados y los árbitros pueden aplicar el artículo 1332 a su leal saber y entender, o si existen parámetros de carácter objetivo para poder aplicar dicha norma.

Y también creemos que aquí la respuesta sólo puede ser una: y es que los jueces y árbitros no pueden hacer una aplicación absolutamente libre del artículo 1332, por el simple hecho de que ellos no están juzgando en abstracto, no están juzgando teóricamente una situación; ellos juzgan en concreto un caso, enmarcado dentro de un proceso y un proceso sustentado con medios probatorios.

De ahí que, si bien es cierto que la aplicación del artículo 1332, implica necesariamente recurrir a criterios de orden subjetivo en el juez o árbitro, esos criterios subjetivos tendrán que ser aplicados dentro de lo que significa el conjunto de medios probatorios aportados por las partes al proceso.

Ahora bien, es imposible ir más allá de este punto, en la medida de que para la aplicación de una norma tan rica y tan amplia en su ámbito de referencia como el artículo 1332, resulta evidente que, a diferencia de lo que uno pudiera pensar en materia indemnizatoria, con respecto a otras áreas del Derecho, uno no podría imaginar, por ejemplo, el establecimiento previo de tablas indemnizatorias o criterios preestablecidos para que los magistrados apliquen los alcances del artículo 1332.

Y ello sería totalmente ajeno a la naturaleza del referido numeral, en la medida de que para que lo apliquemos es necesario que nos hayamos salido de la certeza absoluta en materia objetiva.

Eso implica, naturalmente, que el artículo 1332 pone en un lugar de preferencia al juez o árbitro, porque sabe que en última instancia es él la única persona que, de acuerdo a su criterio indemnizatorio, deberá resolver en relación al monto pretendido en el proceso cuya resolución tendrá a su cargo.

Entonces, para cerrar el círculo, podríamos preguntarnos si los jueces tienen la posibilidad de aplicar el artículo 1332 con un criterio subjetivo.

La respuesta afirmativa se impone, pero ese criterio subjetivo de valoración de los daños, debe ir acompañado necesariamente con una resolución equitativa, entendiendo por tal a aquélla que, de acuerdo a los conocimientos y a la conciencia del magistrado, se acerque lo más fidedignamente posible a reflejar ese monto indemnizatorio cuya cuantía exacta la víctima no pudo probar en juicio, pero que constituye deber del juzgador ordenar resarcir.

Es evidente que el artículo 1332 del Código Civil representa en materia indemnizatoria la última tabla de salvación de la justicia.

Lima, septiembre de 2005.

## ¿UN LAUDO INHIBITORIO?

Por Verónica Rosas Berastain

## ¿UN LAUDO INHIBITORIO?

*Verónica Rosas Berastain\**

1. INTRODUCCIÓN.— 2. ANTECEDENTES.— 3. EL LAUDO. SU NATURALEZA JURÍDICA.— 4. ALCANCES DEL LAUDO INHIBITORIO.— 5. ¿QUÉ MEDIDAS HUBIESE PODIDO ADOPTAR LA PARTE QUE SE VIÓ PERJUDICADA CON EL LAUDO INHIBITORIO?— 5.1. LA PARTE DEMANDANTE PODRÍA HABER ESPERADO QUE FINALICEN LOS PROCESOS JUDICIALES A LOS QUE HACE REFERENCIA EL LAUDO.— 5.2. LA PARTE DEMANDANTE PODRÍA HABER PRESENTADO UN RECURSO DE ANULACIÓN.— 5.3. LA PARTE DEMANDANTE PODRÍA INTERPONER UNA ACCIÓN DE AMPARO.— 6. ¿Y SI EL LAUDO INHIBITORIO CONTRADIJERA UN PRONUNCIAMIENTO ANTERIOR DEL PROPIO TRIBUNAL ARBITRAL?— 7. CONCLUSIONES

### 1. INTRODUCCIÓN

Hace algunos años fuimos abogados de parte en un proceso arbitral que culminó de manera bastante peculiar cuando los árbitros emitieron un laudo inhibitorio, esto es, un laudo en el que no resolvieron las cuestiones de fondo planteadas, sino que se limitaron a señalar que no eran competentes para pronunciarse sobre ellas.

Es evidente que ningún Tribunal Arbitral procede regularmente como lo hizo el Tribunal que conoció el caso de la referencia, en la medida de que la audiencia de saneamiento del proceso ratifica la competencia del Tribunal para poder conocer el fondo del asunto y poder laudar resolviendo todas las pretensiones.

Sin embargo, dicho Tribunal Arbitral consideró pertinente inhibirse por existir otros asuntos judiciales pendientes de resolución, cuyo sentido —a juicio del Tribunal— hubiese afectado el sentido del eventual laudo del propio Tribunal.

No es que formalmente el Tribunal Arbitral hubiese aceptado alguna excepción deducida por alguna de las partes; es más, el citado Tribunal se encargó de desestimar

las excepciones y pedidos de improcedencia planteados por una de ellas, sino que, desarrolladas todas las etapas del proceso arbitral, decidió (se percató) que no era competente para resolver sobre las cuestiones de fondo.

Si ello ya resulta llamativo y amerita una reflexión significativa, es aún más sorprendente que —también en el laudo— el Tribunal Arbitral haya señalado expresamente que, de desestimarse las demandas pendientes en el Poder Judicial, podría reasumir la jurisdicción y laudar nuevamente, aunque ya respecto de las cuestiones de fondo.

Así, debido al notorio carácter *sui generis* de dicho laudo, dedicaremos las páginas que siguen a su análisis, a fin de determinar si es válido, cuáles serían sus alcances y, en todo caso, qué medidas podrían haber adoptado las partes para cuestionarlo.

## 2. ANTECEDENTES

En primer lugar y como impone el sentido común, conviene establecer el contexto en el cual el laudo fue emitido.

Cabe resaltar que por el carácter privado, que es inherente a la idea misma de arbitraje, en ningún momento haremos referencia a la identidad de las partes ni a la de los miembros del Tribunal Arbitral. A lo sumo nos limitaremos a delinear, a modo de ilustración y de manera bastante general, algunos de los puntos controvertidos que fueron materia del proceso arbitral y que, por consiguiente, debieron ser resueltos en el laudo.

El proceso arbitral que culminó con el laudo materia de nuestro examen, tuvo como partes a dos personas jurídicas, las que, por su relación material, denominaremos como vendedora (demandante —una asociación—) y compradora (demandada —una sociedad anónima—).

Las cuestiones de fondo que fueron planteadas en el proceso arbitral eran, esencialmente, dos; a saber:

- a) Determinar si procedía declarar la nulidad del acto jurídico constituido por el contrato de compraventa celebrado por la vendedora y la compradora, por falta de manifestación de voluntad de la primera.
- b) Determinar, en caso el Tribunal Arbitral considerara que sí se produjo manifestación de voluntad, si procedía declarar la ineficacia del acto respecto de la vendedora, en razón de que sus representantes al suscribir la minuta y la escritura pública respectiva, violaron las facultades que les fueron otorgadas.

Es menester señalar que un asociado de la vendedora inició contra ella y contra la compradora un proceso judicial sobre nulidad del contrato de compraventa, nulidad que se cuestionó también en el proceso arbitral que finalizó con el Laudo inhibitorio.

En estricto Derecho, sin embargo, lo cierto es que esa demanda se sustentaba en las causales de falta de capacidad del comprador y finalidad ilícita; mientras que en el proceso arbitral la pretensión de nulidad absoluta se amparara en la supuesta falta de manifestación de voluntad del vendedor.

Además, en el proceso judicial la vendedora tenía la condición de parte demandada; mientras que en el proceso arbitral tenía la calidad de parte demandante.

Siendo así, y como resultaba evidente, no existiría identidad entre el proceso judicial antes referido y el proceso arbitral, pues las partes y el petitorio no eran los mismos. Consecuentemente, no podía plantearse en ese proceso una excepción de litispendencia, a tenor de lo prescrito por los artículos 452 y 453 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria.

Ahora bien, independientemente de si las razones invocadas por el Tribunal Arbitral que expidió el Laudo justificaban o no la inhibición declarada, lo que nos interesa es determinar su validez como laudo y, especialmente, determinar si era o no viable lo que el Tribunal declaró en aquél, esto es, que dependiendo del resultado de los procesos judiciales podría reasumir la jurisdicción.

### **3. EL LAUDO. SU NATURALEZA JURÍDICA**

Tal cual resulta evidente, el referido laudo no resolvió las cuestiones de fondo planteadas por las partes, vale decir, los puntos controvertidos. Esta constatación nos conduce a cuestionar si, pese a ello, lo decidido por los árbitros podía ser considerado en estricto como un laudo, o si se trataba de una simple resolución que, en consecuencia, no ponía fin al proceso arbitral.

En este punto, entonces, nos corresponde analizar si, en el fondo el referido laudo era, en definitiva, un laudo, para lo cual debemos recurrir a la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572).

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 50 de la citada norma, el laudo de derecho debe contener seis requisitos que se establecen con toda precisión:

Artículo 50.- *«Contenido del laudo de derecho.»*

El laudo de derecho debe contener:

1. Lugar y fecha de expedición;

2. Nombre de las partes y de los árbitros;
3. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes;
4. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión;
5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; y
6. La decisión».

Señalados cuales son esos requisitos, debemos ahora evaluar si, en efecto, el laudo inhibitorio objeto de nuestro estudio cumplía con cada uno de ellos.

1. *Lugar y fecha de expedición*

El laudo en cuestión sí cumplió con este requisito.

2. *Nombres de las partes y de los árbitros*

En la primera página del mencionado laudo, se encontraban señalados expresamente los nombres completos de las partes y de los árbitros.

3. *La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes*

En relación a este requisito, debemos advertir que en la parte relativa a *Vistos* se hacía referencia a las alegaciones de las partes, con precisión, además de haber quedado claras cuáles eran las cuestiones sometidas a arbitraje, de donde se sigue que también se cumplió con este tercer requisito.

4. *Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión*

Es, precisamente, por haber optado no resolver las cuestiones de fondo y declarar la inhibición del Tribunal para la expedición del laudo que en los *Considerandos* que obran, se analizan cuáles son los medios probatorios en que se sustenta la ulterior decisión del propio Tribunal, en el sentido de declarar su inhibición.

Si bien es cierto que la valoración de las pruebas no era una valoración tendiente a resolver las cuestiones de fondo o pretensiones planteadas por las partes, dicho análisis existió y más allá de esta consideración, valoró las pruebas en que se sustentó la decisión del Tribunal, que es precisamente la decisión inhibitoria.

5. *Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas*

En los *Considerandos* del laudo arbitral se analizaron los fundamentos de hecho y de derecho, por los cuales el Tribunal decidió que no podía pronunciarse sobre las pretensiones contenidas en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos.

Esto significa que sí existieron en el laudo fundamentos de hecho y de derecho para *no poder aceptar* las pretensiones formuladas por las partes.

Y hemos resaltado la frase *no poder aceptar*, por cuanto el Tribunal no aceptó propiamente las pretensiones (es decir, declarándolas fundadas), pero tampoco las rechazó. El Tribunal Arbitral lo que hizo fue justificar su inhibición señalando que era necesario que primero se resuelvan otros procesos sobre nulidades que, al tiempo del proceso arbitral, se encontraban en curso en el Poder Judicial.

En todo caso, este quinto requisito sí se cumplió en tanto, reiteramos, en el laudo se encontraban los fundamentos de hecho y de derecho con los que el Tribunal Arbitral justificó su decisión para no admitir, así como también para no rechazar, las respectivas pretensiones.

## 6. *La decisión*

Tal cual adelantamos en nuestra introducción, en el laudo se resolvió en el sentido de declarar la inhibición del Tribunal Arbitral, advirtiendo, asimismo, que podría reasumir jurisdicción sobre el proceso. Además, y esto es importante señalar, se dispuso que cada parte asuma los gastos del arbitraje en los montos en que respectivamente habían incurrido.

Lo más curioso de las decisiones adoptadas en el laudo fue, sin duda, que a entender del propio Tribunal Arbitral, existiría la posibilidad de que, una vez resueltos los procesos judiciales pendientes, se retomara el proceso arbitral y se pudiera expedir un *segundo laudo* en el que se resuelvan las cuestiones de fondo.

Debido al carácter exótico que poseía dicha postura, juzgamos más apropiado examinarla de modo especial en el siguiente apartado de nuestro ensayo.

En esta parte basta con destacar que, más allá de lo idóneo o eficaz de la decisión adoptada por los árbitros, no se podía negar que, en estricto, el laudo cumplía con el sexto requisito. El Tribunal Arbitral tomó la decisión de inhibirse y, de igual manera, adoptó una decisión respecto de la distribución de los gastos que generó el proceso arbitral.

Luego de haber analizado los seis requisitos que debe contener todo laudo arbitral de derecho, y de haber demostrado que el laudo que es materia de nuestro estudio los contenía, debemos concluir en que el mismo, indudablemente, tenía la naturaleza jurídica

del laudo, esto, sin mencionar que el propio Tribunal así lo consideró al llamarlo *laudo*, como lo hizo en diversos extremos del mismo, incluso titulándolo *laudo arbitral de derecho*.

Además, su estructura fue la de un típico laudo y, por añadidura, la Secretaría Arbitral del respectivo Centro Arbitraje que administró el proceso, también lo consideró así, al denominarlo como *laudo arbitral de derecho* en la carta en la que lo notificó a las partes.

Sin perjuicio de esta afirmación, no podemos negar que, en realidad, la parte resolutoria del laudo arbitral constituyó una figura verdaderamente atípica, en la medida de que no se encontraba contemplada por la propia ley de manera expresa, lo que no implicaba, sin embargo, que sea ilegal.

Nos explicamos.

De acuerdo al artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, los árbitros pueden decidir (resolver) respecto de su propia competencia. Así, los árbitros son los llamados a determinar si el convenio arbitral es válido y/o respecto de la procedencia de la vía arbitral como medio de resolución de la controversia que se somete ante ellos:

Artículo 39.- *«Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia.»*

Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral. La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada».

Del texto de la norma trascrita se infiere que, en principio, la falta de competencia debe ser alegada por las partes al inicio del proceso, dentro de un plazo determinado. Los árbitros, sin embargo, también se encuentran facultados para determinar su competencia de oficio, con la diferencia de que, en ese caso, la ley no exige que ello se realice en un plazo determinado.

#### **4. ALCANCES DEL LAUDO INHIBITORIO**

Si bien hemos llegado a la conclusión de que el laudo inhibitorio materia de este artículo, pese a su peculiaridad, sí cumplió con los requisitos exigidos por ley para ser considerado como un laudo, corresponde determinar cuáles son sus alcances, y, más



concretamente, determinar si lo dispuesto por los árbitros al inhibirse podría o no cumplirse.

Nos explicamos.

Una de las características más particulares del laudo inhibitorio que analizamos, consistió en que los árbitros, además de inhibirse, señalaron que en caso de desestimarse las demandas judiciales sobre impugnación de acuerdos y nulidad de contrato de compraventa, *podrán quedar como cuestiones pendientes de resolverse las nulidades parciales o las ineficacias parciales que como puntos controvertidos han sido fijadas en el proceso arbitral.*

Y ¿cómo se resolverían estas *cuestiones pendientes*? ¿Qué, acaso es posible que un proceso arbitral en el que ya se emitió un laudo, pueda reabrirse? ¿Qué, acaso el Tribunal Arbitral que expidió el laudo puede, porque él mismo lo dispone en dicho laudo, reasumir la jurisdicción, de cumplirse determinada condición (desestimarse las demandas judiciales)?

La respuesta a tales interrogantes únicamente la podemos encontrar si revisamos algunas de las ideas más básicas, pero a su vez más esenciales, del proceso arbitral y del laudo.

Así, debemos de partir de la premisa, por todos aceptada, de que a través del laudo, los árbitros resuelven las controversias surgidas entre las partes. El laudo responde a la convicción que se han formado los árbitros luego de haber estudiado y evaluado las posiciones de las partes y evaluado el mérito de los medios probatorios.

El dictado del laudo es, así, la forma en que los árbitros dan cumplimiento a su cometido principal. El procedimiento que previamente han seguido y las resoluciones intermedias que van impulsándolo, no son sino actos mediante los cuales se va preparando el acto decisorio, objetivo final del arbitraje. Cuando se acuerda someter ciertas controversias a arbitraje, lo que se pretende es que ellas sean resueltas por los árbitros de manera definitiva, y ello se materializa en el laudo; las otras resoluciones forman parte del camino que se recorre para arribar a esa decisión.<sup>219</sup>

En principio, el laudo, en tanto pronunciamiento final de los árbitros, debería referirse a todos los puntos controvertidos que han sido materia del proceso arbitral; no obstante, como ya anotamos, en este caso estamos en presencia de un laudo inhibitorio que, por consiguiente, no se pronunció respecto de los temas de fondo.

El laudo es definitivo, salvo que las partes soliciten su aclaración, corrección o integración, y pone fin al proceso y determina la conclusión de las funciones de los árbitros.<sup>220</sup>

En tal sentido, no entendemos cómo el Tribunal Arbitral, en el caso estudiado, resolvió en el laudo que las controversias serían resueltas en un *segundo laudo*, que sería emitido cuando ya el proceso arbitral finalizó y por un Tribunal Arbitral que ya no era competente para ello.

La única posibilidad de que existan dos laudos en un mismo proceso arbitral se presenta cuando estamos frente a un laudo preliminar.

El laudo preliminar, tal cual comenta Vidal Ramírez,<sup>221</sup> se puede dictar cuando una de las partes se allana a una o más pretensiones de la otra, pero no a todas, siendo éste un laudo parcial, al contrario del laudo definitivo en donde los árbitros se pronunciarán en torno a las otras pretensiones (que no han sido materia de allanamiento).

En el proceso arbitral que finalizó con el laudo inhibitorio, la parte demandada nunca se allanó a alguna de las pretensiones formuladas por la parte demandante.

De lo anterior se sigue claramente que no existió sustento jurídico para pretender que —luego del resultado de los procesos pudiera existir un segundo laudo, diferente al Laudo por el cual el Tribunal Arbitral se inhibió de pronunciarse sobre los puntos controvertidos.

A ello habría que agregar que, de emitirse un segundo laudo, éste —además de contrariar la esencia misma del arbitraje y la idea de laudo como pronunciamiento final y definitivo de todo proceso arbitral—, no cumpliría con otro requisito esencial, esto es, el de expedirse dentro de un plazo establecido previamente, ya sea el establecido en la Ley, en el Reglamento o en las reglas procesales fijadas en el Acta de Instalación de Arbitraje.<sup>222</sup>

El proceso arbitral concluyó y no podrá reabrirse nunca.

En adición a lo expuesto y en lo que se refiere al segundo punto de la parte resolutive del laudo, era claro que el mismo no contenía una decisión que de alguna forma pudiera ser considerada como provisional, en la medida de que se ordenaba que las partes corriesen en iguales proporciones con los gastos que había ocasionado el arbitraje.

En ese orden de ideas, mal podría pensarse en que en el futuro un *nuevo laudo* volviera a resolver lo que en materia de gastos arbitrales ya había quedado absolutamente resuelto en virtud del laudo inhibitorio.

## 5. ¿QUÉ MEDIDAS HUBIESE PODIDO ADOPTAR LA PARTE QUE SE VIÓ PERJUDICADA CON EL LAUDO INHIBITORIO?

No cabe duda de que el laudo inhibitorio puso punto final al proceso arbitral de la referencia, lo que en la práctica implicó un bloqueo procesal de todos y cada uno de los reclamos de la parte demandante, pues, a estas alturas, resulta de palmaria evidencia que el Tribunal Arbitral que conoció el proceso, legalmente hablando, no podría reabrirlo nunca.

Así, pese a que en el laudo no se resolviera los temas de fondo y, por lo tanto, en estricto no supuso el rechazo de las pretensiones del demandante, lo cierto es que, por cuanto tampoco las aceptó, sería a éste y no al demandando a quien podría calificarse como la *parte perdedora* del proceso. No olvidemos que el emandante fue quien impulsó inicialmente el proceso arbitral, quien acudió al Tribunal Arbitral a fin de que sus pretensiones fueran oídas y amparadas.

Si partimos de la premisa de que la parte demandada se vio perjudicada por el laudo inhibitorio, cabe preguntarnos qué medidas podría haber adoptado ella frente al laudo.

Dicha pregunta nos presenta, básicamente, tres posibles escenarios:

### **5.1. *La parte demandante podría haber esperado que finalicen los procesos judiciales a los que hace referencia el laudo***

Si la parte demandante hubiera optado por esperar la finalización favorable de los procesos judiciales, tampoco hubiera podido lograr sus objetivos arbitrales haciendo que el Tribunal reasuma funciones. Resulta evidente que la parte demandada, a quien procesalmente sí le resultó favorable el laudo inhibitorio, hubiera reaccionado frente a esa situación adoptando las acciones constitucionales correspondientes para impedirlo.

Además, en el improbable caso de que el Tribunal Arbitral sí hubiera reasumido sus funciones, el nuevo laudo habría sido susceptible de ser anulado ya que, como señaláramos anteriormente, no cumpliría con el requisito de ser expedido dentro del plazo establecido en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Así, en el hipotético caso de que la parte demandante hubiera querido esperar la finalización favorable de los procesos judiciales y hacer que el Tribunal Arbitral reasuma sus funciones y laude, estaría siguiendo un camino con final conocido, pues dicho hipotético *segundo laudo arbitral*, recaído en el mismo proceso arbitral, sería, indudablemente, anulado. Repetimos, ese hipotético segundo laudo, se habría expedido fuera del plazo para laudar, habida cuenta de que los plazos para laudar y las prórrogas contempladas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, son materias de orden

público, no estando ningún Tribunal Arbitral, autorizado por ley para prorrogar los plazos más allá de lo establecido en dicha Acta de instalación. Si lo hiciese, dicho laudo podría ser fácilmente anulado.

## **5.2. La parte demandante podría haber presentado un recurso de anulación**

Si la parte demandante hubiera decidido no esperar y, más bien, cuestionar el laudo inhibitorio, habría podido interponer un recurso de anulación ante el Poder Judicial. Pero, ¿habría tenido una causal sobre la cual fundamentar la presentación de su recurso?

Como sabemos todos, para que proceda el recurso de anulación que se interpone, se requiere invocar alguna de las causales contempladas en el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. En ese orden de ideas, corresponde analizar si es que existiría alguna causal de anulación del referido laudo arbitral. Para tal efecto, vamos a revisar las causales de anulación contenidas en el mencionado artículo 73:

1. *El laudo podrá ser anulado cuando se pruebe la nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39 de la propia ley.*

En el proceso arbitral en cuestión, la parte demandante siempre sostuvo que el Tribunal Arbitral era competente para conocer el caso; en tal sentido, resulta claro que no podría haber invocado la nulidad del laudo en función de esta causal.

2. *El laudo podrá ser anulado si una parte prueba que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa, habiendo sido el incumplimiento u omisión objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.*

En lo que respecta a la notificación de la designación de los árbitros o de las actuaciones arbitrales, no hubo mayor problema a lo largo del proceso. El ejercicio del derecho de defensa se respetó a lo largo de todo el proceso, independientemente de que las resoluciones puedan no haber sido del agrado de las partes.

3. *El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al convenio de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflicto con una disposición legal de la que las partes no pudieran apartarse o, a*

*falta de convenio, que no se han ajustado a dicha disposición, siempre que la omisión haya sido objeto de reclamo expreso en su momento por la parte que se considere afectada, sin ser subsanado oportunamente.*

Durante el proceso arbitral en ningún momento se discutió sobre la composición del Tribunal Arbitral, razón por la cual ella no podría constituir causal de anulación en favor de ninguna de las dos partes.

4. *El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que se ha laudado sin las mayorías requeridas.*

Esta causal tampoco se configuró, ya que el laudo inhibitorio fue adoptado por unanimidad en el Tribunal Arbitral.

5. *El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que se ha expedido el laudo fuera del plazo, siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por escrito a los árbitros, antes de ser notificada con el laudo.*

El laudo sí fue expedido dentro del plazo para laudar, de donde se sigue que la parte demandante tampoco podría ampararse en esta causal.

6. *El laudo arbitral podrá ser anulado si una parte prueba que se ha laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a la decisión de los árbitros. En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.*

Sin duda, el laudo en cuestión si de algo no pecó fue de fallar sobre materia no controvertida. Cabe señalar que, tal cual se aprecia claramente, la inhibición y las consideraciones que la sustentaron no encuadraban dentro de esta causal de anulación, por lo que las partes no hubiesen podido invocarla.

7. *Finalmente, el laudo arbitral podrá ser anulado de oficio por el juez que conoce del recurso de anulación, total o parcialmente, si resultara que la materia sometida a la decisión de los árbitros, no pudiera ser, manifiestamente, objeto de arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo primero de la Ley N° 26572. La anulación parcial procederá sólo en el caso de que la parte anulada sea separable del conjunto del laudo.*

Es evidente que esta causal tampoco se configuró, por lo que ninguna de las partes hubiese podido invocarla.

Dicho esto y habiendo estudiado una por una las siete causales de anulación de los laudos arbitrales, taxativamente contempladas por el artículo 73 de la Ley General de Arbitraje resulta innegable que, en realidad, la parte demandante no tenía ninguna causal para anular el laudo inhibitorio. Esta constatación nos permite afirmar que a pesar de tratarse de un laudo inhibitorio que, en definitiva, no resolvía los asuntos de fondo, sí constituyó una sentencia firme y, en consecuencia, para beneficio o perjuicio de la parte demandante, la materia sometida a arbitraje en ese proceso nunca podría volver a ser reclamada.

### ***5.3. La parte demandante podría interponer una acción de amparo.***

La tercera posibilidad sería que, una vez agotadas todas las vías previas,<sup>223</sup> la parte demandante interpusiera una acción de amparo.<sup>224</sup>

En un marco como ese y también dentro del terreno de las hipótesis, tendríamos que preguntarnos cuál sería la causal sobre la cual se sustentaría la interposición de tal recurso.

Para tal efecto, tendríamos que recurrir a lo dispuesto por el inciso 16 del artículo 37 del Código Procesal Constitucional, Ley n.º 28237, el mismo que establece que la acción de amparo procede, entre otros casos, con respecto de la tutela procesal efectiva,<sup>225</sup> derecho también contenido en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución Política.

Decimos esto, pues los demás derechos para los que procede el amparo, no tienen nada que ver con la materia objeto del presente artículo.

Dentro de tal orden de ideas, si centráramos la causal en el debido proceso y la tutela jurisdiccional, la acción de garantía sólo procedería en los términos establecidos en el artículo 2 del propio Código Procesal Constitucional, es decir, en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio.

Si seguimos especulando, la parte demandante podría haber interpuesto una acción de amparo sosteniendo que el Tribunal Arbitral que conoció el proceso violó su derecho a un debido proceso y a la tutela jurisdiccional, inhibiéndose de laudar, a pesar de que, en virtud de lo dispuesto en el Acta de Fijación de Puntos Controvertidos y Saneamiento del Proceso, debería haber resuelto la materia de fondo.

No obstante, en ese supuesto, habría existido un problema considerable en perjuicio de los intereses de la parte demandante, el mismo que consiste en el hecho de que el citado artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política del Perú, señala que la acción de amparo no procede contra normas legales *ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular*. Y es evidente que el proceso arbitral, aunque muy peculiar debido al contenido del laudo con el que culminó, fue un proceso regular.

Lo anterior no significa que la parte demandante no hubiera tenido alguna posibilidad de éxito en un amparo contra el laudo; sin embargo, esa posibilidad no hubiera sido significativa en la medida de que dicha acción hubiera tenido un inconveniente formal muy serio al interponerse contra una resolución arbitral, la misma que, dentro del ordenamiento legal peruano, para efectos del tema bajo tratamiento, se equipara en el plano formal a una resolución judicial, emanada de un procedimiento regular.

De declararse fundada la acción de amparo, se podría forzar a los miembros del Tribunal Arbitral a que lauden nuevamente y sí se pronuncien respecto de los puntos controvertidos sometidos al proceso arbitral.

## **6. ¿Y SI EL LAUDO INHIBITORIO CONTRADIJERA UN PRONUNCIAMIENTO ANTERIOR DEL PROPIO TRIBUNAL ARBITRAL?**

Tal cual hemos advertido, nosotros consideramos que, en realidad, el Tribunal Arbitral no tenía fundamentos para inhibirse.

Así, al no haber identidad entre los procesos judicial y arbitral aludidos, no procedía que el Tribunal declarase su inhibición, pues sólo en los procesos idénticos existe el riesgo de sentencias contradictorias, que es lo que la excepción de litispendencia pretende evitar.

Ahora bien, a lo largo de nuestro análisis le hemos restado importancia a este dato, no obstante, consideramos necesario, tras todo lo visto, reflexionar al respecto.

No vamos a centrar nuestra atención en la existencia o no de litispendencia. Lo que vamos a hacer es seguir usando nuestra imaginación para determinar qué podría haber ocurrido en caso de que el demandado hubiera deducido oportunamente una excepción de litispendencia,<sup>226</sup> el Tribunal —también oportunamente— se hubiera pronunciado rechazándola, y, sin embargo, al laudar se hubiera inhibido justificando su decisión, justamente, en la litispendencia.

¿Cómo podría justificarse que el Tribunal, primero, decida y se conduzca en un sentido para, luego, pronunciarse de manera contradictoria?

Al resolver la excepción de litispendencia, el Tribunal habría reafirmado su competencia y así habría actuado durante el desarrollo de todo el proceso, no obstante, al final se habría pronunciado de manera opuesta, admitiendo que, en verdad, esa excepción de litispendencia que rechazó debió ser aceptada.

Un supuesto como el que acabamos de plantear debería escandalizar a todos, y, claro está, provocar en la parte demandante una enorme indignación.

En este escenario, ¿qué remedios ofrece nuestro ordenamiento jurídico?, ¿qué podría hacer la parte demandante?

La Ley General de Arbitraje no brinda una solución específica al respecto. El legislador, al prever los supuestos que podrían configurarse y las consecuencias jurídicas que deberían atribuírseles, no consideró la posibilidad de que los árbitros se condujeran de manera tan contradictoria.

Así las cosas, la parte demandante tendría que tratar de estirar al máximo y, probablemente sin éxito, los alcances propios del recurso de anulación y de la acción de amparo.

Y es que, por más injusta o ilógica que pudiera resultar una situación como la esbozada, no encajaría, en estricto, en alguna de las causales taxativas de anulación del laudo, ni tampoco en las que dan lugar a la acción de amparo.

La parte demandante podría tratar sustentar su recurso de anulación y —de ser éste declarado improcedente o infundado— su acción de amparo, en una violación a su derecho de defensa.

Esa violación a su derecho de defensa podría llegar a cuestionarse, considerando que la excepción de litispendencia sí fue discutida durante el proceso arbitral y, en todo caso, los árbitros tienen la facultad para pronunciarse sobre su falta de competencia.

Mejor opción sería que sustentara su recurso de anulación en la violación del debido proceso. Para ello, tendría que argumentar que con su conducta, los árbitros vulneraron la seguridad jurídica que debe primar en todo proceso arbitral y que inspira no sólo a los procesos arbitrales, sino a todo el ordenamiento jurídico.

Nos explicamos.

El principio de preclusión procesal impone que una vez concluida una etapa procedimental, lo allí resuelto se considera definitivo. De esto se sigue que concluida la etapa de alegaciones, en la cual la parte demandada presentó la excepción de



litispendencia y el Tribunal Arbitral decidió que ella no era fundada, en la etapa decisoria, el Tribunal ya no puede cambiar su opinión y, prácticamente, deshechar y hacer inútil todo lo actuado.

Lo anterior nos permite afirmar que, en definitiva, no sería nada seguro que la parte demandante obtenga una resolución favorable al interponer esos *remedios* jurídicos.

¿Qué confianza tendrían las partes en un proceso arbitral donde ello fuera posible?

Pese a que un supuesto como el que acabamos de imaginar resulta de lo más exótico, ello no implica que sea susceptible de configurarse y requiera de una solución que, por el momento, nuestro Derecho no ofrece.

## 7. CONCLUSIONES

Es natural que el laudo materia de nuestro análisis haya causado extrañeza no sólo a las partes, sino también a todo el personal (secretarios arbitrales y secretaría administrativa) del Centro de Arbitraje que tuvo a su cargo su administración.

Y ello es así, en la medida de que no existen antecedentes conocidos con respecto a otro laudo en donde el Tribunal haya seguido el mismo proceder.

A pesar de su singularidad, lo cierto es que, como hemos constatado, el hecho de que el laudo termine siendo un laudo inhibitorio, no hizo que pierda la condición jurídica de laudo.

La parte demandante —al ser ella quien se habría perjudicado, en la medida de que en el laudo aunque no se rechazaron sus pretensiones tampoco se aceptaron—, podría interponer un recurso de anulación que, sin embargo y en estricto, no debería proceder por no configurarse ninguna de las causales previstas en la Ley General de Arbitraje.

En caso de que el recurso de anulación fuera denegado —lo que, reiteramos, debería ocurrir—, la parte demandante podría interponer una acción de amparo, la que posiblemente tampoco proceda en tanto nuestro ordenamiento jurídico equipara el laudo a una sentencia judicial. Así, en la medida de que el laudo inhibitorio fue expedido siguiendo un procedimiento regular, la acción de amparo no procedería.

Ahora bien, tomando como punto de partida nuestra primera conclusión, esto es, que el laudo inhibitorio tiene la naturaleza jurídica de un laudo, no podemos dejar de resaltar que el Tribunal Arbitral cometió un error imperdonable al señalar que —

dependiendo de lo que se resuelva en los procesos judiciales a los que hace referencia y en cuya existencia justifica su inhibición— podría reasumir jurisdicción.

El laudo inhibitorio, aunque no resolvió los temas de fondo, puso fin al proceso arbitral y tuvo la calidad de cosa juzgada. No existe posibilidad alguna, aunque el Tribunal sostenga lo contrario, de que se expida un *segundo laudo*.

La única posibilidad de que existan dos laudos en un mismo proceso arbitral se presenta cuando estamos frente a un laudo preliminar y éste, obviamente, no es el caso.

Por otro lado, el *segundo laudo* no cumpliría con una característica propia de los laudos: el expedirse dentro de un plazo establecido previamente y, por lo mismo, podría interponerse un recurso de anulación que, no lo dudamos, debería ser declarado fundado.

Ese error hubiera sido mucho más grosero, si la inhibición se hubiera sustentado en una excepción resuelta en sentido contrario por el mismo Tribunal Arbitral. Y lo peor del caso es que la parte que se vería afectada (demandante) prácticamente no tendría posibilidades de cuestionar ese laudo.

Lima, agosto del 2005.

**LAS MEDIDAS CAUTELARES Y  
EL LAUDO ARBITRAL**

Por Mario Castillo Freyre

**LAS MEDIDAS CAUTELARES Y  
EL LAUDO ARBITRAL**

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 82 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE.— 2. LÍMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 82.

## 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 82 DE LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE

Uno de los temas que no han sido objeto de estudio en el marco del Derecho Arbitral Nacional es el relativo a los alcances de los artículos 82 y 83 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

Concretamente nos referimos a la facultad establecida en el artículo 82 en el sentido de que la parte que ha obtenido un laudo favorable, puede solicitar ante los Tribunales de Justicia se le conceda una medida cautelar para asegurar la efectividad del laudo.

Artículo 82.- *«Medida cautelar estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación*  
Sin perjuicio de la interposición del recurso de anulación o del recurso de apelación ante el Poder Judicial, la parte interesada podrá solicitar al Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas, que dicte las medidas conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo. La petición de medida cautelar se formulará por escrito, acompañando copia del convenio arbitral, del laudo y su notificación.

El Juez resolverá en el plazo de tres (3) días. El auto que dicte es apelable sin efecto suspensivo dentro de los tres (3) días siguientes de notificado. La instancia superior resolverá dentro de los cinco (5) días de elevados los actuados».

Como puede apreciarse, el artículo 82 establece la posibilidad de solicitar esta medida cautelar una vez de emitido el laudo.

En tal sentido, correspondería preguntar ¿cuándo, formalmente hablando, hay laudo?

De conformidad a lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje, en su artículo 54, a solicitud de parte, formulada dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación, o por propia iniciativa de los árbitros, dentro del mismo plazo, éstos pueden corregir errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográficos y de naturaleza similar.

La citada norma agrega que dentro del plazo indicado, los árbitros pueden también integrar el laudo si se hubiese omitido resolver algunos de los puntos materia de controversia.

La figura de la integración busca salvar la posible deficiencia del Laudo respecto de la omisión de alguno de los puntos sometidos a decisión del Tribunal Arbitral.

Por su parte, el artículo 55 de la citada Ley contempla la aclaración del laudo, la misma que se deberá solicitar dentro del plazo señalado en el párrafo anterior.

Los plazos para resolver estos recursos son de cinco (5) días, prorrogables a diez (10) días más.

Dentro de tal orden de ideas, es importante subrayar lo dispuesto por el último párrafo del citado artículo 55, en el sentido de que la aclaración forma parte del laudo.

Si bien la Ley General de Arbitraje no define en qué consiste la aclaración, el artículo 406 del Código Procesal Civil —cuyos principios consideramos adecuados para interpretar el alcance del recurso— sí lo hace.

Así, de acuerdo con el referido artículo del Código Procesal Civil, la aclaración tiene el siguiente alcance:

Artículo 406.- *«Aclaración»*.-

El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.

El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable».

En efecto, en el proceso arbitral, la aclaración tiene por objeto solicitar al árbitro que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.

Nótese que el Código Procesal Civil señala que lo único que procede aclarar es la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y sólo excepcionalmente la parte considerativa en cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

Asimismo, es necesario resaltar que a pesar de que la Ley no lo dice expresamente, resulta obvio que la resolución que corrige o integra un laudo, también forma parte del laudo.

Con ello queremos expresar que el contenido de un laudo arbitral no se encuentra definido hasta el momento en el cual el Tribunal Arbitral lo integre, corrija o aclare, en la medida en que dicho contenido podría variar de manera accesorio o considerable.

Vamos a citar sólo tres ejemplos ilustrativos.

En materia de corrección, podría ocurrir que un laudo haya ordenado el pago de US\$900,000.00, pero en realidad se trate de un error tipográfico de transcripción, pues la cifra correcta era de sólo US\$9,000.00.

En tal caso, resulta obvio que el laudo no estaría conformado por la resolución que mencionaba los US\$900,000.00, por sí sola, sino que formará parte de dicho laudo la resolución que lo corrige.

En otras palabras, para el Derecho, el laudo no habrá dicho US\$900,000.00 sino sólo US\$9,000.00.

Un segundo ejemplo estaría referido a la integración del laudo. Ello en la medida de que el Tribunal Arbitral podría no haber resuelto una de las pretensiones de las partes.

La resolución en la que sí se resuelva dicha pretensión, obviamente integrará el laudo.

Lo propio ocurriría en el caso inverso, atípico pero posible, en el cual el Tribunal Arbitral haya resuelto una materia que no constituyó objeto de pretensión por las partes, es decir, que ellas no sometieron a su decisión.

Para estos efectos, la ley no contempla un remedio específico, pero la materia se conoce en doctrina como *exclusión*.

Si una de las partes pidiera la exclusión de un punto (no sometido a su decisión) contenido en el laudo y el Tribunal Arbitral accediera a su pedido, entonces, en definitiva, excluido dicho punto, el mismo —jurídicamente hablando— no formará parte del laudo.

Lo propio ocurre con la aclaración de los laudos, en la medida en que podría ocurrir que uno de los puntos resueltos no haya quedado lo suficientemente claro como para proceder a una ejecución ordenada del mismo.

En estos casos, la parte que se sienta perjudicada podrá pedir dicha aclaración y una vez resuelta esta última, recién se conocería el verdadero sentido de lo dispuesto por el Tribunal Arbitral.

Todo lo que hemos señalado resulta muy importante a efectos de ratificar la consideración en el sentido de que el laudo no es tal para el Derecho cuando el Tribunal todavía no ha resuelto los recursos de corrección, integración, exclusión (que como hemos dicho es atípico) y aclaración del laudo.

Tan es así que sólo se puede demandar la anulación de un laudo, una vez que éste haya sido corregido, integrado, excluido y aclarado.<sup>227</sup>

Prueba de ello es que el artículo 71 de la Ley General de Arbitraje establece que el plazo para la interposición del recurso de anulación ante el Poder Judicial (Sala Comercial de la Corte Superior del lugar de la sede del arbitraje competente al momento de presentar la anulación) se computará desde el día siguiente de notificado el laudo arbitral, salvo cuando se hubiera solicitado la corrección, integración o aclaración del laudo, caso en el cual el plazo para demandar la anulación empezará a correr a los diez (10) días de notificada la resolución del Tribunal Arbitral que resuelva la corrección, integración o aclaración.

Y esto es evidente, en la medida de que la anulación del laudo se interpone sobre un *producto* ya acabado, es decir, sobre un laudo ya concluido en su contenido y forma.

Y no sólo eso, sino que mientras no se resuelvan —dentro de los plazos previstos por la Ley— los referidos recursos de corrección, integración y aclaración, es el Tribunal Arbitral el único competente para conocer acerca del proceso arbitral, así como de cualquier medida cautelar que alguna de las partes quisiera solicitar mientras no se haya resuelto la corrección, integración y aclaración del laudo.

Prueba de ello es que el Capítulo Sexto del Título Tercero de la Ley General de Arbitraje establece en su Título Único las medidas cautelares y la ejecución del laudo, distinguiendo —con toda nitidez— los supuestos de medidas cautelares en sede judicial (artículo 79), medidas cautelares en sede arbitral (artículo 81) y medidas cautelares estando pendiente el recurso de anulación del laudo (artículo 82).

Con esto queremos decir que la Ley General de Arbitraje claramente distingue estos tres momentos; es decir, la etapa pre arbitral, la etapa arbitral y la etapa post arbitral.

En la etapa pre arbitral, es decir, hasta antes de la iniciación del arbitraje, el órgano competente para solicitar una medida cautelar, por razones obvias, es el Poder Judicial y así lo establece el artículo 79 de la referida Ley, cuando señala que «las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la iniciación del arbitraje, no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él».

En el artículo 81 se regulan las medidas cautelares en sede arbitral. Su texto es el siguiente:

*Artículo 81.- «Medida cautelar en sede arbitral»*

En cualquier estado del proceso, a petición de cualquiera de las partes y por cuenta, costo y riesgo del solicitante, los árbitros podrán adoptar las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir contracautela a quien solicita la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si su pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

Contra lo resuelto por los árbitros no procede recurso alguno. Para la ejecución de las medidas, los árbitros pueden solicitar el auxilio del Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas. El Juez, por el solo mérito de la copia del convenio arbitral y de la resolución de los árbitros, sin más trámite procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna».

No vamos a transcribir la norma relativa a la medida cautelar post arbitraje, pues ya hemos copiado el texto del artículo 82 de la Ley General de Arbitraje.

Sin embargo, queremos subrayar que es presupuesto básico para solicitar una medida cautelar post arbitraje, el que esté pendiente de interposición el recurso de anulación.

Y, como todos sabemos, no se pueden interponer recursos mientras no se está habilitado para ello. Como es evidente, si se hubiera planteado recurso de aclaración ante el Tribunal Arbitral, no se estaría habilitado para interponer el referido recurso de anulación del laudo; ello, pues ni siquiera habría empezado a correr el plazo para interponer el recurso de anulación.

Y ¿cuál es la conclusión de todo este razonamiento?

Muy simple: que mientras no se resuelvan los recursos de corrección, integración y aclaración, el Tribunal Arbitral no pierde competencia para conocer de las eventuales medidas cautelares que desearan solicitar las partes; y, además, como correlato de ello, que los tribunales ordinarios no han readquirido aún competencia para tal efecto.

## **2. LÍMITES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL ARTÍCULO 82**

El primer punto que debemos preguntarnos al analizar el tema de los límites de las medidas cautelares es el relativo a si los tribunales de justicia tienen —al amparo del artículo 82 de la Ley General de Arbitraje— las más amplias facultades para ordenar las medidas cautelares solicitadas.

El texto del citado artículo 82 no establece expresamente límites al respecto. Sin embargo, dicha norma no puede ser interpretada de manera aislada del artículo 83 de la propia Ley, precepto relativo a la ejecución del laudo arbitral.

El texto del referido artículo 83 es el siguiente:

*Artículo 83.- «Ejecución del laudo*

El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente al de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzosa ante el Juez Especializado en lo Civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda en la fecha de la solicitud, cuando no hubiera podido ser ejecutado por los propios árbitros o por la institución organizadora en rebeldía del obligado, con las facultades que a aquéllos o a ésta se les hubiesen otorgado en el convenio».

Como puede apreciarse, es presupuesto de la aplicación del artículo 83 el que el laudo arbitral haya quedado consentido o ejecutoriado, es decir, que se trate de un laudo arbitral firme.

Y, como nosotros sabemos, dentro de nuestro ordenamiento legal, un laudo arbitral queda firme si es declarado infundado o, si es desestimado, en general, el recurso de anulación que se interponga sobre él.

Y más allá de esa situación, el Tribunal Constitucional ha establecido en reciente jurisprudencia,<sup>228</sup> que es posible interponer una acción de garantía (acción de amparo) por violación del debido proceso en caso no hubiere prosperado la anulación de un laudo arbitral y estuviésemos en presencia de una violación de esa naturaleza.

Además, luego de que resuelva en última instancia dicha acción de amparo el Tribunal Constitucional, la parte afectada tendría su derecho expedido para recurrir a instancias internacionales; a saber: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Esto implica que un laudo arbitral impugnado no puede ser ejecutado hasta que se resuelva la anulación del mismo y, eventualmente, tampoco podría serlo si se concediesen medidas cautelares ante una demanda de amparo, en caso de haberse desestimado el recurso de anulación.

En este estado de nuestro análisis tenemos que preguntarnos si es que el artículo 83 pone o no límites indirectos o implícitos a las medidas cautelares post arbitraje, susceptibles de ser interpuestas a la luz del artículo 82 de la referida Ley.

La respuesta afirmativa se impone.



Decimos esto, en la medida de que si el artículo 82 permitiera cualquier tipo de medida cautelar, en la práctica lo que estaría permitiendo dicha norma sería una ejecución anticipada del laudo y, si ese fuese el caso, entonces, carecería de sentido el artículo 83 de la Ley, habida cuenta de que en el fondo, ambas normas tratarían acerca de la misma materia.

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro para nosotros que el artículo 82 de la Ley tiene límites y éstos están dados por su propio texto que, respecto de las medidas cautelares, establece que éstas deben ser aquéllas que «resulten conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo».

Siguiendo con este razonamiento, corresponde preguntarnos qué implica esta expresión.

A nuestro entender, ella implica se dicten las medidas que resulten necesarias para que el cumplimiento del laudo (que todavía no ha quedado firme, pues eventualmente se podría anular) no resulte imposible en el futuro.

A estos efectos podríamos citar un ejemplo.

Si el laudo ordenase la entrega de determinados bienes a la contraparte, una medida cautelar podría ordenar que tales bienes no se transfieran a terceros, anotándose la misma en la partida registral correspondiente. Pero es evidente que dicha medida cautelar no podría ordenar la entrega del bien a la contraparte, pues tal situación implicaría la ejecución del laudo propiamente dicho. Y si ello fuese así, no habría diferencia alguna entre lo dispuesto por el artículo 82 y lo dispuesto por el artículo 83 de la Ley General de Arbitraje.

Se trata de medidas que tienden a asegurar el cumplimiento del laudo.

En cambio, no aseguraría el cumplimiento del laudo, sino dispondría su ejecución, si es que la medida cautelar ordenase la entrega de los bienes a la contraparte.

En buena cuenta, lo que queremos señalar es que las medidas cautelares post arbitraje sólo podrían girar en torno a disposiciones que impliquen no innovar una situación determinada, es decir, mantener un *statu quo* que no pueda ser variado a capricho de la parte perdedora del arbitraje.

Pero de ninguna manera podrían implicar la ejecución anticipada del laudo.

Decimos esto, habida cuenta de que tal ejecución anticipada podría suponer vulnerar los derechos de la parte perdedora del arbitraje, teniendo en consideración que el laudo podría llegar a ser anulado en los Tribunales ordinarios de Justicia.

De esta forma, se podría llegar al absurdo de entender que a través del artículo 82 de la Ley General de Arbitraje se podría ordenar la ejecución anticipada de un laudo que ulteriormente se anule, es decir, de un laudo que para el Derecho nunca habría existido como tal.

Esta circunstancia, simplemente, sería absurda.

Lima, agosto de 2006.

## **ARBITRAJE Y AMPARO**

Por Carla Estefanía Rodríguez Angulo

## **ARBITRAJE Y AMPARO**

*Carla Estefanía Rodríguez Angulo\**

1. CUESTIONES PREVIAS.— 2. EL CONFLICTO.— 3. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS.— 3.1. LA AUTODEFENSA.— 3.2. LA AUTOCOMPOSICIÓN.— 3.3. LA HETEROCOMPOSICIÓN.— 4. DE LA AUTOCOMPOSICIÓN A LA HETEROCOMPOSICIÓN.— 4.1. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE.— 5. LA JURISDICCIÓN.— 5.1. CONCEPTO.— 5.2. PODERES INMANENTES.— 6. EL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN.— 6. CONCLUSIONES.

## 1. CUESTIONES PREVIAS

Con fecha 28 de febrero del presente año, el Tribunal Constitucional emitió sentencia en el proceso de habeas corpus n.º 6161-2005-PHC/TC.

No es nuestra intención comentar todos los aspectos de la mencionada resolución, pero buscamos resaltar algunas consideraciones en torno a la jurisdicción arbitral y sus relaciones con la jurisdicción ordinaria.

El avance del arbitraje en el Perú corresponde, en una relación inversamente proporcional, a un retroceso del nivel de credibilidad del Poder Judicial y a una disminución de la capacidad de dar respuestas satisfactorias a la sociedad.

Nuestra constitución de 1993, en su artículo 138 establece que: «La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la constitución y a las leyes»; y en su artículo 139 señala: «No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral». De igual modo, el artículo 62 preceptúa: «Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley».

Finalmente, en relación al propio Estado, en el artículo 63 dispone: «El estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley».

Como vemos, nuestra Constitución, al tiempo que garantiza el acceso a la justicia ordinaria, permite a los particulares y aun al Estado, dejar de lado la jurisdicción ordinaria o natural, recurriendo al arbitraje como fórmula alternativa.

El desarrollo de esta institución —el arbitraje— en el mundo ha sido enorme en los últimos años, habiendo devenido en la vía más utilizada para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre éstos y los Estados, lo que le otorga una importancia verdaderamente significativa.

La sentencia del Tribunal Constitucional que recayó sobre el proceso n.º 6167-2005-PHC/TC, señala que a finales del siglo XX y desde la regulación del arbitraje en la mayor parte de las legislaciones del mundo, se concibe a esta institución como el

proceso ideal, en donde los particulares son protagonistas de la dirección y administración de la justicia. El arbitraje se configura como un juicio de conocimiento en donde *jueces particulares* resuelven, a través de un laudo, con toda la amplitud de validez intrínseca y extrínseca de una sentencia judicial.

Por lo demás, el Estado reconoce a la decisión arbitral el valor de cosa juzgada, considerando para tal efecto el procedimiento de ejecución de sentencia judicial, como expresamente señala el artículo 83 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572: «El laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene el valor equivalente a una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en él se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez especializado en lo civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda».

Pero existen conflictos que son resueltos obligatoriamente vía judicatura ordinaria, como son aquellos que tienen que ver con el orden público y las buenas costumbres, la capacidad de las personas, los delitos, los derechos no disponibles, entre otros.

## 2. EL CONFLICTO

El ser humano es un ser social por naturaleza:<sup>229</sup> nacemos, crecemos, nos desarrollamos dentro de un mismo espacio y ámbito histórico y cultural. Por ello, se dice que somos gregarios, pues nacemos y crecemos como miembros de un conjunto de personas llamado sociedad, sin la cual no podríamos existir, porque solos y aislados somos los seres más incapaces e indefensos. Solamente así, podemos subsistir y evolucionar, ya que cada uno de nosotros necesita de los demás y, a la vez, todos los demás necesitan de cada uno de nosotros.

Estas relaciones suponen la existencia de personas distintas, con diferentes puntos de vista, con intereses disímiles, con actitudes y conductas que serán apreciadas por el otro desde una perspectiva diversa. Estas diferencias se encuentran motivadas, en la generalidad de los casos, por la necesidad de la obtención de bienes.

La naturaleza humana y su entorno social imponen al sujeto una gran variedad de carencias que éste aspira a satisfacer. Esta sensación de carencia es lo que se conoce como necesidad y toda aquella entidad que satisface esa necesidad se denomina *bien*, en sentido muy lato. En consecuencia, el sujeto que experimenta la sensación de carencia de algo, aspira a conseguir de algún modo ese *algo*, es decir un bien que considera apropiado para colmar esa carencia. Para ello, se interrelaciona en el hogar, la escuela, la universidad, la oficina, el taller, el club, entre otros.

Es en esta interrelación o intercambio diario que los bienes de la vida juegan un papel desencadenador de los conflictos pues, por lo general, si bien sirven para satisfacer dichos intereses, sin embargo sucede que un mismo bien es objeto de la necesidad o deseo o capricho de dos o más personas, que no pueden o que no quieren compartirlo. Esa coincidencia de intereses personales sobre un mismo bien, forma el conflicto de interés.

En ese sentido, desde que existe el hombre y más concretamente desde los albores de la civilización<sup>230</sup> y, por ende, de la sociedad, se puede afirmar la presencia de conflictos entre sus miembros. Por ello, tenemos que el conflicto es natural e inevitable, porque está presente en la actividad diaria de todo ser humano, y ello supone, de por sí, la existencia de intereses dispares que generan confrontaciones de diversa índole.

### **3. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS**

Conforme a lo antes mencionado, el hombre por su naturaleza es un *ente social*, ya que para satisfacer las múltiples necesidades que la vida le impone, no puede bastarse a sí mismo, requiriendo del concurso físico, moral y económico de otros hombres, que muchas veces puede ocasionar disputas con respecto a un mismo bien.

Dicha situación dio origen a la aparición de diversas formas de solución de conflictos, las cuales se han desarrollado conforme ha ido evolucionando la civilización.

Las formas como se solucionaban los conflictos se dieron inicialmente por la ley del más fuerte o más poderoso, quien aplicaba a su manera el orden dentro de un grupo humano. Es así que, cuando ocurría un conflicto, el mismo se solucionaba por la venganza privada, que era considerada como lícita. Ejemplo de esto se daba cuando se infería un daño, ya que la víctima tenía expedito el camino para cobrar venganza sobre éste o sobre cualquier integrante de su clan, tribu o colectividad al que pertenecía el causante. Se aplicaba, entonces, la Ley del Talión.

Cuando la sociedad se agrupa en forma organizada y se constituye el Estado, es éste quien crea organismos especializados para aplicar el Derecho, como regla que fija los límites y garantiza la libertad del hombre, ya que sin organización jurisdiccional no puede haber orden social ni Estado de Derecho.

Para un mejor entendimiento y siguiendo a Marianella Ledesma Narváez,<sup>231</sup> se pueden reconocer tres formas de solución de conflictos: la autodefensa, la autocomposición y la heterocomposición.

#### **3.1. La autodefensa**

Los conflictos son solucionados por acción directa de las partes. Este sistema es un medio parcial porque se es juez y parte a la vez; responde a la forma primitiva del hombre de solución de conflictos, donde prácticamente se encontraba guiado por la venganza y la supervivencia; es la justicia de propia mano y se basaba en la ley del más fuerte.

### **3.2. *La autocomposición***

Es otro sistema de solución de conflictos, donde la voluntad de las partes involucradas en él va a ser lo único que ponga fin a tal antagonismo. Esa voluntad puede ser unilateral, como es el caso del allanamiento y el desistimiento, o bilateral, como la transacción y la conciliación. Alcalá Zamora<sup>232</sup> califica este sistema como un mecanismo altruista, pues, a veces las partes hacen renuncia a la magnitud de sus pretensiones en aras de lograr una solución, porque lo que se busca es reconciliar los intereses de las partes. Éste sí es un sistema lícito —a diferencia de la autodefensa— y puede operar previamente al proceso judicial, al interior o con posterioridad a éste.

### **3.3. *La heterocomposición***

Tiene como característica esencial la terceridad, esto es, que una persona ajena a las partes, que puede ser estatal o particular y que tiene en el proceso su instrumento único, va a decidir el conflicto.

Podemos observar, entonces, que a medida en que el hombre ha ido evolucionando, ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico que garantiza condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.

No por nada Platón<sup>233</sup> enseña que «el mayor bien para el Estado, no es la guerra ni la sedición, sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como los intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que ponga remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y previendo, a la ley, que en caso de presentar desavenencias, un tercero zanje las disputas. Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre las diferencias que se susciten. Tribunales que estarán compuestos por los jueces más íntegros que sea posible encontrar. Pues un Estado no sería Estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido».

Ahora bien, es justamente con la evolución de las mencionadas formas de solución de conflictos que se fundaron las bases de una sociedad jurídicamente organizada, es decir, el Estado, capaz de imponer la autoridad de la ley y afirmar su

personalidad basado en el *ius imperium*, toda vez que como no es posible concebir un grupo sin que existan intereses contrapuestos, el objetivo del *orden social* no es la desaparición de los conflictos sino la búsqueda de formas de controlarlos para asegurar un equilibrio en las relaciones de los miembros de la sociedad. En palabras de Roque J. Caivano,<sup>234</sup> entonces, (...) *el Estado ha provisto de los órganos encargados de resolver los conflictos. La función jurisdiccional ha sido considerada como propia de la esencia de la autoridad y el poder estatal, como una de las manifestaciones de la soberanía* (...).

Bajo este punto de vista, para que las personas se relacionen de manera pacífica y amical es necesario que se determinen los límites de cada una de ellas. La regla que va fijar tales límites es el Derecho. Pero, lo importante en el Derecho no solamente radica en resolver el conflicto sino la forma como se resuelve. Por ello, cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a cabalidad y se convierte en una ficción, corriendo el riesgo de retroceder al pasado en que el hombre ejercía la justicia por propia mano, haciendo imposible la convivencia social. Ello explica el por qué de la necesidad de encontrar otras formas alternativas que puedan proveer las soluciones que el sistema público no está en condición de brindar.<sup>235</sup>

De este modo, podemos afirmar que estos mecanismos alternativos de solución de conflictos no dependen de la existencia del Estado.

#### 4. DE LA AUTOCOMPOSICIÓN A LA HETEROCOMPOSICIÓN

Originariamente el arbitraje fue considerado como una modalidad de autocomposición; sin embargo, la generalización de su uso y una mejor percepción de sus características determinaron que se le comprendiera como una forma de heterocomposición.

El arbitraje es una institución de larga data, que era conocida inclusive desde la época de los griegos, según manifiesta Aristóteles en su *Retórica* (Lib. I Cap. 13), cuando señala que «Ser ecuaníme es [...] preferir remitirse a un arbitraje antes que al juicio de los tribunales, pues el árbitro ve la equidad y el juez sólo la ley; por otra parte, el árbitro no fue instituido sino para dar fuerza a la equidad».

Recordemos que en los principios del Derecho Romano<sup>236</sup> las partes sometían sus controversias a las decisiones de un tercero, designado de común acuerdo, sin intervención de autoridad pública (*ordo iudiciorum privatorum*). Es a partir de la Ley de las XII Tabas que se controla y encausa la justicia mediante el establecimiento de límites para el empleo de la violencia como medio para la solución de conflictos, apareciendo el procedimiento y la intervención de un magistrado decisor y aplicador de sanciones que interesan a la colectividad y que tiene como misión impedir el ejercicio de la justicia privada a través de la imposición de pactos entre las partes.

De esta manera, durante el Imperio, se delinearon dos esferas:<sup>237</sup> la del magistrado decidor y aplicador de sanciones que interesan a la colectividad (proceso público), y la del magistrado que limita su acción a una labor de conducción y control del proceso, dando a las partes el otorgamiento de un papel fundamental (proceso privado). Ambas, expresadas en los dos procedimientos reguladores de esa época: los de acciones de ley —*legis actiones*— y el formulario —*per formula*—, las cuales subsistieron durante un tiempo, paralelamente, hasta ir abandonándose la *legis actiones* para adoptar el derecho formulario.

Las acciones de ley ordenaban a la justicia privada bajo el control de la autoridad pública, a través de dos etapas diferenciadas: la primera ante el magistrado, *in iure*; la segunda ante un juez privado designado por las partes. En el proceso *in iure* se desarrollaba un procedimiento formal, oral y solemne, donde las partes hacían oír sus argumentos al magistrado. En la siguiente etapa, el juez privado verificaba los hechos alegados por la parte y emitía su decisión sobre el litigio planteado. Pero estos procedimientos dan un giro en el momento en que el juez es elegido por el pretor, ya que junto al procedimiento judicial ordinario se mantiene la facultad de las partes para encargar la decisión a un tercero.

El espíritu predominante<sup>238</sup> y la guía de las actuaciones arbitrales era la voluntad de las partes y aun en el procedimiento formulario esa voluntad era sustancial para lograr la decisión del árbitro, mas no obstante a través de la evolución histórica, esta decisión alcanza el valor de autoridad o santidad de cosa juzgada, es decir, pasa de tener una fuerza meramente indirecta a adquirir efectos más directos entre las partes.

En la Edad Media<sup>239</sup> la burguesía concibió el arbitraje como un instrumento ideal para dirimir los conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. Es en el Fuero Juzgo donde se empieza a considerar al árbitro como una especie de juez, otorgando a las sentencias arbitrales fuerza ejecutiva y valor de cosa juzgada. En el Fuero Real se acentúan estas características y se otorga a los alcaldes facultades para constituir el arbitraje como procedimiento general. Asimismo, las Partidas dedican al arbitraje las leyes 23 a 25, 106 y 107, del Título IV de la Partida tercera.

Durante la Revolución Francesa<sup>240</sup> se proclaman distintos principios, denominados Principios de 1789 y sobre la base del Principio de la soberanía del pueblo se construyen los de igualdad civil e igualdad ante la justicia; este último, traducido en que nobles y villanos, católicos o protestantes, debían litigar ante los mismos tribunales. Se establece un tribunal civil en cada distrito y un tribunal criminal con asistencia del jurado por departamento. En este contexto el arbitraje, como reacción contra la complejidad de la organización judicial legada por el régimen anterior, surge como la institución que traduce, dentro del dominio de la justicia, el ideal de fraternidad entre los hombres. Por ello, en el artículo primero del Título I de la ley de 1789 se dispone:



«El arbitraje es el modo más razonable de concluir las cuestiones entre los ciudadanos, los legisladores no pueden hacer ninguna disposición tendiente a disminuir el valor o la eficacia de los compromisos».

De ese modo, el Estado de Derecho que surgió de la Revolución Francesa, elevó la heterocomposición a la calidad de atributo y calidad propia de la función jurisdiccional.

#### **4.1. Características del Arbitraje**

Compartiendo el punto de vista de Ulises Montoya Alberti<sup>241</sup> podemos identificar ocho características principales en relación al arbitraje:

- a) Es un medio por el cual cualquier disputa puede ser resuelta, pues ella presupone que entre dos o más partes haya un conflicto, pero no cualquier conflicto, sino uno de implicancias jurídicas de derecho privado y sobre cuestiones respecto de las cuales poseen dichas partes, facultad legal de decisión y, a la postre, de disposición.
- b) Las disputas se resuelven por árbitros que son neutrales y específicamente nombrados.
- c) Los árbitros tienen poder para actuar en virtud de la autoridad que le han otorgado las partes en el compromiso arbitral.
- d) Los árbitros, se supone, resuelven la disputa de una manera judicial. Esto no significa que necesariamente sea de una manera estricta de acuerdo a la ley, pero se da igual oportunidad a las partes para que expongan su caso y así poder apreciar las evidencias presentadas por ellas respaldando sus respectivos reclamos.
- e) El arbitraje es un sistema privado de pronunciar sentencias; son las partes y no el Estado quienes controlan los poderes y deberes de los árbitros.
- f) La solución o decisión de los árbitros es final y concluyente y pone término a la disputa de las partes.
- g) La sentencia de los árbitros obliga a las partes en virtud de un compromiso tácito, cuando se acordó el arbitraje que ellos aceptarían y voluntariamente darían efecto a la decisión de los árbitros.
- h) El proceso arbitral y la sentencia son totalmente independientes del Estado. Los tribunales ordinarios sólo intervendrán, y dentro de los confines estrictos, para dar eficacia al acuerdo arbitral o para dar efecto a la sentencia, cuando ésta no ha sido cumplida por las partes.

### **5. LA JURISDICCIÓN**

El Estado crea el derecho para justificar el carácter público de la entidad jurisdiccional, toda vez que al imponer la obligación debe respetarla, lo que se traduce en una acción coercitiva de imposición. Así, pues, en las organizaciones sociales modernas el Estado tiene la facultad de promover los órganos que resolverán esas situaciones de conflictos que alteran el orden social, para mantener la tranquilidad pública.

Surge entonces la jurisdicción, actividad destinada a restablecer el orden jurídico, alterado por conductas humanas contrarias a las normas establecidas.

Al respecto, debemos indicar que la jurisdicción es una potestad que originariamente corresponde al pueblo como titular de la soberanía.<sup>242</sup> En el Estado Constitucional de Derecho no hay jurisdicciones, sino una sola, como bien recuerda la primera parte del artículo 138 de la Constitución Política del Perú, al establecer que «La potestad de administrar justicia emana del pueblo [...]».

Como potestad del pueblo soberano,<sup>243</sup> materializada en la decisión constituyente, encomienda su ejercicio al Estado. Dicho ejercicio en el Estado Legal de Derecho, lo ejercía únicamente el Poder Judicial, mientras que en el Estado Social y democrático, en cambio, el ejercicio de esa potestad se distribuye en una serie de órganos constitucionales de carácter estatal (Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Poder Judicial), para lo cual define los ámbitos objetivo-materiales de las competencias de cada uno de ellos.

Con ello se quiere decir, por un lado, que en el Estado Social<sup>244</sup> y Democrático de Derecho no hay pluralidad de jurisdicciones y, de otro lado, que su ejercicio sólo está confiado a determinados órganos estatales. Mediante su ejercicio se administra justicia.

Así, la función jurisdiccional<sup>245</sup> resulta la expresión de un Estado, siendo esta una declaración, sino una clara delimitación de sus alcances en el ámbito constitucional. Pero, asimismo, la jurisdicción estatal, precisamente por tratarse de un poder, es la única que ostenta la llamada *coertio*, es decir, una específica expresión del *ius imperium* mediante el cual los jueces pueden realizar actos de ejecución, o sea, aquéllos destinados al efectivo reconocimiento de un derecho, lo que significa que no hay ejercicio de una jurisdicción privada o de carácter eminentemente privado.

### **1.1. Concepto**

La palabra *jurisdicción* proviene de las voces latinas: *iuris dictio*, que significa *por decir o por mostrar el derecho*. En ese sentido, se podría entender que la jurisdicción es el poder de administrar justicia, así como el poder de declarar derecho y aplicar la ley.

En palabras de Montero Aroca:<sup>246</sup> «es la potestad que dimana de la soberanía del Estado ejercida exclusivamente por los juzgados y las cortes, integrados por jueces y magistrados independientes, de realizar el derecho en el caso concreto, juzgando de modo irrevocable y ejecutando lo juzgado». Y para Juan Monroy Gálvez,<sup>247</sup> es: «el poder-deber del Estado destinado a solucionar un conflicto de interés o incertidumbre jurídica en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ellos el logro de una sociedad con paz social en justicia».

Sin embargo, coincidimos con Gonzales Ojeda,<sup>248</sup> cuando señala que el vocablo *jurisdicción*, utilizado en los artículos 139, inciso primero y 149 de nuestra Constitución, y en otros del mismo cuerpo normativo, no tiene significado unívoco. En algunos casos, con la expresión *jurisdicción* el constituyente designa lo que en términos de Derecho Judicial, es una cuestión de competencia. En otros, con la misma voz, se alude al espacio territorial dentro del cual un órgano del Estado ejerce sus competencias.

## **1.2. Poderes inmanentes**

Ahora bien, independientemente de la disparidad de conceptos respecto a la jurisdicción, debemos tomar en cuenta que ella tiene poderes inmanentes y que éstos son: a) Poder de documentación, o sea de decretar o practicar pruebas que se juzguen necesario, las que deben obrar por escrito en el correspondiente expediente; b) Poder de coerción, es decir, poder de emplear los medios necesarios dentro del proceso judicial para que se cumplan los mandatos judiciales; c) Poder de ejecución, o poder de los jueces para hacer cumplir sus resoluciones emitidas en forma clara y expresa en una sentencia; d) Poder de decisión, poder que dirime con fuerza obligatoria la controversia.

Entonces, queda claro que no hay, pues, un único sentido o significado que se pueda atribuir a la voz *jurisdicción*. De modo que no siempre que se la utilice en la ley fundamental hay que entenderla en el sentido de potestad jurisdiccional. Es en el sentido constitucionalmente polisémico del término *jurisdicción* en el que debe entenderse el artículo 139, inciso primero de la Constitución.

## **6. EL ARBITRAJE Y LA JURISDICCIÓN**

Por todos es conocida la congestión y la masificación de causas en los Juzgados y Tribunales de nuestro país, y las consecuencias negativas que ello conlleva tanto a particulares como a los profesionales del Derecho, por la tardanza e inseguridad en sus resoluciones, y por los elevados costos que supone.

El arbitraje no busca restar protagonismo al Poder Judicial. Los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública, ya que están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones y tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta, conforme lo hemos señalado anteriormente. Tampoco debe pensarse que el arbitraje busca competir con el Poder Judicial, desde que existe una amplia gama de conflictos en los que la jurisdicción se atribuye con exclusividad a los jueces, toda vez que por regla general, por ejemplo, cuando el litigio versa sobre cuestiones de orden público, las partes no podrán remitir el caso a arbitraje, quedando reservada la competencia de los magistrados.<sup>249</sup>

La circunstancia de pactar un arbitraje excluye toda forma de jurisdicción oficial; no hay manera de ir a la justicia ordinaria (salvo el supuesto de anulación del laudo); las partes se deben someter al laudo que establezca el tribunal arbitral. Sólo en caso de incumplimiento del laudo —que es la instancia final del arbitraje— se recurre a la justicia a los fines de la ejecución del mismo. En esta etapa ya no se puede prescindir de la justicia ordinaria, pues es ésta la que tiene el poder de policía que se ejerce a través del uso de la fuerza pública, del oficial de justicia, del allanamiento, de la traba de medidas cautelares, como son: el embargo, el secuestro de bienes muebles, la intervención, la inhibición general de bienes, la anotación de litis, la prohibición de innovar y la prohibición de contratar. Por lo tanto, en este punto el arbitraje y la administración ordinaria de justicia deben complementarse, ya que para que el laudo pueda ser ejecutado sería necesario recurrir al empleo de la justicia ordinaria.<sup>250</sup>

Así, el arbitraje se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo, los actores, despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expeditivo y efectivo.<sup>251</sup>

En este punto debemos traer a la memoria lo señalado por Juan Montero Aroca sobre el particular: «[...] hay que destacar que jurisdicción y arbitraje son dos manifestaciones de la heterocomposición, en la que los conflictos se solucionan por un tercero que impone su decisión a las partes, pero que en el arbitraje este tercero es nombrado por las partes para decidir un conflicto determinado, que ha de ser de aquellos sobre los que las partes tienen disposición de sus derechos subjetivos, y que la actuación del árbitro es meramente declarativa, no ejecutiva. El arbitraje se resuelve así en una manera de disponer de los derechos subjetivos, en la que las partes consienten en someter su conflicto a lo que decida un tercero, que no tiene jurisdicción como potestad estatal, aunque su decisión tiene que consistir en *decir el derecho en el caso concreto*, con lo que se produce una mezcla entre contrato como acto de disposición y consecuencias similares a la decisión jurisdiccional, que sólo se entiende desde la libertad».

Por tales motivos, creemos que el arbitraje debe convivir con la justicia ordinaria, pero que para que esta convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos mecanismos. Así como los árbitros deben comprender las limitaciones que les impone su origen convivencial, la falta de *imperium* y el orden público, hacen necesario que los jueces compartan la idea del arbitraje como sistema que coopera en la solución de conflictos, prestando su auxilio cuando se deba recurrir a ellos para ejecutar el laudo, aceptando también sus propias limitaciones como son la de no intervención en materias sometidas a arbitraje.<sup>252</sup>

El artículo 139, inciso 1 de nuestra Constitución consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, las partes tienen la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada, si así lo hubieren convenido. Ahora bien, la posibilidad de que el ordenamiento constitucional prevea jueces distintos a los ordinarios, tiene como presupuesto el respeto a la unidad de la jurisdicción. Este principio, lejos de aplicarse sólo a los jueces que conforman la estructura del Poder Judicial, admite además la existencia de otros jueces estatales, siempre y cuando la referida unidad se exprese en algunas de sus dos especies: a) que haya unidad orgánica, como el caso de la justicia militar, sobre la cual es imperativo que se creen fórmulas de control efectivo por parte de la jurisdicción ordinaria; y b) unidad sustancial, representada por una necesaria homogeneidad entre jueces ordinarios y especiales, como los que conforman el Tribunal Constitucional. En efecto, unos y otros no sólo resuelven controversias, sino que ejercen funciones públicas y poseen el imperio necesario para que sus decisiones adquieran la autoridad de cosa juzgada y sean susceptibles de ejecución.<sup>253</sup>

Anticipándonos a la conclusión, entonces, se advierte que el arbitraje no puede constituir una expresión o modalidad de la jurisdicción, ya que su configuración contiene una renuncia a la misma y además porque el árbitro no desempeña funciones públicas; en todo caso, si fuera así se estaría quebrando el principio fundamental de la unidad de la jurisdicción y, hasta donde sabemos, en ninguna parte del mundo se postula ello.<sup>254</sup>

Esta idea, sin embargo, no debe interpretarse como una política planteada a valorizar el arbitraje por encima de la tarea judicial, ni mucho menos deducir de ello que lo que se pretende es privatizar la justicia. Al fomentar el arbitraje lo que se busca es complementar y colaborar con la justicia estatal para hacerla más eficiente.

En este orden de ideas, es clara la posición del Tribunal Constitucional,<sup>255</sup> cuando subraya que tanto los jueces como los árbitros, quedan vinculados a los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de sus resoluciones; sin perjuicio del precedente vinculante, con efectos normativos del artículo VII del Código Procesal Constitucional.

Ello fue ratificado de manera contundente en el fundamento n.º 11 de dicha resolución, cuando el Tribunal Constitucional señala que la naturaleza propia de la jurisdicción arbitral y de las características que la definen, llegan a la conclusión de que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al Derecho Privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional.

Asimismo, subraya en el fundamento n.º 12 de la misma resolución, que 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.

Ello es ratificado cuando en el fundamento n.º 17 de la citada sentencia, se señala que el principio de la autonomía de la voluntad de las partes que recurren a un arbitraje, no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados; esto, en la medida de que, como dice el propio fundamento n.º 17, no puede discutirse la facultad de controlar la autonomía de la voluntad, por razones de orden público constitucional, máxime si la propia jurisdicción arbitral integra éste.

Además, es importante recordar que en el fundamento n.º 21 de la sentencia, se señala que no se puede interpretar al Constitución a partir del mandato legal de la Ley General de Arbitraje, vaciando de contenido el principio de supremacía jurídica y valorativa de la Constitución (artículo 51), no siendo fundamento atendible para defender la imposibilidad absoluta de revisar las resoluciones de los Tribunales Arbitrales.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que debe protegerse la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de no interferencia. Así, en los fundamentos doce y trece de la sentencia bajo comentario, subraya que los tribunales arbitrales, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros, incluidas las de las autoridades administrativas y/o judiciales, destinadas a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes, reiterando la protección del arbitraje por el principio de la no interferencia, consagrado en el artículo 139 de nuestra Constitución.

Este fundamento es muy importante, pues como se ve ratificado en el fundamento n.º 13 de la sentencia bajo comentario, subraya la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz*, previsto en el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje, el mismo que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales, pretenda convocar la participación de jueces mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil o penal.

Esto significa que el Tribunal Constitucional respalda la labor de los tribunales arbitrales en el Perú y, expresamente, les está diciendo que desestimen cualquier intervención de los tribunales ordinarios en materia civil y en materia penal.

Sin embargo, el tema no es del todo claro en materia civil, en tanto, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, por el cual los tribunales arbitrales pueden decidir positivamente a favor de su propia competencia, ya que podría existir algún proceso civil sobre materia conexa a aquélla que se venga discutiendo en el plano arbitral.

Entendemos que lo que señala el Tribunal Constitucional es que los tribunales ordinarios no pueden discutir la competencia del Tribunal Arbitral para conocer la materia controvertida, lo que no implica que los tribunales ordinarios no puedan considerarse competentes para conocer materias conexas a la materia que está siendo controvertida en un tribunal arbitral.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia en el proceso de amparo n.º 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006, al resolver un recurso de agravio constitucional interpuesto por una sociedad anónima contra una resolución de una Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente una demanda de amparo, con buen criterio señala en su fundamento ocho que el artículo 139 de la Constitución consagra en su inciso tercero la observancia del debido proceso y de la tutela jurisdiccional. Es decir, garantiza a las partes que, ante su pedido de tutela, el órgano jurisdiccional observe el debido proceso e imparta justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

Estos principios de la función jurisdiccional son recogidos, enunciativamente, por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, al señalar que: «*se entiende por tutela jurisdiccional efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, su derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso (...)*».

Asimismo, el fundamento 12 de la mencionada sentencia señala que el arbitraje constituye, por tanto, una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos que versan sobre materia de carácter disponible por las partes. No es, pues, anómalo, que los justiciables opten por recurrir a esta vía cuando, por ejemplo se discutan materias de considerable cuantía económica. Se trata, presumiblemente, de controversias que oponen en mayor medida a empresas, bajo la consideración de que el importante interés económico en discusión y las dilaciones en las que puede incurrir la jurisdicción ordinaria, franquean oportunamente el proceso arbitral.

Pese a que el arbitraje puede ser entendido como una jurisdicción de carácter privado<sup>256</sup> que versa sobre materias de carácter disponible, no se debe perder de vista

que su reconocimiento constitucional implica que su ámbito trasciende lo meramente establecido en el convenio arbitral y en la Ley General de Arbitraje. En efecto, en el marco de un proceso arbitral deben ser respetados los derechos fundamentales y las garantías procesales y sustanciales que componen el derecho al debido proceso. Del mismo modo, deben ser observados los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones del Tribunal Constitucional.

Es verdad, entonces, que todo tribunal arbitral tiene que estar sometido al control constitucional, por cuanto la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, como lo menciona el Tribunal Constitucional, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la misma.

Entonces, los tribunales arbitrales no se encuentran exceptuados de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso, ya que no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*. El principio de la autonomía de la voluntad, como ya lo hemos mencionado, no debe ser entendido de manera absoluta sino dentro de los valores y principios constitucionales.

Pero es de advertir que muchas veces dicho control era ejercido con abuso por parte de algunos magistrados.

Bajo estas consideraciones, el Tribunal Constitucional<sup>257</sup> con acertado criterio, ha reconocido la plena y absoluta competencia de los árbitros para conocer y resolver las controversias sometidas a su fuero, con independencia de la judicatura ordinaria. Es más, tratándose de materias de su competencia, el control judicial en materia arbitral debe ser ejercido *ex post*, es decir, *a posteriori*, mediante los recursos de apelación (si se hubiera pactado) y anulación del laudo; en tanto, el control constitucional deberá realizarse de conformidad con el artículo 5, numeral 4 del Código Procesal Constitucional, no siendo procedentes los procesos constitucionales, cuando no se hubieran agotado las vías previas.

En tal sentido, no es que el Tribunal Constitucional cierre las puertas a la impugnación de los laudos arbitrales a través de recursos de amparo, sino que limita tal interposición cuando se hayan agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo, vale decir, los recursos de apelación (si se hubiese pactado) o anulación.



Sin embargo, el Tribunal Constitucional en un inicio no fue claro en cuanto a la posibilidad de interponer una acción de amparo con respecto a una resolución de un tribunal arbitral, que sea distinta a un laudo. Sobre el particular, no mencionó palabra alguna y el tema constituía materia debatible, sobre todo, por lo indicado en el fundamento n.º 14 de la citada resolución n.º 6167-2005-PHC/TC y, en especial, por lo dispuesto en las cinco últimas líneas de dicho párrafo. Se podía interpretar que la mención a la impugnación del laudo en estas últimas líneas, había sido hecha a título ilustrativo y no estaba suprimiendo la posibilidad de interponer recursos de amparo contra otro tipo de resoluciones emanadas de los tribunales arbitrales.

El propio Tribunal Constitucional volvió sobre el tema en el fundamento n.º 18 de la propia sentencia n.º 6167-2005-PHC/TC, cuando señalaba que el control constitucional no quedaba excluido en el contexto arbitral, sino que se desenvolvía *a posteriori* cuando se vulneraba el derecho a la tutela procesal efectiva o se advertía un incumplimiento por parte de los propios árbitros, de la aplicación de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, los mismos que lo vinculan conforme los artículos VI *in fine* y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, lo que —evidentemente— podría ocurrir no sólo con respecto a un laudo, sino con cualquier otra resolución.

Tomando en cuenta lo antes esbozado, la interpretación más lógica indicaba que la posibilidad de interponer acciones de amparo en torno a temas arbitrales, sólo debería ser procedente luego de concluido el proceso de anulación del laudo, en caso la anulación no hubiera prosperado.

Si tomamos en cuenta que el laudo arbitral constituye la decisión que emite el tribunal arbitral y que resuelve la controversia sometida a su conocimiento, y si se considera que no se ajusta a Derecho, e independientemente de la corrección, integración o aclaración del mismo (artículos 54 y 55 de la Ley General de Arbitraje), la parte que se considere afectada —en sus derechos— por este laudo, puede recurrir a la judicatura ordinaria a través del recurso de anulación del laudo (artículo 61 de la Ley General de Arbitraje), en tanto se trate de laudos dictados en una sola instancia o contra los laudos arbitrales de segunda instancia, si fuese el caso. La interposición de una acción de amparo en contra de un laudo arbitral, luego de que no hubiera prosperado su anulación, se haría respetando lo señalado en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, cuando establece que es improcedente el amparo cuando el agraviado dejó consentir la resolución que dice afectarlo.

En otras palabras, estimamos que si el afectado dejara transcurrir el plazo de diez días que establece el artículo 64 de la Ley General de Arbitraje para la interposición del recurso de anulación, contado desde la notificación del laudo, sus correcciones, integración o las aclaraciones del mismo, resultaría posible asumir que el afectado habría dejado consentir la resolución que dice afectarlo.

Ahora bien, con respecto al laudo debidamente corregido, integrado o aclarado, no debería proceder directamente el amparo, pues la manera de impugnar, es decir, de conformidad con el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, expresar jurídicamente su desacuerdo con dicho laudo, sería a través de la interposición del recurso de anulación.

De esta manera, tratándose de materias de carácter disponible,<sup>258</sup> los árbitros se encuentran facultados para conocer y resolver las controversias cuya solución les ha sido encomendada y para rechazar ilegítimas interferencias que pudiesen darse.

Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se emitan laudos arbitrales en procesos que resulten lesivos al derecho a la tutela procesal efectiva de alguna de las partes, en cuyo caso, quien se considere afectado en su derecho podrá interponer una demanda constitucional de amparo, siempre que de manera previa a la interposición de dicha demanda, el presunto agraviado haya agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, prevé para impugnar el laudo arbitral que dice afectarlo, es decir, siempre que hubiese demandado sin éxito la anulación de dicho laudo.

Este requisito de procedibilidad encuentra su sustento en el artículo 5, inciso 4 del Código Procesal Constitucional, precepto que señala: «No proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 4) No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de Habeas Corpus». Paralelamente, el proceso de amparo se sustenta en el artículo 45 del mismo cuerpo de leyes, que dispone: «El Amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de las vías previas se preferirá dar trámite a la demanda de amparo». Ambos preceptos se refieren a las vías previas, las cuales deben entenderse como un requisito de procedencia, consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional y que resulta exigible, a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional.

Así, en el caso del proceso de arbitraje, la Ley n.º 26572 dispone que los laudos arbitrales son definitivos y que contra ellos sólo proceden los recursos de apelación (si se hubiese pactado) y de anulación, los cuales se encuentran regulados en el artículo 60 de la mencionada Ley. El primero procede ante el Poder Judicial o ante una segunda instancia arbitral, cuando se hubiera pactado su admisibilidad en el convenio arbitral o esté previsto en el reglamento arbitral de la institución a la que las partes sometieron su controversia.

Por otra parte, nuestro ordenamiento es bastante puntual al establecer cuáles son las causales de anulación del laudo, contenidas en los siete incisos del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje. Estas causales son de orden formal y constituyen una garantía para que el arbitraje resuelva las materias controvertidas y se ponga fin a la

jurisdicción del tribunal arbitral, teniendo la última palabra los tribunales ordinarios de justicia. El recurso de anulación tiene como objeto la revisión de la validez del laudo dictado en instancia única o del laudo arbitral de segunda instancia y se interpone ante el Poder Judicial. Agotado este proceso judicial, quien se sienta afectado en su derecho recién puede acudir al proceso de amparo.

Así planteado el tema, es factible que se recurra a un proceso constitucional de amparo alegando la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y se convoque la intervención de la jurisdicción constitucional a efectos de que se brinde tutela efectiva. No obstante, es necesario enfatizar que la intervención de la jurisdicción ordinaria no podrá ser ejercida sino hasta el momento en que se cuente con un laudo arbitral firme y luego de que no hubiere prosperado su anulación, de conformidad con el artículo 5, inciso 4 del Código Procesal Constitucional, antes mencionado.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, con fecha 21 de junio de 2006, en el fundamento tercero de una resolución aclaratoria sobre la sentencia n.º 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006, dejó establecido que para cuestionar la competencia de los árbitros, será preciso agotar los recursos previstos por la Ley General de Arbitraje. En consecuencia, la oposición al arbitraje no agotará el trámite de la vía previa, puesto que, el artículo 39 de la referida Ley prevé otro recurso para el mismo fin, a saber, la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral.

Por tanto, será este último el recurso que ponga fin a la vía previa y quedará expedita la vía del proceso de amparo por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por el Tribunal Constitucional, en atención a lo previsto por los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

## 7. CONCLUSIONES

La progresiva difusión del arbitraje en el Perú, como método de resolución de conflictos alternativo a la vía judicial, se encamina a paliar y reducir los elevados costos y la prolongación en el tiempo que supone someter un litigio a los tribunales ordinarios de justicia, ofreciendo una **solución alternativa más ágil, eficaz y económica** de las controversias, interpretaciones, incumplimientos o ejecuciones que puedan surgir entre las partes en un contrato o vínculo jurídico. Además, supone una descarga del trabajo judicial y una mejora en el servicio a los ciudadanos, que podrán disfrutar de una mejor administración de justicia.

El arbitraje se torna, entonces, como una forma civilizada de justicia privada, siendo un procedimiento para resolver un conflicto o controversia mediante la fórmula

de encomendar la solución a un tercero (persona individual o tribunal colegiado), escogido por acuerdo de los interesados y ajeno a los intereses de las partes en conflicto.

El fundamento para no aceptar intromisión de cualquier autoridad estatal durante el proceso arbitral se halla en la protección constitucional de la autonomía privada que contiene, en modo intrínseco, una renuncia a dicha jurisdicción ordinaria.

Estimamos que este tema —arbitraje y amparo— debe ser visto con mucho cuidado, habida cuenta de que por un lado está la necesidad de tener una vía para remediar eventuales violaciones de un derecho constitucional afectado por un acto procesal emanado de un tribunal arbitral, pero por el otro, está la necesidad de que los procesos arbitrales funcionen y tengan los árbitros los mecanismos para defenderse contra procesos de amparo manifiestamente dilatorios.

Resultaba entonces importante buscar un justo medio que proteja los derechos de las partes en un proceso arbitral en curso, pero que también protegiese el correcto funcionamiento de los tribunales arbitrales, lo que ocurrió, a juicio nuestro, con las sentencias del Tribunal Constitucional n.º 1567-2006-PA/TC y n.º 6167-2005-PHC/TC, a que hemos hecho referencia en este ensayo.

El control constitucional del arbitraje resguarda los alcances del debido proceso y su obligatoria aplicación al proceso arbitral, pero, consideramos que ello no provocará el hundimiento del arbitraje, situación que, antes que debilitar el arbitraje, lo fortalece.

Quienes creemos que el arbitraje debe tener mayor preponderancia como método de solución de conflictos o controversias, aspiramos a tener un Poder Judicial igualmente ágil y expeditivo, que no se convierta en un obstáculo ni en una instancia en la que se pierda parte de las ventajas que se lograron merced al arbitraje.

Esa necesidad de apoyo judicial, esa dependencia funcional, no debe traducirse en una posición de supremacía que genere en los jueces la creencia de que tienen el derecho de revisar el fondo de lo decidido por los árbitros cuando se recurre a ellos para el cumplimiento forzado del laudo o para la anulación del mismo.

Es posible interponer una acción de amparo en contra de un laudo arbitral, dentro de lo dispuesto por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional, cuando establece que el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso, esto es, luego de expedido el laudo arbitral y de no haber prosperado el recurso de anulación interpuesto contra el mismo.

Lima, octubre del 2006.

**EJECUCIÓN DE UN LAUDO PERUANO EN LOS  
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**  
**Por Laura Castro Zapata**

**EJECUCIÓN DE UN LAUDO PERUANO EN LOS  
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

*Laura Castro Zapata\**

1. BASE LEGAL.— 2. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL PERUANO EN USA.— 2.1. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE PANAMÁ.— 2.2. REQUISITOS DE FORMA DE LA DEMANDA.— 2.2.1. EL ACUERDO ARBITRAL DEBERÁ CONSTAR POR ESCRITO.— 2.2.2. ANEXOS DE LA DEMANDA.— 2.2.3. JURISDICCIÓN.— 2.2.4. PLAZO PRESCRIPTIVO.— 2.2.5. SUPUESTOS PARA NO RECONOCER O NO EJECUTAR UN LAUDO ARBITRAL EXTRANJERO.— 3. CONCLUSIONES.

**1. BASE LEGAL**

Las normas aplicables para la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en los Estados Unidos de América (en adelante USA), son tres:

1. The Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), denominado también “Convención de Nueva York”, del 10 de junio de 1958;<sup>259</sup>
2. The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional), comúnmente llamada Convención de Panamá, del 30 de enero de 1975; y
3. The United States Federal Arbitration Act (Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos), conocida también como la FAA.

Los Estados Unidos de América firmaron y se adhirieron a la Convención de Nueva York el 30 de septiembre de 1970, entrando en vigor el 29 de diciembre de 1970. Establecieron dos reservas; a saber:

- (i) Que sólo aplicarían la Convención al reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante (Principio de Reciprocidad); y
- (ii) Que aplicarían la Convención sólo a las controversias derivadas de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas como mercantiles por el Derecho Interno (reserva de Mercantilidad).

Posteriormente, el 9 de junio de 1978, firmaron la Convención de Panamá, a la que se adhirieron el 10 de noviembre de 1986, estableciendo tres reservas:

- (i) A menos que entre las partes en un acuerdo sobre arbitraje exista un compromiso expreso en contrario, cuando se cumplan los requisitos para la aplicación tanto de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional como de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras; y en tanto, si la mayoría de dichas partes sean ciudadanos de un Estado o Estados que hayan ratificado o hayan adherido a la Convención Interamericana y sean Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, entonces se aplicará la Convención Interamericana. En todos los demás casos se aplicará la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.
- (ii) Los Estados Unidos de América aplicarán las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial que estén vigentes en la fecha en que depositen el instrumento de ratificación, a menos que con posterioridad los Estados Unidos de América tomen una decisión oficial de adoptar y aplicar las modificaciones ulteriores de dichas reglas.
- (iii) Los Estados Unidos de América aplicarán la Convención sobre la base de reciprocidad, sólo para el reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en el territorio de otro Estado Contratante.

Por su parte, la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos, constituida por el Título 9 del denominado *Código de los Estados Unidos (United States Code)*, fue decretada el 12 de febrero de 1925, codificada el 30 de julio de 1947 y enmendada en 1954. Su segundo Capítulo, relativo al Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, que es justamente el que nos interesa analizar, fue

agregado el 31 de julio de 1970,<sup>260</sup> meses antes de la firma de la Convención de Nueva York por parte de los Estados Unidos de América.

Es menester aclarar que, en estricto, la Convención de Nueva York y la de Panamá no se contradicen, llegando inclusive a coincidir en varios puntos. A ello hay que agregar que la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos contiene dispositivos que complementan a ambas convenciones, tal como se advierte en los Capítulos 2 y 3 de la FAA,<sup>261</sup> en la que además se señala que las citadas Convenciones deben ser empleadas en las Cortes de los Estados Unidos, de conformidad con lo dispuesto en esos capítulos.

A decir verdad, la FAA en su capítulo tercero, destinado a regular cómo deberá cumplirse la Convención de Panamá en las cortes de Estados Unidos, incorpora por referencia lo dispuesto en las secciones 202, 203, 204, 205 y 207. Tales secciones forman parte del capítulo segundo de la propia FAA y se encargan de regular la aplicación de la Convención de Nueva York.

## **2. PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL PERUANO EN USA**

### ***2.1. Aplicación de la Convención de Panamá***

La Convención de Nueva York y la Convención de Panamá son similares en su esencia. Ambas tienen como objetivo el facilitar la ejecución de una sentencia arbitral extranjera a través de normas claras y simples y la remoción de obstáculos que atenten contra dicho objetivo. Para lograr su finalidad, estos dos tratados multilaterales imponen a los tribunales locales de los Estados que los han ratificado la obligación de:<sup>262</sup>

- Reconocer la validez de acuerdos arbitrales, sujeto a excepciones específicas;
- Remitir a las partes a arbitraje cuando han celebrado un acuerdo arbitral válido; y
- Reconocer y ejecutar una sentencia arbitral extranjera, sujeto a excepciones específicas, a través de procedimientos que no sean considerablemente más gravosos que los aplicables a laudos nacionales.

Pese a que, reiteramos, la Convención de Nueva York y la Convención de Panamá no se contradicen, en tanto la segunda fue pensada y desarrollada tomando como modelo a la primera, lo cierto es que entre ambas existen ciertas diferencias, en especial en lo que concierne a la extensión de su ámbito de aplicación.

La Convención de Nueva York, además de ser más específica en temas como el de los requisitos para la presentación de la demanda de reconocimiento y ejecución de

laudos arbitrales, no se restringe a los laudos que resuelven controversias de orden comercial, como sí lo hace la Convención de Panamá.

Sin perjuicio de lo expuesto y como hemos señalado anteriormente, al momento de la firma y adhesión a la Convención de Nueva York, los Estados Unidos de América declararon que aplicarían la Convención al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el territorio de otro Estado contratante, en base al Principio de Reciprocidad; y solamente para controversias derivadas de relaciones jurídicas, consideradas como mercantiles por su Derecho interno (reserva de Mercantilidad).

Al suscribir, años más tarde, la Convención de Panamá, los Estados Unidos volvieron a realizar una reserva de reciprocidad, aunque ya no tuvieron la necesidad de efectuar una reserva de mercantilidad, habida cuenta de que la propia Convención establece que ella se aplica —exclusivamente— a las decisiones relativas a diferencias emanadas de asuntos comerciales.

Dado que el Perú ha firmado y suscrito las dos Convenciones,<sup>263</sup> se cumpliría el principio de reciprocidad respecto de los dos Tratados. Lo mismo ocurre respecto de la Reserva de Mercantilización, pues la Federal Arbitration Act define en su sección 202 a la corporación como aquel ciudadano que se ha constituido o cuenta con oficina principal de negocios en los Estados Unidos de América.

Como puede apreciarse, se cumplen los presupuestos de ambas Convenciones, de donde se sigue que, en principio, cualquiera de las dos podría aplicarse; no obstante, ello no es exacto en la medida de que los Estados Unidos de América han previsto esta situación.

Tal cual hemos podido constatar, al suscribir la Convención de Panamá, los Estados Unidos de América establecieron como primera reserva que, en caso de que se cumplan los requisitos para la aplicación de las dos Convenciones y cuando las partes no hubieran acordado expresamente algo distinto, sería de aplicación la Convención de Panamá cuando la mayoría de dichas partes sean ciudadanos de un Estado o Estados que hayan ratificado o hayan adherido esta Convención y sean Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Esa misma solución ha sido adoptada en la sección 305 de la FAA, por lo que podemos concluir en que el reconocimiento y la concesión de ejecución de un laudo emitido en el Perú, por parte de los Estados Unidos de América, recae bajo las normas de la Convención de Panamá.

En este sentido, procederemos a analizar la Convención de Panamá y la FAA —de manera conjunta—, a fin de determinar cómo se ejecutaría un laudo arbitral peruano en territorio estadounidense.



Debemos empezar por señalar que los Estados Unidos de América, como Estado contratante de la Convención de Panamá, se encuentran obligados: por un lado, a *reconocer* la autoridad de un laudo arbitral peruano y además, a *conceder su ejecución* de acuerdo a las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde se pretenderá invocar la ejecutabilidad del laudo peruano.

## **2.2. Requisitos de forma de la demanda**

Se establece como requisitos de admisibilidad de la demanda de reconocimiento y ejecución de laudo arbitral, los siguientes:

### **2.2.1. El acuerdo arbitral deberá constar por escrito**

Se requiere que el acuerdo arbitral de las partes para resolver el asunto que dio origen al laudo peruano, como consecuencia de un proceso arbitral desarrollado en el Perú, deba constar por *escrito y firmado* por las partes, sin importar que el acuerdo forme o no parte de un contrato.

En este sentido, la Convención de Panamá, en su artículo 1, ha adoptado como norma la exigencia de que el acuerdo arbitral además de constar por escrito debe ser firmado por las partes, si bien expresamente se otorga la posibilidad de que el acuerdo conste en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telefax.

Asimismo, cabe destacar que la Convención de Panamá, a diferencia de la de Nueva York, sí organiza el arbitraje al señalar en su artículo 3 que a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Esta Comisión ha adoptado normas casi idénticas a las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL/CNUDMI).

### **2.2.2. Anexos de la Demanda**

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

La Convención de Panamá no fija los requisitos especiales de capacidad, legitimación y postulación procesal, por lo que se entienden aplicables las reglas generales.

De esta manera, en tanto la Convención no señala expresamente cuáles son los requisitos, se entiende que sería necesario acompañar la demanda del original y copia debidamente autenticada del laudo o una copia de ese original que reúna las condiciones para su autenticidad, además del original o copia del acuerdo arbitral.

Así, la demanda de Reconocimiento y Ejecución del Laudo Arbitral Peruano debería contener como anexos los siguientes documentos:

(ii) *El original o copia del laudo arbitral peruano*<sup>264</sup>

Si se optara por presentar el laudo arbitral en original, la firma del árbitro deberá estar debidamente autenticada. La pregunta es ¿por quién?

Consideramos que lo lógico sería que el laudo arbitral sea autenticado —de ser el caso— por el representante del Centro de Arbitraje elegido que cuente con facultades para ello; y si se tratara de un Arbitraje Ad-Hoc, quien lo autentique debería ser un Notario de Lima, cuya firma, a su vez, debería ser certificada por el Colegio de Notarios de Lima; procediendo posteriormente, para cualquiera de los dos supuestos, a autenticarlo por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y, finalmente, ante un agente consular estadounidense en el Perú.

De igual modo, surge la duda, en el supuesto de optarse por presentar la copia del laudo arbitral, en torno a si sería necesario que ella también fuera autenticada. Nuevamente, la pregunta es quién debería realizar tal autenticación.

Creemos que lo correcto sería aplicar el mismo procedimiento que para la certificación de firma en el original, en lo que resulte pertinente.

(iii) *El original o copia del acuerdo arbitral*

De igual manera, la Convención de Panamá guarda silencio en lo que concierne a la presentación del original y/o de la copia del acuerdo arbitral.

Por nuestra parte, somos de la opinión de que aún cuando no se exige la autenticación de éstos, sería prudente efectuar todos los actos necesarios para demostrar su autenticidad, más aún si existe la posibilidad de cuestionar la interpretación y/o validez del acuerdo arbitral, como se puede apreciar en el punto 2.5 del presente documento.

(iv) *Traducción de los documentos que se acompañan*<sup>265</sup>

Tomando como guía la Convención de Nueva York, que sí regula este aspecto, sería conveniente presentar también la traducción certificada de los documentos que

se adjuntan a la demanda, pues ellos estarían redactados en español, cuando el idioma del lugar donde se ejecutará el laudo arbitral es el inglés.

### 2.2.3. *Jurisdicción*

Si bien es cierto que la Convención de Panamá no señala qué instancia sería la competente para conocer el procedimiento de reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, la Federal Arbitration Act nos remite a las Cortes de los Distritos de los Estados Unidos.

En tal sentido, debe entenderse que serán competentes para conocer la demanda de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral peruano, las Cortes Distritales del lugar donde se encuentren ubicados los bienes de la empresa americana, sin importar el monto de la controversia.<sup>266</sup>

Dicho esto, debemos precisar que el Poder Judicial estadounidense está compuesto por *94 Tribunales Federales de Distrito*, los mismos que se encuentran estructurados dentro de 12 Circuitos Regionales, contando cada uno de estos Circuitos con una Corte de Apelaciones, es decir, que se cuenta con *12 Cortes de Apelaciones*. En cuanto a la instancia máxima de los Estados Unidos de América, ésta es la Corte Suprema, que está conformada por un Presidente del Tribunal y ocho *associate justices*.

### 2.2.4. *Plazo Prescriptorio*

La Convención de Panamá no establece plazo prescriptorio alguno para que se proceda al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero. Sin embargo, la Federal Arbitration Act señala un plazo de 3 años para que cualquiera de las partes del proceso arbitral pueda dirigirse a la Corte competente, a fin de solicitar que se ordene la confirmación del laudo en contra de la otra parte en el arbitraje y así proceder al reconocimiento y ejecución del laudo.<sup>267</sup>

### 2.2.5. *Supuestos para no reconocer o no ejecutar un laudo arbitral extranjero*

La Convención de Panamá establece dos tipos de supuestos para no reconocer o no ejecutar un laudo arbitral extranjero; a saber: aquéllos que son a solicitud de parte, por iniciativa de cualquiera de las partes del proceso arbitral; y los de oficio, que son por iniciativa del Juez del país en donde se pretende reconocer y ejecutar el laudo arbitral.

En ambos supuestos se requiere la probanza de lo invocado como causal.

Pero lo invocado deberá circunscribirse a las causales que, de manera taxativa, la Convención de Panamá establece en su artículo 5.

Los supuestos a solicitud de parte están referidos, a modo de resumen, a la incapacidad de las partes del acuerdo arbitral, a la contravención del debido proceso (como son los casos en que no se hubiese notificado debidamente la designación del árbitro), del procedimiento arbitral o, en general, que la parte que invoca la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, pruebe que no pudo hacer valer sus derechos de defensa.

Asimismo, podrá invocarse que el laudo arbitral contiene términos que se han excedido del acuerdo arbitral, o que la constitución del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a las leyes del país donde se ha efectuado el arbitraje (Perú), y finalmente, que el laudo arbitral no es aún obligatorio para las partes o que ha sido anulado o suspendido por la autoridad competente en el Perú.

En este último caso, debemos entender que la Convención de Panamá se refiere a la eventual anulación del laudo por el Poder Judicial del Perú, cuando alguna de las partes del arbitraje haya acudido a él para cuestionar el laudo arbitral, situación en la cual, el Juez del lugar donde se pretende ejecutar el laudo arbitral podría aplazar la decisión de ejecutarlo e, inclusive, ordenar a la otra parte que otorgue las garantías necesarias.

Finalmente, los supuestos de oficio solamente podrán invocarse cuando el objeto materia de arbitraje no era susceptible de solucionarse por esta vía, y cuando el reconocimiento o la ejecución del laudo arbitral fuesen contrarios al orden público del país donde se pretende el reconocimiento y la ejecución.

### **3. CONCLUSIONES**

Son tres las normas aplicables en los Estados Unidos de América para ejecutar laudos arbitrales expedidos en el extranjero; a saber: la Convención de Nueva York de 1958, la Convención de Panamá de 1975 y la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos de 1925, enmendada por última vez el 7 de mayo de 2002. Por lo general, en los Estados Unidos de América, los laudos arbitrales extranjeros se ejecutan de acuerdo a la Convención de Nueva York.

A pesar de que cumplimos con los presupuestos de ambas Convenciones, será de aplicación para la ejecución de un laudo arbitral peruano en los Estados Unidos de América, la Convención de Panamá, no sólo en virtud de lo señalado en su primera reserva,<sup>268</sup> sino también por lo prescrito, en el mismo sentido, en la sección 305 de la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos de América (FAA). En todo caso, los argumentos para ejecutar un laudo arbitral peruano en los Estados Unidos de América

bajo la Convención de Panamá son equiparables a los de la Convención de Nueva York.

En virtud del denominado *Principio de Reciprocidad*, los Estados Unidos de América se encuentran obligados a reconocer la autoridad del laudo arbitral peruano, así como a conceder la ejecución del mismo, de acuerdo a las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde se pretenderá ejecutar dicho laudo.

Para poder iniciar el procedimiento de ejecución del laudo arbitral peruano en los Estados Unidos de América, se requiere presentar una petición adjuntando, entre otros documentos, el convenio arbitral y el laudo arbitral peruano traducidos oficialmente al idioma inglés.

Es requisito de forma que el acuerdo arbitral conste por escrito y se encuentre firmado por las partes. Al respecto será de importancia que el convenio arbitral carezca de fallas de redacción, a fin de evitar actos dilatorios para entorpecer el inicio del proceso arbitral.

Lima, agosto del 2006.

#### (Footnotes)

\* Artículo publicado en *Arbitraje On Line*. Lima: Boletín Jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Año II, n.º 3, septiembre 2004, [http://www.cameralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic\\_ant/3/default.htm](http://www.cameralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/3/default.htm).

\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>1</sup> VARGAS, Fernando. *Naturaleza Jurídica del Arbitramento Civil*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964, p. 15.

<sup>2</sup> BRISEÑO, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 20.

<sup>3</sup> Al respecto, Tomás Ogáyar (OGÁYAR, Tomás. *El Contrato de Compromiso y la Institución Arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977, p. 38) precisa que «*el pasaje del Libro Génesis (capítulo XXXI, números 35 a 37) en el que, refiriéndose a una disputa entre Jacob y Labán por imputar éste a aquél el hurto de unos ídolos de su propiedad, propuso Jacob, para justificar su inocencia, que ‘pusiera su equipaje a la vista de mis hermanos y de los tuyos, y sean ellos jueces entre nosotros dos’*».

<sup>4</sup> VARGAS, Fernando. *Op. cit.*, pp. 15 y 16.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>6</sup> MURGA, J. L. *Derecho Romano Clásico II. El proceso*. Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, Tercera Edición, Zaragoza, 1989, pp. 21 y 22. D'ORS, A. «El arbitraje jurídico». En *Parerga Histórica*. Pamplona: Euns, 1997, pp. 271 a 291. Citados por: GASPAS, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 27.

<sup>7</sup> En este sentido, se pronuncia Fernando de Trazegnies (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral», p. 543. En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*, Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubkowsky. Lima: Cultural Cuzco, S.A., 1989) al considerar que «*Desde un cierto punto de vista, el arbitraje ha existido siempre. Los hombres han tenido siempre conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. Dentro de este orden de ideas, se puede decir que el arbitraje es anterior a la justicia formal*».

<sup>8</sup> FREIXAS PUJADAS, J. «Consideraciones procesales sobre la transacción en el Derecho Romano». En *Revue International des Droits de l'Antiquité*, 1980, p. 163.

<sup>9</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 37.

<sup>10</sup> BETTI, Emilio. *Diritto Romano I, Parte General*. Padova, 1935, p. 493. BUIGUES OLIVER, G. *La solución amistosa de los conflictos en Derecho Romano: el arbiter ex compromisso*. Madrid: Montecorvo, 1990, p. 250. Citados por: GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>11</sup> IGLESIAS, Juan. *Las fuentes del Derecho romano*. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1989, pp. 32-34.

<sup>12</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.

- <sup>13</sup> IGLESIAS, Juan. *Op. cit.*, p. 202.
- <sup>14</sup> GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, p. 29.
- <sup>15</sup> GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, p. 30.
- <sup>16</sup> *Ibid.*, loc. cit.
- <sup>17</sup> ARANGIO RUIZ, V. *Historia del Derecho Romano*. Traducción a la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Reus, Cuarta Edición, 1980, p. 89. Citado por GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, *ibid.*, loc. cit.
- <sup>18</sup> PUGLIESE, G. *Il processo civile romano, II*. Milano: Guijarro, 1963, pp. 189 y ss.
- <sup>19</sup> Estos procesos se denominaban los *bonae fidei iudicia*.
- <sup>20</sup> GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, p. 31.
- <sup>21</sup> Citado por: GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, p. 31.
- <sup>22</sup> *Ibid.* loc. cit.
- <sup>23</sup> VALIÑO, E. *Instituciones de Derecho Romano*. Valencia: Universidad de Valencia, 1976, pp. 186 y 187.
- <sup>24</sup> TALAMANCA, M. *L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano*. Citado por: GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.
- <sup>25</sup> Respecto de la naturaleza arbitral de un proceso, Silvia Gaspar (GASPAS, Silvia. *Op. cit.*, p. 32) entiende que esto significa que, pese a su oficialidad, el mismo goza de rasgos puramente privados; por ejemplo, en el reconocimiento a las partes de la facultad de elegir el tercero que deberá resolver el conflicto surgido entre ellas.
- <sup>26</sup> *Ibid.* loc. cit.
- <sup>27</sup> *Ibid.* loc. cit.
- <sup>28</sup> *Ibid.* loc. cit.
- <sup>29</sup> *Ibid.* p. 33.
- <sup>30</sup> *Ibid.* loc. cit.
- <sup>31</sup> *Ibid.* loc. cit.
- <sup>32</sup> CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional. Comentarios y legislación*. Tesis para optar el grado académico de bachiller en Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 13.
- <sup>33</sup> El Fuero Juzgo es la versión en lengua romance de una compilación de leyes visigodas reunidas en doce libros y un exordio o apéndice de dieciocho leyes más. Para superar la multiplicidad de legislaciones en vigor en el reino visigodo, al aplicarse los Códigos de Eurico, Alarico, Recesvinto y Ervigio, Flavio Egica, inspirándose, además, en el Derecho romano, presentó este fuero al XVI Concilio de Toledo, que lo aprobó en el año 681. El texto que ha llegado hasta nosotros es la versión que mandó hacer Fernando III el Santo, para darlo como fuero a la ciudad de Córdoba (1241), y más tarde a la de Sevilla (1248), ordenando que se tradujera al romance vulgar, momento en el que tomó el nombre por el que hoy es conocido. Antes de esto, dicha compilación era conocida como Código de las Leyes o Libro de los godos (DOVAL, Gregorio. *Nuevo Diccionario de Historia. Términos, Acontecimientos e Instituciones*. Madrid: Ediciones Temas de Hoy, S.A., 1995, pp. 183 y 184.).
- <sup>34</sup> *Liber Iudiciorum* es, literalmente, *Libro de los jueces*. Es considerado una de las denominaciones del Fuero Juzgo (CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio Jurídico de Locuciones, Máximas y Aforismos Latinos y Castellanos*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959, p. 190).
- <sup>35</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, p. 40.
- <sup>36</sup> *Ibid.*, loc. cit.
- <sup>37</sup> FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, p. 41.
- <sup>38</sup> En torno a los Principios de 1789 cabe precisar el contenido de los mismos, que a la letra refiere:

*DECLARACIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO, proclamada por la Asamblea Nacional de Francia Revolucionaria el 26 de agosto de 1789*

*Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, con el fin de que esta declaración, presente constantemente en todos los miembros del cuerpo social, les recuerde continuamente sus derechos y sus deberes; con el fin de que los actos del poder legislativo y los del poder ejecutivo, puedan ser en cada instante comparados con la finalidad de toda institución política, sean más respetados; con el fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, en adelante fundamentadas en principios sencillos e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos.*

*En consecuencia, la Asamblea Nacional reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano:*

*I.—Los hombres nacen y permanecen libres o iguales en derechos. Las distinciones no pueden fundarse más que sobre la utilidad común.*

*II.—El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.*

*III.—El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación; ningún cuerpo ni individuo puede ejercer una autoridad que no emane de ella expresamente.*

IV.—La libertad consiste en poder hacer lo que no dañe a otro. De aquí que el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tenga más límites que los que aseguren a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden determinarse más que por la ley.

V.—La ley no tiene derecho de prohibir más que las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no es prohibido por la ley no puede impedirse, y nadie está obligado a hacer lo que ella no ordena.

VI.—La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente o por sus representantes a su formación; debe ser la misma para todos, tanto para proteger como para castigar. Siendo todos los ciudadanos iguales ante ella, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad, y sin otras distinciones que las de sus virtudes y sus talentos.

VII.—Ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso, más que en los casos determinados por la ley y según las formas prescritas en ella. Los que soliciten, expidan y hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley debe obedecer al instante, haciéndose culpable por su resistencia.

VIII.—La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada.

IX.—Siendo todo hombre presunto inocente hasta que sea declarado culpable, si se juzga necesaria su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona.

X.—Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal de que su manifestación no trastorne el orden público establecido por la ley.

XI.—La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede, pues, hablar, escribir o imprimir libremente, pero debe responder del abuso de esa libertad en los casos determinados por la ley.

XII.—La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza es, pues, instituida en provecho de todos y no para la utilidad particular o de o a quienes está confiada.

XIII.—Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración es indispensable una contribución común, que debe repartirse igualmente entre todos los ciudadanos, según sus facultades.

XIV.—Los ciudadanos tienen el derecho de comprobar por sí mismos o por sus representantes la necesidad de la contribución pública, consentida libremente, seguir su empleo y determinar su cuota, el reparto, el cobro y la duración.

XV.—La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración.

XVI.—Toda sociedad en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución.

XVII.—Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, la exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización».

<sup>39</sup> Los Parlamentos, bajo el Antiguo Régimen, eran cortes soberanas de justicia, que juzgaban en última instancia y registraban las leyes, los edictos, y las ordenanzas del rey. Al lado del Parlamento de París, considerado como el más importante por la extensión de su jurisdicción y por su zona de influencia, existía una docena de parlamentos. Tienen su origen en la *Curia Regis*, la corte del rey, órgano normal de justicia real, el Parlamento es finalmente organizado en 1278 y está compuesto por cuatro salas o cámaras: la Gran Cámara o Cámara de los *paids* decide directamente en los asuntos relacionados con la Corona, delitos de lesa majestad, procesos de los grandes oficiales del rey, de los miembros del Parlamento, de los pares, etcétera; la Cámara de las encuestas que preparan los asuntos que necesitan una instrucción previa, que juzga en apelación la mayor parte de las causas y prepara el trabajo de la Gran Cámara; ella es la que realiza el gran trabajo parlamentario; la Cámara de apelación es la que se encarga de examinar las apelaciones presentadas por las partes, por los querellantes, es la que juzga igualmente en primera instancia los procesos de las personas vinculadas al servicio del rey; la *Tournelle* criminal, que juzga en apelación los delitos de sangre. Existían 164 parlamentarios en el Parlamento de París en 1789, disfrutando de una posición social altísima e ingentes recursos. Los parlamentarios muy pronto fueron tentados a interferir en los asuntos de Estado, utilizando, para ello, la obligación que tenía el rey de someterles el registro de sus leyes, edictos y ordenanzas. Asimismo, a partir del siglo XIV, el Parlamento de París adquirió la costumbre de enviar amonestaciones, es decir observaciones críticas en torno a la forma en que el rey administraba el reino. Los parlamentarios se aprovecharon de todas las épocas de caos, con la finalidad de intentar afirmar su poder a expensas del poder del rey, especialmente durante las guerras de Religión y durante la Fronda. Luis XIV contuvo drásticamente a los parlamentarios hasta el punto de silenciarlos por más de cuarenta años. Éstos se tomaron revancha tras su muerte, al anular su testamento y dar la regencia al duque de Orléans. Este duque devolvió a los parlamentarios su derecho de amonestación. Durante todo el siglo XVIII los parlamentarios practicaron una constante oposición al poder real. El Parlamento de París fue varias veces desterrado durante el reinado de Luis XV y, en 1771, Maupeou desmembró su poder en seis consejos superiores, suprimió la venalidad de los oficios y las especies, dictando justicia gratuita, con lo que dañó de manera absolutamente severa los intereses financieros de los parlamentarios. Luis XVI, por su parte, cometió el error de restablecer el Parlamento de París, creyendo, de esta manera atraerse las buenas gracias. La obstinación de los parlamentarios en defender los privilegios abusivos les hizo preferir

el camino revolucionario. El rey Luis XVI se hallaba impedido, por la oposición del parlamento, de reformar la fiscalidad y ampliarla a la nobleza y al clero, por lo que fue obligado a convocar los estados generales. Finalmente, la Revolución Francesa no sólo trajo consigo la muerte de este rey sino, entre otras cosas, la pérdida de la posición social de los parlamentarios. Asimismo, éstos fueron despedidos por la Asamblea constituyente el 3 de noviembre de 1789 y definitivamente suprimidos el 24 de marzo de 1790 (TULARD, Jean y otros. *Historia y Diccionario de la Revolución Francesa*. Madrid: Ediciones Cátedra S.A., 1989, pp. 917 y 918).

<sup>40</sup> Prebostazgo es considerado como el oficio de preboste (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe S.A., 2001, p. 1233.). Al respecto, se entiende por *preboste* de los mercaderes al primer magistrado municipal de París. Éste era elegido cada tres años y asistido por siete *échevins* (concejales). El último preboste de los mercaderes fue Jacques Flesselles, intendente de Lyon, nombrado de hecho por el rey; el mismo que fue asesinado por el populacho, el 14 de julio de 1789. Al día siguiente, Bailly se convertía en el primer alcalde de París (TULARD, Jean y otros. *Op. cit.*, p. 934).

<sup>41</sup> Las Bailías y Senescalías son circunscripciones judiciales del Antiguo Régimen, que sumaban 373 en el año 1789; servían de circunscripciones electorales a las elecciones de los estados generales; sin embargo, tan sólo 198 de esas circunscripciones fueron sede de elecciones a la diputación, ya que las bailías más pequeñas fueron integradas en unidades más grandes y sólo hacían elecciones secundarias, es decir que elegían a electores que iban a votar en la bailía principal (*Op. cit.*, p. 567).

<sup>42</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>44</sup> MONTGALVG. *Traité de L'arbitrage en matière civile et commercial*. París, 1852, num. 1. Citado por: CHARRY URIBE, Leonardo. *Op. cit.*, p. 14.

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>45</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: Real Academia Española, 2001, vigésima segunda edición, tomo 6, p. 848.

<sup>46</sup> Artículo 305.-«*Causales de impedimento*

El Juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando:

1. Ha sido parte anteriormente en éste;
2. Él o su cónyuge o concubino, tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso;
3. Él o su cónyuge o concubino, tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes;
4. Ha recibido él o su cónyuge o concubino, beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor;
5. Ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite; o
6. Ha fallado en otro proceso, en un incidente o sobre el fondo de la materia, con el cual tiene conexión.

El impedimento previsto en la segunda causal sólo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del Juez».

Artículo 306.-«*Trámite del impedimento*

El juez que se considere impedido remitirá el expediente a quien deba reemplazarlo. Si éste estima que los hechos expuestos por aquél no constituyen causal de impedimento, remitirá el expediente al superior en consulta para que en el término de tres días y bajo responsabilidad, resuelva sin más trámite sobre su legalidad. Aceptado el impedimento se enviará el expediente al juez que deba reemplazar al impedido; en caso contrario, se devolverá al Juez que venía conociendo.

En las Cortes, el juez que se considera impedido informará a la respectiva Sala expresando la causal invocada. La Sala resolverá, sin trámite, integrándose con el llamado por ley. Aceptada la abstención, pasa el conocimiento del proceso al que corresponda. La resolución que resuelve la abstención es inimpugnable».

<sup>47</sup> Artículo 307.-«*Causales de recusación*

Las partes pueden solicitar que el Juez se aparte del proceso cuando:

1. Es amigo íntimo o enemigo manifiesto de cualquiera de las partes, demostrado por hechos inequívocos;
2. El o su cónyuge o concubino o su pariente en la línea directa o en la línea colateral hasta el segundo grado, primero de afinidad o adoptado, tienen relaciones de crédito con alguna de las partes; salvo que se trate de persona de derecho o de servicio público;
3. El o su cónyuge o concubino, son donatarios, empleadores o presuntos herederos de alguna de las partes;
4. Haya intervenido en el proceso como apoderado, miembro del Ministerio Público, perito, testigo o defensor;



5. Tiene interés directo o indirecto en el resultado del proceso; y,
6. Exista proceso vigente entre él o su cónyuge o concubino con cualquiera de las partes, siempre que no sea promovido con posterioridad al inicio del proceso».

<sup>48</sup> Artículo 311.- «*Impedimento, recusación y abstención*

Las causales de impedimento y recusación se aplican a los Jueces de todas las instancias y a los de la Sala de Casación. El Juez a quien le afecte alguna causal de impedimento, deberá abstenerse y declararse impedido tan pronto como advierta la existencia de ella».

Artículo 313.- «*Abstención por decoro*

Cuando se presentan motivos que perturban la función del Juez, éste, por decoro o delicadeza, puede abstenerse mediante resolución debidamente fundamentada, remitiendo el expediente al Juez que debe conocer de su trámite.

Si el Juez a quien se remiten los autos considera que los fundamentos expuestos no justifican la separación del proceso, seguirá el trámite previsto en el Artículo 306».

<sup>49</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*. p.

1. En: [http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC\\_independencia.pdf#search=%22%20%22independencia%2C%20imparcialidad%20y%20apariciencia%22%22](http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf#search=%22%20%22independencia%2C%20imparcialidad%20y%20apariciencia%22%22)

<sup>50</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 77.

<sup>51</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 57.

<sup>52</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J: Bustamante de la Fuente, 1994, p. 281.

<sup>53</sup> Podría ser el caso en que el apoderado o presentante legal de una de las partes sea un miembro importante de la referida institución, como por ejemplo, sea integrante de la Junta Directiva de dicha institución.

<sup>54</sup> Artículo 73.- «*Causales de anulación de los laudos arbitrales*.-

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39.

[...].».

<sup>55</sup> Artículo 39.- «*Facultad de los árbitros para decidir acerca de su competencia*.-

Los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral.

La oposición total o parcial al arbitraje por inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida, deberá formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales. Los árbitros sin embargo podrán considerar estos temas de oficio.

Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo. Contra la decisión de los árbitros no cabe impugnación alguna, sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición hubiera sido desestimada».

\* Irene Martínez Cárdenas, alumna del cuarto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Cátedra del curso de Derecho de Obligaciones de la referida Casa de Estudios. Practicante del Estudio Mario Castillo Freyre.

<sup>56</sup> CAIVANO, ROQUE. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L. & Vilela Editor, 2000, pp. 159-160.

<sup>57</sup> *Kompetenz-kompetenz*, en Alemán, y *Compétence de la compétence*, en Francés.

<sup>58</sup> CAIVANO, ROQUE. *Op. cit.*, pp. 159-160.

<sup>59</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Kompetenz-kompetenz a la mexicana: Crónica de una muerte anunciada*. Véase: <http://www.camex.com.mx/fgc.pdf> (Última consulta: 13/09/06).

<sup>60</sup> HERRMANN, GEROLD. *The arbitration agreement as the foundation of arbitration and its recognition by the courts*. Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, p. 48.

<sup>61</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*

<sup>62</sup> SANDVIK AB v. ADVENT INTERNATIONAL CORP./ 220 F.3d 99, 110 (3d Cir. 2000)

<sup>63</sup> CIMIC S.R.L. contra SILVA, Ricardo. (en La Ley, 82-402 - 30/09/55)

<sup>64</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*

<sup>65</sup> GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*

<sup>66</sup> *Idem*.

<sup>67</sup> Artículo 73.- «*Causales de anulación de los laudos arbitrales*

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:

1. La nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al Artículo 39. [...].».

<sup>68</sup> Artículo 73.- «*Causales de anulación*

El laudo arbitral sólo podrá ser anulado, cuando la parte que alegue una causal, pruebe:

1. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido.

[...].».

<sup>69</sup> Artículo 6.- Competencia de los Tribunales Judiciales Estatales

3. Si una de las partes de un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un Tribunal judicial, en tal caso el Tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del Tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el Tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma.

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

\*\* Rita Sabroso Minaya, Bachiller en Derecho, Adjunta de Cátedra del curso de Contratos Típicos I de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Asistente Legal del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

<sup>70</sup> GAMBOA SERRANO, Rafael H. *El Proceso Arbitral en Colombia*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1992, p. 35.

<sup>71</sup> MARTÍN BRAÑAS, Carlos. «Lo anulación del Laudo Arbitral por infracción de las normas que rigen el nombramiento de los árbitros y la actuación arbitral». En: *Anuario de Justicia Alternativa: Derecho Arbitral*, n.º 4, Barcelona: Bosch, 2003, p. 149.

<sup>72</sup> Artículo 138.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

(...).».

<sup>73</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 53.

<sup>74</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, pp. 109-112.

<sup>75</sup> En términos generales, podemos definir a la representación como la institución jurídica mediante la cual un sujeto, denominado representante, puede celebrar actos jurídicos en nombre y en interés de otro sujeto, que recibe el nombre de representado. Se trata de una modificación de las consecuencias naturales del acto jurídico, en tanto el sujeto que realiza la declaración de voluntad y, por ende, celebra el acto jurídico, es distinto de aquél que recibe los efectos del mismo.

<sup>76</sup> MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988, pp. 45-69.

<sup>77</sup> MALAMUD, J. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 65.

<sup>78</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 111.

<sup>79</sup> SÁNCHEZ URITE, Ernesto. *Mandato y Representación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 39.

<sup>80</sup> ALVARADO VELLOSO, A. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 47.

<sup>81</sup> ZEPEDA, J. Antonio. «Normación y práctica del Arbitraje en México». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 263.

<sup>82</sup> PARRA ARANGUREN, Gonzalo. «Informe sobre el Arbitraje Comercial en Venezuela». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 357.

<sup>83</sup> Artículo 188.- «Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior. Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

[...]

2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;

[...].».

<sup>84</sup> REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. *Op. cit.*, p. 627.

<sup>85</sup> REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. *Op. cit.* p. 625.

<sup>86</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Trujillo: Normas Legales, 2001, pp. 389-390.

<sup>87</sup> Artículo 188.- «Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior. Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social;
2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil;
3. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de directorio, salvo que éste acuerde sesionar de manera reservada;
4. Asistir, con voz pero sin voto, a las sesiones de la junta general, salvo que ésta decida en contrario;
5. Expedir constancias y certificaciones respecto del contenido de los libros y registros de la sociedad; y
6. Actuar como secretario de las juntas de accionistas y del directorio».

<sup>88</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>89</sup> REY BUSTAMANTE, Alonso y Jorge TRELLES CASTRO MENDÍVIL. *Op. cit.*, p. 629.

<sup>90</sup> LARREATEGUI, M. Carlos. «Contribución al Estudio del Arbitraje - Ecuador». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, pp. 176-177.

<sup>91</sup> GAMBOA SERRANO, Rafael H. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>92</sup> El artículo 14 de la Ley General de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 14- «*Separabilidad del convenio arbitral.*»

La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que podrá versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral.

(...).

<sup>93</sup> ELÍAS LAROZA, Enrique. *Derecho Societario Peruano*. Lima: Normas Legales, 1999, tomo I, p. 53.

\* Artículo publicado en *Revista Jurídica del Perú*. Año LIV, n.º 55, marzo/abril del 2004, pp. 113-136; y en *Cuatro Temas de Hoy*. Lima: Derecho & Sociedad, 2005, pp. 29-63.

\*\* Agradecemos los valiosos comentarios recibidos de los Doctores Raúl Castro Stagnaro, Jaime Checa Callegari, Oswaldo Otiniano Barbarán y Ramiro Portocarrero Lanatta.

\*\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>94</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Madrid: ESPASA, Vigésima Segunda Edición, 2001, tomo 6, p. 850, tercera columna.

<sup>95</sup> *Ibidem*, tomo 4, p. 586, tercera columna.

<sup>96</sup> Artículo 219.- El acto jurídico es nulo:

1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
4. Cuando su fin sea ilícito.
5. Cuando adolezca de simulación absoluta.
6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.
7. Cuando la ley lo declara nulo.
8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.

<sup>97</sup> Artículo 221.- El acto jurídico es anulable:

1. Por incapacidad relativa del agente.
2. Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
3. Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
4. Cuando la ley lo declara anulable.

<sup>98</sup> CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 21ª Edición, tomo I, p. 84, segunda columna y p. 85, segunda columna.

\* Artículo publicado en *Derecho & Sociedad*. Año XV, n.º 23, Lima: Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre de 2004, pp. 267-274.

\*\* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Presidente de la Academia Peruana de Derecho

\*\*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>99</sup> Artículo 2934.- «Extinción de los derechos.-

Todo derecho se extingue por prescripción, cuando el titular no lo ejercita durante el tiempo determinado por la ley.

No están sujetos a la prescripción los derechos indisponibles y los otros derechos indicados por la ley».

<sup>100</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En: *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, (octubre-diciembre), 1936, fascículo V, tomo XVI, p. 987.

<sup>101</sup> MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, tomo II, p. 610.

<sup>102</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 981.

<sup>103</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 1000.

<sup>104</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 999.

<sup>105</sup> CUEVA GARCÍA, David Ernesto. «Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva». En: *Ius et Veritas*, año X, n.º 21, Lima, Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, p. 106.

<sup>106</sup> Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 999.

<sup>107</sup> MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 65-66.

\* Artículo publicado en *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Asociación de Estudios en Derecho Administrativo-AEDA y Grijley Editores, 2006, n.º 1, pp. 273-294.

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

\*\* Ricardo Vásquez Kunze, Abogado del Estudio Mario Castillo Freyre.

\*\*\* Rita Sabroso Minaya, Bachiller en Derecho, Adjunta de Cátedra del curso de Contratos Típicos 1 de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Asistente Legal del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

<sup>108</sup> PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, enero-junio 2005, n.º 2, p. 14.

<sup>109</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 2da. Edición, pp. 171-172.

<sup>110</sup> CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje Mercantil Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 53.

<sup>111</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 85.

<sup>112</sup> PICÓ I. JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 41.

<sup>113</sup> Artículo 25.- «Calificaciones legales de los árbitros.-

Pueden ser designados árbitros las personas naturales, mayores de edad, que no tienen incompatibilidad para actuar como árbitros y que se encuentran en pleno ejercicio de sus derechos civiles.

El nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados.

El nombramiento de árbitros de derecho o equidad podrá recaer en personas nacionales o extranjeras.

Cuando se designe a una persona jurídica como árbitro, se entenderá que tal designación está referida a su actuación como entidad nominadora, de conformidad con el Artículo 20».

<sup>114</sup> Artículo 26.- «Personas impedidas de actuar como árbitros.-

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros, bajo sanción de nulidad del nombramiento y del laudo:

1. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.

2. El Presidente de la República y los Vicepresidentes; los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional.

3. Los oficiales generales y superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados.

4. Los ex Magistrados en las causas que han conocido.

5. El Contralor General de la República en los procesos arbitrales en los que participen las entidades que se encuentran bajo el control de la Contraloría General de la República».

<sup>115</sup> Debemos recordar que según el artículo 53 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PC, el arbitraje que resuelva las controversias entre la Entidad y la Contratista será de derecho.

<sup>116</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M. J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 131.

<sup>117</sup> GASPAS, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, pp. 66-67.

<sup>118</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, p. 56.

<sup>119</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 132-133.

<sup>120</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 172-173.

<sup>121</sup> *Idem.*

<sup>122</sup> En efecto, este es un artículo meramente conceptual y señala el significado de parcialidad y dependencia, pero no dice en qué hipótesis concretas éstas se producen o se duda que se producen, pese a la engañosa redacción de la norma.

#### Artículo 6.-

«6.1. Se produce parcialidad cuando un conciliador o árbitro favorece indebidamente a una de las partes o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de controversia o litigio. La dependencia surge entre el conciliador o árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella.

6.2. Genera dudas sobre su imparcialidad si un conciliador o árbitro tiene interés material en el resultado de la controversia o del litigio o si ha tomado previamente posición en cuanto a éste. Estas dudas sobre la imparcialidad pueden quedar soslayadas mediante la declaración prevista en el artículo 5 del presente Código.

6.3. Cualquier relación de negocios en curso, directa o indirecta, que se produzca entre el conciliador o árbitro y una de las partes, sus representantes, abogados y asesores generará dudas justificadas respecto a la imparcialidad o independencia del conciliador o árbitro propuesto. Éstos se abstendrán de aceptar un nombramiento en tales circunstancias a menos que las partes acepten por escrito que pueden intervenir. Se entiende por relaciones indirectas aquellas relaciones de negocios que un miembro de la familia del futuro conciliador o árbitro, de su empresa o un socio comercial de él, mantienen con alguna de las partes, sus representantes, abogados y asesores.

6.4. Las relaciones de negocios habidas y terminadas con anterioridad, no constituirán obstáculo para la aceptación del nombramiento, a menos que sean de tal magnitud o naturaleza que puedan afectar la decisión del conciliador o árbitro».

#### <sup>123</sup> Artículo 5.-

«[...]

5.4. El futuro conciliador o árbitro deberá revelar:

a) Cualquier relación de negocios, presente o pasada, directa o indirecta, según lo indicado en el tercer párrafo del artículo 6 con cualquiera de las partes, sus representantes, abogados o asesores, incluso su designación previa como conciliador o árbitro, por alguna de ellas. En cuanto a las relaciones actuales, el deber de declaración existe cualquiera que sea su importancia. En relación a las relaciones habidas con anterioridad, el deber existe sólo respecto de aquellas relaciones que tengan significación atendiendo a los asuntos profesionales o comerciales del conciliador o árbitro.

b) La existencia y duración de cualquier relación social sustancial mantenida con una de las partes.

c) La existencia de cualquier relación anterior mantenida con otros conciliadores o árbitros (incluyendo los casos de previo desempeño conjunto de la función de conciliador o árbitro).

d) El conocimiento previo que haya podido tener de la controversia o litigio.

e) La existencia de cualquier compromiso que pueda afectar su disponibilidad para cumplir sus deberes como conciliador o árbitro, en la medida en que ello pueda preverse.

f) Cualquier otro hecho, circunstancia o relación que a su juicio resultase relevante».

<sup>124</sup> Recordemos que el último párrafo del artículo 29 de la Ley General de Arbitraje dispone que «las partes pueden dispensar las causas de recusación que conocieran y, en tal caso, no procederá recusación o impugnación del laudo por tales motivos».

#### <sup>125</sup> Artículo 18.- «Disposición general

Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción. En el desempeño de sus funciones tienen plena independencia y no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones [...]

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

\*\* OJO: Completar

<sup>126</sup> Artículo 28.- «Los árbitros podrán ser recusados sólo por las causas siguientes:

1. Cuando no reúnan las condiciones previstas en el Artículo 25 o en el convenio arbitral o estén incurso en algún supuesto de incompatibilidad conforme al Artículo 26.

2. Cuando estén incurso en alguna causal de recusación prevista en el reglamento arbitral al que se hayan sometido las partes.

3. Cuando existan circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia». (El subrayado es nuestro).

<sup>127</sup> MADRID HORNA, Víctor, Álvaro AGUILAR OJEDA y Juan HUAMANÍ CHÁVEZ. «Comentarios al Proyecto de Ley n.º 12687/2004-CR». En: *Arbitraje On Line*. Lima: Boletín Jurídico editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, Año II, n.º 3, septiembre, 2004, p. 1. En: [http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic\\_ant/5/voz\\_secretaria1.htm](http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/5/voz_secretaria1.htm)

<sup>128</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, p. 280.

<sup>129</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 282.

<sup>130</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 280.

<sup>131</sup> Con respecto a los principios hermenéuticos aplicables, Rubio Correa señala que éstos son fundamentalmente dos:

- El de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe [literal a. del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política], para aquellas situaciones en las que el agente se rige por el principio de la libertad personal; y,
- El de que sólo puede hacerse lo que está expresamente atribuido, con ejercicio de la discrecionalidad cuando es aplicable, en los casos en que rige el principio de la competencia asignada. Tal [es] el caso de los funcionarios públicos e, inclusive, de muchos funcionarios privados (los gerentes, por ejemplo, que no actúan bajo el principio de la libertad sino de acuerdo a las funciones que expresamente les asigna la ley, los estatutos de su institución y los organismos directores).

Para el citado autor existen dos claros casos, en los que se manifiesta de manera obvia el vacío del Derecho: uno, cuando el órgano que tiene la atribución normativa, rechaza expresamente dictar la norma correspondiente mediante una decisión desestimatoria del proyecto; el otro, cuando se deroga la norma que regulaba previamente la situación sin sustituirla por otra. En ambos casos ocurre que por decisión expresa se ha optado por no establecer norma jurídica. (*Idem*).

<sup>132</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, pp. 283-287.

Al respecto, Marcial Rubio expresa que simplificada y formalizada la analogía funciona así:

- El supuesto de la norma jurídica describe un hecho con características A, B, C, D y le asigna lógico-jurídicamente la consecuencia X.
- En la realidad se da un caso cuyas características son A, B, C, E; por lo tanto este caso real no es considerado exactamente dentro de la norma antedicha.
- El agente que aplica el Derecho en este caso, analiza las semejanzas y diferencias entre los dos hechos anteriores, el descrito como A, B, C, D y el que ocurre como A, B, C, E y concluye que lo esencial de ambos es el grupo de características A, B, C, siendo accesorios y no relevantes los rasgos D y E (que constituyen la diferencia entre ambos), de lo que aparece su semejanza esencial.
- El agente no encuentra en el sistema jurídico ninguna limitación ni impedimento para que el hecho A, B, C, E siga la consecuencia X.

Es así que a partir de la norma jurídica:

Si (A, B, C, D), entonces X.

el agente ha integrado (creado) por el procedimiento analógico una nueva norma que dice:

Si (A, B, C, E), entonces X.

<sup>133</sup> RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 289.

<sup>134</sup> El arbitraje *institucionalizado* es aquél que se desarrolla bajo la administración y reglas de un Centro de Arbitraje, legalmente organizado.

<sup>135</sup> El arbitraje *ad hoc* o libre es aquel en el cual no existe institución alguna que administre el sistema, ni está sometido a mecanismo predeterminado alguno. Por lo tanto, en este tipo de arbitraje son las propias partes las que deberán ponerse de acuerdo sobre las reglas que regirán el desarrollo del mismo (CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc S.R.L., 2000, p. 70).

<sup>136</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. Lima: ARA Editores, 2001, p. 243.

<sup>137</sup> Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

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

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

\*\* Rita Sabroso Minaya, Bachiller en Derecho, Adjunta de Cátedra del curso de Contratos Típicos I de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Asistente Legal del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.

\*\*\* Irene Martínez Cárdenas, alumna del cuarto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente de Cátedra del curso de Derecho de Obligaciones de la referida Casa de Estudios. Practicante del Estudio Mario Castillo Freyre

\*\*\*\* Rosana Rosales Báscones, alumna del sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Practicante del Estudio Mario Castillo Freyre

<sup>138</sup> KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje n.º 26572». En: *Advocatus*. Lima: Revista de los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, 2001, n.º 4, p. 121.

<sup>139</sup> Para una mejor comparación, los agregados y/o modificaciones a la Ley General de Arbitraje se encuentran subrayados.

<sup>140</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia». En: *Ius et Veritas*. Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1996, n.º 12, p. 116.

<sup>141</sup> Fernando de Trazegnies mencionaba que:

- El arbitraje de conciencia goza —muchas veces— del favor de los hombres de negocio porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del Derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo.
- Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar varias posibles, se opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez, desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes.
- También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tienen aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del Derecho de Obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión. (*Idem*).

<sup>142</sup> ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los Recursos Procesales en el Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 17-21.

<sup>143</sup> Hablamos de difusión del arbitraje de conciencia, habida cuenta de que con la actual Ley General de Arbitraje se busca difundir lo más posible la institución arbitral como medio alternativo de solución de controversias. Dicha voluntad de difusión se refleja en que la propia Ley prefiere los arbitrajes de conciencia —más asequibles al público— que los de Derecho —más sofisticados—.

<sup>144</sup> Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas de futuro*. Lima: Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 365.

<sup>145</sup> Al respecto, Briseño Sierra resalta un aspecto importante en torno a la relación que debe existir entre el arbitraje de conciencia y el procedimiento respectivo. Dice que sin importar el nombre que se otorgue a este tipo de arbitraje, lo cierto es que la calificación como tal atañe al pronunciamiento y no a la actividad jurisdiccional, en la medida de que no tendría sentido afirmar que el árbitro rechazará la demanda, admitirá las excepciones, concederá plazos y fijará las audiencias según su leal saber y entender, pues esto atentaría contra la justicia misma que el Derecho cautela con los procedimientos. Para Sierra pues, que distingue en el arbitraje *ex aequo et bono* entre procedimiento de Derecho y pronunciamiento de conciencia, la ley contra la que no se puede ir es la procesal, sea ésta la general de los códigos procesales, sea la particular de las leyes de arbitraje. Ver: BRISEÑO SIERRA, Humberto. «Procedimiento Arbitral». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 30.

<sup>146</sup> Antigua Ley General de Arbitraje, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 10 de diciembre de 1992. Cabe señalar que dicha Ley fue la primera norma especial sobre la materia en el Perú, la misma que estuvo inspirada en la Ley Española de Arbitraje de 1988.

<sup>147</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 262.

<sup>148</sup> ZEGARRA PINTO, José. «Arbitraje de conciencia: ¿Género del arbitraje de Derecho?». En: *Arbitraje on Line*. Lima: Boletín jurídico editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, 2005, año III, n.º 5, p. 2.

<sup>149</sup> En el caso de Latinoamérica, dicha opción legislativa es compartida por países como Colombia, Costa Rica, México, Venezuela, entre otros. (El pie de página forma parte de la cita).

<sup>150</sup> ZEGARRA PINTO, José. *Op. cit.*, pp. 2-3.

<sup>151</sup> Sentencias recaídas en los expedientes n.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, y n.º 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006.

<sup>152</sup> Así tenemos a CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, pp. 111; MALAMUD, J. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 65; SÁNCHEZ URITE, Ernesto. *Mandato y Representación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 39; ALVARADO VELLOSO, A. «El Arbitraje Comercial en la República Argentina». En: *El Arbitraje Comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana-Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 47; entre otros.

<sup>153</sup> Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 221-222.

<sup>154</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 77.

<sup>155</sup> Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 210.

<sup>156</sup> El primer párrafo del artículo 33 del Proyecto Modificatorio establece que «la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje se considera para todos los efectos [como] la de inicio del arbitraje, salvo pacto distinto de las partes». Para mayores comentarios nos remitimos al punto 2.11. del presente artículo.

<sup>157</sup> Artículo 1.- «Disposición general.-

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

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.

2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las que interesan al orden público o que versan sobre delitos o faltas. Sin embargo, sí podrá arbitrarse sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme.
4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».
- <sup>158</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 57.
- <sup>159</sup> CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 77.
- <sup>160</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 249.
- <sup>161</sup> Al respecto, cabe señalar que por ejemplo, el artículo 5 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje establece que «*si las partes no acuerdan el número de árbitros, se nombrará un árbitro a menos que la administradora determine, dentro de su discreción, que un tribunal de tres árbitros es apropiado debido a la cantidad en disputa, complejidad de la misma u otras circunstancias del caso*». Por su parte, el inciso 2 del artículo 8 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional establece que «*Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo sobre el número de árbitros, la Corte nombrará un árbitro único, a menos que ésta considere que la controversia justifica la designación de tres árbitros [...]*».
- <sup>162</sup> Un claro ejemplo de los problemas que se presentan con la actual Ley General de Arbitraje, es el supuesto en el cual se recusa a más de un árbitro o al Tribunal Arbitral en pleno por la misma causal. Sobre el particular, el artículo 31 vigente no contiene una solución legal expresa, en la medida de que no contempla un supuesto de hecho como los descritos. Dicha ausencia de regulación ha dado pie a que algunos tribunales arbitrales consideren que en cualquiera de los supuestos descritos, es el propio tribunal quien resuelve su recusación, proceder que es —a todas luces— inaceptable.
- <sup>163</sup> Artículo 110.- «*Iniciación de las actuaciones arbitrales.*»
- Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje».
- <sup>164</sup> Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 328.
- <sup>165</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 226.
- <sup>166</sup> El artículo señala que «se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra excepción u objeción [...]».
- <sup>167</sup> Artículo 220.- «[...] [La nulidad] puede ser declarada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta».
- <sup>168</sup> Como puede apreciar el lector, hemos vuelto a la denominación original, dejando de lado la figura de la reconsideración. Para un mejor desarrollo sobre este tema, nos remitimos al punto 2.15. del presente artículo.
- <sup>169</sup> En la Exposición de Motivos se pone como ejemplo el supuesto en el que las partes —además de establecer un plazo para emitir el laudo— hayan acordado que la duración total del arbitraje, incluido el laudo, no puede exceder de seis meses.
- <sup>170</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 395.
- <sup>171</sup> Cabe señalar que al emitirse la Ley n.º 28519, la cual modificó el artículo 58 de la Ley General de Arbitraje, tampoco se explicaron las razones para el cambio de *reposición* a *reconsideración*, figura esta última que se presenta en los procedimientos administrativos y que tiene como requisito la existencia de una nueva prueba que sustente el recurso.
- <sup>172</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 455.
- <sup>173</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 72.
- <sup>174</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición, p. 288.
- <sup>175</sup> El literal c) del inciso 2 del artículo primero de la referida Resolución Administrativa establece que «Las Salas Superiores de la subespecialidad Comercial conocen: [...] De los recursos de anulación de laudos arbitrales y, en su caso, el de apelación de laudos arbitrales referidos a las materias comerciales señaladas en el numeral anterior [...]».
- <sup>176</sup> Al respecto nos remitimos al punto 2.14. del presente artículo.
- <sup>177</sup> Lo que comprende el primer, segundo y tercer requisito del artículo 72 de la Ley General de Arbitraje.
- <sup>178</sup> Sobre este punto nos remitimos a los comentarios formulados en el punto 2.25. del presente artículo.
- <sup>179</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 291.
- <sup>180</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 236-235.
- <sup>181</sup> Sobre la conveniencia de las modificaciones propuestas para el artículo 79 remitimos al lector a nuestros comentarios en el punto 2.22. del presente artículo.
- <sup>182</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 353.
- <sup>183</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 235.
- <sup>184</sup> La Disposición Derogatoria del Proyecto establece lo siguiente:  
Disposición Derogatoria.- «Derogar los artículos 55, 56 y 86 de la Ley General de Arbitraje N° 26572».
- <sup>185</sup> Artículo 82.- «*Medida cautelar estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación*



Sin perjuicio de la interposición del recurso de anulación o del recurso de apelación ante el Poder Judicial, la parte interesada podrá solicitar al Juez Especializado en lo Civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas, que dicte las medidas conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo. La petición de medida cautelar se formulará por escrito, acompañando copia del convenio arbitral, del laudo y su notificación.

El Juez resolverá en el plazo de tres (3) días. El auto que dicte es apelable sin efecto suspensivo dentro de los tres (3) días siguientes de notificado. La instancia superior resolverá dentro de los cinco (5) días de elevados los actuados».

<sup>186</sup> Véase el punto 2.38. del presente artículo.

<sup>187</sup> En relación al artículo 84 del Proyecto Modificatorio, nos remitimos al punto 2.26. del presente artículo.

<sup>188</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 289.

<sup>189</sup> Nos remitimos a lo expresado en el punto 2.18. del presente artículo.

<sup>190</sup> Nos remitimos al punto 2.23. del presente artículo.

<sup>191</sup> El artículo 80 del Proyecto Modificatorio —a diferencia del artículo 81 de la Ley General de Arbitraje— no contemplaría la posibilidad de que los árbitros puedan solicitar el auxilio del Juez a fin de poder ejecutar las medidas cautelares.

<sup>192</sup> Literal c) del inciso 2 del artículo primero de la Resolución Administrativa n.º 006-2004-SP-CS.

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

\*\* Krhis Olivera Piélagos, alumna del octavo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

<sup>193</sup> CALLIZO NICORA, Federico. *Medio de prueba en el arbitraje en las legislaciones iberoamericanas*. p. 1. En: <http://www.cejamerica.org/doc/documentos/medios-medios.pdf#search>.

<sup>194</sup> BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. «Apuntes sobre la valoración de los Medios de Prueba». En: *Revista de Derecho Procesal*. Lima, 1998, tomo II, pp. 50-57.

<sup>195</sup> Los derechos fundamentales son los elementos esenciales de todo ordenamiento jurídico, aquéllos que le otorgan sus contenidos básicos e informan la organización jurídica y política del Estado. Al mismo tiempo, aparecen como derechos subjetivos que garantizan la libertad, la dignidad, la igualdad y el *status* jurídico de los individuos. (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*, p. 55).

<sup>196</sup> En realidad, la doctrina habla de un *derecho a la prueba*, pero atendiendo a que la prueba es la convicción a la que llega el juzgador sobre la existencia o inexistencia de los hechos materia de prueba, se considera técnicamente más adecuado hablar de un derecho a probar. (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*, p. 56).

<sup>197</sup> MORELLO, Augusto Mario. *La prueba. Tendencias modernas*. Buenos Aires: Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, 1991, p. 13.

<sup>198</sup> Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos está obligada a admitir, actuar y valorar debidamente los medios probatorios aportados al proceso, conforme a los principios procesales que lo delimitan y le dan contenido, de lo contrario vulneraría un derecho fundamental afectando el orden internacional.

<sup>199</sup> Bidart Campos señala que «La interpretación y la integración del conjunto normativo así considerado exige que para cada derecho [fundamental], para cada libertad y para cada garantía en cada caso, haya o no haya norma previsora expresa, la comprensión y la construcción de lo que se decida y resuelva venga presidida por el *principio de mayor valor* y de optimización del plexo de derechos». (BIDART CAMPOS, Germán. «La interpretación de los Derechos Humanos». En: *Lecturas constitucionales andinas*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1994, n.º 3, p. 39).

<sup>200</sup> MORELLO, Augusto Mario. *Op. cit.*, p. 22.

<sup>201</sup> El principio de idoneidad exige que los medios probatorios que se admiten al proceso o procedimiento sean aquéllos que la ley permite utilizar en determinada vía procedimental, o para acreditar los hechos materia de prueba (por ejemplo, nuestro Código Procesal Civil no permite la declaración testimonial en los procesos ejecutivos). Este principio supone que no exista una norma jurídica que impida el empleo de ciertos medios probatorios.

Según el principio de licitud no pueden admitirse al proceso o procedimiento aquellos medios probatorios que fueron obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico. Por ejemplo, aplicando a rajatabla este principio, no podrían admitirse a un proceso penal los documentos que un procesado ofreciera como medio probatorio de su inocencia, si los obtuvo ingresando subrepticamente al domicilio de otra persona —es decir, ilícitamente—, aunque dichos documentos sean el único medio para demostrar su inocencia. (*Idem*).

<sup>202</sup> Así, el último párrafo del artículo 37 de la Ley General de Arbitraje señala lo siguiente:

Artículo 37.- «Facultad de los árbitros en cuanto a las pruebas.-

[...]

Los árbitros pueden prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran adecuadamente informados». (El subrayado es nuestro).

<sup>203</sup> Peter Häberle señala que «el principio de la proporcionalidad exige que los medios empleados para alcanzar el fin perseguido sean adecuados. De esta forma, el principio de la proporcionalidad resulta ser idóneo para determinar el tipo y la medida de los límites admisibles a los derechos fundamentales [...]». (Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*, p. 53).

<sup>204</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, p. 332.

- <sup>205</sup> BENETTI SALGAR, Julio J. «El Arbitraje en el derecho interno colombiano». En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Lima: Cultura Cuzco S.A., 1989, p. 218.
- <sup>206</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 331.
- <sup>207</sup> SANCHÍS, Carolina. «El derecho a la prueba en España: una perspectiva constitucional». En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Lima: Estudio De Belaunde & Monroy Abogados, 1999, pp. 282-285.
- <sup>208</sup> CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima: Fundación M.J. Bustamante De la Fuente, 1994, pp. 331-332.
- <sup>209</sup> ALSINA, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: EDIAR, 1942, tomo II, pp. 186-188.
- <sup>210</sup> ZAPATA, Antonio. «Formación y práctica del arbitraje en México». En: *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana - Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 275.
- <sup>211</sup> ESQUIVEL OVIEDO, Juan Carlos. «La oposición a los medios probatorios en el proceso civil». En: *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, tomo 106, pp. 75-78.
- <sup>212</sup> *Idem*.
- <sup>213</sup> En el supuesto de un arbitraje de derecho.
- <sup>214</sup> No obstante, esta verdad jurídica objetiva puede coincidir o no con la realidad histórica de los acontecimientos que dieron lugar al proceso, ya que no siempre lo que puede considerarse como una verdad desde esta perspectiva ha de coincidir con aquélla.
- La verdad jurídicamente objetiva sufre una primera acotación con respecto a la realidad histórica que se trata de aprehender, debido al aporte cognoscible que ofrecen los elementos de prueba incorporados al proceso. La segunda está referida al sujeto que conoce, en este caso el árbitro, quien si bien debe ser objetivo e imparcial, no puede desprenderse de la formación jurídica que posea, así como tampoco de la particular comprensión que tenga de un conocimiento lógico y de la validez de los valores, ya que todo ello forma parte del continente jurídico y entronca con el concepto de verdad jurídica. (VARELA, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Ed. ASTREA. 1990, pp. 82-83).
- <sup>215</sup> Citado por PICÓ I JUNOY, Joan. *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: J.M. Bosch Editor S.A., 1996, p. 26.
- <sup>216</sup> MORELLO, Augusto Mario. *Op. cit.*, p. 159.
- <sup>217</sup> La libre convicción no implica un criterio arbitrario sobre el asunto en examen, sino que requiere una valoración razonada y cuidadosa de los hechos y de las pruebas acumuladas. Es que dentro de un concepto racional de la justicia, la condición que motiva la decisión ha de ser la conclusión lógica de un examen analítico de los hechos y de una apreciación crítica de los elementos a prueba. (VARELA, Casimiro. *Op. cit.*, p. 37).
- <sup>218</sup> Jairo Parra afirma que «al juez le está prohibido basarse en su propia experiencia para dictar sentencia, con ésta le puede servir para decretar pruebas de oficio y, entonces, su decisión se basará en pruebas oportunas y legalmente recaudadas. Lo que no está en el mundo del proceso, recaudado por los medios probatorios, no existe en el mundo para el juez». (Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Op. cit.*, p. 57).
- \* Ponencia sustentada en el Segundo Seminario de Responsabilidad Civil «Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia, civil, penal y laboral», realizado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre los días 12 y 15 de septiembre de 2005; y que fue publicada en Responsabilidad Civil, tomo II, Lima: Editorial Rodhas, 2006, pp. 177-183.
- \*\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)
- \* Verónica Rosas Berastain, Bachiller en Derecho, Adjunta de Cátedra del curso de Obligaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Legal del Estudio Mario Castillo Freyre.
- <sup>219</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 2ª edición actualizada y ampliada, p. 247.
- <sup>220</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 125.
- <sup>221</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*, pp. 125-126.
- <sup>222</sup> La Ley General de Arbitraje regula lo relativo al plazo para laudo en su artículo 48:  
 Artículo 48.- «Plazo para laudar.-  
 Salvo que otra cosa se hubiera dispuesto en el convenio, en las reglas del proceso, o que las partes autoricen una extensión, el laudo se debe pronunciar dentro del plazo de veinte (20) días de vencida la etapa de prueba, o de cumplido el trámite a que se refiere el inciso 1) del Artículo 34, si no hubiera hechos por probar, salvo que los árbitros consideren necesario contar con un plazo adicional, que en ningún caso podrá exceder de quince (15) días».
- <sup>223</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2006 (Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC).
- <sup>224</sup> Como sabemos, en virtud de lo dispuesto por el artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política, la acción de amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que

vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (se refiere a los derechos no protegidos por la acción de *habeas corpus*, es decir, la libertad individual o los derechos constitucionales conexos). No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

<sup>225</sup> Cabe señalar que el inciso 16 del artículo 24 de la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo, Ley n.º 23506, también reconocía la procedencia de la acción de amparo con respecto al debido proceso y la tutela jurisdiccional.

<sup>226</sup> La excepción de *litis pendencia* está contemplada en el inciso 7 del artículo 446 del Código Procesal Civil, y tiene como efecto (si se declara fundada) anular lo actuado y dar por concluido el proceso (argumento expreso del inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil).

\* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima. [www.castillofreyre.com](http://www.castillofreyre.com)

<sup>227</sup> No obstante, es necesario señalar que cabría la posibilidad de que un Tribunal Arbitral no resuelva los recursos de corrección, integración o aclaración, es decir, que incumpla su deber no emitiendo resolución alguna sobre los mismos, ni antes de vencer ni una vez vencido el plazo para resolver.

En estos casos, a pesar de que la Ley General de Arbitraje no se manifiesta expresamente al respecto, la práctica indica que de ocurrir este supuesto se estaría configurando la causal de anulación de laudo, prevista por el artículo 73, inciso 5, referido a la expedición del laudo fuera del plazo.

Lo propio ocurriría, con mayor razón, si la anulación del laudo hubiese sido resuelta con posterioridad al plazo establecido por el artículo 55 de la Ley General de Arbitraje.

Como se puede apreciar, esta interpretación no deja lugar a dudas en el sentido de que la resolución que corrige, integra o aclara un laudo es parte integrante de él.

<sup>228</sup> Expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006 y Expediente n.º 1567-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006.

\* Alumna del décimo ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Asistente legal del Estudio Mario Castillo Freyre.

<sup>229</sup> EMILIANO IBÁÑEZ, José. *Lo social y lo humano: concepciones, dinámicas y críticas*. Véase: [www.pangea.org/jei/soc/c/conc-soc-hum.htm](http://www.pangea.org/jei/soc/c/conc-soc-hum.htm) (última visita: 8 de octubre de 2006).

<sup>230</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *El Procedimiento Conciliatorio. Un enfoque teórico-normativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 26.

<sup>231</sup> LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Op. cit.*, pp. 46-49.

<sup>232</sup> Citado por MENDOZA VALDIVIESO, César. *Medios Alternativos de Solución de Conflictos ¿Alternativos de Justicia?*. En: [www.minjus.gob.pe/enmarcando/PDF/Alternativos.pdf](http://www.minjus.gob.pe/enmarcando/PDF/Alternativos.pdf)

<sup>233</sup> PLATÓN. *Las Leyes*. Madrid: Centro de Estudios Institucionales, 1960, p. 50.

<sup>234</sup> CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Villela Editor, 2000, segunda edición, p. 45.

<sup>235</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. Cit.*, pp. 27-28.

<sup>236</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDINI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 37.

<sup>237</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDINI DE HERBÓN. *Op. cit.*, pp. 38-39.

<sup>238</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDINI DE HERBÓN. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>239</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDINI DE HERBÓN. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>240</sup> FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDINI DE HERBÓN. *Op. cit.*, p. 41.

<sup>241</sup> MONTOYA ALBERTI, Ulises. *El Arbitraje Comercial*. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988, p. 36-37.

<sup>242</sup> GONZALES OJEDA, Magdiel. Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento discordante n.º 2.

<sup>243</sup> GONZALES OJEDA, Magdiel. *Op. cit.*, fundamento n.º 2, segundo párrafo.

<sup>244</sup> GONZALES OJEDA, Magdiel. *Op. cit.*, fundamento n.º 2, tercer párrafo.

<sup>245</sup> GONZALES OJEDA, Magdiel. *Op. cit.*, fundamento n.º 2, cuarto párrafo.

<sup>246</sup> MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*. Lima: Enmarce, 1999, p. 94.

<sup>247</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al proceso civil*. Santa Fe de Bogotá: Temis - De Belaunde & Monroy-Abogados, 1996, tomo I, p. 26.

<sup>248</sup> GONZALES OJEDA, Magdiel. *Op. cit.*, fundamento n.º 2, séptimo párrafo.

<sup>249</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>250</sup> Cueva Morales, Carlos. «¿Puede cuestionarse un laudo arbitral vía acción de amparo?» En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*, septiembre de 2001.

<sup>251</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento n.º 3.

<sup>252</sup> CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 35.

<sup>253</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento n.º 7.

<sup>254</sup> MONROY PALACIOS, Juan. «Arbitraje, Jurisdicción y Proceso». En: *Arbitraje on line*. Lima: Boletín Jurídico editado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2006, año IV, n.º 7. [http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz\\_arbitro3.htm](http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro3.htm)

- <sup>255</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento n.º 8.
- <sup>256</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente n.º 1567-2006-PA/TC, fundamento n.º 13.
- <sup>257</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente n.º 6167-2005-PHC/TC, fundamento n.º 14.
- <sup>258</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia recaída en el expediente n.º 1567-2006-PA/TC, fundamento n.º 15.
- \* Socia Fundadora del ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE. Catedrática del curso Derecho de Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón —UNIFÉ—.

<sup>259</sup> La misma que cuenta con 137 Estados Partes: [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html)

<sup>260</sup> Cabe resaltar que posteriormente se dieron las enmiendas del 19 de noviembre de 1988, 15 de agosto de 1990, 15 de noviembre de 1990, 1 de diciembre de 1990, y, por último, la del 7 de mayo de 2002.

<sup>261</sup> United States Federal Arbitration Act.

<sup>262</sup> BREUER, Luis A. La Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975. En: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/paraguay/artlbpy.html>

<sup>263</sup> El Estado peruano firmó y se adhirió a la Convención de Nueva York el 7 de julio de 1988. El 21 de abril de 1988 firmó la Convención de Panamá y se adhirió ella el 2 de mayo de 1989.

<sup>264</sup> Aunque sin brindar suficiente claridad sobre este tema, la Convención de Nueva York sí prescribe que se adjunte a la demanda el laudo arbitral en original y copia, estableciendo —para cada uno de los supuestos— los siguientes requisitos:

Article IV

1. To obtain the recognition and enforcement mentioned in the preceding article, the party applying for recognition and enforcement shall, at the time of the application, supply:
  - (a) The duly authenticated original award or a duly certified copy thereof;
  - (b) The original agreement referred to in article II or a duly certified copy thereof. [...] (El subrayado es nuestro).

<sup>265</sup> El numeral 2 del artículo 4 de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

Article IV [...]

2. If the said award or agreement is not made in an official language of the country in which the award is relied upon, the party applying for recognition and enforcement of the award shall produce a translation of these documents into such language. The translation shall be certified by an official or sworn translator or by a diplomatic or consular agent.

Como podemos apreciar, el citado precepto deja la alternativa de que los documentos mencionados en el punto 2.1.2. del presente informe, puedan ser traducidos por traductor oficial, agente diplomático o agente consular, a fin de que se considere una traducción oficial.

<sup>266</sup> Secciones 203 y 205 de la United States Federal Arbitration Act.

<sup>267</sup> Salvo, naturalmente, que la Corte encuentre algún impedimento establecido en la Convención, que le permita rehusarse al reconocimiento y ejecución del laudo o, de ser el caso, de solicitar una prórroga para ello (Sección 207 de la United States Federal Arbitration Act).

<sup>268</sup> Si se cumplen los requisitos para la aplicación de las dos Convenciones y en la medida de que las partes no hubieran acordado expresamente algo distinto, también será aplicable la Convención de Panamá, cuando la mayoría de dichas partes sean ciudadanos de un Estado o Estados que hayan ratificado o hayan adherido esta Convención y sean Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos.