Tratado de Arbitraje

tomo i

Volumen 124 Biblioteca de Arbitraje del

Estudio Mario Castillo Freyre

Arbitraje

Tratado de Arbitraje
Tomo I

Mario Castillo Freyre

Proceso de actualización y unificación de la obra,
realizado con

Alex Manuel de la Cruz Peña

Esta obra incluye trabajos escritos sólo por el autor y, también,
otros cuyas versiones originales fueron escritas por
Mario Castillo Freyre en coautoría con

Rita Sabroso Minaya †
Ricardo Vásquez Kunze
Verónica Rosas Berastain
Massiel Silva Santisteban Amésquita
Laura Castro Zapata
Giannina Molina Agui
Alonso Bedoya Denegri
Gina Vargas Herrera
Irene Martínez Cárdenas
Rosana Rosales Báscones

El autor agradece los valiosos consejos y comentarios de

Gisselle Moreno Cavallini

Tratado de Arbitraje
Tomo I

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Primera edición, noviembre 2025
Tiraje: 400 ejemplares

Diagramación de interiores: FM Servigraf E.I.R.L.
Imprenta: FM Servigraf E.I.R.L.
Calle El Alhelí 108-B Dpto. 201, Surquillo, Lima

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2025-12452

ISBN: 978-612-4400-76-6
Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

Palabras liminares 15

Primera sección
Consideraciones generales sobre el arbitraje

Capítulo I
Orígenes del arbitraje

1.1. Introducción 25
1.2. El arbitraje en el derecho romano 26
1.3. El arbitraje en la Edad Media 36
1.4. La Revolución Francesa 38

Capítulo II
Arbitraje: naturaleza y definición 44

Capítulo III
La otra justicia: fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú

3.1. Introducción 61
3.2. Surgimiento y posicionamiento del arbitraje en nuestro país 64
3.3. Arbitraje del Estado 70
3.4. Arbitraje popular 74
3.5. Conclusiones 80

Capítulo IV
El arbitraje en la experiencia latinoamericana

4.1. Introducción 83
4.2. La evolución del arbitraje en la década de 1990 86
4.3. Arbitraje de derecho o de conciencia 91
4.4. Arbitraje con el Estado 93
4.5. Arbitraje institucional 98
4.6. Conclusiones 100

Capítulo V
Comentarios al proyecto de modificación de la anterior
Ley General de Arbitraje

5.1. Introducción 101
5.2. Análisis del Proyecto Modificatorio 102
5.2.1. Arbitraje de derecho o de conciencia 102
5.2.2. Autonomía del arbitraje 108
5.2.3. Representación de la persona jurídica 111
5.2.4. Separabilidad del convenio arbitral 114
5.2.5. Renuncia al arbitraje 117
5.2.6. Excepción de convenio arbitral 119
5.2.7. Libertad del procedimiento de nombramiento 124
5.2.8. Incumplimiento del encargo 130
5.2.9. Nombramiento por las cámaras de comercio 132
5.2.10. Procedimiento de recusación 136
5.2.11. Libertad de regulación del proceso 144
5.2.12. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia 148
5.2.13. Plazo para laudar 155
5.2.14. Corrección, aclaración, integración y exclusión 157
5.2.15. Recurso de reposición 162
5.2.16. Recurso de anulación 166
5.2.17. Interposición del recurso 168
5.2.18. Requisitos de admisibilidad 171
5.2.19. Causales de anulación 173
5.2.20. Traslado 178
5.2.21. Consecuencias de la anulación 180
5.2.22. Medida cautelar en sede judicial 184
5.2.23. Medida cautelar en sede arbitral 190
5.2.24. Cumplimiento del laudo 197
5.2.25. Garantía de cumplimiento 200
5.2.26. Ejecución arbitral 204
5.2.27. Ejecución judicial 208
5.2.28. Ámbito de aplicación de normas de arbitraje nacional en el arbitraje internacional 210
5.2.29. Designación de árbitros por defecto 211
5.2.30. Procedimiento de recusación 213
5.2.31. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia 214
5.2.32. Corrección, aclaración, integración y exclusión del laudo 215
5.2.33. Plazo, requisitos y formalidades 217
5.2.34. Primera Disposición Transitoria 219

5.2.35. Segunda Disposición Transitoria 220
5.2.36. Primera Disposición Complementaria 221
5.2.37. Segunda Disposición Complementaria 222
5.2.38. Disposición Derogatoria 222

Capítulo VI
El arbitraje del Estado peruano

6.1. Introducción 224
6.2. Marco constitucional 228
6.3. El arbitraje del Estado en la actual Ley de Arbitraje 229
6.4. El arbitraje en la Ley General de Contrataciones Públicas 233

Segunda sección
Los enemigos del arbitraje

Capítulo I
El Estado peruano ¿El ocaso del arbitraje en el Perú? 247

Primera parte
El Estado como principal (pero no único) protagonista

1. El cuestionamiento del fondo de las decisiones con base en prejuicios 247
2. El recuento de la historia con base en elementos nuevos 250
3. Todos y tú también 251
4. El fondo del asunto 252
5. Las relaciones entre los árbitros 255
6. ¿Y qué pasaría si hubiese otros «Toros Bravos»? 256
7. Los mensajes subliminales 257
   7.1. Aquí mandamos nosotros 257
   7.2. La anulación de los laudos en el Poder Judicial 258
8. La defensa de las entidades públicas 262
   8.1. Sobre el contenido de la Resolución Ministerial n.° 291-2016-JUS, a través de la cual se aprueban los lineamientos para la designación de procuradores públicos 273
9. Los honorarios arbitrales 277
10. El resultado de los procesos y el soborno 278
11. Las fuentes de imvestigación 279
12. La labor de los árbitros debe ser valorada de manera individual 281
13. ¿Perú, sede de procesos arbitrales internacionales? Sólo una broma de mal gusto 285
14. La voracidad del Poder Ejecutivo peruano para terminar de controlar el arbitraje 287

14.1. Decreto Supremo n.º 018-2019-JUS que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1326, decreto legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado 288
14.2. Decreto de Urgencia n.º 020-2019, que establece la obligatoriedad de la presentación de la Declaración Jurada de Intereses en el sector público 290
14.3. Decreto Supremo n.º 377-2019-EF, que modificaba el anterior Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF 294
14.4. Decreto de Urgencia n.° 020-2020, que modifica el Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje 297

Capítulo II
Los problemas que presenta el propio medio arbitral peruano

1. La necesidad de que el arbitraje no sea representativo de la sociedad 310
2. La designación de árbitros como abogados de parte 311
3. La designación supletoria de árbitros por parte de las cámaras de comercio 313
4. Las sociedades secretas en el ejercicio profesional 315
5. La infracción a la confidencialidad durante el desarrollo del proceso arbitral 316
6. La confidencialidad después del laudo 317
7. Un medio arbitral proclive a la lisonja 319
8. Menos es más 321
9. El ocultamiento del financiamiento de terceros a las partes arbitrales 322
10. La publicidad pagada en los auspicios de determinados eventos 323
11. Los *rankings* 324
12. Los árbitros a pedido 326
13. El árbitro matón de esquina 327
14. El árbitro lobista 327
15. Contigo o sin ti 328
16. El secretario coimero 328
17. ¡No seas apuradito! 329
18. ¿Laudo o transacción? 329
19. Minando el laudo en mayoría 329
20. Pateando el tablero 330
21. Todo vale 330
22. ¡Ya pues, hermanito, ¿qué te cuesta?! 331
23. El arbitraje como una pantomima 331

24. Yo te nombro, tú me pagas 331
25. Rica y apretadita 332
26. Centros de arbitraje amañados 332
27. Te hago el informe, hermanito 333
28. Tribunales amañados 333
29. Sorteos amañados de árbitro 334
30. ¡O tú o nadie! 335
31. La hipocresía de los árbitros dentro del tribunal 335
32. En boca cerrada no entran moscas 335
33. ¿Hay problema en ser árbitro y también ejercer la defensa arbitral? 336
34. Le doy mi tarjeta, señorita 336
35. Árbitros flojos 337
36. Ignorancia del derecho aplicable 337
37. Vieja virtualidad 338
38. ¿Derecho de piso? 338
39. Barcos fantasma 338
40. Quien mucho abarca, poco aprieta 339
41. Centros de arbitraje sin secretarios 339
42. Nombrar árbitro al director de la empresa 340
43. Buscar la opinión del árbitro antes de nombrarlo 340

Tercera sección
El gobierno de Pedro Castillo
(28 de julio de 2021 - 7 de diciembre de 2022)

Primera parte
Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley
que buscaba suprimir el arbitraje estatal

1. Acreditación de los centros de arbitraje 343
2. Competencia territorial para solicitar el otorgamiento de las medidas cautelares en sede judicial 348
3. Formas de la fianza bancaria y/o patrimonial 349
4. Otorgamiento de medidas cautelares en sede judicial bajo la figura *inaudita altera pars* 351
5. Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equivalente al monto protegido por la medida cautelar 355
6. Abandono del proceso arbitral *ad hoc*, sin constitución del tribunal arbitral 356
7. Obligatoriedad de pronunciamiento sobre la cláusula anticorrupción en los contratos públicos 357

8. Necesidad de incluir en todos los contratos con el Estado una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad 367
9. La obligatoriedad de la cláusula arbitral en la contratación con el Estado y la vía judicial como alternativa 371
10. Análisis costo-beneficio del Anteproyecto 377

Segunda parte
Comentarios acerca del Proyecto de Ley que proponía habilitar el amparo contra laudos y otras decisiones arbitrales

1. El proceso de amparo y el ejercicio abusivo del derecho a iniciar un proceso o solicitar medidas cautelares 381
2. Justificación de la medida propuesta 384
2.1. Impacto de los procesos de amparo en la paralización de obras públicas 384
2.2. Justificación para la adopción de medidas específicas para los procesos que impactan en obras públicas 386
2.3. Alternativas de solución contempladas en el ordenamiento vigente para evitar el abuso del derecho en los procesos que impactan en el interés público 388
2.4. Amparo contra laudos y otras decisiones arbitrales 392

Tercera parte
La separación de poderes y el arbitraje

1. El arbitraje como jurisdicción 407
2. La separación de poderes 408

Cuarta parte
La defensa del arbitraje en contrataciones del Estado: a propósito del Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE

1. Introducción 412
2. Comentarios a las reformas promovidas por el Poder Ejecutivo para suprimir el arbitraje, mientras se nos distrae con reformas paralelas para su «eficiencia» 413
2.1. De las modificaciones al Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje 413
2.1.1. Acreditación de los Centros de Arbitraje (artículo 7) 413
2.1.2. Competencia en la colaboración y control judicial (artículo 8) 417
2.1.3. Medidas cautelares (artículo 47) 422
2.1.4. Abandono (artículo 50-A) 427
2.1.5. De las modificaciones a la Ley n.º 30225, anterior Ley de Contrataciones del Estado 428

2.1.6. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (artículos 10 y 45 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado) 429
2.1.7. Resolución de los contratos (artículos 33 y 36) 449
2.1.8. De las disposiciones complementarias modificatorias 457
2.1.8.1. Sobre la modificación de los artículos 4, 5, 9 y 25 de la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo y la incorporación de los artículos 24-B y 37-A 457
3. Conclusiones 461

Cuarta sección
El arbitraje comercial y de contratación pública

Capítulo I
En cuanto a su regulación 465

Capítulo II
En cuanto al arbitraje de inversión 469

Capítulo III
En cuanto al carácter voluntario del arbitraje 476

Capítulo IV
En cuanto al origen del convenio arbitral 479
1. El dominio contractual 480

Capítulo V
En cuanto a las materias arbitrables 498
1. Libre disposición y patrimonialidad 502
2. Criterio positivo y criterio negativo 505
3. Materia arbitrable en la anterior Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572 506
4. Materia arbitrable en la vigente Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071 510
5. Materia arbitrable en la Ley General de Contrataciones Públicas: criterio positivo y criterio negativo 514
6. Sobre las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales 517
7. La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa 527
7.1. Conceptos generales sobre el enriquecimiento sin causa 528

7.2. El enriquecimiento sin causa como materia no arbitrable en la Ley General de Contrataciones Públicas 538

Capítulo VI
En cuanto a las cláusulas arbitrales patológicas

1. El cuidado en la redacción del convenio arbitral 550
2. La inconsistencia es lo único en que los hombres son consistentes 551
3. Inoperatividad 556
4. Incertidumbre 561
5. No por mucho madrugar se amanece más temprano 566
6. Más vale malo conocido que bueno por conocer 570
7. A lo seguro, seguro 573
8. Informarse primero, escribir después 575
9. Uno más uno, dos 577
10. Lo que abunda, sí daña 578
11. Quien rompe, paga 582
12. La escalera al cielo 584
13. La ley, sólo la ley 594
14. ¿Ley en sentido estricto o general? 595
15. ¿Arbitraje para todo el mundo? 597
16. Convenios arbitrales ómnibus 601
17. Materias técnicas versus materias jurídicas 606
18. ¿Una pericia puede ser un laudo? 609
19. Materias arbitrables y otras que no lo son 610
20. La existencia de dos jurisdicciones arbitrales diferentes 611
21. Sede arbitral poco aparente 612
22. Sometimiento optativo al arbitraje 613
23. Congelados en el tiempo 615
24. ¿Centro o reglamento? 618
25. Convenios arbitrales por referencia 619
26. Convenios arbitrales distintos para relaciones jurídicas casi idénticas 620
27. Sede de arbitraje impropia 622
28. Costos inciertos 622
29. Ejecución de laudo arbitral 623
30. Convenios arbitrales que hagan referencia a dos o más centros de arbitraje, más conocidos como cláusulas arbitrales híbridas 624
31. Remedios y mecanismos de protección ante una cláusula patológica 625
    31.1. *Compétence-compétence* y separabilidad del convenio arbitral 625
    31.2. Interpretación de buena fe y principio pro arbitraje 628

Bibliografía 631

PALABRAS LIMINARES

No cabe duda de que el arbitraje en contratación pública congrega el mayor número de casos que se desarrollan en nuestro país. No sé si el cálculo sea correcto (imposible saberlo, en realidad), pero entre dos tercios y tres cuartas partes de los arbitrajes son de contratación pública y la mayor parte de estos últimos se derivan de la ley de contrataciones del Estado (actualmente denominada Ley General de Contrataciones Públicas) y su Reglamento.

Esto ilustra, la importancia de los arbitrajes en la vida nacional y, además, es reflejo de la obligatoriedad del arbitraje en materia de contratación con el Estado.

En lo personal, mis inicios en la materia provinieron del arbitraje comercial, en 1998, como abogado defensor y en el 2001, como árbitro. En un muy breve plazo incursioné en el arbitraje en contratación pública y, desde esa época, he sido y soy árbitro, invariablemente, en ambos tipos de procesos, además de otros regulados por las leyes peruanas en los que el Estado es parte; así como también experto en derecho peruano en arbitrajes nacionales, internacionales y de inversión.

En esta obra nos encargaremos de estudiar, fundamentalmente, el arbitraje comercial (nacional e internacional), el de inversión y el de contratación pública.

Debo precisar que no es mi propósito analizar dogmáticamente el arbitraje, ya que ello fue objeto de un primer libro, que escribí junto al profesor Ricardo Vásquez Kunze, antiguo colega y amigo, precisamente

el volumen 1 de la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio de abogados,[1] ni tampoco pretende, por razones obvias, ser un análisis exegético en materia arbitral ni de la Ley General de Contrataciones Públicas ni de la Ley de Arbitraje.

Debo recordar que en este último caso ese análisis ya fue realizado en los volúmenes 25 y 26 de la misma *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio y en una obra publicada por Gaceta Jurídica en el 2018, precisamente a los diez años de vigencia de la Ley de Arbitraje. Ambas obras corresponden en coautoría al suscrito, así como también a dos colegas que en ese entonces formaban parte de mi estudio de abogados y a una que acababa de dejar de formar parte de él, para iniciar su carrera como árbitro independiente.

Entre los países[2] que contienen normas particulares sobre la participación del Estado en el arbitraje o en algún medio alternativo de solución de conflictos, encontramos al Perú, el cual —en opinión mayoritaria— cuenta con una completa legislación al respecto.

En efecto, el tercer párrafo del artículo 63 de la Constitución Política del país establece que «el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual [...] a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

Esta referencia constitucional a una ley nos lleva al Decreto Legislativo n.º 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), cuyo artículo 4 inciso 2 establece que «las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional», mientras que el inciso 3 señala claramente que «el

---

1 CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, Cátedra Garrigues, 2006, volumen 1.

2 CASTILLO FREYRE, Mario. «Arbitraje en la contratación estatal». En *Abogados*. Lima: Asociación Diálogo Jurídico, 2011, año XI, n.° 10, pp. 108 y 109.

Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país».

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

Cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.º 26850 del año 1998,[3] que estableció —por primera vez— como una de las cláusulas obligatorias en los contratos de adquisiciones y contrataciones la de solución de controversias, al decir que «cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes».[4]

Las posteriores leyes y reglamentos[5] han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

Como hemos venido sosteniendo a lo largo del último cuarto de siglo, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración

---

3 Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo n.° 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley. Antes de dicha Ley teníamos el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - Rulcop y el Reglamento Único de Adquisiciones - RUA, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

4 Cabe recordar que el artículo 63 de la Constitución Política del Estado, si bien contempla la posibilidad de que el Estado y las demás personas de derecho público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual, no establece la obligatoriedad como sí lo han hecho y lo hacen las leyes y reglamentos sobre contratación pública.

5 Decreto Supremo n.° 012-2001-PCM, Decreto Supremo n.° 013-2001-PCM, Decreto Supremo n.° 083-2004-PCM, Decreto Supremo n.° 084-2004-PCM, Decreto Legislativo n.º 1017 y Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Ley n.º 30225, Decreto Supremo n.º 350-2015-EF, Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, Ley n.º 32069 y el Decreto Supremo n.° 009-2025-EF.

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

Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina y del mundo, porque no sólo se implantó el arbitraje obligatorio para quien voluntariamente desee contratar con el Estado, sino que, además, ello significó que el mismo Estado peruano tenía plena consciencia de que no resultaba el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos.

Esto implica que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a estos temas.

El esquema que se implantó con la Ley n.º 26850 dio muy buenos resultados en la medida en que la solución de estas controversias ha demostrado a la sociedad que el medio arbitral es —por lo general— más eficiente que la justicia ordinaria, disminuyendo tiempo y costos en la administración de justicia.

De otro lado, estas cláusulas obligatorias han contribuido a que las controversias sobre cuantías muy altas hoy estén sustraídas del Poder Judicial. Ello aunado al hecho de que en la mayoría de contratos celebrados entre particulares (en donde se comprometen montos patrimoniales importantes) se incluye un convenio arbitral y, por lo tanto, también se sustraen las partes de los tribunales ordinarios.

Si bien el Estado tiene que generar confianza en aquellos que vayan a contratar con él, asegurándoles que de surgir algún conflicto éste se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, hay quienes afir-

man[6] que ello no implicaba inexorablemente que el conflicto no sea resuelto por el Poder Judicial, sino que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta.

En síntesis, es imprescindible realizar una verdadera y comprometida reforma, lo que indudablemente tiene un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero.

Sin embargo, el Estado optó por lo urgente y lo inmediato, admitiendo que el arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional, claro está, en las materias en que aquél se aplica.

En efecto, dadas las especiales características del arbitraje, y sobre todo su celeridad, no cabe duda de que se ha convertido en el mecanismo que —en la actualidad— brinda mayores ventajas a los particulares e incluso al propio Estado.

Antes de concluir, debo mencionar que esta obra corresponde en autoría no sólo a mí, sino a casi todos quienes me han acompañado a escribir sobre arbitraje a lo largo de las últimas dos décadas, amigos y colegas que han tenido la enorme gentileza de autorizar la adecuación y actualización de sus trabajos.

En primer lugar, Rita Sabroso Minaya, quien me acompañó en el Estudio desde practicante por el lapso de dieciocho años y falleció prematuramente el 19 de enero de 2021. Agradezco a su esposo, el doctor Jorge Ágreda Aliaga, la gentileza de habernos permitido trabajar sobre todo aquello que escribí con ella durante tantos años.

---

6 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Advocatus*, 2007, n.° 16, p. 182.

Similar agradecimiento debo manifestar a mi gran amigo, el profesor don Ricardo Vásquez Kunze, con quien también, solos o con Rita, escribimos tanto sobre Arbitraje.

Esta obra también cuenta con la participación de excelentes colegas y muy buenos amigos, como Verónica Rosas Berastain, socia principal de mi Estudio de Abogados y quien me acompaña en el bufete desde enero del 2002; Massiel Silva Santisteban Amésquita, socia de mi Estudio, con quien trabajamos juntos desde el 2012; Laura Castro Zapata, árbitra independiente, con quien trabajamos juntos desde el año 2000 hasta el 2017; Giannina Molina Agui, permanente colaboradora de mi Estudio, quien fuera practicante y abogada del mismo desde sus primeros pasos en el derecho; Alonso Bedoya Denegri, quien fue mi socio en el Estudio durante algunos años; Gina Vargas Herrera, experta en contratación pública y arbitraje; Irene Martínez Cárdenas, quien fuera practicante de mi Estudio y hoy es muy destacada miembro del Servicio Diplomático de la República; y Rosana Rosales Báscones, quien fuera practicante de mi Estudio y hoy es muy destacada abogada del Estado.

Además, agradezco los valiosos consejos y comentarios de Gisselle Moreno Cavallini, socia de mi Estudio y abogada del mismo desde hace varios años.

La participación de todos ellos no sólo se consigna en las partes pertinentes de la obra, sino, como es lógico, en la portada de cada uno de los tomos que la integran.

Y, además, para llevar adelante este proyecto he contado con la valiosísima participación de un nuevo coautor, el abogado Alex Manuel de la Cruz Peña.

A todos ellos, muchísimas gracias.

Lima, octubre del 2025

Mario Castillo Freyre[7]

7 Magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio fundador del Estudio Mario Castillo Freyre Abogados; Miembro de Número y vicepresidente del Consejo Directivo de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las Colecciones *Biblioteca de Arbitraje*, *Biblioteca de Derecho* y *Biblioteca de Arbitraje-Serie Digital* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

PRIMERA SECCIÓN

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARBITRAJE

CAPÍTULO I
ORÍGENES DEL ARBITRAJE[8]

1.1. 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 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.[9]

Los pasajes bíblicos relatan casos en los que las controversias eran resueltas por árbitros. Al respecto, Humberto Briseño[10] 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,[11] aunque cabe recordarla en materia internacional con el conflicto relativo

---

8 El presente acápite se basa en el artículo «Orígenes del arbitraje», escrito por Mario Castillo Freyre. (CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». En *Abogados*. Lima: Asociación Diálogo Jurídico, 2008, n.° 8, pp. 7-12). Asimismo, este artículo también se publicó en el volumen 2 de la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre (CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje, volumen 2, Lima: Palestra Editores, 2007).

9 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.

10 BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México D. F.: Imprenta Universitaria, 1963, p. 20.

11 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"».

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.[12]

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.[13] Por tal razón es que procederemos a desarrollar con mayor precisión, en el siguiente acápite, la evolución del arbitraje en el derecho romano.

1.2. 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.[14]

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.[15] El arbitraje, en estas circunstancias, se resumía como la situación en la que los

---

12 VARGAS, Fernando. *Op. cit*., pp. 15 y 16.

13 *Ibidem*, p. 16.

14 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: Eunsa, 1997, pp. 271 a 291, citados por: GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998, p. 27.

15 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». En *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwik Kos*

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,[16] el *pater familias* —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.[17]

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

---

Rabcewicz Zubkowski. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 543) 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».

16 FREIXAS PUJADAS, Juan. «Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano». En *Revue International des Droits de l' Antiquité*, 1980, p. 163.

17 FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998, p. 37.

nutriría del antiguo procedimiento arbitral.[18] 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,[19] 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 con el 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 que este proceso tenía como finalidad defender el interés de la comunidad a través de la aplicación de sanciones ante la

---

18 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: GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 27.

19 IGLESIAS, Juan. *Las fuentes del derecho romano*. Madrid: Editorial Civitas, 1989, pp. 32-34.

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.[20]

Por otro lado, debemos tener presente las distintas 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.), posclásica (284 d. C.-476 d. C.) y justinianea (476 d. C.-565 d. C.).

Los períodos en mención deberán ser relacionados con las etapas del procedimiento civil romano, en la medida 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.[21]

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.

---

20 FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, pp. 37 y 38.
21 IGLESIAS, Juan. *Op. cit.*, p. 202.

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 posclásica.

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.[22]

Posteriormente, en la siguiente fase del proceso civil, el pretor otorgaba, bien a un *iudex*, bien a un *arbiter* 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*.

---

22 GASPAR, Silvia. *Op. cit*., p. 29.

Lo común a ambos procedimientos era que las partes acudían a éstos cuando se suscitaba un conflicto entre ellas. Al respecto, Silvia Gaspar[23] expresa: «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 era 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:[24] «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[25] dedujo que cuando en el litigio se reclamaba

---

23 *Idem*., p. 30.

24 Ibid., loc. cit.

25 ARANGIO RUIZ, Vicente. *Historia del derecho romano*. Traducción a la segunda edición italiana por Francisco de Pelsmaeker e Ibáñez. Madrid: Reus, Cuarta edición, 1980, p. 89, ctado por GASPAR, Silvia. *Op. cit., ibid*., *loc. cit*.

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[26] entiende que se sometían al *arbiter* primordialmente los procesos que requerían considerable discreción,[27] 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 communi dividundo*) y la asignación de partes en una cosa o comunidad patrimonial (*aestimatio*).[28]

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*.

---

26 PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano, II,* Milano: Guijarro, 1963, p. 189 y ss.

27 Estos procesos se denominaban los *bonae fidei iudicia*.

28 GASPAR, Silvia. *Op. cit*., p. 31.

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 convinieren en aceptarlo».[29]

De esta manera, Silvia Gaspar[30] 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[31] 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 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

29 *Ibid.*
30 Ibid. loc. cit.
31 VALIÑO, Emilio. *Instituciones de derecho romano*. Valencia: Universidad de Valencia, 1976, pp. 186 y 187.

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 sentencia 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*.[32]

Por otro lado, en la etapa del procedimiento formulario se mantiene el *iudicium privatum*, el mismo que tiene naturaleza arbitral,[33] 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.[34]

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

---

32 TALAMANCA, Mario. *L'arbitrato romano dai veteres a Giustiniano*. Citado por: GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

33 Respecto de la naturaleza arbitral de un proceso, Silvia Gaspar (GASPAR, 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.

34 Ibid., loc. cit.

de esto, la mencionada posibilidad se entendió como una vía extraordinaria en la medida 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.[35]

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.[36]

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 posclásico, 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.[37]

---

35 Ibid., loc. cit.
36 Ibid., loc. cit.
37 *Ibid.*, p. 33.

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.[38]

Con respecto a los diferentes tipos de procesos que aparecieron en el derecho romano, Silvia Gaspar[39] 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.

1.3. 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

38 Ibid., loc. cit.
39 Ibid., loc. cit.

contexto resultó favorable para que los nuevos comerciantes optaran por dejar de lado la justicia del monarca y diesen 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.[40]

Por otra parte, debemos recordar también que el Fuero Juzgo[41] regula el arbitraje. Asimismo, en el Breviario de Alarico y en el *Liber Iudiciorum*[42] 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[43] 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.

---

40 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.

41 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, 1995, pp. 183 y 184).

42 *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).

43 FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit*., p. 40.

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.[44]

1.4. 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.[45]

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.[46]

---

44 Ibid., loc. cit.

45 FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, p. 41.

46 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 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.

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.

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».

El sistema de justicia se organiza sobre la base de la supresión de los parlamentos,[47] prebostazgos,[48] bailías[49] y justicias señoriales. De esta ma-

[47] 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. Estos 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, estos 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, 1989, pp. 917 y 918).

[48] Prebostazgo es considerado como el oficio de preboste (REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 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

nera 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.[50]

Dentro de este orden de ideas, resulta pertinente destacar que en la Francia posrevolucionaria 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: «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».

---

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).

49 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).

50 Ibid., loc. cit.

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 proscribe 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.[51]

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.[52]

---

51 Ibid., p. 42.

52 MONGALVY. *Traité de L'arbitrage en matiére civile et commercial.* París, 1852, num. 1. Citado por: CHARRY URIBE, Leonardo. *Op. cit.*, p. 14.

CAPÍTULO II
ARBITRAJE: NATURALEZA Y DEFINICIÓN[53]

Se suele conceder que una de las conquistas de mayor importancia en la administración de justicia es, históricamente, la pluralidad de instancia. También el azar en quien asume como juzgador de una causa juega un papel importante en lo que, se pretende, es la perfección de los procesos judiciales que buscan superar las injusticias de tiempos pretéritos signados por la barbarie. La publicidad de los juicios tiene la misma lógica, exorcizar el secreto que, se pontifica, es fuente de todo abuso. Y como el abuso es lo que la justicia trata de proscribir de la Tierra, exígese que la ley sea igual para todos y, por tanto, que nadie escape a los procedimientos que ésta establezca previamente en materia de justicia, de tal modo que todos, por igual, sean medidos por la misma vara.

De ahí que nadie pueda pagar su justicia, sino que ésta deba ser accesible a cualquiera merced a la gratuidad de su administración, porque, finalmente, de todo esto se trata la justicia, según se dice, en una visión popular y política[54] tan difundida que es moneda común y corriente en

---

53 El presente acápite se basa en el artículo «Arbitraje: naturaleza y definición» escrito por Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze (CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Arbitraje: naturaleza y definición» En *Derecho PUCP*, 2007, año MMVI, n.° 59, pp. 273-284). Cabe precisar que el citado trabajo también forma parte del volumen 1 de la Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre (CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*. *Op. cit*., pp. 33-51.)

54 Según Fernando de Trazegnies se trataría de la visión del derecho liberal clásico de la administración de justicia cuyo dogma es «[…] ese monopolio de la función jurisdiccional del Estado que constituye una característica de la ideología moderna o liberal». DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

casi todas las constituciones[55] del mundo occidental, y cuyo cuestionamiento constituiría una herejía contra la modernidad y un retroceso a las cavernas.

Pues bien, ninguno de los principios de la ortodoxia judicial como garantías inalienables de la administración de justicia en el mundo civilizado —que se dice es el mundo moderno— están considerados en esa otra manifestación de la justicia conocida como arbitraje.[56] Ninguno.

¿Cómo es pues posible esto? ¿Es el arbitraje una herejía? ¿Acaso una manera reaccionaria de administrar justicia? ¿Una vuelta a la noche de los tiempos? ¿Una intolerable afrenta contra el progreso humano y sus *adquiridos* derechos? ¿Una sentencia de muerte contra la igualdad ante la ley fuente de toda justicia? ¿Tal vez la barbarie que acecha contra la civilización del Estado nación?

---

55 La Constitución Política del Perú de 1993 recoge esta visión de la justicia en el artículo 139 que regula la función jurisdiccional del Estado, el mismo que prescribe al respecto:
«Artículo 139.- «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: […]
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
4. La publicidad de los procesos, salvo disposición contraria de la ley. […]
6. La pluralidad de la instancia. […]
16. El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y, para todos, en los casos que la ley señala. […]».

56 «El arbitraje actual es una institución post-moderna (si por moderno entendemos el derecho liberal clásico) […] el arbitraje actual no quiere ser un mero auxiliar del Poder Judicial, sino que pretende sustituirse al Poder Judicial en una serie de campos donde considera que el sistema formal y oficial no es eficiente». DE DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

Ninguna de estas preguntas podría obtener respuestas si no nos dedicamos a resolver el problema de la naturaleza del arbitraje, esa administración heterodoxa de la justicia que parece rebelarse contra doscientos años de *revolucionarios* dogmas.[57]

Nuestro propósito en las siguientes líneas es llegar a una definición cabal de arbitraje. Pero esto no es posible si no consideramos las aristas históricas, ideológicas y jurídicas de las teorías que lo explican, mejor dicho, que explican su naturaleza. Sólo una vez descubierto el extenso horizonte que pone a prueba nuestro entendimiento de este fenómeno complejo es que podremos aventurarnos a una definición. La iremos, pues, construyendo poco a poco, andando, en el camino, convencidos más que nunca de que es aquí, precisamente, donde solo se hace camino al andar.

Existen numerosas definiciones de arbitraje, acaso demasiadas, pero casi todas, por no decir todas, soslayan un elemento fundamental, a saber: que el arbitraje es el prototipo de la administración de justicia.[58] Es la forma más elemental de la jurisdicción que por simple, también —y usando aquí un término tan caro a los tiempos modernos—, es más eficiente.

En efecto. Hablar ya de eficiencia es aquí hablar, en primer lugar, de que se reconoce que la justicia por mano propia —la *vendetta*— es siempre más onerosa que la justicia impartida por mano de un tercero no involucrado en la pendencia. Y lo es porque la *vendetta*, al obedecer a la ley del más fuerte para su éxito, puede ir siempre más allá del objeto que dio origen al litigio entre dos partes. Y entre perder algo y perderlo todo,

---

57 Dogmas que no son otros que los de la Ilustración dieciochesca y sus postulados de la separación de poderes, el judicial uno de ellos, y cuya sangrienta praxis tuvo su cenit con la Revolución Francesa.

58 Uno de los pocos autores que hemos encontrado que hacen mención al arbitraje como modelo primigenio de la administración de justicia es Jaime Guasp; sin embargo, él aborda este tema a partir de la importancia histórica del arbitraje y no desde el punto de partida de la definición. Ver: GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956, pp. 12-13.

inclusive la vida, es preferible lo primero, por cuanto, como mecanismo de solución de conflictos, en tanto el costo será siempre imprevisible para quien pierde, la *vendetta* es la encarnación de la ineficiencia social de la justicia.

Bien distinto es el caso de una sociedad que no está dispuesta a asumir el precio de una justicia tan costosa como la *vendetta*. En una sociedad tal, dos personas que tienen un conflicto de intereses cuya solución ha escapado al trato directo, esto es, que no se han podido poner de acuerdo sobre cómo dar fin a la controversia que las enfrenta, a satisfacción de ambas, recurren a un tercero. Este, por lo general ajeno al interés en disputa, aunque no necesariamente ajeno a las partes, decide, al amparo de un orden jurídico determinado como telón de fondo, cuál de ambas tiene razón en el problema sometido a su sabiduría. Quien así *dice el derecho* es, en términos coloquiales, un árbitro, y su acción, un arbitraje. De esta forma celular de administrar justicia desciende, como habíamos dicho, la jurisdicción estatal de nuestros tiempos. Empero, sólo en autorizada oposición a ésta es que podemos definir cabalmente el arbitraje en su estado actual.

Ninguna definición que no parta de la premisa de que el arbitraje es una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal es una definición completa,[59] porque sólo a partir de este hecho fundamental que

---

[59] Este es el caso de definiciones de tratadistas como Humberto Briseño o Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú. Briseño afirma que se configura el supuesto de arbitraje «[…] cuando dos o más sujetos acuerdan someter sus diferencias jurídicas a la decisión de un tercero. La discusión jurídica, la trilogía de sujetos, el acuerdo y la decisión del pleito, son las notas que permanecen constantes; […]». BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. *Op. cit*., p. 21.

De otro lado, Cantuarias y Aramburú definen el arbitraje como «[…] un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados, a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión».

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. 39. Como vemos, ninguna palabra sobre el hecho de que este medio privado de solución de controversias existe en virtud de que las partes se sustraen a la jurisdicción del Poder Judicial.

es, en nuestro criterio, que los miembros de una comunidad jurídica puedan sustraerse a los órganos judiciales del Estado para resolver por otra vía un conflicto de derecho, es que podemos inferir que el arbitraje tiene una función análoga a éstos. En otras palabras: que por medio del arbitraje se administra una justicia pero que ésta no es igual a la que administra el Estado.[60]

Ahora bien, por un simple ejercicio de sentido común consideramos que ninguna sustracción a la jurisdicción estatal tendría efectos prácticos, esto es, el efecto de zanjar jurídicamente una controversia entre dos partes, si esta sustracción no estuviera autorizada por el Estado, pues resulta obvio que si el Estado prohibiera el arbitraje y, por tanto, tuviera por nulos todos sus efectos, éste carecería de todo sentido en la medida en que el ganador jamás podría hacer valer un derecho que no sólo no es reconocido, sino condenado por el ordenamiento jurídico.[61] Rechazamos, pues, así, las opiniones que le dan al arbitraje una existencia jurídica

---

60 En esta línea se halla Juan Guillermo Lohmann, quien define al arbitraje como «[…] la institución que regula el acuerdo de voluntades por el cual dos o más partes deciden someter a uno o más terceros, que aceptan el encargo, la solución de un cierto conflicto de derecho privado respecto del cual dichas partes tienen capacidad de disposición, *obligándose previamente a no llevar la controversia a los tribunales ordinarios* sin el previo fallo arbitral, el cual deberá expedirse con arreglo a ciertas formalidades». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen V, p. 39 (las cursivas son nuestras).
También Sara Feldstein y Hebe Leonardi entienden que «[…] el arbitraje es un método de solución de controversias mediante el cual, en ciertas ocasiones, *la ley permite sustraerse de la intervención de los órganos judiciales estatales*». FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, p. 12. (Las cursivas son nuestras).

61 Ahora bien, sería inconcebible, en un orden jurídico global como el de nuestro tiempo, que un Estado no contemplara ni favoreciera la jurisdicción arbitral. Nosotros creemos que es la estructura jurídica supranacional la que hoy no deja alternativa a los Estados nación para fortalecer el arbitraje como medio de solución de conflictos. Cualquier Estado que se desentendiera del arbitraje en su estructura jurídica interna, sufriría consecuencias. Para comenzar, sería bastante difícil que los grandes capitales globales vinieran a un Estado nación que no contemplara el arbitraje, máxime si ese medio de solución de controversias es la condición jurídica *sine qua non* que el capital requiere para que se le administre justicia en caso de conflicto.

propia de su *naturaleza*, y afirmamos, por el contrario, que sólo el derecho positivo puede establecer la existencia jurídica de cualquier fenómeno social.[62]

Y, en efecto, así parece entenderlo en el Perú la Constitución Política de 1993 en el primer inciso del artículo 139, cuando reconoce al arbitraje una existencia jurídica de carácter jurisdiccional, de excepción a la jurisdicción unitaria y exclusiva del Estado. Aquí, la Ley de Leyes instituye expresamente una jurisdicción arbitral.[63] Por tanto, para nuestro ordenamiento jurídico, el arbitraje es una forma oficial —aunque no estatal— de administrar justicia.

Este hecho legislativo nos introduce, doctrinariamente hablando, a la discusión fundamental de la naturaleza del arbitraje, a saber, si éste tiene una esencia privada o una pública, o dicho en otros términos, si el arbitraje pertenece a la esfera de los contratos, a la de los procesos judiciales, o si pertenece a ambas.[64]

No hay duda para nosotros de que para estar ante un supuesto de arbitraje tiene que mediar un contrato que active este mecanismo de solución de controversias. El contrato entre dos sujetos de derecho que

---

62 Por eso disentimos del parecer del profesor Guillermo Lohmann cuando afirma que el arbitraje tiene «característica institucional en tanto no le está permitido a los miembros del cuerpo social el poder derogarlo, sino de aplicarlo o no, dentro de las variantes y limitaciones que el ordenamiento interno establece». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.* p. 39. Pensamos que el centro del asunto está en su confusa definición de institución jurídica, a saber, *«un conjunto de ideas y de elementos que, bajo reglas determinadas, disciplinan situaciones jurídicas, gobiernan comportamientos y establecen ciertas consecuencias de derecho». Idem*. Lo cierto es que un fenómeno social como el arbitraje o como cualquier otro se convierte en una institución jurídica porque el ordenamiento legal *lo instituye jurídicamente*. *Ergo*, ese mismo ordenamiento legal lo puede «destituir jurídicamente», si cabe el término. Por tanto, afirmar que las instituciones jurídicas, como lo han sido en su momento la esclavitud, la *debellatio* o el mayorazgo, por poner sólo unos ejemplos, no pueden ser derogadas, no es ni histórica ni lógicamente sostenible.

63 «Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.
No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. […]».

64 Independientemente de nuestra posición doctrinaria respecto de la naturaleza del arbitraje, queda claro que nuestro ordenamiento jurídico nacional suscribe la tesis del arbitraje como proceso jurisdiccional.

buscan que un tercero administre una justicia que no es la que administran los tribunales ordinarios del Estado, pero que está permitida por ese Estado es un elemento esencial de cualquier definición de arbitraje. No hay arbitraje si no hay contrato. El asunto está en establecer si porque hay contrato no hay jurisdicción. Ese es el problema que se nos plantea.

Para la teoría contractualista, también llamada privatista del arbitraje, cuyos suscriptores son mentes de primer nivel en el mundo jurídico,[65] la respuesta al problema planteado es que no hay jurisdicción si hay contrato. En buen romance, esta teoría le niega al arbitraje todo carácter jurisdiccional.[66]

Pero si quienes profesan una visión contractualista del derecho fuesen consecuentes con sus tesis, estarían, sin duda, en serios aprietos conceptuales, pues no olvidemos que la jurisdicción —y siempre siguiendo aquí la lógica contractualista— sería fruto también de un contrato: el llamado *contrato social*.[67] Esto no hace sino demostrar una de las grandes paradojas del contractualismo, a saber, asumir a rajatabla la naturaleza

---

65 Defensores y divulgadores del contractualismo arbitral son en Francia los jurisconsultos Merlin, Fuzier-Herman, Weiss, Garzonnet y César-Bru y Brachet. En Italia suscriben esta tesis los grandes juristas Mattirolo, Chiovenda, Satta, Alfredo Rocco, Andrioli, Lugo, Pece, Furno y Costa. En España la avala Joaquín Escriche y, finalmente, en Argentina, David Lescano. Ver: VARGAS, Fernando. *Op. cit.*, pp. 35 y 36.

66 *Ibid.*, p. 35.

67 Uno de los teóricos más importantes de la tesis del «contrato social» es el filósofo ilustrado Jean Jacques Rousseau. Sobre esta dice: «Encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes». Tal es el problema fundamental cuya solución da *El contrato social* […]. Estas cláusulas, bien estudiadas, se reducen a una sola, a saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a la comunidad entera, porque, primeramente, dándose por completo cada uno de los asociados, la condición es igual para todos; y siendo igual, ninguno tiene interés en hacerla onerosa para los demás […]. En fin, dándose cada individuo a todos no se da a nadie, y como no hay un asociado sobre el cual no se adquiera el mismo derecho que se cede, se gana la equivalencia de todo lo que se pierde y mayor fuerza para conservar lo que se tiene […]. Si se descarta, pues, del pacto social lo que no es su esencia, encontramos que queda reducido a los términos siguientes: "Cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo"». ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Obras selectas*. Colección Clásicos Inolvidables. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1959, 2.ª edición, pp. 853 y 854.

privada de los contratos cuando, precisamente, el *contrato de los contratos* no tiene esa simiente.

En efecto, el *contrato social* es el eje de cualquier aprehensión contractualista del mundo. Esta es la doctrina acuñada por el movimiento ilustrado del siglo XVIII cuyo fin no es otro que fundar la existencia del Estado y su soberanía, y, por ende, de su jurisdicción. Ya en otro trabajo hemos expresado, siguiendo a Kelsen, que nosotros no comulgamos con la tesis del «contrato social» como explicación para la existencia del Estado.[68]

Creemos, más bien, que esta tesis no explica, sino que pretende justificar la existencia de la soberanía y jurisdicción del Estado, porque busca justificar a su vez una filosofía que le es muy cara, la de la existencia de un *estado de naturaleza* donde los hombres son todos libres e iguales en derechos y, por lo tanto, sólo a través de un contrato pueden obligarse a sí mismos a someterse a una jurisdicción que ellos han creado para su beneficio. No es el momento ni el lugar para discutir aquí el hecho de que es precisamente en ese *estado de naturaleza* que los hombres no son ni libres ni iguales, y mucho menos libres e iguales en derechos, porque la naturaleza no otorga a ninguna criatura derecho alguno, y, consecuentemente, que el Estado y el derecho, antes de emanar de un contrato (social), más bien parecen tener su origen en un *estado de necesidad* que impone el así llamado *estado de naturaleza*.

Lo que sí nos interesa señalar aquí es la contradicción de quienes, prisioneros lógicos de las tesis de un contrato como fuente primigenia de la jurisdicción, les nieguen precisamente a los contratos el poder para crearla. En síntesis, sí puede, dentro de la lógica contractualista del derecho, haber jurisdicción por contrato. El pretendido *contrato social* es la mejor prueba de ello.

---

68 Ver: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 59.

A estas alturas el asunto parece ir más que por el lado contractual, por el de qué entienden los contractualistas por jurisdicción. No creemos, pues, alejarnos de la verdad si afirmamos que para los autores que suscriben la tesis contractual del arbitraje subsiste la tradición dieciochesca de que la jurisdicción es un atributo inherente a la soberanía del Estado, que es el paradigma de lo público. Así, pues, porque la *voluntad general* lo ha querido es que los tribunales ordinarios del Estado tienen el poder de imperio,[69] de hacer comparecer dentro del proceso, de grado o fuerza, a los testigos, de ordenar las diligencias que estimen conveniente dentro de la ley, de castigar a cualquiera que incumpla sus mandatos[70] y, lo más importante, de ejecutar sus sentencias.[71]

Es cierto. El arbitraje carece de todos estos poderes atribuidos en los últimos doscientos años a la jurisdicción porque, como es obvio si seguimos la lógica de una tesis contractualista, en tanto emanado el arbitraje de un contrato entre dos partes, éste no puede obligar más que a esas partes, a diferencia de un contrato *suscrito en teoría* por toda la socie-

---

69 Poder que no tienen los árbitros y sus actos arbitrales y «[…] por tanto el arbitraje al que se concibe, en contraposición con la perfecta función jurisdiccional del Estado, como «la expresión de un más íntimo acuerdo, dirigido a la renuncia a la jurisdicción»». Ver: CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 22.

70 Esta es la posición de Chiovenda que dice que «La opinión sostenida por algunos escritores y dominante en la jurisprudencia, que atribuye al arbitraje carácter jurisdiccional, me parece profundamente equivocada. Basta observar que el carácter jurisdiccional debería aparecer durante el arbitraje, pero es justamente durante el arbitraje cuando la naturaleza meramente privada de la actividad arbitral se manifiesta en la falta de todo poder, que consienta a los árbitros hacer comparecer coactivamente a los testigos, llevar a cabo coactivamente una inspección ocular, etcétera. Precisamente esta absoluta falta de poderes impide equiparar el arbitraje a uno de aquellos casos en que al particular le son confiadas funciones públicas porque al particular en estos casos le son conferidos por la ley los correspondientes poderes. El carácter del arbitraje consiste precisamente en esto: la ley deja libre a las partes que son las que conocen las condiciones y exigencias del caso concreto, de acordar que la materia lógica para la decisión sea preparada sin uso de poderes jurisdiccionales […]». CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo I, pp. 91 y 92.

71 GARSONNET, Eugène y Cézar-BRU citados por Patricio AYLWIN AZÓCAR, consideran que «Los árbitros son encargados de juzgar un litigio […], pero los árbitros no son magistrados, pues les falta el carácter oficial. La autoridad de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva que de su sentencia nacen, se refieren menos a esa sentencia que a la voluntad de las partes en virtud de la cual se dictó. Es una consecuencia del principio de que las convenciones legalmente celebradas son una ley para las partes». En VARGAS, Fernando. *Op. cit.*, p. 36.

dad. Pero esta interpretación soslaya el elemento esencial de la jurisdicción, a saber, el de ser el poder legalmente establecido para *decir el derecho*. Y la ley puede sancionar que el derecho sea dicho por los tribunales ordinarios de justicia que tendrán todos los poderes de apercibimiento propios del Estado, como también que el derecho sea dicho fuera de la esfera pública como es el caso del arbitraje. Aquí, el común denominador entre lo privado y lo público es la cualidad que a la jurisdicción no se le puede quitar, esto es, la autorización legal para *decir el derecho*. En síntesis, para resolver jurídicamente una controversia.

Que el arbitraje, por ponerlo de alguna forma, se asemeja mucho a la jurisdicción que los contractualistas sólo ven en la judicatura se constata en los malabares conceptuales que hacen ellos mismos para no admitir el carácter jurisdiccional del arbitraje sin poder dejar de reconocerlo a su vez, en cierta medida. Jurisdicción especial le llaman algunos,[72] afinidad lógica con el proceso, otros.[73] Lo cierto es que desde el momento mismo en que se afirma que la decisión o laudo a que llegan los árbitros sobre un determinado problema sometido a su consideración sólo puede ser ejecutado por un juez ordinario, quien deberá cumplir la decisión arbitral como si hubiera sido dictada por otro juez ordinario —y ahí radica, en los alcances ejecutivos entre laudo y sentencia, una de las mayores diferencias entre jurisdicción arbitral y estatal—, se está admitiendo analógicamente la calidad de jueces de los árbitros y las características procesales del arbitraje.

Pero que se admitan analógicamente no significa que sean exactamente. Un árbitro es como un juez porque ejerce la misma función social, pero no es un juez. Un arbitraje es como un proceso porque como en éste se dirime jurídicamente una controversia, pero no es un proceso

---

72 Mattirolo entiende que el juicio de los árbitros constituye una forma de jurisdicción especial, otorgada a estos en virtud de un compromiso. Ver: VARGAS, Fernando. *Ibid*., *loc. cit.*

73 «Lo que las partes sustituyen al proceso es afín al proceso en su figura lógica, es decir, en ser una resolución de controversias mediante un juicio ajeno […]». CHIOVENDA, Giuseppe. *Op. cit*., pp. 91-92.

judicial. De ahí que, así como hemos cuestionado hasta aquí el extremismo simplista del contractualismo arbitral, hacemos también lo mismo con las tesis de quienes, sin duda, queriendo guardar ideológicamente incólume la majestad y la soberanía del Estado nación, sostienen que la naturaleza del arbitraje es, sin más, jurisdiccional. Nosotros, pues, rechazamos la teoría procesalista del arbitraje[74] que, como hemos referido líneas arriba, suscribe erróneamente —a grandes rasgos— nuestra Constitución Política.

Y la rechazamos porque, a todas luces, es un error sostener, como lo hace esta teoría, el carácter público de la función arbitral, apoyándose en que es la ley la que le da existencia jurídica en tanto mecanismo de solución de controversias[75] y que, por tanto, los árbitros son funcionarios públicos que imparten justicia y sentencian a nombre del Estado en un proceso que forma parte de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional de ese Estado.[76]

---

74 También conocida como teoría jurisdiccional, el procesalismo arbitral cuenta con importantes suscriptores. En la Italia del siglo XX, esta tesis ha sido defendida por Ludovico Mortara, Ugo Rocco, Capaccioli, Jaefer, Boscarelli, Vechione, Pietro Bonfante, Vicenzo Galante, Prospero Fedozzi, Ghirardini y Galgano. En Francia, Laurent, Lainé, Boncene, Glason, Tissier y Morel han sido sus más reconocidos apólogos. Asimismo, cuenta con el beneplácito de los españoles Reus y Manresa, Antonio Malaver y Rafael de Pina y, en América, con la pluma del chileno Patricio Aylwin Azocar. Ver: VARGAS, Fernando. *Op. cit.*, p. 29.

75 Esta es la posición de Ludovico Mortara, quien es considerado el mejor exponente de la doctrina jurisdiccionalista y que sostiene que el arbitraje realmente existe porque la ley lo ha instituido y por tal razón esta misma ley es la que le ha concedido a las partes, que han sido investidas con un cierto grado de la soberanía inherente al Estado, el poder necesario para resolver un conflicto con absoluta autoridad, por medio de un compromiso. Así, según Mortara, el poder de los árbitros no nace del simple nombramiento que hacen las partes de ellos, en la medida en que las partes no poseen tal facultad, porque no podrían otorgar lo que no les es propio. Ver: VARGAS, Fernando. *Op. cit.*, pp. 31 y 32.

76 Ugo Rocco considera que en el arbitraje el particular asume y ejerce una función pública o un servicio público (como en el supuesto en que un ciudadano arreste al autor de un delito sorprendido en flagrancia, o que, en el caso de calamidad u otra situación análoga, presta ayuda a la fuerza pública), que no son otras que las clásicas funciones jurisdiccionales del Estado. En tal virtud, Rocco estima que el laudo o decisión arbitral se constituye en una verdadera sentencia provista de fuerza obligatoria, a la que sólo le faltaría la fuerza ejecutiva. Ésta le debe ser atribuida por el decreto del pretor, necesaria a su vez por el hecho de que el laudo es expedido por un órgano que no pertenece a la jurisdicción ordinaria.
El jurisdiccionalista Capaccioli no va tan lejos como Rocco. Niega que el laudo tomado en sí mismo tenga la naturaleza de una sentencia; sin embargo, le reconoce a ésta el carácter de acto

¿Y qué hay del contrato de arbitraje? Como resulta evidente, esta interpretación quita todo carácter privado al arbitraje, lo cual ofende el sentido común, porque si se trata de argumentar que todo aquello que la ley autoriza tiene carácter público, entonces no podría existir como concepto siquiera el derecho privado, ni qué decir los contratos, habida cuenta de que éstos tienen existencia y efectos jurídicos porque la ley así lo establece explícita o tácitamente. Así, pues, aunque la premisa de que es la ley la que debe autorizar la institución arbitral para que ésta tenga efectos jurídicos es verdadera, la conclusión de que el arbitraje tiene una naturaleza jurídica pública, propia de las funciones del Estado, es falsa. Estamos, pues, ante una falacia.

Una segunda observación que no debe ocuparnos más que un par de líneas, habida cuenta de que es una de las más manidas atingencias que se hacen contra la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, es que los árbitros no pueden sentenciar porque las sentencias tienen una calidad ejecutiva que no poseen ni podrán poseer jamás los laudos arbitrales. Cuando los posean, entonces, ya no serán laudos, sino sentencias dictadas por un clásico órgano jurisdiccional del Estado.

Nótese, además —y volvemos aquí al principio de este capítulo— la enorme contradicción que encierra hacer del arbitraje una institución de jurisdicción estatal que carece, sin embargo, de los más importantes principios, derechos y garantías de la jurisdicción estatal como son la instancia plural,[77] el juez natural,[78] el procedimiento legal previamente

público y hasta de acto jurisdiccional, así como serían públicas y hasta jurisdiccionales la función y actividad de los árbitros. Ver: CARNACINI, Tito. *Op. cit.*, pp. 21-23.

77 La derogada Ley General de Arbitraje establecía la posibilidad de apelación del laudo, previo acuerdo de las partes en la «cláusula arbitral» o en el «acta de instalación del tribunal arbitral»; sin embargo, en la realidad, las partes nunca pactaban apelación. Nótese lo curioso que resulta que la pluralidad de instancias podía ser objeto de toma y daca en el arbitraje, situación esta imposible de concebir en la jurisdicción estatal. Las leyes de arbitraje también contemplan la posibilidad de anulación del laudo en el Poder Judicial. Mas esto no puede interpretarse como una pluralidad de instancias porque el Poder Judicial no es otra instancia dentro de la jurisdicción arbitral, sino otra jurisdicción totalmente distinta. La pluralidad de instancia debe entenderse pues dentro de una misma jurisdicción.

78 En el arbitraje no hay un «juez natural». Las partes elijen a sus propios juzgadores, los árbitros, los que además tienen que aceptar el encargo.

establecido por la ley,[79] la publicidad en los procesos,[80] la igualdad ante la ley[81] y la gratuidad de la administración de justicia, entre otros.

La diferencia entre arbitraje y jurisdicción estatal no sólo se manifiesta en la contradicción de que el arbitraje dé la espalda a estos *tótems* de la función jurisdiccional del Estado, sino, además, hipotéticamente por lo menos, en un «enfrentamiento» que podría condenar a la misma jurisdicción estatal a la extinción social en varias áreas del derecho, habida cuenta de que nada impide que el arbitraje se difunda masivamente y los principios y garantías bajo los cuales *dice el derecho* de forma privada, terminen imponiéndose a los de la jurisdicción del Estado. Así, que uno puede terminar enfrentándose a la otra, sustituyéndola en los usos y costumbres. Quiere decir que no son lo mismo, aunque cumplan una función similar.

No son iguales, pues, ni conceptualmente ni en los hechos, jurisdicción estatal y arbitraje. Queda claro así para cualquiera la diferencia.

Entonces, ¿de qué estamos hablando finalmente? ¿Cuál es la naturaleza jurídica del arbitraje si hemos anatematizado la tesis contractualista y condenado la jurisdiccionalista o procesalista? ¿Significa esto acaso que el arbitraje no tiene naturaleza contractual ni jurisdiccional?

---

79 En el arbitraje sólo existe el «procedimiento legalmente previamente establecido por la ley» en forma supletoria.

80 Con la salvedad de que el numeral 84.11 del artículo 84 de la Ley n.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, establece que «los laudos arbitrales que versen sobre materias de la presente ley son de acceso público. El árbitro ad hoc o el tribunal arbitral es responsable de cuidar la información sensible contenida en el laudo, de acuerdo con la Ley n.° 27806, Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública y al Decreto Supremo n.° 030-2019-PCM, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, entre otras normas». Se entiende correcta esta disposición, en la medida que dichos procesos versan sobre contratos de entidades del Estado, que conllevan el manejo de fondos públicos.

81 Resulta evidente que quienes se sustraen a la jurisdicción del Estado, aun siendo autorizados por este propio Estado, ya no son iguales a los demás para los que rige esa jurisdicción, máxime si pueden crear sus propias «leyes», entiéndase, sus propias reglas procesales. Es más, si alguien puede ser juzgado, a su elección, incluso sustrayéndose al derecho vigente como en los casos de los arbitrajes de conciencia, entonces hay algo que se ha quebrado definitivamente en el principio de igualdad ante la ley.

Todo lo contrario. El arbitraje tiene ambas naturalezas jurídicas que se manifiestan y se aprehenden, cada una en su respectivo contexto. La contractual, en el momento del alumbramiento del arbitraje, cuando éste nace, permitido por la ley, para el propósito *ad hoc* querido por las partes, esto es, poner fin a una controversia de derecho. La jurisdiccional, de otro lado, en el posterior desarrollo que permitirá realizar ese propósito *ad hoc*. La realización del propósito pone término al carácter contractual y jurisdiccional del arbitraje.

Esta posición nuestra se nutre de la tesis conocida como teoría intermedia o sincrética.[82] El nombre es desafortunado, sin embargo, porque no se trata aquí de conciliar jurídicamente doctrinas que son, por su ideología, irreconciliables —una abraza la autonomía de la voluntad, mientras la otra adora la soberanía del Estado— haciendo concesiones a cada una. Cualquier tesis fruto de un ensamblaje semejante no daría por resultado más que un monstruo jurídico y nosotros no queremos apadrinar monstruos.

Así, pues, en el hecho de hallar en el arbitraje dos naturalezas está, más que cualquier visión alambicada del derecho, la realidad monda y lironda. De ahí es que nosotros rebauticemos la tesis en cuestión como teoría realista del arbitraje.

En efecto. Es porque la realidad así lo expone, que es imposible negar que el nacimiento del arbitraje sólo tiene lugar en la medida en que los particulares, por un acto voluntario amparado por la ley, deciden someter sus conflictos, presentes o futuros, al arbitraje. Así, únicamente se someterá a esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que ausente el

---

82 Esta teoría tiene como fundamento rechazar las posiciones extremas en torno a la naturaleza del arbitraje, es decir, descarta la teoría contractualista y la jurisdiccionalista tomadas individualmente. En este sentido, la postura intermedia se nutre de ambas teorías, tomando lo que considera correcto de cada una de ellas. Son exponentes del sincretismo arbitral los juristas Dalloz, Mongalvy, Bernard, Robert, Margarette Landrau, Louis Cremieu y Garbagnati. Ver: VARGAS, Fernando. *Op. cit*., p. 41 y CARNACINI, Tito. *Op. cit*., pp. 22 y 23.

contrato no será posible que se proceda a resolver controversia alguna por medio del arbitraje, salvo que la ley sancione su carácter obligatorio.

Pero la realidad no sólo da fe de eso. También atestigua, sin ninguna duda, que una vez nacido el arbitraje éste se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados por las partes y los terceros como actos de carácter jurisdiccional, de forma tal que lo resuelto por los árbitros tenga la fuerza definitiva de las resoluciones judiciales, como si fueran una sentencia. Si no, ¿cuál sería el objeto y la gracia del arbitraje?

No es realista, pues, negar el carácter jurisdiccional del arbitraje. Que los laudos no tengan fuerza ejecutiva no invalida la esencia de un acto jurisdiccional, a saber, que un tercero autorizado por la ley, sea éste funcionario público o sujeto particular, diga quién tiene derecho y quién no en un asunto sometido a su juicio. Y lo real es también que el Estado no puede renunciar jamás a esa prerrogativa ejecutiva de la justicia, es decir, a ejecutar lo que es justo, haya sido dicho privada o públicamente, porque lo contrario sería instituir la justicia por mano propia o *vendetta* y atentar así contra el propio sentido de su existencia.

Sólo a estas alturas, habiendo hecho este largo recorrido doctrinario y ventilando la naturaleza jurídica del arbitraje, estamos en condiciones, pues, de definirlo.

El arbitraje es la manifestación más elemental de la administración de justicia. En el presente estado de la evolución histórica sólo puede ser concebido como una sustracción legalmente autorizada a la jurisdicción estatal. Se origina mediante un contrato privado por el que dos o más sujetos de derecho deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria, definitiva y exclusiva, de uno o más terceros denominados árbitros, que son designados por las partes o por algún mecanismo establecido por ellas. Así, la decisión resolutoria de los árbitros o laudo será de cumplimiento obligatorio para las partes en virtud

de que el ordenamiento jurídico establece que los contratos son ley para las partes. La ejecución de la decisión arbitral, en caso ésta sea necesaria, queda siempre en manos del Estado.

Ha llegado la hora, pues, de dar respuesta a las preguntas que abrieron el presente capítulo. ¿Es el arbitraje una herejía como aprehensión de la administración de justicia? Todo depende del cristal con que se mire. Si lo hacemos desde el prisma del dogma de la soberanía del Estado nación y de los principios ideológicos que lo inspiran, como el de la unidad y exclusividad de la todopoderosa función jurisdiccional del Estado, sí, es una herejía; si, por el contrario, miramos los feos tintes con que ese dogma y sus principios manchan y degradan hoy con la ineficiencia la administración contemporánea de la justicia hasta convertirla en una injusticia, sin duda que la herejía es ésta y no el arbitraje.

¿Es acaso el arbitraje una manera reaccionaria de administrar justicia? Pues claro que lo es. Porque todo aquello que no funciona —y la centralización de la función jurisdiccional del Estado está atascada hace mucho en el pantano de sus propios dogmas, incapaz de solucionar los problemas que el hombre presenta y sus circunstancias le plantean— da lugar a una reacción. Y la reacción es positiva cuando «La congestión de causas en los tribunales y la ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia, han llevado a una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial […]».[83]

¿El arbitraje es una vuelta a la noche de los tiempos y una intolerable afrenta contra el progreso humano y sus *adquiridos derechos*? Bueno, la clave está en el bello tiempo que haga en la noche y el feo que aplaste el día. Y todo parece indicar que es en ese feo día que esos *adquiridos derechos* afrentan el progreso humano encarnado en la justicia.

---

83 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Op. cit.*, pp. 546 y 547.

¿Es el arbitraje acaso la sentencia de muerte contra la igualdad ante la ley fuente de toda justicia? Que responda la posteridad. Nosotros, sin embargo, podemos preguntar a su vez si no será que la igualdad ante la ley ha sido la sentencia de muerte de la justicia. Que responda también a esto la posteridad.[84]

Finalmente, ¿es el arbitraje la barbarie que acecha contra la civilización del Estado nación? Ninguna barbarie puede ser aquello que la civilización del Estado nación tomó por modelo para administrar justicia. El hecho histórico es que las campanas doblan ya por el Estado nación como doblaron en su tiempo por otras formas de organizaciones jurídicas y políticas.[85]

No han doblado, por lo visto, por el arbitraje.

---

84 En su polémico libro *Imperio*, que esboza una propuesta sobre qué tipo de organización política, jurídica, económica y social sucederá al colapso en cierne de los Estados nación, Michael Hardt y Antonio Negri sostienen: «[…] Mientras que para la legitimación y administración (entre ellas de la justicia) del Estado moderno la universalidad y la equidad de las acciones administrativas era el objetivo máximo, en el régimen imperial lo fundamental es la singularidad y la conveniencia de las acciones para alcanzar fines específicos […]. En suma, el antiguo principio administrativo (aplicable, qué duda cabe a la justicia) de universalidad, de tratar a todos por igual, ha sido reemplazado por la diferenciación y la singularización de los procedimientos que lleva a tratar a cada uno de manera diferente». HARDT, Michael y Antonio NEGRI. *Imperio*. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2.ª reimpresión, 2002, pp. 311 y 312. Nosotros pensamos que el arbitraje, como una insurgente forma de administración de justicia que se sustrae a los cánones estandarizados de la judicatura y a sus ineficientes consecuencias, se inscribe dentro del nuevo principio de administrar conflictos, expuesto por Hardt y Negri.

85 Según los profesores Michael Hardt y Antonio Negri: «[…] la decadencia del Estado-nación no es meramente el resultado de una posición ideológica que podría revertirse mediante un acto de voluntad política: es un proceso estructural e irreversible. La nación no era sólo una formulación cultural, un sentimiento de pertenencia y una herencia compartida, sino que era además y tal vez principalmente una estructura jurídica-económica. Puede advertirse claramente la menguante efectividad de esta estructura a través de la evolución de toda una serie de cuerpos jurídico-económicos, tales como el GATT, la Organización de Comercio Mundial, el Banco Mundial y el FMI. La globalización de la producción y la circulación, sostenida por este andamiaje jurídico supranacional, sustituye la efectividad de las estructuras jurídicas nacionales». *Idem*, p. 308.

CAPÍTULO III
LA OTRA JUSTICIA: FUNDAMENTOS, DESARROLLO Y AVANCES LEGISLATIVOS DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ[86]

3.1. INTRODUCCIÓN

Las causas de la crisis indiscutida de la justicia oficial peruana son muy complejas. Las estadísticas nada nos dicen sobre por qué el pueblo se ha visto obligado a tomar la reforma judicial en sus propias manos ante el fracaso reiterado e inapelable de las reformas de Estado.

Puede entenderse perfectamente por qué resultan estériles todas aquellas reformas judiciales que pretenden abordar el problema de la crisis de la administración de justicia en el Perú incidiendo en pequeños o grandes cambios constitucionales al Poder Judicial; o recomponiendo cada cierto tiempo, *manu militari*, las salas de la Corte Suprema y las cortes superiores expectorando a jueces y fiscales que más tarde regresarán amparados en sendos fallos de la propia judicatura; o abriendo de par en par las puertas de la magistratura a quien fuere para paliar una oferta de justicia cuya demanda ha sobrepasado todos los límites imaginados; o apostando por el incremento de las remuneraciones para mejorar la honestidad, calidad y productividad de los servidores judiciales, jueces y fiscales incluidos; o, finalmente, creyendo ilusamente que con más ambientes, computadoras e internet la administración de justicia por fin marchará sobre rieles. Todo esto se ha hecho ya y nada ha funcionado.

---

86 El presente acápite tiene como base el texto titulado: «La otra justicia: fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú», elaborado por Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya. Publicado en: *Derecho PUCP*, junio 2009, n.° 62, pp. 87-99.

La verdad es que todas estas reformas oficiales no pueden ni podrán funcionar porque el Estado no ha atacado el problema de fondo de la administración de justicia, a saber, el problema de la educación jurídica de los abogados, y es porque los mejores educados jurídicamente rara vez hacen carrera en el Poder Judicial.

A la luz de estos hechos, nuestra hipótesis es, entonces, la siguiente: se está produciendo en el Perú una reforma de la justicia que emerge de las calles. Tiene esta por característica esencial prescindir para todos los efectos de los cuadros de la administración de justicia estatal, marcada por el sino de la mediocridad profesional y académica y la absoluta incompetencia, cuyo símbolo son los palacios de justicia. En lo que podríamos llamar la «reforma penal» de la justicia «antioficial», y cuyos promotores son los sectores más pobres de la sociedad, esta reforma no sólo prescinde de los servicios del *establishment* judicial donde han ido a parar la mayoría de los actores más devaluados de la profesión de abogado, sino también, y por razones estrictas de poder adquisitivo, de los profesionales del derecho signados por la minoría de la excelencia. En suma, han prescindido de todos los «operadores jurídicos» y se han arrogado ellos mismos esa función. Los pobres, pues, en el ámbito penal de esa reforma de la justicia «antioficial», se han convertido en jueces, fiscales y abogados. Este es el terrible panorama de la justicia por mano propia.

Existe, empero, otro sector social diametralmente opuesto al de los arenales de Lima y a la punta de algún cerro que, sin embargo, con la misma lógica de los pobres, también ha prescindido de los servicios que ofrece el Estado en materia de justicia. Los ricos —por usar un término maniqueo, pero bastante ilustrativo—, al menos en materia civil o comercial, tampoco quieren pisar nunca más ningún palacio donde les ofrezcan «justicia». Ellos también han iniciado su «reforma». La diferencia con la de los pobres —descontada la materia justiciable— es que la de este sector social afortunado no ha expectorado a todo el sistema de «operadores de justicia», sino tan sólo al de la administración oficial que,

en buena cuenta, representa a la mayoría de los profesionales del derecho en el Perú. Es entonces de la minoría egresada de las mejores universidades y las más prestigiosas facultades de derecho del país que, de un tiempo a esta parte, quienes pueden pagar sus servicios, están reclutando a sus propios jueces privados para resolver sus pendencias.

En efecto, en esta versión civil de la «reforma antioficial» de la justicia es mediante un contrato que las partes involucradas en un conflicto de intereses nombran a quienes a su criterio son los letrados más idóneos para resolver su caso. Es mediante un contrato también que les imponen a *sus* jueces las reglas del juego. Es mediante un contrato que les señalan el plazo máximo para fallar, esto es, el resultado de la justicia del que dependerán, también por contrato, sus honorarios. Todo lo contrario, pues, de lo que los abogados conocemos por administración de justicia oficial, donde ni los litigantes eligen a sus jueces ni tienen ningún poder sobre la estructura del proceso ni pueden pagar por resultados, por lo que la justicia espera siempre las calendas griegas.

El arbitraje es esta otra reforma de la administración de justicia salida de la calle que, aunque privada, no es por mano propia. Por eso tiene el futuro que la *vendetta* no tiene, porque la *vendetta* es intolerable en una sociedad civilizada y debe ser combatida por ésta para no desaparecer en la hoguera de la barbarie. El arbitraje, por el contrario, representa lo más acabado de la civilización, porque la sociedad, de la que las grandes mayorías son la columna vertebral, consciente de su madurez, se aviene a resolver sus conflictos directamente sin alejarse del derecho, pero prescindiendo de forzosos intermediarios oficiales[87] cuya actuación, ya lo hemos visto, nos aleja cada vez más de aquel precioso bien que es para todo ser humano la justicia. Porque el arbitraje, que quede bien claro, no es sólo un sueño de ricos, puede y debe ser una realidad para los pobres, pues los vientos históricos soplan cada vez más a su favor y nada hay

87 Aunque no del todo, pues para que la justicia del arbitraje sea efectiva en términos sociales, siempre necesitará del aval del monopolio de la fuerza en manos de la comunidad jurídica, esto es, de su poder de imperio y coacción.

que impida su difusión y aceptación popular como mecanismo de solución de conflictos.

3.2. SURGIMIENTO Y POSICIONAMIENTO DEL ARBITRAJE EN NUESTRO PAÍS

Mientras estuvieron vigentes las disposiciones arbitrales contenidas en el Código Civil de 1984, la ley distinguió dos tipos de contratos arbitrales: la cláusula compromisoria[88] y el compromiso arbitral.[89] El primero era una especie de contrato preparatorio que se suscribía antes de que surgieran las controversias; y, el segundo, era el contrato definitivo que necesariamente tenía que celebrarse para acudir al arbitraje, cuando la controversia ya existía y estaba determinada.

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

Por su parte, el artículo 1911 del Código Civil establecía que el compromiso arbitral debía contener: (a) el nombre y domicilio de los otorgantes y de los árbitros; (b) la controversia que se sometía al arbitraje, con expresión de sus circunstancias; (c) el plazo en que los árbitros debían emitir el laudo; y (d) el lugar en que se debía desarrollar el arbitraje.

---

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

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

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

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

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

De esta manera, como bien lo señala De Trazegnies,[90] el arbitraje resultaba siendo un sistema absolutamente inoperante.

Con la finalidad de corregir este sistema obsoleto, el 7 de diciembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley n.º 25935, Ley General de Arbitraje,[91] el cual recurrió a una nueva figura conocida en la doctrina y legislación comparada como «convenio arbitral».

Al respecto, Cantuarias[92] nos dice que el «convenio arbitral» elimina la distinción entre «cláusula compromisoria» y «compromiso arbitral», reconociendo que la celebración de un acuerdo arbitral —antes o después de que nazca la controversia— es suficiente para que las partes

90 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 550.

91 Publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 10 de diciembre de 1992.

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

acudan al arbitraje para resolver directamente sus controversias, sin la necesidad de otorgar contrato adicional alguno.

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

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

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

Para estos casos se requería que la parte interesada presentara el denominado formulario de sumisión, el mismo que debería contener su pretensión. El interesado proponía notarialmente a la otra parte dicho formulario, a falta de respuesta en un plazo de diez días naturales acudía al juez, es decir, aquí también las partes terminaban acudiendo forzosamente al Poder Judicial.

Ante este y otros errores detectados en la primera Ley General de Arbitraje, en 1996 se expide la Ley n.º 26572, también denominada Ley General de Arbitraje.[93]

[93] Vigente desde el 6 de enero de 1996.

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

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

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

Como bien anotaba Kundmüller,[94] la Ley n.° 26572 se caracterizaba por un sesgo *privatista* e *innovador* que simplificaba técnicamente el acceso al arbitraje, contrastando los antecedentes *judicializantes* del derecho peruano en la materia.

---

94 KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje n.° 26572». En *Advocatus*, 2001, n.° 4, p. 121.

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

De esta manera, el 25 de enero de 2006 se creó la Comisión Técnica[95] que elaboró un Proyecto Modificatorio, cuyas modificaciones parciales de la Ley General de Arbitraje buscaban ajustar ciertos aspectos importantes de la estructura arbitral a fin de consolidar el desarrollo sostenido que viene experimentando el arbitraje en el Perú.[96]

Dicha propuesta de modificación parcial fue acogida mayoritariamente, en junio del 2008, cuando se emite el Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje,[97] cuerpo normativo que adaptó una serie de modificaciones adicionales.

Esta nueva legislación arbitral se dio —según la versión oficial— como consecuencia de que el Estado peruano se comprometió —en el Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con los Estados Unidos de América— a promover y facilitar el desarrollo del arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia comercial.[98]

---

95 Creada por Resolución Ministerial n.° 027-2006-JUS.

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

97 Vigente desde el 1 de septiembre de 2008.

98 El artículo 21.21. del referido Acuerdo establece lo siguiente:
«Artículo 21.21: Medios alternativos para la solución de controversias
En la mayor medida posible, cada Parte promoverá y facilitará el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en el área de libre comercio.
A tal fin, cada Parte dispondrá procedimientos adecuados que aseguren la observancia de los convenios de arbitraje y el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales que se pronuncien en esas controversias.
Se considerará que una Parte cumple con lo dispuesto en el párrafo 2, si es parte y se ajusta a las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución

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

Esta nueva Ley de Arbitraje persigue —siempre según la versión oficial— cumplir con lo establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial, mejorando la regulación del arbitraje y, en particular, mejorando la regulación sobre el convenio arbitral y la ejecución de laudos arbitrales, como su propio texto señala, ajustándose a los estándares internacionales contenidos en la Convención de las Naciones Unidades sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975.[99]

Ahora bien, cabe señalar que la derogada Ley General de Arbitraje de 1996 también se ajustaba a dichos estándares internacionales, pero lo que la vigente Ley sí tiene como novedad central es el ser una ley monista en la que se regula de forma conjunta el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, es decir, sin hacer las distinciones que sí hacían las leyes anteriores.

También, según la versión oficial, entre los principales principios que inspiraron la actual Ley de Arbitraje tenemos estos dos, a saber:[100]

a) Reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria como de las reglas procesales comunes, protegiéndolo de intervenciones judiciales innecesarias y reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Para tal efecto, se fortaleció la defensa de la competencia de los

de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 1958, o de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1975».

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

100 Exposición de Motivos. La gestación de la Ley.

árbitros, se priorizó un control *ex post* del laudo por medio del recurso de anulación y así evitar el uso de recursos o intervenciones *ex ante* del laudo con la finalidad de evadir la obligación de someterse a arbitraje y a la competencia de los árbitros.

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

Finalmente, debemos señalar que la mayoría de los cambios contenidos en el Decreto Legislativo n.º 1071 se deben al tránsito de una ley dualista a una ley monista, que rige tanto para el arbitraje internacional como para el arbitraje nacional. Según la Exposición de Motivos de la ley —nada exhaustivo, por cierto—, con ello se estandariza el tratamiento arbitral y se acerca el arbitraje nacional a los estándares internacionales.

3.3. ARBITRAJE DEL ESTADO

Como ya lo hemos señalado, el desarrollo contemporáneo del arbitraje que hoy tenemos no sólo se manifiesta en una demanda creciente de este medio alternativo de solución de controversias y en la consolidación de las instituciones arbitrales, sino que también ha contribuido a este desarrollo la posición favorable del Estado para someter sus controversias a arbitraje.

En efecto, el último párrafo del artículo 63 de la Constitución de 1993, dispone que «el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual […]

a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley».

Al respecto, Cantuarias[101] señala que la Constitución, con muy buen criterio, traslada a una Ley la regulación de la participación del Estado peruano en arbitrajes, abriendo las puertas, de esa manera, a la utilización masiva del arbitraje, aun cuando sea el Estado una de las partes.

El referido autor nos dice que esta norma constitucional corrige las graves deficiencias contenidas en el artículo 136 del texto constitucional de 1979, el cual limitaba la intervención del Estado peruano en arbitraje con extranjeros a tribunales «arbitrales constituidos en virtud de Convenios Internacionales de los cuales es parte el Perú».

Dentro de tal orden de ideas, desde la entrada en vigencia del Decreto Ley n.º 25935[102] —y en cumplimiento del texto constitucional—,

---

101 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nuevo marco normativo aplicable al arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje - Ley n.º 26572». *Op. cit.*, p. 252.

102 El artículo 1 del Decreto Ley n.º 25935 admitía que podían someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los gobiernos central, regional y local, y de las demás personas de derecho público, siempre que se deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje sería necesariamente de derecho.
Por su parte, el artículo 2 de la Ley n.º 26752 establecía lo siguiente:
«Artículo 2.- Arbitraje del Estado
Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.
Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.
Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional».
Finalmente, el artículo 4 del Decreto Legislativo n.º 1071 establece lo siguiente:
«Artículo 4.- Arbitraje del Estado Peruano.
Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el Gobierno Nacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas

se regula la intervención del Estado peruano en arbitrajes nacionales e internacionales, autorizando inclusive la posibilidad de que se pueda arbitrar fuera del país. De esta manera, el Estado no goza de beneficio alguno, debiendo actuar, por tanto, como un particular más.

Ahora bien, cabe precisar que las disposiciones contenidas en las distintas leyes de arbitraje acerca de la intervención del Estado peruano se aplican principalmente a controversias surgidas de relaciones comerciales.

Así, tanto el artículo 41 de la Ley n.º 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,[103] como el artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 012 -2001-PCM,[104] establecían que «Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: […] b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o *arbitraje*, según lo acuerden las partes» (el resaltado es nuestro).

Por su parte, el artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-

dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país».

103 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 9 de julio de 1997.

104 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 13 de febrero de 2001.

2004-PCM,[105] establecía: «Los contratos regulados por la presente Ley incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: […] b). Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá, resolverse mediante conciliación o *arbitraje*. En caso que (*sic*) no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento […]» (el resaltado es nuestro).

De igual forma, el artículo 40 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo n.° 1017,[106] indicaba: «Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a: […] b. Solución de controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o *arbitraje*. En caso que (*sic*) en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento […]».

Posteriormente, el numeral 32.3 del artículo 32 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n.º 082-2019-EF,[107] establecía: «Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: […] c) Solución de controversias […]».

En tiempos recientes, el artículo 60 de la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.º 32069[108] establece: «Los contratos regulados por la presente ley incluyen obligatoriamente y bajo responsabilidad, como mínimo, las siguientes cláusulas: […] c) Solución de controversias […]».

105 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 29 de noviembre de 2004.
106 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de junio de 2008.
107 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el 13 de marzo de 2019.
108 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2024.

Consideramos que dicha disposición se debe leer de manera concordada con el numeral 83.1 del artículo 83 de la Ley General de Contrataciones Públicas, en el cual se indica: «Todas las controversias surgidas entre las partes sobre la validez, nulidad, interpretación, ejecución, terminación o eficacia del contrato se resuelven mediante arbitraje, salvo que lo contrario se halle expresamente previsto en la presente ley».

Como se advierte, las distintas leyes sobre contrataciones y adquisiciones del Estado han establecido que todos los contratos celebrados con el Estado debían contener —obligatoriamente— una cláusula de solución de controversias que incluyera el arbitraje.

Sin embargo, las disposiciones contenidas en las distintas leyes de arbitraje acerca de la intervención del Estado peruano también resultan de aplicación a los arbitrajes en materia de inversión extranjera, sin perjuicio de la legislación especial como de los tratados existentes sobre la materia, entre los que destacan: (i) la Convención sobre Arreglo de Diferencias Relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Ciadi) de 1965; (ii) el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA); y, (iii) los diferentes tratados bilaterales sobre protección a las inversiones (BIT) que ha suscrito el Perú con diversos países, todos los cuales regulan el sometimiento de las controversias que se generen entre inversionistas de un Estado contratante en el territorio de otro Estado contratante.

3.4. ARBITRAJE POPULAR

El arbitraje no es sólo un sueño de ricos. Puede y debe ser una realidad para los pobres, pues nada hay que impida su difusión y aceptación popular como mecanismo de solución de conflictos.

De este modo, con la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, se ha pensado también en vías que puedan extender el arbitraje a todos los niveles sociales.

Bajo esta perspectiva, la Primera Disposición Final del Decreto Legislativo n.º 1071, modificada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1231,[109] ha declarado de interés nacional el desarrollo del arbitraje, a efectos de que se encuentre al alcance de las grandes mayorías.

Es así que se contempla la figura del «arbitraje popular», encargando al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la toma de acciones orien-

[109] Disposición modificada por el artículo 1 del Decreto Legislativo n.º 1231, publicado el 26 de septiembre de 2015.
El texto vigente del citado precepto legal es el siguiente:
«Primera. Arbitraje popular
El arbitraje popular es un arbitraje institucional que se decide en derecho, por un árbitro único o tribunal colegiado. Su organización y administración está a cargo de una institución arbitral, conforme a los términos y las materias arbitrables que se establecerán en el Decreto Supremo correspondiente.
En el arbitraje popular, tratándose de decisiones arbitrales que se inscriben o anoten en los Registros Públicos, no habrá restricción de la cuantía.
Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos queda encargado de la creación, promoción y ejecución de diversas acciones que contribuyan a la difusión, desarrollo y uso del arbitraje popular en el país, favoreciendo el acceso de las mayorías a este mecanismo alternativo de resolución de controversias, a costos adecuados.
El Arbitraje Popular será conducido por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y podrá ser ejecutado también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante la celebración de convenios bajo cualquier modalidad.
El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo».
El texto original del citado precepto legal era el siguiente:
«Primera. Arbitraje popular
Declárese de interés nacional el acceso al arbitraje para la solución de controversias de todos los ciudadanos. Para tales efectos, el Ministerio de Justicia queda encargado de la creación y promoción de mecanismos que incentiven el desarrollo del arbitraje a favor de todos los sectores, así como de ejecutar acciones que contribuyan a la difusión y uso del arbitraje en el país, mediante la puesta en marcha de programas, bajo cualquier modalidad, que favorezcan el acceso de las mayorías a este medio de solución de controversias, a costos adecuados.
Estos programas serán conducidos por el Ministerio de Justicia y podrán ser ejecutados también en coordinación con cualquier entidad del sector público, con cualquier persona natural o jurídica del sector privado, o con cualquier institución u organismo nacional o internacional, mediante celebración de convenios bajo cualquier modalidad.
El Ministerio de Justicia podrá también promover la creación de instituciones arbitrales mediante la aprobación de formularios tipo para la constitución de instituciones arbitrales en forma de asociaciones, así como reglamentos arbitrales tipo».

tadas a cumplir con el desarrollo de programas de arbitraje a fin de convertirlo en una alternativa para las pequeñas empresas, los consumidores y la ciudadanía en general.

Así, con fecha 28 de noviembre de 2008, se publicó en el diario oficial *El Peruano*, el Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS, a través del cual el Ministerio de Justicia, actualmente denominado Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, crea el Programa de Arbitraje Popular.

Este Programa de Arbitraje Popular tiene como objetivos:

a) La difusión del arbitraje como medio de solución de conflictos a costos adecuados en todos los niveles sociales.

b) El diseño y desarrollo de acciones para fomentar la creación de centros arbitrales.

c) El diseño de programas de capacitación para los operadores de arbitraje popular.

d) La extensión del uso del arbitraje popular en todos los sectores de la sociedad.

En efecto, este programa se sustenta en la necesidad de ofrecer masivamente a la sociedad un medio alternativo de solución de controversias dentro de las materias de mayor demanda, teniendo en cuenta el desarrollo del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, particularmente en materia comercial y de contratación pública. Los buenos resultados conseguidos por el arbitraje en nuestro medio permiten plantear su uso en otros ámbitos y sectores más amplios, con la finalidad de conseguir resultados similares, acercando de este modo al ciudadano un servicio de solución de controversias eficiente y efectivo a costos adecuados.[110]

110 Capítulo I (Aspectos Generales) del Anexo del Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS.

Ahora bien, cabe preguntarnos: ¿qué materias podrán ser sometidas al «arbitraje popular»?

En el capítulo IV del anexo del decreto supremo que crea este programa encontramos la descripción de las materias y cuantías arbitrables. Así, se podrán someter a este tipo de arbitraje las controversias derivadas de: (i) derecho de propiedad; (ii) posesión de los derechos y obligaciones contractuales; (iii) responsabilidad contractual y extracontractual; y (iv) todas las controversias de libre disposición que las partes decidan someter a arbitraje a través de la celebración de un convenio arbitral, siempre que su estimación económica no sea superior a veinte (20) UIT.[111]

Cuando el monto del reclamo no pueda ser determinado o determinable de forma previa por las propias partes, el director del centro de arbitraje decidirá si en atención a la condición económica de la parte solicitante y a la naturaleza de la litis, la pretensión es admitida a trámite.

Por su parte, con fecha 4 de diciembre de 2008 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Ministerial n.º 0639-2008-JUS, que aprobó el estatuto y el anterior reglamento arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, así como la tabla de aranceles.

En ese sentido, el Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia se denomina Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú».

Ahora bien, se debe tener presente que para el cumplimiento de su finalidad el Estatuto del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia establece que el centro de arbitraje ejerce las siguientes funciones:[112]

---

111 Para el 2025 significaría materias que no superen S/ 107 000,00.

112 Artículo 5 del Estatuto.

a) Tramitar las controversias que sean sometidas bajo su ámbito, brindando orientación a las partes en el desarrollo del proceso de arbitraje popular.

b) Designar, de ser el caso, el árbitro o árbitros según el procedimiento de que se trate.

c) Absolver las consultas relacionadas con la designación de árbitros, procedimientos, tramitación, costos y otros relacionados con sus funciones.

d) Registrar la Nómina de Árbitros aprobada por el Director Nacional de Justicia, así como las incorporaciones que se realicen en ella.

El costo administrativo del procedimiento arbitral será el que fije el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mientras que el costo de los honorarios profesionales de los árbitros será fijado en la tabla de aranceles aprobada por resolución ministerial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.[113]

Cabe precisar que con fecha 23 de diciembre de 2020 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Ministerial n.º 0321-2020-JUS, que aprobó el Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú» y derogó el Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú», aprobado por la Resolución Ministerial n.º 0639-2008-JUS.

Por otro lado, mediante el Decreto Supremo n.º 015-2020-JUS, publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 29 de diciembre de 2020, se modificó el numeral 4 del capítulo IV del anexo del Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS, que crea el Programa de Arbitraje Popular. En ese

[113] Artículo 12 del Estatuto.

sentido, a través de la citada modificación se actualizaron los criterios establecidos en el procedimiento para la inscripción en el Registro de Árbitros en el Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú».

Asimismo, a través de la Única Disposición Complementaria Final del Decreto Supremo n.º 015-2020-JUS se estableció que las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo n.º 016-2008-JUS, que crea el Programa de Arbitraje Popular, y su anexo, que hacen referencia al Ministerio de Justicia, a la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Medios Alternativos de Solución de Conflictos y al Centro de Arbitraje del Ministerio de Justicia, deben entenderse referidas al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, a la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, o la que haga sus veces, y al Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú» del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente; en lo que sea aplicable.

Según la Cuarta Disposición Complementaria del Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú», aprobado mediante Resolución Ministerial n.° 321-2020-JUS, se establece lo siguiente:

> Cuarto: En caso que (*sic*) las partes no hayan previsto en sus contratos el sometimiento al arbitraje popular, estas pueden solicitar la formalización de un Convenio Arbitral ante el Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú».

De igual forma, de acuerdo al artículo 10 del Reglamento Arbitral del Centro de Arbitraje Popular del Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú», aprobado mediante Resolución Ministerial n.° 321-2020-JUS, se establece lo siguiente:

> **Artículo 10.- Sujeción al arbitraje popular**
>
> De no haber acordado las partes someter a arbitraje sus controversias presentes o futuras, cualquiera de ellas puede solicitar al Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú» la suscripción de un Convenio Arbitral,

> para lo cual dicho Centro de Arbitraje remite el convenio debidamente firmado por el solicitante a la otra parte en original.
>
> De aceptar la otra parte someterse a un procedimiento arbitral, debe firmar el convenio y remitirlo al Centro de Arbitraje «Arbitra Perú» en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, con lo cual queda formalizado el Convenio Arbitral. La no remisión del convenio arbitral en el plazo establecido debe entenderse como un rechazo al sometimiento al arbitraje.[114]

Por nuestra parte, creemos que esta figura arbitral, bien encaminada, ayudaría a mejorar el acceso a la justicia de sectores de la población que podrían beneficiarse de las ventajas que tiene este mecanismo.

A entender nuestro, se ha dado un primer paso en el objetivo de masificar los arbitrajes de bajo costo, a efectos de que sean una alternativa —en tiempo y dinero— más económica al sistema judicial ordinario.

3.5. CONCLUSIONES

En consecuencia, el elevado número de controversias que llega a los tribunales ordinarios de justicia da lugar a una enorme sobrecarga de trabajo que, debido a la escasez tanto de recursos humanos como de material de trabajo, influye en la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva.

La lentitud e ineficacia del Poder Judicial —que conlleva un costo muy elevado, trámites engorrosos de larga duración, acentuado con su ya bastante maltratada imagen— ha generado en los particulares la búsqueda de otras alternativas que les permitan obtener mejores soluciones que impliquen eficiencia y actuaciones céleres.[115]

---

114 Artículo 10 del Reglamento del Centro de Arbitraje Popular «Arbitra Perú».

115 Recordemos que una de las razones del desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos es de carácter práctico y coyuntural: estos métodos constituyen una respuesta a las

Una de estas alternativas que produce mayor eficiencia, rapidez y, por lo tanto, la preferencia de los particulares es el arbitraje, medio de solución de conflictos ajeno al Poder Judicial que otorga remedios más eficaces a eventuales litigios.

Nadie en doctrina discute acerca de que el arbitraje termina siendo más ventajoso frente al Poder Judicial en la solución de controversias patrimoniales.

Como bien señala Cantuarias,[116] la principal ventaja del arbitraje frente al Poder Judicial es que en el arbitraje actúan como «jueces» personas designadas voluntariamente por las partes, lo que permite prever que la decisión que se emita estará a cargo de especialistas en la materia controvertida. A ello hay que agregar que el proceso arbitral resulta ser mucho menos formalista que el que rige la práctica judicial, situación que permite adecuar el trámite a las necesidades y expectativas de las partes, y, adicionalmente, la solución de los conflictos por la vía arbitral es mucho más rápida y menos costosa[117] que la judicial.

De esta manera, el acceso al arbitraje en asuntos privados depende de la libre decisión de las partes.

---

dificultades de acceso a la justicia a las que se enfrentan muchos países. Estas dificultades se explican por el hecho de que los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los gastos inherentes a dichos procedimientos tienden a aumentar. La cantidad, la complejidad y el carácter técnico de los textos legislativos también contribuyen a dificultar el acceso a la justicia (en Comisión de las Comunidades Europeas. *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Bruselas: 2002, p. 7).

116 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nuevo marco normativo aplicable al arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje - Ley n.º 26572». *Op. cit.*, pp. 251-252.

117 Gilberto Peña C. y a Néstor Martínez N., afirman: «Aparentemente la justicia arbitral, por ser remunerada aparece como extremadamente onerosa. Pero la verdad es bien distinta, por cuanto que la buena justicia obtenida en corto tiempo, trae consigo ventajas económicas para los litigantes» (en CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Nuevo marco normativo aplicable al arbitraje en nuestro país: Ley General de Arbitraje - Ley n.º 26572». *Op. cit.,* p. 252).

A efectos de sustraer del ámbito del Poder Judicial una determinada controversia privada se requiere, por tanto, que las partes pacten la sumisión de sus actuales o potenciales conflictos al arbitraje. Ello se logra mediante la celebración del convenio arbitral.

Como resultado, en términos generales, tenemos una solución de conflictos más rápida, mayor especialidad de quienes resuelven la controversia, mayor control de las partes sobre la independencia e imparcialidad de quienes resuelven, mayor control de las partes sobre las reglas del proceso y mayor predictibilidad en las decisiones. La cultura arbitral contribuye así no sólo a resolver conflictos, sino a hacerlo en un entorno eficiente con una mayor autonomía privada y descargando el sistema judicial del conocimiento de determinadas materias.

Capítulo IV
El arbitraje en la experiencia latinoamericana[118]

4.1. Introducción

Como se sabe, una de las ideas comunes que aún hoy se tiene sobre Latinoamérica es la de un continente romántico donde todavía es posible hacer cosas tenidas por vibrantes, emocionantes y épicas que en otras latitudes, como Europa o Estados Unidos, es ya imposible hacer.

Nadie se imagina, por ejemplo, a unos guerrilleros encapuchados, anónimos y enigmáticos de ideas empezar una revolución armada en el bosque de las Ardenas o en la Selva Negra para defender los derechos de los inmigrantes en Europa. Nadie sueña con que en Francia o en España un presidente se vista de rojo de la cabeza a los pies y a punta de plebiscitos modifique la Constitución de su país cada cierto tiempo para garantizar que la «revolución» siga su curso y proteja al pueblo del imperialismo malvado que siempre acecha a los gobiernos patrióticos y legítimamente populares. Nadie se imagina, finalmente, que alguien que no sea un rey hubiese podido gobernar sin elecciones —o con elecciones fraudulentas, que es lo mismo— y de manera absoluta, alrededor de medio siglo una isla, como si no estuviéramos en el siglo XX o XXI, sino en el siglo XVI de Enrique VIII.

Pero todo eso que —en otras latitudes— nadie imagina y que por eso parece tan vibrante, como ya hemos dicho, a los espíritus más jóvenes del primer mundo, en Latinoamérica ha sido y hasta hoy sigue siendo

---

[118] El presente acápite se basa en el artículo «El arbitraje en la experiencia latinoamericana», escrito por Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya. Publicado en: Revista *Derecho PUCP*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abril 2009, n.° 61, pp. 207-220.

posible. De más está decir por eso que las ideas románticas que muchos podrían tener de Latinoamérica son muchas veces ciertas.

El problema de vivir en un continente «romántico» es que, como todo lo romántico, lo exótico o lo novelesco, como ya lo hemos visto con los guerrilleros encapuchados, el presidente vestido de rojo o el seudorrey del poder absoluto en pleno siglo XXI, lo romántico está íntimamente ligado a la locura. Creemos que todos nosotros, independientemente de dónde seamos, hemos sido románticos alguna vez, y sabemos que ser románticos es perder en cierta forma el juicio, hacemos cosas que nunca haríamos en nuestros cinco sentidos. Y por eso el tercero que hace tratos con un romántico se arriesga a mucho. Para empezar, a que cambie de humores constantemente y que lo que hoy día es A, mañana sea B y pasado mañana C.

Pues bien, eso es lo que pasa a mayor escala cuando no tratamos ya con una mujer o un hombre romántico, sino con un «Estado romántico» o, peor aún, con toda una comunidad de Estados románticos sumidos en una locura que los lleva a causar una crisis internacional como la de los misiles de 1962, o a exportar médicos para hacer la revolución en otros países, o a nacionalizar los recursos naturales porque se «van a acabar» y se los están llevando como se los llevaban en la Colonia, o —como sucedió aquí en el Perú hace cuarenta años— no pagar la deuda externa porque no tenemos plata y no nos da la gana o, finalmente, porque como no me gustó como me miró o me habló tal jefe de Estado en una cumbre internacional, anuncio a los cuatro vientos que las empresas del país del jefe de Estado cuyo tonito no me gustó «tendrán que rendir cuentas». Obviamente, como se comprende, el que hace tratos con semejantes Estados tiene que someterse a las leyes de la inestabilidad emocional que afligen a todos los románticos del mundo. Y lo emocional, de más está decirlo, influirá en lo legal tratándose de un Estado voluble, por lo que el comercio y las inversiones con esos Estados serán siempre de alto riesgo, tanto para sus nacionales como para los extranjeros.

Pero Latinoamérica, gracias a Dios, no es solo ese continente romántico y eterno adolescente con el que muchos inversionistas tienen pesadillas.

Han sido, precisamente, las pesadillas de las que muchos de nuestros países han despertado las que nos han inmunizado contra el romanticismo político latinoamericano. Economías destruidas peor que en una guerra, sociedades pauperizadas de arriba a abajo donde la pobreza —y no la riqueza— se ha hecho igual para todos, violencias extremas en nombre de la «justicia social» que han traído más injusticias aun de las que había antes; en fin, todas esas pesadillas han hecho que muchas sociedades latinoamericanas despierten curadas de cualquier romanticismo y emprendan el trabajoso y largo camino de la madurez. Tal esfuerzo es, sin duda, una dura tarea porque mientras la pobreza —que es el mal endémico de nuestros países— siga siendo una realidad, siempre el romanticismo de las revoluciones vengadoras y de los demagogos salvadores tendrán oídos que crean que los discursos maratónicos y los fusiles pueden construir la riqueza y la prosperidad que les falta.

No obstante esto, muchos países latinoamericanos —entre los que se encuentra el Perú, que ha vivido en carne propia las pesadillas de los cuartelazos nacionalistas, de las demagogias electorales y del terror revolucionario— saben perfectamente después de tan amargas experiencias que la riqueza y la prosperidad no son hijas del romanticismo, sino de la madurez. Y la madurez pasa por los beneficios que puede traer a los pueblos el capital que desarrolla el comercio y la industria en nuestras tierras y que nosotros no tenemos en la cantidad necesaria para derrotar a la pobreza.

Pero los capitales no vienen porque son buena gente. Los capitales vienen a hacer negocios, a obtener ganancias y a que esos negocios y esas ganancias se respeten. Para eso, en primer lugar, se necesita un marco jurídico estable, es decir, todo lo contrario al que ofrece uno de esos Estados románticos cuyos presidentes cambian las leyes a punta de

discursos de acuerdo a la susceptibilidad con la que se despiertan. Y esto requiere, a su vez, una garantía política que no es otra que una garantía institucional, porque a diferencia de las garantías personales de los jefes de esos Estados románticos que no valen nada (porque siempre valdrá más el «interés nacional», el «interés popular» o «la sagrada causa de la revolución» cuando se les antoje incumplir su palabra), solo los Estados maduros sustentados no en personas sino en instituciones pueden garantizar el estricto cumplimiento de las leyes que regulan y protegen las inversiones nacionales y extranjeras. Ese es el caso del Perú de hoy.

Pero existe otro hecho importante que hay que resaltar aquí. Además de la estabilidad política y jurídica de un régimen sostenido por instituciones democráticas, el capital requiere de una justicia expedita y eficiente en caso de problemas jurídicos que nunca faltan. Y, lamentablemente, los poderes judiciales no sólo de Latinoamérica, sino del mundo, no son ya, por razones históricas que no nos proponemos analizar aquí, lo eficientes y expeditos que el capital requiere para su expansión mundial. Por eso es que el capital viene con su propia justicia bajo el brazo. Esa justicia es la justicia arbitral.

4.2. LA EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA DÉCADA DE 1990

En este sentido, en América Latina, los mecanismos alternativos de solución de conflictos —tales como el arbitraje y la conciliación— han tenido una evolución notable. A principios de la década de 1990 estos mecanismos eran prácticamente desconocidos. Desde el punto de vista normativo sólo existían anticuadas regulaciones legales sobre arbitraje y sobre conciliación. Además, aquellas regulaciones eran familiares —en exclusiva— para un sector relativamente pequeño de profesionales, fuera de ser poco estudiadas y escasamente utilizadas.

De esta forma, para fines de la misma década, muchos países de América Latina advirtieron el problema, porque se dieron cuenta de que

el capital no venía sin una justicia alternativa a la oficial, lenta y poco fiable a la hora de un conflicto.

En materia de arbitraje, específicamente, el avance latinoamericano en cuanto a la actualización normativa ha sido significativo. Las leyes de arbitraje de la mayoría de los países de América Latina, influenciadas por la Ley Modelo de la Uncitral, se encuentran a la altura de las leyes más modernas.[119]

Volvemos a señalar que el interés en los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en nuestra región es consecuencia de los profundos cambios económicos y sociales por los que hemos atravesado muchos países que hemos dejado atrás el nefasto romanticismo que ha servido de cuartada para todos los despropósitos políticos, sociales y económicos en América Latina. Ciertamente, la recuperación económica de muchos países que abandonaron las políticas de crear riqueza por decreto o a balazos causó un repunte en la actividad empresarial, con un subsecuente aumento en las disputas comerciales.

Al mismo tiempo, la democratización que transformó a los sistemas políticos de América Latina durante los últimos años estimuló la defensa de los derechos individuales, alentando a los ciudadanos a reclamar justicia con más frecuencia y en una mayor variedad de situaciones. En muchos países, la demanda ha sobrecargado la labor de los tribunales ordinarios de justicia que, como ya dijimos, están de por sí en una crisis histórica en todo el mundo.

Los inversionistas extranjeros que llegaron a América Latina —como resultado de los programas de reforma económica y la caída de las barreras comerciales— también han estimulado el interés en los mecanismos alternativos de resolución de disputas. Muy interesados en evitar

---

119 CAIVANO, Roque J. «Los métodos alternativos de resolución de conflictos en América Latina: logros y desafíos». *Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*, 2007, año 1, n.° 1, p. 52.

prolongadas e impredecibles batallas judiciales, estos inversionistas exigen la inclusión de algún tipo de cláusula de conciliación y arbitraje en los contratos que suscriben con gobiernos y empresas latinoamericanas.

Este mecanismo también genera un beneficio indirecto a los ya abrumados sistemas judiciales latinoamericanos al aliviarles la carga de trabajo.

De esta forma, empezó a producirse un rápido movimiento que se materializó desde dos perspectivas, a saber: por un lado, se dio recepción legislativa a estos instrumentos, con diferentes enfoques y, por otro, se gestaron iniciativas tendientes a su divulgación, también con distintas orientaciones.

En el marco legislativo, algunos países promulgaron leyes directamente orientadas a abarcar estos métodos como, por ejemplo, sucedió en Colombia con el Decreto n.° 1818 de 1998 sobre Arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias, siendo que los artículos 111 al 231 del citado decreto fueron derogados a través de la Ley 1563 del año 2012 que regula el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia y que se encuentra vigente a la fecha; o en Costa Rica con la Ley 7727 de 1997 sobre Resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social y, posteriormente, se emitiría la Ley 8937 del 2011, que fue denominada Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Asimismo, cabe señalar que en el caso particular de la normativa costarricense, en el año 2024 se emitió la Ley 10535, Ley para armonizar la normativa del Arbitraje Costarricense, la cual reforma el título de la Ley 8937, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 27 de abril de 2025 y también se modifican los artículos 1, 2A, 6, 10, 11, 13, 16, 17, 17J, 20, 24, 25, 33, 34, 35 y 36 de la citada Ley 8937.

Otros países reunieron en una misma ley las normas sobre mediación o conciliación y arbitraje, como sucedió en Bolivia con la Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley 1770 (1997), norma que fue sustituida por la Ley 708 (2015); en Ecuador con la Ley de Arbitraje y Mediación (1997). Dicha norma fue codificada a través del Registro Oficial 417 de fecha 14 de diciembre de 2006 y tiene como última modificación una efectuada en fecha 21 de agosto de 2018, siendo también relevante mencionar que mediante Decreto Ejecutivo 165, de fecha 18 de agosto de 2021, se expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM); en El Salvador con la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, Decreto Legislativo 914 (2002); en Honduras con la Ley de Conciliación y Arbitraje, Ley 161 (2000); en Nicaragua con la Ley de Mediación y Arbitraje, Ley 540 (2005); en Panamá con la Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación, Decreto Ley 5 (1999), siendo que posteriormente se emitiría la Ley 131 de fecha 31 de diciembre de 2023, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición, la cual derogó el título I del Decreto Ley 5; y en Paraguay con la Ley de Arbitraje y Mediación, Ley 1879 (2002).

Algunos países optaron por regular en cuerpos legales separados los dos principales métodos alternativos, como en el caso argentino en el que se promulgó la Ley de Mediación para materias civiles y comerciales, Ley 24.573 (1995), la cual fue derogada en el año 2010 por la Ley 26589 sobre Mediación y Conciliación; y la Ley de conciliación laboral, Ley 24635 (1996), en el ámbito de la justicia nacional, y se dictaron varias leyes de mediación en varias provincias.

Otro ejemplo es el caso peruano, en el que se promulgaron la Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572 (1996) y la Ley de Conciliación, Ley n.° 26872 (1997). Esta regulación en dos normas distintas se sigue manteniendo con el Decreto Legislativo n.° 1071, que regula la actual Ley de

Arbitraje —que entró en vigencia el 1 de septiembre de 2008—,[120] y con el Decreto Legislativo n.° 1070, que modifica la Ley de Conciliación.

Algunos países actualizaron su legislación sobre arbitraje. Por ejemplo, encontramos la Ley de Arbitraje Comercial e Internacional de Brasil, Ley 9307 de 1996, que fue reformada mediante la Ley Federal 13129 del año 2015; la Ley de Arbitraje Comercial e Internacional de Chile, la Ley 19.971 de 2004; la Ley de Arbitraje Comercial e Internacional de Guatemala, Decreto 67 de 1995; la Ley modificatoria de las normas sobre arbitraje contenidas en los Códigos de Comercio y de Procedimientos Civiles de 1993, en México, y la Ley de Arbitraje Comercial e Internacional» de Venezuela, de 1998.

Algunas leyes comprendían tanto el arbitraje nacional como el internacional, pese a que contienen normas diferenciadas para uno y otro, como sucede en Bolivia, Brasil, Ecuador, Perú y Venezuela; mientras que otras normas tratan únicamente el arbitraje comercial internacional, como en el caso chileno. Cabe precisar que en el caso chileno, en el título IX del Código Orgánico de Tribunales, aprobado mediante Ley 7421, se encuentran reguladas disposiciones relevantes para los arbitrajes nacionales que se desarrollan en dicho país.

En conclusión, desde los años noventa del siglo XX, la normativa sobre arbitraje ha sido motivo de cambios profundos en Latinoamérica. Durante este lapso, la mayoría de las regulaciones se han reformado, quedando tan sólo muy pocos sistemas sin adecuar sus reglas a los modernos principios que los rigen.

Ahora bien, cabe precisar que en la medida que el derecho aplicable no lo impida u obstaculice siempre es posible para las partes diseñar los métodos de resolución de conflictos que mejor se adapten a sus necesidades. Para el éxito de dichos métodos, es necesaria una política jurídica

120 La Tercera Disposición Final del Decreto Legislativo n.° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, establece: «El presente Decreto Legislativo entrará en vigencia el 1 de septiembre de 2008».

orientada hacia la resolución extrajudicial de los conflictos, un cuerpo profesional de abogados entrenados en el uso de dichos métodos y una judicatura dispuesta a colaborar con estos mecanismos extrajudiciales, prestando la cooperación judicial necesaria para que los diversos métodos cuenten con la confianza de sus usuarios.

4.3. ARBITRAJE DE DERECHO O DE CONCIENCIA

Cabe destacar que la reciente ola de reformas a la legislación de arbitraje en América Latina ha preservado la distinción entre arbitraje de derecho y de equidad. Algunas legislaciones, como la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572, llegaron a mantener el principio que establece que el arbitraje debe ser considerado de equidad, a menos que las partes se hayan pronunciado expresamente a favor del arbitraje de derecho.

El artículo 3 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572, establecía lo siguiente:

> **Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia**.- […]
>
> Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia.
>
> […].

Al respecto, Alejandro Garro[121] señala que la distinción conceptual entre arbitraje de derecho o de conciencia se encuentra muy enraizada en aquellas jurisdicciones en donde se ha venido aplicando durante mucho tiempo. Esta es la situación en que se encuentran los países latinoamericanos, donde el arbitraje *de jure* y *ex aequo et bono* cuenta con un reconocido linaje.

---

121 RUBIO GUERRERO, Roger. «Globalidad, integración y arbitraje (entrevista a Alejandro M. Garro)». *Thémis*, 2001, n.° 42, p. 216.

La distinción en el arbitraje de derecho y la amigable composición ha sido utilizada para trazar líneas divisorias en donde era innecesario o poco conveniente trazarlas. Por lo general, la distinción ha sido útil a efectos de expresar la voluntad de las partes de otorgar a los árbitros, amplias facultades para decidir el conflicto, independientemente de las reglas de derecho que le fueren aplicables, para distinguirlo de aquel arbitraje en el cual los árbitros solo pueden dictar un laudo conforme a las normas de derecho aplicables.

Fundamentalmente, por este motivo, y no por otro, es que Garro es partidario de mantener la distinción, que por lo visto ha contado con la comprensión y aceptación de la mayoría de la doctrina y de los usuarios en América Latina, en donde la amigable composición cuenta con sus seguidores.

Al respecto, debemos resaltar que nuestra actual Ley de Arbitraje —a diferencia del artículo 3 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572— ya no contempla un artículo que regule expresamente el tema de la presunción sobre la clase de arbitraje («de conciencia» o «de derecho»), en caso las partes no lo hayan pactado.

Sin embargo, el inciso 3 del artículo 57 de la actual Ley de Arbitraje —que regula las «normas aplicables al fondo de la controversia»— establece que «[…] el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, solo si las partes le han autorizado expresamente para ello».

Como se puede apreciar, ahora se presumiría *iuris tantum* que se trata de un arbitraje de derecho, es decir que los árbitros deben resolver la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable, salvo que las partes hayan establecido que se trata de un arbitraje de conciencia (también denominado *de equidad* en la ley vigente).

4.4. ARBITRAJE CON EL ESTADO

Por otro lado, debemos reiterar que los inversionistas extranjeros que llegaron a América Latina han estimulado el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ya que exigían la inclusión de algún tipo de cláusula de conciliación y arbitraje en los contratos que suscribían con, por ejemplo, los Estados.

Sin embargo, por tradición, Latinoamérica, apegada profundamente al concepto de soberanía del Estado, ha visto grandes inconvenientes en que éste o los entes que forman parte de él se sometan a arbitraje.

Al respecto, Bernal Gutiérrez[122] nos dice que esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la reticencia y resistencia —movida por intereses de diversa índole— han sido férreas y sostenidas; y el externo, donde, a pesar de estar casi sin excepción vinculados y adheridos a los tratados más importantes, se desconocen estos mecanismos en nombre de la soberanía y la preponderancia de la Constitución, como consecuencia del fanatismo y la ignorancia.

En este ambiente no era raro encontrar, como hace un par de décadas, que la normativa latinoamericana vigente en materia de solución de controversias —donde fuere parte integrante el Estado o sus entes y, en particular, la referida a la solución de controversias contractuales— no registrara, en términos generales, ninguna disposición que tratara explícitamente el tema.

No quiere ello decir que no se llevaran a cabo arbitrajes ni que la mecánica no se utilizara o que no fuere considerada como una buena opción. Simplemente, la tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él —tan solo por ostentar tal condición— escenarios de privilegio, sin importar que el Estado se encontraba en el mismo nivel

122 BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. «El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, junio-diciembre 2004, pp. 123-124.

que los inversionistas y que ello no comprometía —en modo alguno— la soberanía ni los poderes del Estado. Se trataba del Estado o sus entes y, por ende, tenía derecho a tal privilegio, sin importar nada más y sin consideración alguna.

Como bien señala Bernal, no obstante, quizás por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional y por la necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los inconvenientes a los que se ha hecho referencia han cedido de manera relativa.

Hoy en día, como consecuencia de la reforma que venimos comentando, podemos observar una referencia constante a la materia (permisiva en líneas generales) de la aplicación del arbitraje y de los métodos alternativos de resolución de controversias cuando del Estado y sus entes se trata. Esto sin desmedro de sus poderes, pero quizá con un tono menor y un más claro entendimiento del concepto de «soberanía» y con mayor conciencia del papel que desempeñan cuando, como particulares, contratan o causan daños.

Para respaldar este punto de vista demos una mirada panorámica a las normas vigentes en materia de arbitraje en Latinoamérica.

Así, tomando en consideración lo indicado por el autor Rafael Bernal, anteriormente, se podían distinguir dos bloques; a saber: aquellos países que no han contemplado —con relación al sometimiento del Estado a arbitraje— ninguna regulación; y aquellos otros que sí lo han hecho.[123]

A continuación, procederemos a efectuar un breve comentario sobre la normativa latinoamericana sobre arbitraje en el Estado.

Anteriormente, los ordenamientos internos de Argentina y Uruguay no contemplaban una norma concreta sobre el sometimiento del Estado

123 *Idem,* pp. 124-143.

al arbitraje; sin embargo, dicha situación no había impedido, por un lado, que dichos países se hayan integrado a diversos tratados donde tanto los particulares como el Estado se encuentran sometidos a resolver sus controversias por la vía arbitral, sino que, de otro lado y en el campo interno, el arbitraje se practicaba y era utilizado sin reticencias y sin que para la doctrina haya sido objeto de cuestionamientos o dudas de que hagan del arbitraje una herramienta desechada para el caso.

Incluso, en el plano internacional, Argentina y Uruguay no sólo son signatarias y adherentes de las convenciones de Nueva York, Panamá y Montevideo, sino que, como partes integrantes del Mercado Común del Sur (Mercosur), han suscrito y ratificado todos los instrumentos que le handado vida, en particular, los que han tenido por objeto regular lo referente a la solución de controversias, bien entre los Estados parte o bien entre éstos y los particulares (inversionistas) o los particulares de estos Estados entre sí. En este ámbito cabe destacar el Protocolo de Brasilia y su Reglamento, igualmente aplicables, por extensión, a Brasil, Bolivia y Chile debido asu adhesión al Mercosur.

Ahora bien, actualmente, el marco normativo sobre arbitraje en Argentina y Uruguay ha variado.

Para el caso de Argentina se tiene presente que en el artículo 25 de la Ley 27328, Ley de Contratos de Participación Público-Privada, publicada en noviembre de 2016, señala: «Para todas las controversias que eventualmente pudiesen surgir con motivo de la ejecución, aplicación y/o interpretación de los contratos celebrados bajo el régimen dispuesto por la presente ley, los pliegos de bases y condiciones y la documentación contractual correspondiente podrán determinar la posibilidad de establecer mecanismos de avenimiento y/o arbitraje. En caso de optarse por el arbitraje con prórroga de jurisdicción, éste deberá ser aprobado en forma expresa e indelegable por el Poder Ejecutivo nacional y comunicado al Honorable Congreso de la Nación». Asimismo, corresponde

indicar que en el año 2018 se emitió la Ley 27449 que regula el arbitraje comercial internacional en Argentina.

Para el caso de Uruguay, en el año 2018 se publicó la Ley 19.636, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional. De igual forma, en el año 2024 se emitió la Ley 20.257, que sustituyó los artículos 472 a 506 de la Ley 15.982, de fecha 18 de octubre de 1988 (Código General del Proceso) y sus modificatorias.

Por otro lado, en el caso de México se tiene presente que el régimen de arbitraje mexicano es fiel a la Ley Modelo de la Uncitral y respecto de las materias tratadas, la Ley Modelo es trascripción de lo dispuesto casi integralmente por la Convención de Nueva York, por lo que se ha afirmado —sin reticencia alguna— que resulta aplicable tanto a entes privados como a públicos, ello en la medida en que en todas estas disposiciones no se hace distinción o discriminación de ninguna clase ni tampoco se contempla prohibiciones al respecto. De esta manera tanto el Estado mexicano como sus entidades pueden someter sus diferencias al arbitraje, lo que, de hecho, ocurre de manera frecuente.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, cabe precisar que recientemente se publicó en México, en el mes de abril de 2025, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público. Cabe precisar que en el título séptimo, denominado «De la solución de las controversias», se incluye el capítulo cuarto signado como «Del arbitraje, otros mecanismos de solución de controversias y competencia judicial», dentro del cual cabe destacar el artículo 114 que establece la siguiente disposición: «Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio. No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley».

Asimismo, en el plano internacional, no podemos dejar de hacer referencia al Tratado de Libre Comercio de México con Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), donde la mecánica arbitral está contemplada tanto para las diferencias entre los Estados signatarios, como entre ellos y los particulares (inversionistas), y, a su vez, entre los mismos particulares de dichos Estados.

En consecuencia, la firma de un número cada vez más creciente de tratados bilaterales de inversión ha traído consigo la obligatoriedad del arbitraje sin distinción alguna, con lo cual se ha reafirmado de manera sólida su utilización para solucionar controversias entre partes, incluidos el Estado y sus entes.

Ahora bien, entre los países que sí contienen normas particulares sobrela participación del Estado en el arbitraje o en algún medio alternativo de solución de conflictos también podemos encontrar a: Guatemala, Costa Rica, Honduras, El Salvador, Ecuador y Paraguay.

El Perú cuenta —en opinión mayoritaria— con una completa legislación sobre la materia.

En efecto, el artículo 2 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, contemplaba clara y enfáticamente la posibilidad de acceder al arbitraje por parte del Estado al señalar que «pueden ser sometidos a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebre el Estado peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliadosen el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí».

Asimismo, el inciso 2 del artículo 4 de la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.° 1071 (que entró en vigencia el 1 de septiembre

de 2008), establece: «las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional», mientras que el inciso 3 señala claramente: «el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país».

Por su parte, el artículo 92 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.° 26572, establecía que «Pueden ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, las controversias derivadas de los contratos que el Estado peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados, así como las que refieren a sus bienes», criterio que se mantiene en el inciso 4 del artículo 4 de la actual Ley de Arbitraje.

En consecuencia, como se ha podido apreciar, en el movimiento de reforma y actualización legislativa que se ha producido en Latinoamérica existe un franco ánimo de involucrar al Estado y los entes públicos en la utilización del arbitraje.

A pesar de que no existe unanimidad y ni siquiera uniformidad en el tratamiento, se destacan algunos países proclives al efecto y otros en donde con restricciones es aceptado.

Representa un anhelo innegable que a partir de la actual estructura legislativa se logre consolidar y extender el arbitraje a fin de que se imponga como la herramienta que a todos conviene y, en particular, a los Estados y a los inversionistas.

4.5. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Finalmente, nos corresponde abordar el auge y la expansión del arbitraje institucional en Latinoamérica, habida cuenta de que es innegable que el

desarrollo explosivo del arbitraje institucional constituye un fenómeno en aumento, típico de la última década del siglo pasado.

Así, por ejemplo, Berizonce[124] señala que en Brasil la Ley de Arbitraje de 1996, no obstante la inexistencia de una cultura favorable, generó una multiplicación de los órganos arbitrales institucionales. No sólo se modernizaron los existentes, sino que se crearon nuevos, especialmente en los grandes centros urbanos, multisectoriales, con el apoyo de las asociaciones mercantiles.

La misma tendencia se advierte en la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela de 1998, que regula minuciosamente el «arbitraje institucional», previendo que una amplia gama de entidades no gubernamentales está autorizada para organizar sus propios centros de arbitraje, dictando los respectivos reglamentos, siendo que dichas disposiciones continúan vigentes a la fecha.

No han sido ajenas a esta línea las leyes de arbitraje de Colombia, Costa Rica, Uruguay, México, entre otros países.

Cabe señalar que a partir de los años noventa se han conformado órganos de arbitraje permanentes en el seno de las cámaras de comercio, de universidades y de los colegios profesionales de abogados y de ingenieros. Así, sólo por citar algunos ejemplos locales, tenemos los centros de arbitraje de las cámaras de comercio de Lima, Arequipa, Piura, La Libertad, y otras; el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP); el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, el Centro de Arbitraje del Colegio de Ingenieros del Perú (en sus distintas sedes departamentales) y muchos otros (demasiados, por cierto).

---

124 BERIZONCE, Roberto Omar. «El arbitraje institucional en Iberoamérica». En *Derecho PUCP*, 2000, n.° 53, pp. 759-760.

En definitiva, Latinoamérica asiste, en las cuatro últimas décadas, al remozamiento del arbitraje tradicional a partir de la sanción de leyes especiales o de la actualización de los ordenamientos procesales para dar cabida, entre otras modalidades, al arbitraje institucional.

4.6. CONCLUSIONES

Para concluir, sólo nos queda señalar que las normas no lo son todo si esa mentalidad adolescente y romántica de querer cambiarlo todo de la noche a la mañana y que ha sido, como hemos señalado al principio, la gran pesadilla de Latinoamérica, no cambia también.

Para eso el capital, el comercio y las inversiones tienen que ser el sustento de una nueva forma de pensar, porque sin esa nueva forma de pensar de nada valdrán las más modernas leyes. Esa nueva forma de pensar, que es que el capital no trae explotación, sino prosperidad y desarrollo, es una tarea compartida. Una tarea de los inversionistas y de su compromiso de ganar generando oportunidades reales de progreso a los latinoamericanos, sobre todo a los que menos tienen; y una tarea de los propios pueblos, aprovechando esas oportunidades de desarrollo y siendo justos con quienes nos las dan. Creemos que así dejaremos de una vez las utopías románticas que tanto han marcado nuestra historia.

CAPÍTULO V
COMENTARIOS AL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE LA ANTERIOR LEY GENERAL DE ARBITRAJE[125]

En el presente capítulo se hará referencia al proyecto del año 2007 que planteaba la modificación de la anterior Ley de General de Arbitraje. Dicho proyecto fue previo al proyecto que en el año 2008 se transformó en la actual Ley de Arbitraje.

5.1. INTRODUCCIÓN

A pesar del corto plazo de vigencia de la anterior Ley General de Arbitraje, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 5 de enero de 1996, no cabía duda de que resultaba necesario realizarle algunas modificaciones en determinados puntos, pues así lo exigía el avance que había mostrado el sistema arbitral en nuestro país.

En tal sentido, el presente capítulo tiene por objeto realizar un análisis comparativo entre la derogada Ley General de Arbitraje y el Proyecto Modificatorio, elaborado por la Comisión Técnica (en adelante, la Comisión) creada por Resolución Ministerial n.° 027-2006-JUS, de fecha 25 de enero de 2006.

---

125 Este acápite tiene como base el texto «Comentarios al Proyecto de Modificación de la Ley General de Arbitraje», elaborado por Mario CASTILLO FREYRE, Rita SABROSO MINAYA, Irene MARTÍNEZ CÁRDENAS y Rosana ROSALES BÁSCONES. En *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra Editores: Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, volumen 2, pp. 187-295.

Como lo establecía la Exposición de Motivos del referido proyecto, con las modificaciones planteadas se buscaba ajustar ciertos aspectos centrales de la estructura arbitral a fin de consolidar el desarrollo sostenido que venía experimentando el arbitraje en el Perú.

En este sentido, se traen a colación algunos breves comentarios que se formularon acerca de las modificaciones que fueron propuestas por la Comisión, con el propósito de determinar las innovaciones que frente a la anterior normativa estableció el Proyecto Modificatorio.

5.2. ANÁLISIS DEL PROYECTO MODIFICATORIO

5.2.1. Arbitraje de derecho o de conciencia

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia	**Artículo 3.- Arbitraje de derecho o de conciencia**
El arbitraje puede ser 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.	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.
Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial,	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

los usos mercantiles aplicables al caso.	asunto comercial, los usos mercantiles aplicables al caso.

El artículo 3 del Proyecto Modificatorio proponía algunos cambios en la definición del arbitraje de conciencia, contenida en el artículo 3 de la derogada 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 señalaba que con esta modificación se buscaba 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 considerábamos 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, seguía presente el círculo vicioso en que incurría generalmente la doctrina y que fue advertido por Fernando de Trazegnies.[126] 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.

126 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*, 1996, n.° 12, p. 116.

Por otra parte, si bien existen varias razones por las que las partes pueden preferir un arbitraje de conciencia a uno de derecho,[127] 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,[128] para quien los árbitros de conciencia se encargan de resolver la controversia obedeciendo 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.

---

127 Fernando de Trazegnies mencionaba:
- 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 una ley nacional que gobierna el contrato entre las 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 tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión. (*Ibidem*).

128 ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los recursos procesales en el juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 17-21.

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.[129]

Una posición interesante es la de Guillermo Lohmann,[130] quien sostiene que los árbitros de conciencia se pronuncian según criterios extrajurídicos, 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 pueden 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 derogada Ley General de Arbitraje no se podían arbitrar las controversias que interesan al orden público, tampoco se podía 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 derogada Ley General de Arbitraje que lo regulaba procedimentalmente,[131] ni contra cualquier otra ley.

---

129 Hablamos de difusión del arbitraje de conciencia habida cuenta de que con la derogada Ley General de Arbitraje se buscaba difundir lo más posible la institución arbitral como medio alternativo de solución de controversias. Dicha voluntad de difusión se reflejaba en que la propia Ley prefería los arbitrajes de conciencia —más asequibles al público— que los de derecho —más sofisticados—.

130 Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 365.

131 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

Por otro lado, el Proyecto Modificatorio señalaba 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 lo era mientras estuvo vigente la derogada Ley General de Arbitraje.

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.° 25935,[132] establecía que, a falta de pacto expreso, *se presume que las partes optan por un arbitraje de derecho.*

En su momento Cantuarias y Aramburú[133] 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.

---

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 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 Iberoamericano y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, p. 30.

132 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.

133 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.,* p. 262.

En cambio, con la siguiente Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, 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 señalaba en la Exposición de Motivos del Proyecto Modificatorio, la propuesta de modificación del artículo 3 (con relación a qué tipo de arbitraje debe presumirse en caso de duda o en caso de ausencia de pacto) tenía 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 entonces vigente.

En ese sentido, la Comisión consideró 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 concordábamos plenamente.

Al respecto, Zegarra Pinto[134] señala que a partir de la legislación comparada, la tendencia actual es considerar al arbitraje de derecho como la regla.[135]

Una clara muestra de dicha tendencia la encontramos en la Exposición de Motivos de la Ley Española de Arbitraje (Ley 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

134 ZEGARRA PINTO, José. «Arbitraje de conciencia: ¿género del arbitraje de derecho?». En *Arbitraje on line*, 2005, año III, n.° 5, p. 2.

135 En el pie de página 16 del artículo anteriormente citado, el autor José Zegarra Pinto señala que en el caso de Latinoamérica, dicha opción legislativa es compartida por países como Colombia, Costa Rica, México, Venezuela, entre otros.

sea resuelta en equidad y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal».[136]

5.2.2. 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 2 del artículo 139 de la Constitución. Salvo disposición distinta de esta ley, existiendo convenio arbitral o durante el desarrollo del arbitraje ningún órgano jurisdiccional o administrativo puede admitir a trámite proceso, procedimiento, pretensión, acción o recurso que de cualquier manera impida el inicio del arbitraje, o que lo suspenda o impida su continuación. En ejercicio de su independencia y su jurisdicción, sin incurrir en responsabilidad de ningún tipo los árbitros tienen competencia exclusiva para instalarse como tribunal arbitral,

136 ZEGARRA PINTO, José. *Op. cit.*, pp. 2-3.

	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 establecía —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 respondía a la preocupación de la intervención indebida de la Administración Pública o del Poder Judicial en el arbitraje. De esta forma se contemplaba 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 consistía 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 sostenía que cualquier cuestionamiento a las decisiones o actuaciones de los árbitros sólo procede una vez emitido el laudo mediante el recurso 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 iba de la mano con algunos pronunciamientos sobre la materia por parte del Tribunal Constitucional,[137] 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 subrayaba la plena vigencia del principio *kompetenz-kompetenz* que se encontraba previsto en el artículo 39 de la derogada 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

137 SSTC Exps. n.° 6167-2005-PHC/TC, de fecha 28 de febrero de 2006, y n.° 1567-2006-PA/TC, de fecha 30 de abril de 2006.

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 el recurso de anulación del laudo, siendo que, en lo que corresponde al control constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente n.º 00142-2011-PA/TC, precedente María Julia, el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que el recurso de anulación no es una vía previa al amparo, sino una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho.[138]

5.2.3. 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

138 CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CHIPANA CATALÁN, Jhoel y Laura CASTRO ZAPATA. *La Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, p. 741.

	procesales de disposición de derechos sustantivos.

El Proyecto Modificatorio proponía 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 de 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 contemplaba 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 sostuvo que la anterior Ley General de Arbitraje no se pronunciaba 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 consideraba —siguiendo la práctica arbitral internacional— que debía 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.[139]

---

[139] 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

Si bien nos parecía 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 Modificatorio no era la más adecuada.

A nuestro entender, hubiese sido 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 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 coincidíamos con la opción seguida en el Proyecto Modificatorio, considerábamos que ya se estaba dando un paso adelante al regular dicho tema, el cual —en la práctica— había generado algunos conflictos, en donde incluso se llegó a recurrir al Poder

---

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.

Judicial para que fuera éste el que resolviera sobre el tipo de poderes necesarios para someter a arbitraje a la persona jurídica representada.

5.2.4. 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 señalaba la Exposición de Motivos, el artículo 14 del Proyecto Modificatorio —al establecer 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»— introducía 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 el 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,[140] si el convenio arbitral no es considerado separado o autónomo del contrato principal que lo contiene, bastaría con 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.

[140] Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 221-222.

En tal sentido, era acertada la inclusión del primer párrafo del artículo 14 del Proyecto Modificatorio, lo que no dejaba 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 adicionaba a los supuestos de inexistencia, ineficacia o invalidez (contemplados por el artículo 14 de la ahora derogada 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 optó —acertadamente— por mantener el último párrafo del artículo 14 de la derogada Ley General de Arbitraje, que establecía: «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[141] 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 derogada Ley General de Arbitraje y el Proyecto Modificatorio sancionaban con nulidad la estipulación que colocaba a una parte en una situación de privilegio respecto de la otra.

141 CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 77.

5.2.5. 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 Modificatorio condicionaba la validez de la renuncia al arbitraje a que ésta se manifieste de manera expresa o tácita.

La Comisión señalaba —en la Exposición de Motivos— que el artículo propuesto resolvía una imprecisión generada por la redacción de la actualmente derogada 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 precisaba que la renuncia se referirá sólo a las *materias* demandadas judicialmente, lo que no implicaba

que en el futuro otros temas o conflictos no puedan ser materia de demanda arbitral.

Por otro lado, se proponía que para hablar de una renuncia expresa ésta debía 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 iba de la mano con lo establecido por el artículo 10 de la derogada Ley General de Arbitraje (sobre el cual no se planteó modificación alguna). En efecto, el referido artículo 10 establecía: «[…] 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».

Con relación a la renuncia tácita, se mantenía la idea de que la renuncia se consideraba 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.

5.2.6. 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 1. Encontrándose en trámite la excepción de convenio arbitral, las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o	**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 1. 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

proseguirse e inclusive dictarse el laudo.	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 era copia fiel de la del artículo 16 de la derogada Ley General de Arbitraje, no había 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 debía resolverla.

A entender de la Comisión se perseguía 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 radicaba en que en el Proyecto Modificatorio se añadió un párrafo en el que se establecía 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».

Considerábamos correcta dicha modificación habida cuenta 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, ya 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 derogada Ley General de Arbitraje, establecía que las actuaciones arbitrales se iniciarán o proseguirán, pudiendo, incluso, dictarse el laudo durante el trámite de esta excepción.

Al respecto, coincidimos con Garro,[142] quien señala que la razón de esta disposición es muy simple. En la medida 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

142 Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.,* p. 210.

incluso a dictar su laudo, mientras la cuestión judicial se encuentre pendiente ante el tribunal de la jurisdicción ordinaria.

Por otro lado, el artículo 16 de la derogada Ley General de Arbitraje distinguía entre si la materia ya estuviera sometida al conocimiento de los árbitros o si la materia todavía no estuviera sometida al conocimiento de los árbitros. En cambio, el artículo 16 del Proyecto Modificatorio distinguía los supuestos según se trate de arbitraje iniciado o no iniciado, para lo cual debía tomarse en cuenta la definición introducida en el artículo 33 sobre el inicio del arbitraje.[143]

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 estaba contemplado en la derogada Ley General de Arbitraje).

Sin embargo, la distinción resultaba relevante en el supuesto de que la materia sea manifiestamente no arbitrable, conforme a lo establecido por el artículo 1 de la de la derogada Ley General de Arbitraje[144] (el cual permanecería sin modificación alguna).

---

143 El primer párrafo del artículo 33 del Proyecto Modificatorio establecía 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 5.2.11. del presente capítulo.

144 «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».

En efecto, sólo en el supuesto de que el proceso arbitral no se hubiera iniciado, es decir, en el supuesto en que no se hubiera 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 resultaba importante en lo que respecta a los puntos que debía analizar el juez a fin de declarar fundada o infundada la excepción de convenio arbitral.

Si el arbitraje aún no se había iniciado, el juez que conocía la excepción de convenio arbitral tenía que examinar: (i) la existencia del convenio arbitral y si el mismo había cumplido con las formalidades establecidas por el artículo 10 de la derogada Ley General de Arbitraje; (ii) la capacidad de las partes; y (iii) si la materia era arbitrable, de conformidad a lo establecido por el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje.

Si el arbitraje ya se había iniciado, el juez debía 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 precisaba que la resolución judicial que declaraba fundada la excepción de convenio arbitral era 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 Modificatorio proponía establecer que la resolución que declaraba infundada la excepción de convenio arbitral era 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.

5.2.7. 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	**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

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.	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. 5. 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 Co-

	mercio 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 orientaban 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 presentaba una variación sustancial respecto del artículo 21 de la derogada Ley General de Arbitraje, tanto en su estructura como en su redacción.

El proyectado artículo comenzaba señalando que las partes podían 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 resaltaba que cualquiera sea el procedimiento elegido, nunca se debía vulnerar el principio de igualdad.

Esta referencia al principio de igualdad iba de la mano con lo establecido por el último párrafo del artículo 14 de la derogada Ley General de Arbitraje, el cual señalaba: «[E]s 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 […]».

Al respecto, Fernando Vidal Ramírez[145] señala que las partes están obligadas a dar al convenio arbitral o cláusula arbitral un contenido equilibrado; por ello, la derogada Ley General de Arbitraje sancionaba con nulidad la estipulación que colocaba a una parte en una situación de privilegio respecto de la otra en torno a la designación de los árbitros.

En relación con la designación de los árbitros, Ana María Chocrón[146] 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 Modificatorio contemplaba de manera más ordenada y sistemática los diferentes supuestos de designación de árbitro, incluyendo el supuesto de partes constituidas por más de una persona o de una empresa, e incluyendo reglas supletorias en caso de que las partes no hayan elegido algún procedimiento.

El inciso 1 regulaba el supuesto en el que no se hubiese 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 había seguido la Comisión, ya que se pudo

145 VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de derecho arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 57.
146 CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Op. cit.*, p. 77.

haber establecido que ante la no determinación del número de árbitros se debería entender que se trata de árbitro único.

Cantuarias y Aramburú[147] 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.

Con respecto a la designación de un tribunal arbitral colegiado, los citados autores señalan que si bien generará mayores costos y probablemente hará más lento el proceso arbitral, tiene una serie de ventajas como la de permitir a las partes la posibilidad de designar a varias personas en razón a 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 colegiado— optó porque, ante la falta de determinación, sea un tribunal arbitral de tres miembros.[148]

147 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 249.

148 Al respecto, cabe señalar que, por ejemplo, el artículo 5 de las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje del año 2005 establecía 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». Se tiene presente que el artículo 12 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje vigente desde el año 2021 indica que: «Si las partes no han acordado el número de árbitros, se nombrará un árbitro a menos que el Administrador determine que es apropiado nombrar tres árbitros dada la magnitud, complejidad u otras circunstancias del caso». Por su parte, el inciso 2 del artículo 8 de un anterior Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional vigente desde el 1 de enero de 1998 establecía 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 […]». El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de 1998 sería sustituido por el Reglamento emitido en el año 2012, luego por el Reglamento emitido en el año 2017 y, posteriormente, se emitió la normativa que rige en la actualidad y que se encuentra contenida el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional del año 2021. Sobre el particular, en el numeral 2 del artículo 12 del Reglamento

El inciso 2 regulaba 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 contemplaba 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 señalaba plazo para esta última designación, se entendía —por interpretación sistemática— que era el mismo que se establecía 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 traía consigo este artículo era que las designaciones de los

---

de la Cámara de Comercio Internacional vigente desde el 2021 se establece que: «2. 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. […]».

árbitros ya no serían efectuadas —en ningún caso— por el juez. Por el contrario, el rol de designación lo cumplirían sólo las partes o, en su defecto, las cámaras de comercio.

De esta manera, el inciso 5 del artículo 21 del Proyecto Modificatorio contemplaba el supuesto en el cual, por alguna razón, no se hubiera podido nombrar a uno o más árbitros. Aquí se proponía que cualquiera de las partes podía 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 señalaba la Comisión, el proyecto presuponía una gran responsabilidad de las Cámaras de Comercio, lo que exigiría 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.

5.2.8. Incumplimiento del encargo

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
Artículo 22.- Incumplimiento del encargo Si el tercero a que se refiere el artículo 20, encargado de efectuar la designación de el o los árbitros, no lo hiciera dentro del plazo determinado por las partes o del establecido en el reglamento de la institución arbitral	**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

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.	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 21.

El artículo 22 del Proyecto Modificatorio establecía 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 los que debían nombrar al árbitro. En tal situación, se seguiría el procedimiento señalado en el inciso 5 del artículo 21 del referido Proyecto, es decir, sería la Cámara de Comercio la que debería cumplir esta función.

En efecto, tal como se explicaba en la Exposición de Motivos, el artículo propuesto establecía que en caso de problemas de designación de árbitros generados ya sea por falta de acuerdo o por cualquier otro problema en el nombramiento correspondía 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 orientaban 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.

5.2.9. 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 21 y 22, 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. El 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.	**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

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. Sinembargo, 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	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.

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.	

El artículo 23 del Proyecto Modificatorio establecía 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 señalaba que la cámara de comercio determinaría la persona u órgano encargado de la elección. Asimismo, se estableció que a falta de determinación previa, la decisión sería adoptada por el máximo órgano de la institución, lo que implicaba que la decisión sea definitiva e inimpugnable. Aquí también podemos apreciar que al establecer que la decisión era inimpugnable se estaba cerrando toda posibilidad de intervención judicial.

Si la cámara de comercio respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud de designación de árbitro sería puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco días. Así, vencido dicho plazo, la cámara designaría 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 sería informado a las partes.

Finalmente, se estableció que la Cámara de Comercio tendría 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.

5.2.10. 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	**Artículo 31.- Procedimiento de recusación** Las partes pueden acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o some-

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.	terse 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. 7. 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 recursode anulación contra el laudo.

El artículo 31 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje contemplaba únicamente los casos elementales y, por lo tanto, generales del arbitraje; sin embargo, en la práctica se habían presentado diversos problemas acerca de quiénes tenían competencia y jurisdicción para resolver una recusación, y bajo qué reglas debían proceder a resolverla.

Por ello, tal como se señalaba en la Exposición de Motivos, el artículo 31 del Proyecto Modificatorio trataba de solucionar muchos inconvenientes suscitados en la práctica arbitral respecto a la recusación de los árbitros.[149]

En primer lugar, se estableció que las partes puedan 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 Modificatorio se precisaba que cualquier recusación debía 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 derogada Ley General de Arbitraje, que establecía que la recusación debía ser formulada *inmediatamente* después de conocida la causal.

Asimismo, en el inciso 2 se establecía un plazo similar para que el árbitro recusado y la otra parte manifiesten lo que mejor convenga a su derecho.

---

149 Un claro ejemplo de los problemas que se presentaban con la ahora derogada Ley General de Arbitraje, era el supuesto en el cual se recusaba a más de un árbitro o al tribunal arbitral en pleno por la misma causal. Sobre el particular, el anterior artículo 31 no contenía una solución legal expresa, en la medida que no contemplaba 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 resulta —a todas luces— inaceptable.

Por su parte, el inciso 3 establecía la posibilidad del árbitro de renunciar, o de la contraparte de consentir con la recusación, supuestos que no se encontraban contemplados en el artículo 31 de la derogada 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 su independencia e imparcialidad.

En tal sentido, nos parecía correcto que el Proyecto Modificatorio haya dispuesto que la renuncia de un árbitro a su cargo no se consideraba 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 regulaba 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 contemplaba 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 establecía que, a falta de entidad o persona en capacidad de resolver la recusación, concernía residualmente dicha función a la cámara de comercio correspondiente.

Como se puede apreciar, en ninguno de los supuestos contemplados por el inciso 4 resolvía el propio recusado, es decir, se había consolidado el principio de que *la recusación no la resuelve el propio recusado*. De esta manera, lo que se buscaba era que quien resuelva la recusación no sea el árbitro cuestionado, sino alguien neutral.

Otro punto importante era que este inciso 4 trataba de llenar la laguna de derecho que la ahora derogada Ley General de Arbitraje presentaba frente a la recusación contra todos los miembros del tribunal arbitral por una misma causal.

La solución dada por esta propuesta modificatoria consistía en 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 dejaba claro que debía 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 prescribía que la recusación sólo procedía hasta antes de culminada la etapa probatoria, manteniéndose lo que estaba contemplado por el artículo 31 de la derogada Ley General de Arbitraje, que establecía que las recusaciones se formulan siempre que no haya vencido *el plazo probatorio*.

Considerábamos 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 admitía 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 derogada Ley General de Arbitraje, que señalaba que *el trámite de recusación no interrumpe la prosecución del proceso arbitral.*

Asimismo, el artículo 31 del Proyecto Modificatorio prohibía 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 resultaba 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 referida solamente a una de varias pretensiones principales, 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 encontraba conforme con las decisiones de los árbitros, tenía otro mecanismo que la ley le ofrecía: el recurso de reposición el mismo que se podía interponer contra las resoluciones distintas al laudo. Bajo la actual Ley de Arbitraje, el citado mecanismo se denomina recurso de reconsideración.

Por otro lado, considerábamos 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 Modificatorio se precisaba 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 eliminaba la intervención judicial, evitando sobrecargar la actividad de los tribunales de justicia, persiguiendo una mayor celeridad en los arbitrajes.

5.2.11. Libertad de regulación del proceso

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
Artículo 33.- Libertad de regulación del proceso	**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.	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, 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	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

una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.	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 establecía que la fecha de recepción de la solicitud de arbitraje sería considerada como la fecha de inicio del arbitraje, salvo pacto distinto.

En la Exposición de Motivos se señalaba que el artículo 33 recogía, para la parte de arbitraje nacional, los principios contemplados en la norma del artículo 110[150] de la parte de arbitraje internacional sobre el inicio del arbitraje, con ligeros cambios.

De esta manera, el artículo 33 venía 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 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, el Proyecto Modificatorio establecía que las partes pueden 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 proceso arbitral.

150 «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».

Ahora bien, cabe precisar que ni la ahora derogada Ley General de Arbitraje ni el Proyecto Modificatorio señalaban los límites dentro de los cuales las partes podían establecer las reglas del proceso.

Si bien el último párrafo del artículo 14 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje establecía: «[…] 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 regulaba 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 regulaba los límites dentro de los cuales ambas partes —de común acuerdo— establecían 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 contemplaba.

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 proponía que —a falta de acuerdo o reglamento arbitral aplicable— el tribunal arbitral sería el que 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*.

No obstante, en el proyecto no se contemplaba cómo debería proceder el árbitro único en caso no exista acuerdo ni reglamento arbitral

aplicable. Consideramos que, de presentarse dicho supuesto, debería entenderse que el árbitro único también gozaría 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 proponía que el proceso arbitral se sujetará a los principios esenciales de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes, lo que —tal como se señalaba 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 establecía 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 pretendió 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 derogada 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 respeto 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[151] 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, considerábamos acertadas las modificaciones propuestas por la Comisión, habida cuenta que respondían 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.

5.2.12. 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 ini-	**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

[151] Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.,* p. 328.

ciales. 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.	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 objeción 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 pre-

	via, 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 señaló que, de acuerdo con la legislación comparada más reciente y calificada, la redacción del artículo propuesto era 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,[152] 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 detratados y leyes sobre la materia.

152 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 226.

Dentro de tal orden de ideas, resultaba evidente que con la modificación que se proponía se buscaba 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, que anteriormente se encontraba regulado en el artículo 71 de la ahora derogada 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 ahora derogada Ley General de Arbitraje.

De esta manera, el artículo 39 del Proyecto Modificatorio añadía a lo establecido por el artículo 39 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, 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 era 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 enumeraba varias clases de excepciones y/o defensas previas,[153] 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 precisaba que el plazo para presentar estas excepciones u objeciones se extendía hasta el momento de la presentación de la demanda o de la reconvención, mejorando de esta manera la redacción del artículo 39 de la derogada Ley General de Arbitraje, que establecía que dichas excepciones u objeciones deberán *formularse al presentar las partes sus pretensiones iniciales.*

Ambos preceptos buscaban 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 precisaba que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros no impedía formular —en el plazo respectivo— oposición al arbitraje.

En efecto, en la práctica arbitral se presentaban algunos casos en los cuales alguna de las partes —mal asesorada por sus abogados— no designaba árbitro, convencida de que con dicho proceder estaría dejando sentado desde un principio su oposición al inicio del arbitraje. En otras palabras, la parte consideraba que con la designación del árbitro estaría renunciando a su derecho de oponerse al arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, la propuesta modificatoria resolvía este problema.

---

153 El artículo señalaba que «se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra excepción u objeción [...]».

Por otro lado, también se proponía incluir en el artículo 39 que si la causa que amerite la excepción u objeción se presentase en el transcurso del proceso arbitral, ésta debería 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 proponía se brindaría discrecionalidad a los árbitros para admitir excepciones fuera de los supuestos previstos cuando la demora resultaba justificada, ello con base en la flexibilidad que es propia del arbitraje.

Sin embargo, el artículo 39 del Proyecto Modificatorio no contemplaba —en lo que, a nuestro entender, constituía 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 derogada Ley General de Arbitraje, la cual establecía que *los árbitros, sin embargo, podrán considerar estos temas de oficio.*

En tal sentido, estimamos que este punto debería haber sido incluido también en el Proyecto Modificatorio, ya que de esta manera se estaría 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.[154]

---

154 «Artículo 220.- [...] [La nulidad] puede ser declarada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta».

Por ello es que considerábamos que el Proyecto Modificatorio también debía haber contemplado la posibilidad de que los árbitros actúen de oficio a este respecto.

En relación con la oportunidad de resolver las excepciones, el Proyecto Modificatorio establecía que los árbitros podrán decidir las oposiciones al arbitraje con carácter previo o en el laudo, manteniéndose así la flexibilidad del artículo 39 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje.

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 laudar, lo que implicará pérdida de tiempo y dinero para 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 contemplaba que la decisión que desestime la excepción u objeción —como cuestión previa— podría ser impugnada mediante recurso de reposición,[155] sin perjuicio del recurso de anulación contra el laudo final, a diferencia del artículo 39 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, en donde se establecía que contra esta decisión sólo cabía 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 procedería el respectivo recurso de anulación.

---

155 Como puede apreciar el lector, se volvía a la denominación original, dejando de lado la figura de la reconsideración. Para un mejor desarrollo sobre este tema nos remitimos al punto 5.2.15. del presente capítulo.

Por otro lado, se establecía que si los árbitros —como cuestión previa— amparan la excepción u objeción, pero sólo respecto de determinadas materias, dicha decisión sólo podría ser impugnada mediante recurso de anulación contra el laudo final.

Con dicha modificación se estaba llenando un vacío que la ahora derogada Ley General de Arbitraje presentaba, ya que en dicha norma no se establecía claramente cuál era el recurso para cuestionar una resolución (que no era laudo) y que ponía fin al proceso arbitral.

De esta manera, la Comisión estaba dando a dicha resolución los alcances que tendría un laudo.

Asimismo, la Comisión contemplaba el supuesto en el que sólo algunas de las materias hubiesen 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.

5.2.13. 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	**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 adicio-

probar, salvo que los árbitros consideren necesario contar con un plazo adicional, que en ningún caso podrá exceder de quince (15) días.	nales. 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 resultaba ser una disposición más sintética y adecuada que la norma en vigencia, puesto que se refería únicamente a que *las partes o el reglamento* dispongan otra cosa, mientras que el artículo 48 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje hacía 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 refería 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 ahora derogada Ley General de Arbitraje establecía que dicho plazo corría a partir del *vencimiento de la etapa de prueba*, o del cumplimiento del trámite que establecía el inciso 1 del artículo 34 de la ahora derogada 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 disponía que el plazo citado se empezaría 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 proponía que el plazo corriese 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 implicaba que se estaba incorporando la práctica usual en el país en el sentido de que el plazo para laudar corre desde los alegatos finales.

Cabe resaltar que ambos cuerpos normativos (la ahora derogada Ley General de Arbitraje y el Proyecto Modificatorio) establecían una prórroga del plazo por quince días adicionales.

Finalmente, la norma modificatoria señalaba un supuesto diferente, que era aquel en el cual el convenio arbitral establezca un plazo para la duración íntegra del arbitraje.[156] En este supuesto, la norma establecía que el plazo de duración del arbitraje se computaba 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.

5.2.14. 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	**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,

156 En la Exposición de Motivos se ponía como ejemplo el supuesto en el que las partes —además de establecer un plazo para emitir el laudo— hubieran acordado que la duración total del arbitraje, incluido el laudo, no puede exceder de seis meses.

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.

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 señalaba la Comisión, en la Exposición de Motivos, el artículo 54 propuesto tenía una nueva estructura que corregía muchas cuestiones oscuras, vacíos e imprecisiones de las normas anteriores (artículos 54 y 55 de la derogada Ley General de Arbitraje) en relación con plazos y procedimientos, añadiéndose un nuevo supuesto denominado *exclusión*.

Un primer punto que cabe resaltar del artículo 54 del Proyecto Modificatorio era que nos brindaba la definición de cada uno de los supuestos (corrección, aclaración, integración y exclusión). Era necesario recurrir a lo establecido por el Código Procesal Civil, a fin de interpretar los alcances e cada una de estas figuras, estableciendo —de esta manera— un marco conceptual del cual carecía la hoy derogada Ley General de Arbitraje.

Otro punto importante era 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 Modificatorio establecía 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 venía presentando en la práctica arbitral, en donde era común que se estableciera en el acta de instalación que el tribunal arbitral tenía 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 Modificatorio fijaba también un plazo más breve para el pronunciamiento de oficio. Según la Exposición de Motivos, de esta manera las partes tendrían clara la situación del laudo, antes del vencimiento del plazo para interponer el recurso de anulación.

Asimismo, el Proyecto Modificatorio aclaraba 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 ahora derogada 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 procedía 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 interponer el recurso de anulación.

La Comisión señalaba 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 establecía 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, resultaban pertinentes los comentarios de Juan Carlos Morón[157] en torno al silencio administrativo. El referido profesor 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

157 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 395.

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 era 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.

5.2.15. 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 siguientesde 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 anterior se refería 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 Modificatorio introducía 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 retomaba el nombre original del recurso y el plazo originalmente previsto a fin de darle mayor celeridad y seguridad a los arbitrajes, según lo expresaba la Exposición de Motivos.

En efecto, el texto original del artículo 58 de la ahora derogada 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». No obstante, el artículo 1 de la Ley n.° 28519, publicada en el diario oficial *El Peruano* con fecha 24 de mayo de 2005, modificó el artículo 58, 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 proce-

dimiento— 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 tuvo 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 Modificatorio señalaba 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 explicaba cuál era la razón para volver a cambiar el nombre de este recurso impugnatorio.[158] Sólo cabría pensar que la Comisión consideró más adecuada la terminología original, es decir, *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.º 27444, que establecía: «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 […]».

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,[159] quien señala —con relación al recurso de reconsideración en el procedimiento administrativo— que

---

158 Cabe señalar que al promulgarse la Ley n.° 28519, la cual modificó el artículo 58 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, tampoco se explicó 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.

159 MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 455.

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.

Considerábamos acertado el que se establezca un plazo para que el tribunal arbitral resuelva la reposición, habida cuenta de que con ello se daría mayor celeridad al proceso arbitral. Ahora bien, cabe señalar que el plazo de tres días para resolver no nos parecía adecuado si tenemos en cuenta la complejidad que pueden revestir algunos temas.

El artículo 58 del Proyecto Modificatorio precisaba que la reposición no tiene efectos suspensivos, salvo decisión diferente de los árbitros, la cual no requiere motivación.

En consecuencia, tenemos que la modificación regresaría a la lógica de la versión original de la ahora derogada Ley General de Arbitraje en torno a los recursos que pueden presentarse en contra de resoluciones distintas al laudo. Además, se reconocía 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 enfatizaba que la decisión que resuelve el recurso de reposición era definitiva e inimpugnable, a diferencia de la regulación de la ahora derogada Ley General de Arbitraje que no se pronunciaba al respecto.

Esta precisión resultaba adecuada ya que reflejaba lo que en la práctica se venía presentando, es decir que no cabía recurso impugnatorio (llámese *reposición* o *reconsideración*) contra la resolución que resolvía un recurso impugnatorio. Y ello no podría ser de otra manera, ya que de lo contrario estaríamos incursionando en un sinfín de recursos impugnatorios (círculo vicioso).

5.2.16. 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 en-	**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

trar 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.	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 establecía que el recurso de anulación tenía 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 debía 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,[160] 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.

160 FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *Op. cit.*, p. 72.

En la Exposición de Motivos se señalaba que el artículo 61 sólo contenía 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 derogada Ley General de Arbitraje, motivo por el cual se señalaba 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[161] 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 las controversias, es decir, sobre cómo se resolvió.

5.2.17. Interposición del recurso

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
Artículo 71.- Plazo para la interposición del recurso de anulación y órgano competente	**Artículo 71.- Interposición del recurso** El recurso de anulación se interpone ante la Sala Civil

161 CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición, p. 288.

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.	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 establecía un plazo mayor para la interposición del recurso de anulación del laudo arbitral. En efecto, este nuevo dispositivo otorgaba un plazo de cinco días adicionales a los diez establecidos por el artículo 71 de la ahora derogada 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.

Extrañaba que el Proyecto Modificatorio aún siguiese haciendo referencia a la Sala Civil de la Corte Superior como la encargada de resolver la anulación, ya que mediante Resolución Administrativa n.° 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.[162]

Por otro lado, el artículo 71 del Proyecto Modificatorio precisaba que el plazo para interponer el recurso de anulación correría 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 con relación a los recursos de corrección, aclaración, integración y exclusión sin que ellos resuelvan dichos pedidos, el Proyecto Modificatorio establecía que el plazo de quince días para demandar la nulidad se contaba a partir del vencimiento de los tres días. Es decir, aquí también se estaría aplicando una suerte de silencio negativo.[163]

Finalmente, en caso los árbitros hayan resuelto de oficio la corrección, aclaración, integración o exclusión, el plazo de quince días correría a partir de la notificación de la decisión, ya que en ese momento recién nos encontraríamos —en estricto— frente a un laudo.

---

162 El literal c) del inciso 2 del artículo primero de la referida Resolución Administrativa establece: «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 […]».

163 Al respecto, nos remitimos al punto 5.2.14. del presente capítulo.

5.2.18. 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	**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.

requisito para la interposición del recurso. En este mismo escrito se ofrecerán los medios probatorios pertinentes.	

El artículo 72 del Proyecto Modificatorio establecía los requisitos especiales de admisibilidad del recurso de anulación.

En efecto, se proponía 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;[164] 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 hacía la precisión de que sólo se podían *ofrecer documentos*, a diferencia del artículo 72 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje que establecía que se podían ofrecer *los medios probatorios pertinentes*, lo que implicaba que no necesariamente se debía 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 proponía 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 establecía que las partes podían pactar requisitos adicionales para garantizar el cumplimiento del

[164] Lo que comprende el primer, segundo y tercer requisitos del artículo 72 de la derogada Ley General de Arbitraje.

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 exigía una fianza a efectos de suspender la ejecución del laudo.[165] Se trata, evidentemente, de dos temas distintos. Exigir una fianza como requisito de admisibilidad, por más que el mismo se hubiere pactado, sería inconstitucional, porque pondría una traba para acceder a la justicia.

5.2.19. 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. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones	**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

165 Sobre este punto nos remitimos a los comentarios formulados en el punto 5.2.25. del presente capítulo.

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. Que se ha laudado sin las mayorías requeridas. 5. Que se ha expedido el laudo fuera del plazo siempre que la parte que invoque esta causal lo hubiera manifestado por	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 re-

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. 7. 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.	clamo 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 señalaba que en el artículo 73 del Proyecto Modificatorio se habían 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 precisaban los requisitos y alcances para que las causales puedan ser atendidas.

El inciso 1 del artículo 73 del Proyecto Modificatorio establecía expresamente una causal de anulación no prevista con anterioridad. Dicha causal estaba 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 derogada Ley General de Arbitraje sólo contemplaba 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 Modificatorio —palabras más, palabras menos— establecía lo mismo que el inciso 2 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje. Para la procedencia de esta causal de anulación, aquí también se requería que la misma hubiera sido objeto de reclamo oportuno y que dicho reclamo hubiese sido desestimado.

Por otro lado, se proponía añadir al inciso 3 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje que constituía causal de anulación el supuesto en el que *el desarrollo de las actuaciones arbitrales* no se haya 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 proceso 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.[166]

Luego, el inciso 4 del Proyecto Modificatorio contemplaba el supuesto regulado por el inciso 6 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje; pero a diferencia del inciso 6, el inciso 4 del Proyecto Modificatorio no distinguía entre materia sometida expresamente a la decisión de los árbitros y materia sometida implícitamente a la decisión de los árbitros.

Con relación al inciso 5 del Proyecto Modificatorio, debemos señalar que era 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 la nulidad del laudo porque en él se resuelven materias manifiestamente no arbitrables seguía 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 establecía expresamente que no procederá la anulación del laudo si

166 CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 291.

la causal que se invoca hubiese 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 laudo. Sólo si tales recursos no fueron suficientes para proteger los intereses de la parte, se podría demandar la anulación del laudo.

Como resulta evidente, este punto se relacionaba con lo regulado por el inciso 4 del referido Proyecto. En efecto, el inciso 4 establecía 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 Modificatorio. 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 Modificatorio se buscaba que la parte intente que el laudo sea subsanado por los propios árbitros antes de recurrir a su anulación, es decir, se buscaba no demorar —a través de tinterilladas— la ejecución del laudo.

5.2.20. 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	**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 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.	conveniente a su derecho y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.

Este artículo ampliaba el plazo de 5 a 15 días para que la parte que no interpuso el recurso de anulación expusiera lo conveniente a su derecho y ofreciera los medios probatorios necesarios.

Así como es compleja la revisión del expediente arbitral a fin de elaborar el respectivo recurso 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 con el plazo que se les concede, igualdad que no se respetaba en la hoy derogada Ley General de Arbitraje, pues que otorgaba un plazo de 10 días para interponer la demanda y de sólo 5 para contestarla.

Por otra parte, el demandado en el proceso de anulación del laudo sólo podía ofrecer documentos como medios probatorios, al igual que la parte demandante, tal como lo establecía el inciso 2 del artículo 72 del Proyecto Modificatorio.

En tal sentido, se eliminaba 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 hoy derogada Ley General de Arbitraje.

5.2.21. 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	**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

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.	prevista en el inciso 4 del artículo 73, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje de estarcontemplada 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 incisos de este artículo no reproducían el contenido del artículo 78 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, tampoco ha habido una variación sustancial en el mismo.

En efecto, el artículo 78 del Proyecto Modificatorio era más preciso y ordenado al ocuparse de las consecuencias de la anulación.

En el supuesto regulado por el inciso 1 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje, la materia que fue objeto del arbitraje podía ser demandada ante el Poder Judicial. Nótese que era una facultad de las partes el recurrir 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 de la derogada Ley General de Arbitraje se debía 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 a la composición del tribunal arbitral, las partes debían 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 ahora derogada Ley General de Arbitraje.

En cambio, si el laudo se anulaba en razón a 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 podía ser objeto de un nuevo arbitraje si así lo acordaban las partes en un nuevo convenio arbitral. De no celebrarse un nuevo convenio arbitral, la materia podía ser demandada judicialmente.

Por el contrario, si el laudo arbitral se anulaba porque la materia sobre la cual se pronunció no era susceptible de arbitraje, las partes sólo podían someter dicha controversia al Poder Judicial.

Finalmente, si el laudo se anulaba 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 podía solicitar un nuevo arbitraje. De no existir convenio arbitral vigente y no mediar acuerdo distinto de las partes, la controversia podía demandarse judicialmente.

La Comisión señalaba que con estos supuestos se pretendía dar a las partes bastante flexibilidad para que ellas puedan regular —en varias de las causales— los efectos de las mismas con base en el principio de autonomía privada.

Sin embargo, algo que llamaba la atención es que el Proyecto Modificatorio establecía que las partes se encontraban 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 brindaba mayores alcances sobre por qué se proponía otorgar esa facultad a las partes; sin embargo,

creemos que esta posibilidad que se brindaba a las partes se fundamentaba en el principio de autonomía privada, ya que ellas —luego de anulado un laudo— no estarían obligadas a reiniciar el proceso o a continuarlo.

Asimismo, recordemos que el arbitraje ostenta como uno de sus pilares fundamentales la confianza que las partes tengan con 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 brindaba a las partes se basaría —precisamente— en la confianza que habría generado en las propias 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 constituía un tema en extremo discutible.

Finalmente, el artículo 78 del Proyecto Modificatorio establecía que la anulación del laudo no perjudicaba los medios probatorios actuados en el proceso arbitral, por ello éstos podrían ser apreciados a discreción por los nuevos árbitros o, en su caso, por la autoridad judicial.

5.2.22. 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 incom-	**Artículo 79.- Medida cautelar en sede judicial** Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la instalación del tribunal arbitral no son

patibles 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.	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 Modificatorio se buscaba regular de manera más precisa y clara las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial.

En el primer párrafo del referido artículo se cambiaba 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 explicaba el porqué del cambio: sin embargo, consideramos que la Comisión había propuesto dicha modificación habida cuenta que hasta antes de la instalación del tribunal arbitral las partes sólo podían recurrir al juez a fin de solicitar alguna medida cautelar en razón de que su competencia deriva de la fuerza del Estado (jurisdicción ordinaria). No olvidemos que al tiempo del Proyecto Modificatorio no existía en el Perú la figura del árbitro de emergencia, la misma que ni siquiera fue introducida en la ley del 2008.

Recién con la instalación del tribunal arbitral dicho órgano asume competencia para resolver la controversia sometida a arbitraje.

En tal sentido, la jurisdicción del tribunal arbitral alcanza, obviamente, las cuestiones que fueron sometidas a su conocimiento y las que puedan considerarse accesorias de aquéllas tales como las medidas cautelares.

Al respecto, Caivano[167] 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 sería competente para conce-

167 CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, pp. 236-235.

der 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 Modificatorio, esa era la fecha de inicio del arbitraje.

Con ello, las partes no tendrían a quién 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, considerábamos adecuada la precisión efectuada en el primer párrafo del artículo 79.

Otro punto a destacar en el Proyecto Modificatorio era el que se hubiese mantenido la norma que establecía que la solicitud de una medida cautelar a la autoridad judicial no implicaba 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 Modificatorio contemplaba de forma más clara los supuestos regulados por el segundo y el tercer párrafo del artículo 79 de la derogada Ley General de Arbitraje.

De acuerdo a la modificación propuesta, el beneficiario de la medida cautelar tenía diez días para iniciar el arbitraje, es decir, para solicitar a su contraparte el sometimiento de sus controversias a arbitraje. Ahora bien, si el beneficiario no cumplía con la solicitud de arbitraje dentro de los diez días o, habiendo cumplido con dicho requisito, el tribunal arbitral no se instalaba dentro de los cuatro meses de ejecutada la medida cautelar, ésta caducaba de pleno derecho.

En cambio, con la redacción del artículo 79 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, el beneficiario de la medida cautelar tenía 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 ahora derogada Ley General de Arbitraje, si el beneficiario no cumplía 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 caducaba de pleno derecho.

El segundo supuesto consistía 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 caducaba de pleno derecho.

Sin embargo, la ahora derogada Ley General de Arbitraje no explicaba qué debía entenderse por gestionar el inicio del arbitraje.

En tal sentido, considerábamos adecuada la redacción propuesta para el segundo párrafo del artículo 79, ya que se dejaba 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 debía entenderse como *la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje,* es correcto que la Comisión hubiera eliminado el término *gestionar*.

Para concluir nuestros comentarios en torno al segundo párrafo propuesto, debemos decir que era acertado que se hubiera mantenido la caducidad, ya que ninguna de las partes debe abusar de la jurisdicción ordinaria para solicitar medidas cautelares si es que se pactó la 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 que se dicte una medida cautelar a su favor y no tuvo la diligencia (o el interés) de que el tribunal arbitral se instalara. Considerábamos que el mantener un plazo de cuatro meses para la caducidad del derecho resultaba acertado, ya que dicho plazo —a nuestro entender— era 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 establecía que sean de aplicación las disposiciones sobre el proceso cautelar del Código Procesal Civil.

Finalmente, a diferencia de lo dispuesto en la ahora derogada Ley General de Arbitraje, el Proyecto Modificatorio proponía incluir que una vez que se hubiera instalado el tribunal arbitral, cualquiera de las partes podía informar de esto al juez y solicitar que se remita a los árbitros el expediente cautelar en el estado en que se encuentre.

5.2.23. 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 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	**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

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.	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 derogada Ley General de Arbitraje señalaba que en cualquier momento del proceso los árbitros podían, a petición de parte, adoptar medidas cautelares para garantizar el resultado del proceso. Podían, además, exigir contracautela a quien solicitaba 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 establecía que frente a esta decisión arbitral no procedía ningún recurso.

Por su parte, el Proyecto Modificatorio, en su artículo 80, continuaba con la lógica de la ahora derogada Ley General de Arbitraje al

señalar que el tribunal arbitral podía dictar medidas cautelares a pedido de cualquiera de las partes, es decir, ninguna de las normas permitía que los árbitros adopten tales medidas de oficio.

Además, el Proyecto Modificatorio preveía, como sucedía en la ahora derogada Ley General de Arbitraje, 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 Modificatorio cambiaba la expresión *en cualquier estado del proceso* por la de *una vez instalado el tribunal arbitral,* es decir, la Comisión precisaba —con acierto— que la instalación del tribunal arbitral era el punto de quiebre para pedir y decidir medidas cautelares en vía judicial o arbitral.

En efecto, el artículo 81 de la ahora derogada 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 establecía que las medidas cautelares se solicitan al juez hasta antes de la *iniciación del arbitraje.*

Ahora bien, como ya hemos señalado en el punto 5.2.22. del presente capítulo, en virtud de las modificaciones que se proponían para el primer párrafo del artículo 33 del Proyecto Modificatorio, el artículo 79 también se debía haber modificado en el sentido de que las medidas cautelares se solicitan al juez hasta antes de la *instalación del tribunal arbitral.*[168]

Dentro de tal orden de ideas, consideramos adecuada la precisión que se proponía para el artículo 80 del Proyecto Modificatorio. En

[168] Sobre la conveniencia de las modificaciones propuestas para el artículo 79 remitimos al lector a los comentarios vertidos en el punto 5.2.22. del presente capítulo.

efecto, resultaba 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 Modificatorio establecía el procedimiento que el tribunal arbitral debía seguir al recibir una solicitud de medida cautelar. De esta manera, se señalaba que el tribunal arbitral tendría un plazo de cinco días para correr traslado de la solicitud a la otra parte; sin embargo, la norma albergaba la posibilidad de que el tribunal arbitral dictara la medida cautelar sin correr traslado de la misma, siempre y cuando la parte solicitante justifique la necesidad de tal proceder.

Tal como lo establecía la Exposición de Motivos, lo que se buscaba con dicha propuesta era 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 concedía expresamente la posibilidad de impugnar dicha decisión a través del recurso de reposición, a diferencia de lo establecido por la ahora derogada Ley General de Arbitraje, que establecía que contra lo resuelto no procedía recurso alguno.

El aporte más importante que planteaba el artículo 80 del Proyecto Modificatorio lo encontrábamos en su tercer párrafo. Aquí se establecía 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 implicaba 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 dejaba 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, correspondía 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 vinculaba 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 ahora derogada Ley General de Arbitraje— ya no establecía que, para la ejecución de las medidas, los árbitros podían 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 derogada Ley General de Arbitraje —al igual que el artículo 75 de la derogada Ley General de Arbitraje— generaron controversia acerca de las facultades de los árbitros para adoptar y ejecutar medidas cautelares.

Al respecto, Cantuarias y Aramburú[169] 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

169 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 353.

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 ladebida 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, parecía ser la de evitar cualquier tipo de injerencia en el arbitraje por parte del Poder Judicial. En tal sentido, optaba por eliminar la posibilidad de los árbitros de solicitar el auxilio del juez en lo relacionado con la ejecución del laudo.

Nosotros consideramos que resultaba peligroso que los árbitros también tuvieran la facultad de ejecutar las medidas cautelares, ya que ello implicaría —en algunos casos— que terceros ajenos al proceso arbitral (dado que no suscribieron el convenio arbitral) se puedan ver afectados por la decisión adoptada por los árbitros.

Hay que tener en cuenta que los jueces tienen no sólo la facultad de conocer y resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción, sino también la de hacer cumplir forzadamente 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,[170] 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, considerábamos 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 forzosa y —por tanto— con el auxilio de la fuerza pública.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar que causaba cierta extrañeza el que se hubiese regulado la medida cautelar en sede arbitral en el artículo 80 del Proyecto Modificatorio y no en el artículo 81, siguiendo la numeración que tenía dicho tema en la ahora derogada Ley General de Arbitraje.

Consideramos que ello debía 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 era el artículo 81, ya que la

170 CAIVANO, Roque J. *Arbitraje. Op. cit.*, p. 235.

Disposición Derogatoria del Proyecto Modificatorio[171] no incluía al artículo 80 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, precepto que establecía: «*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 derogada Ley General de Arbitraje, no presentaba problema alguno en la práctica, ya que simplemente reconocía que los árbitros serían los encargados de regular todo lo relacionado con el contrato de depósito de un bien que es objeto de conflicto ante los propios árbitros.

5.2.24. 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	**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.

[171] La Disposición Derogatoria del Proyecto establecía lo siguiente:
«Disposición Derogatoria.- Derogar los artículos 55, 56 y 86 de la Ley General de Arbitraje n.º 26572».

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.	

En primer lugar, debemos señalar que llamaba la atención que el artículo 82 del Proyecto Modificatorio tratase sobre el *cumplimiento del laudo* y no sobre la *medida cautelar estando pendiente el recurso de anulación o el recurso de apelación,* materia que estaba regulada en el artículo 82 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje.[172]

Teniendo en cuenta que el artículo 82 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje no era uno de los artículos que el Proyecto Modificatorio proponía derogar,[173] creemos que aquí también se presentaba un error de digitación, dada la importancia del artículo 82 de la referida ley.

Ahora bien, efectuada dicha precisión debemos señalar que el artículo 82 del Proyecto Modificatorio estaría variando —aunque la Exposición de Motivos no se pronunciaba al respecto— el artículo 83 de la derogada Ley General de Arbitraje.

---

172 «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».

173 Véase el punto 5.2.38. del presente capítulo.

En primer lugar, a diferencia del primer párrafo del artículo 83 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, en el Proyecto Modificatorio ya no se señalaba: «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, considerábamos que el artículo 82 del Proyecto Modificatorio no debió eliminar el primer párrafo del artículo 83 de la derogada Ley General de Arbitraje.

Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 83 establecía 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 Modificatorio se indicaba que el pedido de ejecución (entendemos que forzosa, a pesar de que en la propuesta no se señalaba 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 era que se establecía 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.[174]

Al respecto, la Exposición de Motivos únicamente señalaba que el artículo 82 del Proyecto Modificatorio contemplaba un plazo supletorio para el cumplimiento del laudo luego de notificado.

---

174 Con relación al artículo 84 del Proyecto Modificatorio, nos remitimos al punto 5.2.26. del presente capítulo.

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 contemplaba.

5.2.25. 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,[175] 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 interesada en que el laudo sea anulado deberá cumplir ciertos requisitos formales de admisibilidad, previstos en el artículo 72 del Proyecto Modificatorio.[176]

En efecto, dicho artículo proponía 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 Modificatorio no incluía 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 Modificatorio, pero ya no como un requisito de admisibilidad del recurso de anulación, sino como una *garantía de cumplimiento*.

Según la Exposición de Motivos, en el artículo 83 había un cambio sustancial en los efectos del laudo. A diferencia de la regulación que se modificaba, el recurso de anulación no suspendía el cumplimiento o la

175 CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. *Op. cit.*, p. 289.
176 Nos remitimos a lo expresado en el punto 2.18. del presente capítulo.

ejecución del laudo. Sólo se producía la suspensión cuando se cumplía con el requisito de garantía acordado por las partes o cuando se cumplía con la garantía establecida en el artículo 83 del Proyecto Modificatorio.

Así, en el primer párrafo del referido artículo 83 se proponía 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 ellas se sometieron.

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 podía 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 establecía que en el supuesto en que el recurso de anulación fuese desestimado, la Sala debía entregar a la parte vencedora el certificado de consignación o el título de ejecución de la garantía. En caso contrario, debía 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 debían 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 de que los árbitros no determinasen un monto, la parte que deseara interponer el recurso podía 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.

5.2.26. 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	**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,

del obligado, con las facultades que [a] aquéllos o a ésta se le hubiesen otorgado en el convenio.	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 cumplía 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 Modificatorio, los árbitros estaban facultados para ejecutar el laudo. Ahora bien, esta facultad sólo podía 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 considerábamos 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 decía algo al respecto. En ella sólo se señalaba que el artículo 84 supeditaba la ejecución arbitral siempre a la voluntad de las partes y también a la discrecionalidad de los árbitros.

En tal sentido, considerábamos que debía 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 hacía referencia la Exposición de Motivos) tiene límites.

Cuando examinamos el artículo 80 del Proyecto Modificatorio[177] expresamos nuestra preocupación en torno a los alcances de las facultades de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares.[178]

En la misma línea, considerábamos que resultaría peligroso que los árbitros también tuvieran 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 forzadamente 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.

---

177 Nos remitimos al punto 5.2.23. del presente capítulo.

178 El artículo 80 del Proyecto Modificatorio —a diferencia del artículo 81 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje— no contemplaba la posibilidad de que los árbitros puedan solicitar el auxilio del juez a fin de poder ejecutar las medidas cautelares.

Por ello, el artículo 84 del Proyecto Modificatorio precisaba 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.

Si bien consideramos que la lógica seguida por la Comisión era correcta, creíamos conveniente que la abstención —en los casos en que se requiera el auxilio de la fuerza pública— no fuese sólo una posibilidad para los árbitros, sino una obligación, es decir, considerábamos que la redacción del referido extremo del artículo 84 debía 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 efectiva, 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 propuesta en ningún momento establecía 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 Modificatorio se desprendía 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, considerábamos que el referido artículo 84 debía 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.

5.2.27. Ejecución judicial

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
	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.

Sobre el artículo 85 del Proyecto Modificatorio, sólo era preciso anotar que la ejecución del laudo podía 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 Modificatorio establecía 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 lo impugnó 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 Modificatorio establecía que la parte interesada podía 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 establecía que el juez procedería 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 precisaba —de manera acertada— que los jueces no podían admitir recursos cuyo objeto sea dilatar la ejecución del laudo.

5.2.28. 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 ahora derogada Ley General de Arbitraje establecía qué artículos sobre arbitraje nacional eran de aplicación *supletoria* al arbitraje internacional.

Por su parte, el artículo 89 del Proyecto Modificatorio enumeraba 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 establecía que los referidos artículos se aplicaban imperativamente al arbitraje internacional, dada la importancia de los temas que regulan, y sobre los cuales ya hemos formulado comentarios.

5.2.29. Designación de árbitros por defecto

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
Artículo 103.- Designación de árbitros por el juez	**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 102, que adopte la medida necesaria, a menos que en el convenio sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios paraconseguirlo.	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	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

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.	cuenta así mismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las de las partes.

El artículo 103 del Proyecto Modificatorio proponía eliminar el segundo párrafo del artículo 103 de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, el cual contemplaba que las partes podían 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 encontraba el artículo 103 bajo comentario) contenían cambios que simplemente se adaptaban a las modificaciones introducidas en la parte de arbitraje nacional.

Estábamos de acuerdo con este proceder.

5.2.30. 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 31, 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 31, 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 Modificatorio, siguiendo la línea de la no intervención de los jueces en el procedimiento arbitral, otorgaba 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 Modificatorio— a la institución arbitral que las partes señalasen, 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 tenían como finalidad adaptar el artículo 105 a las modificaciones introducidas en la parte de arbitraje nacional de la ley.

5.2.31. 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	**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

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.	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 presentaba este artículo eran 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 aplicable lo dispuesto en el sexto párrafo del proyectado artículo 39.

Estábamos de acuerdo con la referencia al artículo 39 del Proyecto Modificatorio (en el cual se reforzaba las potestades de los tribunales arbitrales). En tal sentido, nos remitimos a lo ya expresado en el punto 5.2.12. del presente acápite.

5.2.32. 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. El plazo para solicitar la corrección, inter-	**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.

pretación o aclaración o para que los árbitros actúen de oficio, será de veinte (20) días. 2. El 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.	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. El 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 adaptaba al arbitraje internacional las modificaciones propuestas para el artículo 54 sobre arbitraje nacional.

Así, se incluía 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 otorgaba 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 modificaba el plazo establecido en el inciso 3 (resolución de oficio de los pedidos de corrección, integración, aclaración y exclusión), de veinte a quince días.

5.2.33. 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 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. 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	**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 losdocumentos 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 opor-

adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de anulación.	tunidad de reanudar las actúaciones 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 ahora derogada Ley General de Arbitraje señalaba que el plazo para la interposición del recurso de anulación era de quince días contados a partir de la fecha de recepción del laudo, o si la petición se había hecho con arreglo a lo establecido en el artículo 122 (que se refería a la corrección, integración y aclaración del laudo), desde la fecha en que dicha petición había sido resuelta por el tribunal arbitral.

Por su parte, el artículo 124 del Proyecto Modificatorio amplió el referido plazo a treinta días contados desde la fecha de notificación del laudo, o a partir de las decisiones a las que se refería 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 presentaba la propuesta era que, a diferencia de la ahora derogada Ley General de Arbitraje, ella señalaba un plazo de quince días para que los árbitros remitan el expediente, plazo que no se encontraba establecido en la citada ley.

Finalmente, en el Proyecto Modificatorio se extendía —a seis meses— el plazo que tenían los jueces para suspender las actuaciones, si correspondiera y si así lo hubiera solicitado una de las partes, cuando la derogada Ley General de Arbitraje sólo preveía para este caso un plazo de treinta días.

5.2.34. Primera Disposición Transitoria

Ley Generalde 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.º 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.º 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 establecía las reglas para iniciar un arbitraje que se aplicarían a los convenios arbitrales celebrados antes de la vigencia de la ley que se proponía aprobar y que no estipulen expresamente la clase de arbitraje de que se trata.

Si bien la citada norma no resultaba —en estricto— necesaria, pues su contenido era fácilmente deducible del análisis de las normas vigentes en cada momento, ella sí resultaba 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 hacía 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.

5.2.35. 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 so-

	bre la que versen, serán conocidas por éstos, según corresponda.

Esta norma obedecía a dos razones principales. En primer lugar, descongestionar las salas civiles, por ello, mediante Resolución Administrativa n.° 006-2004-SP-CS, de fecha 30 de septiembre de 2004, fueron creadas 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, anteriormente, los recursos de apelación de laudos arbitrales referidos a las materias comerciales.[179]

5.2.36. Primera 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.

179 Literal c) del inciso 2 del artículo primero de la Resolución Administrativa n.º 006-2004-SP-CS.

En esta disposición se establecía que las instituciones arbitrales podían celebrar convenios de cooperación con instituciones públicas y privadas, con el fin de facilitar la ejecución de medidas cautelares o de los laudos.

Considerábamos, no sin vacilar sobre el tema, que esta norma coadyuvaría a que los árbitros pudieran ejercer con eficiencia las facultades que se les otorgue a fin de llevar a cabo la ejecución de sus resoluciones y laudos.

5.2.37. Segunda Disposición Complementaria

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
	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 aclaraba que cuando la ley que se proponía aprobar se refería a las cámaras de comercio estaba haciendo alusión a las cámaras de comercio nacionales que se encuentran en cada departamento del Perú.

5.2.38. Disposición Derogatoria

Ley General de Arbitraje	Proyecto Modificatorio
	Disposición Derogatoria Derogar los artículos 55, 56 y 86 de la Ley General de Arbitraje n.º 26572.

Se establecía en esta disposición que se derogan los artículos 55, 56 y 86 de la Ley n.° 26572, anterior Ley General de Arbitraje. Las normas que se dejaba sin efecto se referían 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.

CAPÍTULO VI
EL ARBITRAJE DEL ESTADO PERUANO[180]

6.1. INTRODUCCIÓN

Tal como hemos indicado previamente, a través del artículo 41 de la antigua Ley n.° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, del año 1998,[181] se estableció (por primera vez) como una de las cláusulas obligatorias en los contratos que regula, la de solución de controversias, estableciendo que «cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes». Dicha disposición revolucionó la administración de justicia en nuestro país.

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo n.° 012-2001-PCM, Decreto Supremo n.° 013-2001-PCM, Decreto Supremo n.° 083-2004-PCM, Decreto Supremo 084-2004-PCM,Decreto Legislativo n.° 1017 y Decreto Supremo n.° 184-2008-EF, Ley n.° 30225, Decreto Supremo n.° 350-2015-EF, Decreto Supremo n.° 344-2018-EF, Ley n.°

---

180 El presente acápite tiene como base el artículo titulado «El arbitraje del Estado peruano» elaborado por Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya (CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «El arbitraje del Estado peruano». En *Ius Et Veritas*, 2011, vol. 21, n.° 43, pp. 140-149).

181 Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento (29 de septiembre de 1998), Decreto Supremo n.° 039-98- PCM, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley.
Antes de dicha Ley, teníamos el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (Rulcop) y el Reglamento Único de Adquisiciones (RUA), los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.
Incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al arbitraje, ya que sólo los primeros podían ser sometidos a arbitraje. Al respecto, ver: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus*. Lima, 2002, n.° 7, pp. 180 y 181.

32069 y el Decreto Supremo n.° 009-2025-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

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

Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema.[182]

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

Por su parte, el artículo 4 del Decreto Legislativo n.° 1071, que regula el Arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), establece lo siguiente:

> **Artículo 4.- Arbitraje del Estado peruano**
>
> 1. Para los efectos de este Decreto Legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el GobiernoNacional, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresasestatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que

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

ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorizacióndel Estado.

2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.

3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadasde los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.

4. El Estado puede también sometera arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjerosno domiciliados en el país.

5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive conextranjeros domiciliados en el país.

El citado precepto tiene sus antecedentesinmediatos en los artículos 2 y 92 de la derogada Ley n.° 26572 - Ley General de Arbitraje.

Como se recuerda, el artículo 2 de la derogada Ley General de Arbitraje regulaba también lo relativo al arbitraje del Estado, estableciendo lo siguiente:[183]

183 Cabe señalar que este texto fue modificado por el artículo único de la Ley n.º 26742, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 11 de enero de 1997.
El texto original del artículo 2 de la derogada Ley de Arbitraje era el siguiente:
«Artículo 2.- Arbitraje del Estado
Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros domiciliados, así como las que se refieren a sus bienes. Para los efectos de este Artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias. Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional».

Artículo 2.- Arbitraje del Estado

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

Asimismo, el artículo 92 de esa norma, señalaba losiguiente:

Artículo 92.- Arbitraje del Estado

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

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

Para los efectos de este artículo, el Estado peruanocomprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionalesy Locales y sus respectivas dependencias.

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

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

Tanto el artículo 2 como el artículo 92 de la derogada Ley General de Arbitraje iban dela mano con lo establecido por el artículo 63 de la Constitución Política que contempla la posibilidad de que el Estado y las demás personas de derecho público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Precisamente, ese será el primer punto a abordar en el presente capítulo.

6.2. MARCO CONSTITUCIONAL

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

Así, el último párrafo del artículo 63 establece:

> **Artículo 63.- […]**
>
> El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversiasderivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratadosen vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

El precepto es bastante claro y no merece mayor desarrollo; sin embargo, es necesario señalar que si bien es cierto que se puede someter a arbitraje con el Estado asuntos derivados de contratos, existen situaciones en que el arbitraje no se origina en una relación jurídica contractual, sino en las normas, a saber: el arbitraje que surge en un proceso de expropiación (esto anteriormente estaba regulado a través de la Ley n.° 27117 - Ley General de Expropiaciones y actualmente se encuentra regulado en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 1192, Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de Adquisición y Expropiación de inmuebles, transferencia de inmuebles de propiedad del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 015-2020-VIVIENDA)

y el arbitraje relativo a la ejecución de sentencias de tribunales internacionales que disponen indemnizaciones (contenido en la Ley n.° 27775 - Ley que Regula el Procedimiento de Ejecución de Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales).

Por otra parte, en una lectura sistemática de la propia Constitución resulta importante citar el artículo 62, el cual señala lo siguiente:

> **Artículo 62.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.
>
> Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. […]

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

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

Jorge Santistevan de Noriega[184] abordaba este tema señalando cinco reglas de la Ley de Arbitraje que habilitan a las entidades del Estado a someterse a aquél, a saber:

a) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) aplicable al arbitraje con el Estado: los contratos, la ley y los convenios o acuerdos internacionales.

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

b) Regla especial sobre coherencia y actos propios aplicables al Estado: la inevitabilidad de los efectos de un convenio arbitral válido.

c) Arbitrabilidad objetiva (*ratione materiae*) entre entidades del Estado: los contratos o convenios celebrados entre ellas.

d) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?

e) Arbitrabilidad subjetiva (*ratione personae*) del Estado y arbitraje nacional e internacional.

En la primera y en la segunda regla el citado autor desarrollaba (refiriéndose, obviamente, a normas que ya no están vigentes, pero que mantienen esos principios de manera invariable) los temas que hoy en día se hallan contenidos en el artículo 2, incisos 1 y 2, de la actual Ley de Arbitraje.[185] Las siguientes tres reglas son las que contienen los incisos 1, 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de la ley.

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

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

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

Sobre el particular, García-Calderón[186] indica que se trata de asuntos en los que interviene el Estado en forma directa (llámese Gobierno central, gobiernos regionales o gobiernos locales) o por medio de una empresa estatal (empresas estatales de derecho público, mixto o privado), en la medida que no actúen con *ius imperium*, sino con *ius gestionis*.

El rechazo a que se arbitren materias referentes al Estado (*ius imperium*) es natural, ya que el arbitraje se aplica al derecho privado (*ius gestionis*) y no al público; es por ello que sólo seaplicará en los casos en que el Estado actúe como sujeto dederecho privado.[187]

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

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

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

---

186 GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami, 2004, p. 88.
187 *Idem*, p. 89.

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

El inciso 4 contempla la posibilidad de que el Estado también pueda someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

Es decir, no se hace ninguna distinción a estos efectos para el sometimiento a arbitraje de las entidades estatales con nacionales o extranjeros no domiciliados en el Perú para el caso del arbitraje internacional. Esta disposición sigue la tendencia de una ley monista, ya que da una regulación uniforme tanto al arbitraje nacional como al arbitraje internacional en el caso de que una o ambas partes sean el Estado peruano o sus dependencias.

Finalmente, en el inciso 5 se menciona que, en caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, incluso con extranjeros domiciliados en el Perú, esto en razón a las características que tienen las actividades financieras cuando en muchos casos las entidades estatales deben renunciar a seguir un arbitraje dentro del país, seguramente por las cláusulas arbitrales contempladas en estos contratos (que, de hecho, no serán los únicos que celebren dichas entidades o el mismo Estado peruano en su conjunto con terceros) en donde se establezca que la sede del tribunal no estará en el Perú o que no se tratará de un arbitraje nacional.

6.4. EL ARBITRAJE EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS

La Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y sus normas modificatorias, inmediata anterior norma que rigió la materia,[188] establecía que los contratos regulados por dicha norma incluirán, necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas, entre otras, a la solución de controversias.

En efecto, el referido artículo 32 establecía lo siguiente:

> **Artículo 32.- Contrato**
>
> 32.1. El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.
>
> 32.2. En los contratos de obra deben identificarse y asignarse los riesgos previsibles de ocurrir durante su ejecución, según el análisis realizado en la planificación. Dicho análisis forma parte del expediente técnico y se realizará conforme a las directivas que se emitan para tal efecto, según los criterios establecidos en el reglamento.

188 La Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 11 de julio de 2014. Dicha norma en el transcurso del tiempo tendría varias modificatorias, las cuales fueron organizadas y publicadas a través del Texto Único Ordenado de la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo n.° 082-2019-EF, el cual fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 13 de marzo de 2019. Otro antecedente normativo se encuentra contenido en el Decreto Legislativo n.º 1017, el cual fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el 4 de junio de 2008 y entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, de conformidad con el artículo 1 del Decreto de Urgencia n.º 14-2009, publicado el 31 de enero de 2009. Dicho artículo establecía lo siguiente: «El Decreto Legislativo n.° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.° 184-2008-EF, y el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, cuyo texto fue aprobado por el Decreto Supremo n.° 006-2009-EF, entrarán en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009 […]».

> 32.3. *Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a*: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) *Solución de controversias* y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento.
>
> […]. (El resaltado es nuestro).

Actualmente, la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.º 32069, establece las siguientes cláusulas obligatorias en los contratos regulados por la citada ley:

> **Artículo 60.- Cláusulas obligatorias en contratos**
>
> Los contratos regulados por la presente ley incluyen obligatoriamente, y bajo responsabilidad, como mínimo, las siguientes cláusulas:
>
> a. Garantías.
>
> b. Cláusula anticorrupción y antisoborno.
>
> c. Solución de controversias.
>
> d. Resolución de contrato por incumplimiento.
>
> e. Gestión de riesgos.

En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia es que se trataría de un arbitraje obligatorio[189] cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes.

---

189 Cabe señalar que el Decreto Ley n.º 25935, antigua Ley de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral; sin embargo, la anterior Ley n.º 26572 - Ley de Arbitraje, no dio continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado. KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». En *Themis*, 1999, n.º 39, p. 217.

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

Es voluntario cuando son las partes en conflicto, actual o potencial, las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuanto de su sentido de equidad. En cambio, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje.[190]

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

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

Como bien señala García-Calderón,[191] esta autonomía de la voluntad estaba mencionada en la hoy derogada Ley General de Arbitraje[192] y lo estuvo también en el Código Civil de 1984 y fue así históricamente

---

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

191 GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Ius et Praxis*, 2001, n.° 32, p. 143.

192 García-Calderón hace referencia a la Ley n.° 26572, ley vigente al momento de la redacción del referido artículo; sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje.

desde sus orígenes en el Perú, es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo ésta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

A entender de Baca,[193] el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente, es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial (salvo los tasados supuestos del recurso de anulación contra los laudos), pues ello sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.[194]

Por el contrario, en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes,servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria.[195]

---

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

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

195 Sobre el particular, Donayre se cuestiona por qué el arbitraje es obligatorio en el Perú, si en el resto de países de América Latina es facultativo. Así, cita textualmente las cláusulas arbitrales de las leyes de contrataciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Argentina, Bolivia y Nicaragua, en donde el arbitraje sobre temas de contratación pública es potestativo o voluntario, como propone el referido autor para el caso del Perú.
A entender de Donayre, nada pasa si el arbitraje en obras públicas es optativo y voluntario, como es la filosofía de un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se va a caer el sistema jurídico peruano si es que la Ley de Contrataciones opta por el arbitraje *no obligatorio*, por voluntad de las partes (cada entidad, cada contratista, cada contrato). DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. «Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas». En *ADR Resources. Arbitraje y Mediación*, 2006; p. 9. http://www.aryme.com/ getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32

Sobre este tema, Kundmüller[196] nos dice que en el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado, las vías de arbitraje y conciliación han quedado establecidas legalmente como necesarias para la solución de controversias sobrevinientes en la etapa de ejecución de los contratos, sustituyendo o excluyendo a las vías administrativa y judicial.

Al respecto, Arrarte y Paniagua[197] se cuestionan por qué en nuestro ordenamiento jurídico se ha establecido con carácter obligatorio que las controversias derivadas de la ejecución de contratos con el Estado sean resueltas a través de un arbitraje, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales, vía originaria prevista en la Constitución Política del Perú.

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

Por su parte, Trayter[198] afirma que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros.

Así, para Arrarte y Paniagua,[199] lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable en donde no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial. Esto ocurre en tanto, de manera expresa, se ha excluido dicha opción. Consecuentemente, en oposición a lo que ocurre en cualquier convenio arbitral, si alguna de las partes, sea el Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, éste debe decla-

196 KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius Et Praxis*, 2003, n.º 34, p. 72.
197 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 181.
198 *Ibidem*.
199 *Ídem,* pp. 185 y 186.

rarse incompetente, incluso de oficio, para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado. Respecto de ello no cabe la posibilidad de que, como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.

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

En efecto, a entender de Cueva,[200] si bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado incluye o, mejor dicho, debe incluir un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el cual es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley de Contrataciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje como la forma de resolver las controversias con sus proveedores.

Sobre el particular, Santistevan de Noriega[201] se resiste al concepto de arbitraje obligatorio y prefiere admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación bajo la fórmula de que el Estado (en la contratación regida por los términos de la Ley de Contrataciones del Estado), en realidad, extiende una oferta general de arbitraje que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que se adhiere.

---

200 CUEVA MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Cathedra*, 2001, n.° 8, p. 203.

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

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

Al respecto, Kundmüller[202] señala que es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado la existencia de esta cláusula obligatoria. De ahí que todo aquel que contrate o que tenga intención de contratar con el Estado y sea un mínimo diligente sabe de la preexistencia de dicha cláusula obligatoria y está en libertad de participar o no en los procedimientos de contratación.

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

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

Por otro lado, encontramos a Cantuarias,[203] quien nos dice que el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones del Estado[204] no tiene

---

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

203 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». *Op. cit.,* p. 182.

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

nada de obligatorio, ya que el Estado, al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios, está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje.

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

Finalmente, García-Calderón[205] sostiene que esta obligatoriedad del arbitraje es una figura atípica, ya que se trata de una obligación para el Estado (empresas del Estado de derecho público o privado, sean gobiernos locales, gobiernos regionales o Gobierno central), quien debe, obligatoriamente, al convocar a una licitación pública, establecer que en el contrato futuro se consignará una cláusula arbitral. Debido a ello, todo aquel que contrate con el Estado deberá aceptar dicha condición, en la medida en que quiera celebrar un contrato con las entidades mencionadas.

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

Así, García Calderón señala que esta sutil diferencia jurídica es de suma importancia, ya que la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando éste no lo desea. Si la ley dijese, por ejemplo, que en todos los casos en materia de arrendamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial, entonces sí se trataría de una imposición forzosa

---

205 GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». *Op. cit.,* p. 144.

o legal (no voluntaria), y vulneraría la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero en el artículo bajo comentario nadie está obligado a contratar con el Estado.

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

Otro aspecto importante a destacar es que, anteriormente, se disponía la inclusión de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral en caso las partes no la hayan establecido. Así, el artículo 216 del Decreto Supremo n.° 184-2008-EF, antiguo Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establecía que si el contrato no incorporaba un convenio arbitral, se consideraba incorporado de pleno derecho un texto que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuya cláusula arbitral tipo era la siguiente:

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

Similar precepto normativo se encontraba en uno de los reglamentos (Decreto Supremo n.º 350-2015-EF) de la anterior Ley de Contrataciones del Estado (Ley n.º 30225):

> **Artículo 195.- De la organización y administración de arbitrajes a cargo del SNA- OSCE**
>
> […]
>
> Si en los contratos señalados en el presente numeral no se ha incorporado una cláusula arbitral, se considera incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje, bajo el reglamento arbitral previsto en el párrafo precedente:
>
> «Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento especial».

Al respecto, García-Calderón[206] tiene un criterio muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio arbitral no consta en el contrato que han suscrito la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el reglamento contemple su incorporación de pleno derecho.

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

---

206 *Ibidem*.

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

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

Como bien señala Kundmüller,[207] la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública podría estar justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad; sin embargo, es necesario que las partes involucradas conozcan cabalmente que dicha *obligatoriedad* existe y cuáles son sus consecuencias respecto del arbitraje, en especial en lo relativo a las atribuciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución administradora y en caso el contrato no incorporase un convenio arbitral.

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

---

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

Asimismo, cabe resaltar que el arbitraje del Estado no sólo ha tenido y tiene un respaldo legal, sino también constitucional, dado que nuestra Constitución contempla la posibilidad de que el Estado y las demás personas de derecho público sometan a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Ello en la medida que, como sabemos, el Estado puede intervenir en relaciones contractuales en forma directa (Gobierno central, gobiernos regionales o gobiernos locales) o por medio de una empresa estatal y siempre que no actúe con *ius imperium*, sino con *ius gestionis*.

Finalmente, cabe precisar que tanto el anterior Reglamento de la Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones Públicas, aprobado por Decreto Supremo n.° 344-2018-EF, como la Ley n.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo n.° 009-2025-EF, no prevén la inclusión de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral en caso las partes no la hayan establecido.

Segunda sección

Los enemigos del arbitraje

CAPÍTULO I
EL ESTADO PERUANO ¿EL OCASO DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ?[208]

Voy a exponer las razones por las cuales desde hace ya hace algún tiempo, nos encontramos frente a un acelerado ocaso del arbitraje en el Perú. Este análisis se divide en dos partes. Una primera en la que analizo cuáles son las razones que explicarían el ocaso del arbitraje en el Perú (sobre todo en materia de contratación pública), y que tienen al Estado como principal (pero no único) protagonista; y una segunda parte en la que explico por qué el propio medio arbitral en muchos casos envilece el ejercicio de tan noble función y desmerece tan importante mecanismo de solución de controversias.

PRIMERA PARTE
EL ESTADO COMO PRINCIPAL (PERO NO ÚNICO) PROTAGONISTA

1. EL CUESTIONAMIENTO DEL FONDO DE LAS DECISIONES CON BASE EN PREJUICIOS

El proceso arbitral debe ser ganado por quien tiene la razón y así lo demuestre en el arbitraje.

En mis conferencias de los últimos años he mencionado un ejemplo ilustrativo al respecto. Se trata del arbitraje promovido por el Diablo contra las Hermanitas de la Caridad.

---

[208] El presente acápite se basa en un artículo inédito elaborado por Mario Castillo Freyre en junio de 2023.

Resulta que eres designado árbitro único por el Centro de Arbitraje correspondiente. Aceptas el nombramiento. Te llama la atención la identidad del colorado litigante, muy ordenado en su defensa, por cierto, asesorado de los mejores abogados, contando con los mejores peritos.

En cambio, las Hermanitas de la Caridad también llaman la atención porque sólo cuentan con la asesoría de un abogado, además, inexperto en esta materia.

Resulta que el material probatorio es, en cantidad y contundencia, abrumador a favor del Diablo, a diferencia de las débiles pruebas de las Hermanitas de la Caridad y de la mal articulada defensa de su bisoño abogado.

Los testigos ofrecidos por el Diablo estuvieron estupendos, en tanto las Hermanitas de la Caridad no ofrecieron ninguno y cuando el abogado de éstas preguntó a los testigos del Diablo, hubiera sido mejor que no lo hiciera, pues se lucieron.

En fin, terminó la etapa probatoria y el árbitro fija el plazo para laudar. Cuando termina de estudiar todo el expediente, va llegando a la conclusión de que el Diablo ha probado hasta el último sol reclamado en todas sus millonarias pretensiones.

En este estado de cosas, el árbitro se pregunta: «Pero ¿cómo, yo, que soy católico, le voy a dar la razón al Diablo? Mejor se la doy a las Hermanitas de la Caridad, porque ellas son buenas y el Diablo, no». En este momento, si el árbitro realmente pensara así, pues tendría que renunciar de inmediato a su cargo, por más de que ya esté corriendo el plazo para laudar; y, ¿saben por qué? Por el simple hecho de que esa persona no está calificada para ser árbitro, porque no entiende cuál es la misión de un árbitro, que no es otra que la de resolver un conflicto entre dos partes y hacerlo de acuerdo a derecho.

Si el árbitro quisiera o estuviera tentado de resolver con base en otro tipo de consideraciones como, por ejemplo, algunas de orden afectivo, entonces mejor que renuncie de inmediato.

La labor de árbitro conlleva el darle la razón a quien la tenga, aunque se pueda sentir moralmente solidario con la otra parte. Por lo demás, si existiera esta vinculación afectiva con una de las partes, el profesional designado como árbitro nunca debería haber aceptado el cargo. Y si tal vinculación se hubiese producido a lo largo del proceso, pues debería renunciar de inmediato.

Entonces, en el caso del ejemplo ¿a favor de quién debería resolver ese árbitro, si permanece en el cargo hasta el final? La respuesta es obvia: a favor del demandante de color rojo, con larga cola y orejas puntiagudas.

Y el árbitro no debe tener miedo de hacerlo. Y la sociedad, así como los poderes del Estado, debería respetar aquello que resuelva el árbitro.

La sociedad y sus autoridades no deben tratar a ese árbitro con prejuicio y presumir que falló a favor del Diablo, porque éste —de seguro— empleó malas artes o porque recurrió a sobornar al árbitro.

Si la sociedad, sus autoridades y la prensa van a satanizar a ese árbitro, entonces, esa sociedad por qué permite que el Diablo pueda recurrir a arbitraje para resolver sus controversias. Es más, podríamos preguntar por qué el Estado prevé arbitraje obligatorio para gente como ésa.

El cuestionamiento de las calidades profesionales, personales y morales de un árbitro por haber fallado a favor de alguien que no es querido o bien visto en la sociedad resulta absolutamente injusto y contrario a sus derechos constitucionales.

2. EL RECUENTO DE LA HISTORIA CON BASE EN ELEMENTOS NUEVOS

Y ¿qué pasaría si el arbitraje se plantea entre el Caballo Pepito y la Gata Jacinta?

Pues, de seguro, cuando alguna de las partes nombre a alguien como árbitro, esa persona procederá a aceptar de inmediato, pues no tiene impedimento alguno para hacerlo. Total, no conoce ni al Caballo Pepito ni a la Gata Jacinta.

En este caso, el arbitraje se desarrolla con normalidad y el laudo, emitido por unanimidad por un tribunal arbitral colegiado, falla a favor del Caballo Pepito.

Todo tranquilo y en paz.

Pero resulta que años más tarde te enteras por los medios de comunicación que el Caballo Pepito, en realidad, no era un caballo, sino el más feroz de los cocodrilos que se disfrazaba de caballo.

Se fregó todo.

Tu nombre empezará a aparecer en la prensa y también tu foto, junto con el resultado del arbitraje cuyo tribunal integraste. Y serás señalado de ahí en adelante como uno de los árbitros venales que le dieron la razón al más malo de los cocodrilos.

Probablemente, a ti no te hubiera gustado integrar un tribunal arbitral que dirima una controversia de ese cocodrilo, pero cuando aceptaste ser árbitro, ejerciste el cargo y laudaste, tú no sabías que se trataba de un cocodrilo, creías que era el Caballo Pepito. Una pena, pero igual se te acusará de corrupto y te meterían preso.

¡¡¡Linda sociedad moralizadora, la peruana!!! ¡¡¡Lindas autoridades las de nuestro país!!!

3. TODOS Y TÚ TAMBIÉN

Por otro lado, resulta que años más tarde de integrar otro tribunal que conoció el arbitraje entre la Vaca Loca y el Toro Bravo, y haber laudado a favor de Toro Bravo, te enteras por la prensa de que el Toro Bravo solía coimear en sus arbitrajes a cuanto árbitro podía coimear.

Tú, naturalmente, no eres un árbitro coimero. Actuaste de acuerdo a derecho y emitiste un voto en discordia a favor de la Vaca Loca, quien perdió el proceso por una mayoría que votó a favor de Toro Bravo.

Pero eso no importa. Igual tu nombre y tu foto saldrán en los diarios y en la televisión. Al fin y al cabo, tú integraste ese tribunal e igual te denunciarán penalmente, pues a muchas autoridades y a la prensa poco les importa la honra de las personas. Se trata para ellos de una materia que presumen inexistente en la sociedad.

Y ni qué decir si fallaste a favor (en todo o en parte) de Toro Bravo. Ahí sí que estarás permanentemente en la mira, pues —de seguro— como Toro Bravo coimeaba árbitros, más que fijo que tú eres uno de esos árbitros vendidos. Y no habrá argumento que valga. Las autoridades oficiales harán todo lo que esté a su alcance para acosarte. Te denunciarán, te perseguirán. Finalizará la investigación preliminar y luego la preparatoria y pedirán prisión preventiva para ti, pues eres un monstruo peligroso suelto en la sociedad, en la que —de seguro— puedes hacer mucho daño.

Además, se valdrán de todo para ello, incluyendo a colaboradores eficaces fruto de la presión que ejercen sobre ellos para no encarcelarlos.

Y si no existe acusación de colaborador eficaz, pues igual te van a perseguir, porque la idea será sólo una: si laudaste otorgándole, aunque sea, un sol a Toro Bravo, te coimearon de todas maneras.

Es —qué duda cabe— un callejón sin salida, pues ahí está el laudo y también ahí está el prejuicio de la sociedad y de las autoridades peruanas, y no te podrás librar de ello.

Así es la justicia en el Perú.

Y ¿cómo «demostrarán» que eres un árbitro corrupto?

Pues se los voy a explicar.

4. EL FONDO DEL ASUNTO

Aunque parezca mentira, las autoridades competentes contratarán «peritos», sin experiencia alguna en arbitraje para que estudien y analicen los laudos de todos quienes fallaron a favor o en contra de Toro Bravo, con la consigna, naturalmente, de informar en contra de los tribunales arbitrales que fallaron a favor de Toro Bravo, diciendo que —poco más— los laudos fueron elaborados por integrantes permanentes del zoológico Parque de Las Leyendas. La consigna es que se critique todo lo resuelto en ese sentido.

Pero no sólo eso, sino también que se diga por qué en el proceso arbitral la Vaca Loca no hizo algo que debió hacer y por qué el Toro Bravo hizo cosas que no debió hacer.

Al fin de cuentas, se «analizará» el laudo y se le hará una especie de auditoría en algunas pocas horas, y se concluirá que el tribunal arbitral se equivocó en todo, que Toro Bravo no tenía la razón en nada y que el tribunal arbitral le debió dar la razón en todo a la Vaca Loca. Por lo

tanto, el razonamiento llevará a que, si debiste darle toda la razón a la Vaca Loca, entonces no cabe duda de que eres un árbitro coimero.

¡Linda foto! ¡Lindo Estado de derecho!

Lo primero, que inexpertos no pueden auditar laudos hechos por expertos en la materia.

Segundo, que aunque se contratara a expertos para hacer dicha labor, el resultado de la misma constituiría solamente una opinión, nunca tan válida como la del tribunal arbitral, pues nadie podrá conocer mejor el proceso que quienes conformaron el tribunal arbitral durante un año, año y medio o dos.

Tercero, porque, aunque estuvieran en igualdad de condiciones, los temas jurídicos son esencialmente opinables. En ellos no hay una sola verdad. De lo contrario, demandante y demandado no podrían sostener dos posiciones distintas en el proceso (sea éste de la naturaleza que fuere).

En cuarto lugar, ahora resulta que Toro Bravo es el único contratista con el Estado que cuando recurre a arbitraje debería perder en toda la línea, es decir que deberían declarárseles infundadas o improcedentes todas sus pretensiones.

En otras palabras, sería el único contratista que deberá ganar el 0 % de lo que reclame en los arbitrajes que afronte contra el Estado en la República del Perú.

Así, Toro Bravo sería el único contratista que nunca tendría la razón en estos arbitrajes.

Esto, frente a dos estudios, ambos del año 2013, que revelan cifras muy ilustrativas sobre el particular.

Un informe elaborado por la Contraloría General de la República[209] sostuvo que el Estado pierde el 70 % de los arbitrajes en sede de contratación estatal.

Otro estudio, del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú,[210] revelaba que el Estado ganaba en un 24,8 %. En ese sentido, en atención a lo informado en el estudio en mención, se puede afirmar que pierde en el 75,2 % de los arbitrajes.

Siendo distantes estas cifras, podríamos tomar la media de ambas, a efectos de continuar con el razonamiento. Si así fuera, el Estado perdería, en promedio, el 72, 6 % de los arbitrajes.

Dentro de tal orden de ideas, ¿no sería lógico que el conjunto de arbitrajes de Toro Bravo tuviese resultados cercanos al promedio?

¿O sería lógico que el porcentaje de Toro Bravo fuese de 0 % de victorias y no de casi tres de cada cuatro soles reclamados, como ocurre con el resto de quienes —como él— litigan contra el Estado?

Pues, claro que no.

La lógica de muchas autoridades es que Toro Bravo jamás debió ganar un sol y que si lo ganó fue a costa de sobornar a los árbitros.

---

209 CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima, Contraloría General de la República. Gerencia de Estudios y Gestión Pública. Departamento de Estudios. pp. 73-84. https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf

210 GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y Rigoberto ZUÑIGA MARAVÍ. «Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP "Tendencia del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales"». En *Arbitraje PUCP*, n.º 4, p. 97.
https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10389

Entonces, aquí no hay nada que valga, sólo la premisa de que si ganó Toro Bravo, inevitablemente es porque coimeó a quienes fallaron a favor suyo.

Todo un razonamiento científico el de las autoridades peruanas, sin lugar a dudas.

5. LAS RELACIONES ENTRE LOS ÁRBITROS

El medio arbitral, es decir, el de aquellos profesionales, fundamentalmente abogados, pero también ingenieros y de algunas otras profesiones, será de varios cientos de personas en todo el Perú, algunos, sin duda, con mayor participación que otros. En ese sentido, lo más probable es que uno conozca a un porcentaje apreciable del total, así como muy probable sería también que un fiscal conozca a muchos de quienes laboran en el Ministerio Público o que un juez conozca a un buen porcentaje de quienes trabajan en la Corte en la que desempeña sus funciones, lo que no hará que la persona en cuestión se mimetice con las virtudes o los defectos de sus compañeros de trabajo.

Incluso, muchos de los árbitros son compañeros de estudios en la universidad y otros, simplemente, no siéndolo, son personas con quienes uno comparte o ha compartido tribunales arbitrales o los conoce del ejercicio de la profesión.

Si es así, claro que trabas amistad o afecto con esas personas. Por tanto, será normal que te hayas comunicado con ellos y viceversa por los más diversos temas, sean profesionales o personales.

Al fin y al cabo, la existencia de llamadas telefónicas entre las personas sólo prueba eso, la existencia de llamadas, pero para algunas autoridades en el Perú ello probará que coordinabas una coima que condujera a un laudo prevaricador. Aunque suene tribal (así es, tribal, no trivial), eso es así hoy en el Perú.

Pero eso no es todo.

Ello será entendido así aunque las personas cuestionadas no integren el tribunal arbitral por el cual se te investiga. No importa, todos presos. Total, son árbitros y fallaron a favor de Toro Bravo.

Tenía entendido que, de acuerdo a la Constitución Política, algunas autoridades debían ser los guardianes de la legalidad. Pero ello no viene siendo así. Algunos entienden que su función es, exclusivamente, la de encarcelar a la gente, sea como fuere.

Entonces, si no te puedes comunicar por teléfono con los árbitros ni con nadie en el desarrollo de tu vida profesional, pues corres el riesgo de que la existencia de una llamada sea «prueba de un delito». Esto conduciría a que —como ocurre en la actualidad— todos los abogados busquen otros medios para comunicarse. No sólo el arbitraje corre peligro. La profesión corre peligro por razones obvias. Lo vemos en los casos en que están siendo procesados quienes fueron algunos de los abogados de Toro Bravo.

¿Por qué defendieron ustedes a Toro Bravo?

¡¡¡Porque nos contrató como cualquier otro cliente, señor!!!

6. ¿Y QUÉ PASARÍA SI HUBIESE OTROS «TOROS BRAVOS»?

El medio jurídico ya puede advertir, entonces, el enorme problema que se ha creado con los arbitrajes de Toro Bravo.

Sin duda, será fácil imaginar lo que ocurriría (y está ocurriendo) en el Perú si se comenzara a hacer lo mismo con los arbitrajes de todas las empresas acusadas de corrupción, pues el problema se multiplicará por veinte. Si se siguiera los mismos patrones y criterios de investigación, todos los árbitros terminarían siendo investigados y en la cárcel, no por

el hecho de que sean culpables, naturalmente, sino porque todo el tema —y las investigaciones, en particular— está lleno de prejuicios tanto contra los árbitros como contra el arbitraje, a tal extremo que tal vez hoy en día la sociedad piense que el medio arbitral es lo más corrupto que existe.

7. LOS MENSAJES SUBLIMINALES

Detrás de toda esta historia, si no lo han advertido, existen varios mensajes subliminales tan perversos unos como otros.

7.1. Aquí mandamos nosotros

El primer mensaje es el que están dando algunos funcionarios de los órganos encargados de la justicia penal en el Perú con respecto al arbitraje.

El medio arbitral había crecido mucho en el Perú durante las últimas décadas, a tal punto que, con la obligatoriedad del arbitraje en materia de contratación estatal, no cabe duda de que, como ya lo hemos señalado en esta obra, la mayoría de las controversias de importante volumen patrimonial se discuten hoy en procesos arbitrales y no en procesos judiciales.

Pues con esta serie de ilegalidades, algunas autoridades le están diciendo a la sociedad en su conjunto que se olvide del arbitraje, que recuerde que hasta el arbitraje está sometido a ellas y su conjunto de ilegalidades con apariencia de debido proceso.

Pero, esto no termina aquí.

Lo más importante es que de toda esta historia salen fortalecidos el Gobierno central (Poder Ejecutivo), los gobiernos regionales, los go-

biernos municipales, las demás entidades públicas y las empresas públicas —en contra del sector e inversionistas privados, peruanos y extranjeros—, porque se les está diciendo a los árbitros: «Miren, si ocurriese en el futuro un problema similar al de Toro Bravo, con la empresa o consorcio que hoy litiga contra el Estado, mejor que ese evento te encuentre habiendo laudado 100 % a favor del Estado, porque más allá de algunas pesquisas iniciales, ése será el único salvoconducto que te ayudará para evitar pasar por la moledora de carne del «sistema de administración de justicia» del Perú.

«Entonces, señores árbitros, ustedes tienen la solución en aquellos procesos en curso en que el Estado es parte. Es muy simple y está en manos de ustedes, estimados señores: denle toda la razón al Estado. Así no tendrán problemas». ¿Qué tal?

No me cabe duda de que este mensaje subliminal es muy fuerte y el mismo viene inclinando desde hace algunos años la balanza de la justicia de manera tramposa, amedrentando a muchos tribunales arbitrales.

7.2. La anulación de los laudos en el Poder Judicial

Parte de esta maquinaria para desprestigiar y destruir el arbitraje en el Perú está conformada (aunque de manera inadvertida, no dolosa, por supuesto) por la labor del Poder Judicial en los procesos de anulación judicial de laudo en las controversias entre el Estado y los particulares.

Recuerdo, como si fuera ayer, cómo en el año 2002, cuando tuve mi primer arbitraje como árbitro, la Cámara de Comercio de Lima (CCL) repartía un folleto en el cual señalaba que el porcentaje de laudos que anulaba la Corte Superior de Justicia de Lima era del 1 %.

Para ilustración de los lectores, ese porcentaje ha ido aumentando en un promedio de 1 % cada año, al extremo de que en el año 2018 se

anuló, precisamente, el 18 % de los laudos arbitrales sobre los que se demandó la anulación en la citada Corte Superior.

Cabe señalar que en un reciente estudio de anulación de laudos del año 2022, realizado por los abogados Sandra Montes, Julio Olórtegui, Gino Rivas y Julio Wong, con el apoyo institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima,[211] se determinó que el porcentaje de éxito del pedido de anulación en casos en que el Estado es parte era del 18 %.

Como lo he señalado en reiteradas conferencias, el grueso de esos laudos versaba sobre arbitrajes en contratación estatal. Esta situación nos ha conducido a que hoy en día se anule, en promedio, uno de cada cinco laudos sobre los que se pide la anulación, lo que ha incentivado a que del 2017 al 2018 el porcentaje de demandas de anulación en la Corte Superior de Lima crezca en un 400 %.

Por supuesto, quién no va a demandar la anulación de un laudo si las posibilidades de lograr una victoria serían de alrededor o más del 20 %.

Todos se animan.

Éste, pues, es también otro mensaje para la sociedad por parte del Estado, que ya tiene —sin querer queriendo— al Poder Judicial como su principal aliado en materia de arbitrajes.

Recuérdese el razonamiento, reiterado en diversas conferencias a lo largo y ancho del Perú por parte de algunos magistrados, en el sentido de que el proceso de anulación debe tener, a su juicio —en doctrina que hizo suya la Corte Superior de Justicia de Lima— tres estándares.

---

211 MONTES, Sandra; OLÓRTEGUI, Julio; RIVAS, Gino y Julio WONG. *Estudio de anulación de laudos 2022*. Cámara de Comercio de Lima, 2022, p. 17. https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2024/04/Estudio-de-anulacion-de-laudos-2022.pdf

El primero correspondiente a los arbitrajes entre particulares. Aquí el estándar con respecto a los eventuales vicios que sustenten la demanda de anulación del laudo no será muy riguroso en tanto los particulares son libres de hacer con su dinero y con su contrato lo que deseen, a la par que tienen plena libertad para escoger a los árbitros que quieran y equivocarse en la elección de los mismos. Por lo tanto, aquí el análisis de la judicatura no será, como hemos señalado, tan riguroso.

El segundo estándar corresponde a los arbitrajes en que el Estado (en cualquiera de sus manifestaciones jurídicas) sea parte en el proceso de anulación, caso en el cual ese estándar sí será riguroso «por cuanto hay en juego dinero público».

Nótese cómo con este segundo estándar, la justicia ya se quitó la venda de los ojos y de ahora en adelante mirará con distinta perspectiva a los litigantes.

Y esto es pésimo, pero somos muy pocos quienes lo hemos señalado con todas sus letras en foros públicos.

Este segundo estándar lo que hace, en buena cuenta, es cuidar de los fondos públicos, con mayor rigor por el simple hecho de que son tales, es decir, el Poder Judicial se convierte en aliado de las entidades públicas contra los particulares que hubieran contratado con tales entidades.

Esto sería una locura en cualquier país civilizado.

Obviamente, en el Perú no llama mucho la atención. Las razones son obvias.

Pero la cosa no termina ahí, pues existe un tercer estándar, el mismo que se presenta cuando una de las partes es alguna entidad estatal y la otra una empresa que tenga algún cuestionamiento por corrupción.

Aquí, dicen los autores de la tesis, el estándar debe ser mucho más riguroso. Esto, en la práctica implica que el Poder Judicial no sólo va a ser aliado de la entidad estatal litigante, sino que —en los hechos— los jueces que conozcan de la anulación se sentirán «comprometidos» a anular el laudo si es que el mismo fuese perjudicial para el Estado. Ya verán qué argumento crean, ya verán qué tesis descubren (en realidad, lo que estoy diciendo es que ya verán qué pretexto alegan), pero el laudo deberá ser anulado.

Este proceder, sin lugar a dudas inconstitucional, atentatorio contra el debido proceso y todos los demás derechos constitucionales referidos al tema, responde a dos razones. La primera, una de imagen pública, pues cómo van a aparecer esos jueces «en la foto», ratificando (no anulando) laudos que favorecen a una empresa cuestionada, pues tales laudos, sin más ni más, son considerados «laudos corruptos», *per se*.

Y la segunda razón para este proceder es que tales jueces no quieren hacerse de ulteriores problemas administrativos, penales y periodísticos, motivo por el cual entienden que lo mejor es anular esos laudos. Esto, sin duda, podrá ser lo mejor para ellos y para el Estado, pero no para la justicia, si entendemos que la justicia es el dar a cada uno lo que le corresponde, y no lo que alguien quiere que le corresponda.

Hace años que vengo señalando que este proceder del Poder Judicial es el germen de la destrucción del arbitraje en el Perú. Y, claro, si a él le agregamos todos los otros factores, no hay duda de que —al menos— será el fin del arbitraje en contratación pública en el Perú.

Antes pensaba que el Estado se sentiría más cómodo con el régimen legal que imperaba para la solución de controversias con el Estado hasta el 28 de septiembre de 1998, es decir que tales controversias se solucionaran en el Poder Judicial y no en arbitraje.

Pero ya no pienso así.

Me explico.

Con los aliados que hoy tienen las entidades públicas en los órganos encargados de la administración de justicia, el Estado ya no necesita modificar la ley (no obstante lo cual ha seguido modificando e intentando modificar la normatividad legal al respecto, como veremos más adelante). El arbitraje seguirá siendo el medio de solución de controversias, pero el mismo ya está tan condicionado y los árbitros y sus laudos sometidos a tantos controles, sanciones y hasta represalias que no hubiese sido necesario cambiar una coma en la legislación vigente, porque todo está condicionado para que el Estado gane los arbitrajes, aunque no tenga la razón; y si no los ganara, que no se preocupe que el Poder Judicial los anulará una y otra vez hasta que gane; y si ello no ocurriera que tampoco se preocupe, pues los órganos de «administración» de justicia se encargarán de perseguir penalmente y apresar a los árbitros que no se sometan a las «reglas de juego implícitas».

En buena cuenta, creemos advertir que aquello que desean diversos agentes del Estado peruano es que el arbitraje se convierta en una farsa. Una más en el país en el que reina la farsa en la formalidad de sus instituciones. A fin de cuentas, suelen decir en el Estado: ¿por qué en el arbitraje las cosas tendrían que ser diferentes?

8. LA DEFENSA DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS

Hemos sostenido públicamente, desde hace más de una década, que el Estado debería invertir mucho dinero y recursos en la defensa de sus intereses.

Debe reforzarse el sistema de las procuradurías públicas, de manera seria y profesional, privilegiando los méritos académicos y profesionales sobre el exhibicionismo en las redes sociales; contratar abogados especialistas que defiendan con nivel superlativo esos intereses del Estado en

los procesos arbitrales; crear un sistema de bonificaciones extraordinarias de honorarios de éxito con los que se premie a los equipos de las procuradurías que ganen arbitrajes; etc.

Esto haría que mejore sustancialmente el nivel de la defensa arbitral.

Desde hace algunos años está ocurriendo que cuando una entidad estatal se ha defendido mal en un proceso de arbitraje los fiscales sospechan que los árbitros hasta tuvieron en ello algún grado de culpa o que ha habido colusión con el tribunal.

Aunque parezca mentira, a eso se ha llegado en el Perú.

Que quede claro que los árbitros no tienen la culpa de que una parte se defienda mejor que la otra o, incluso, mucho mejor que la otra. Ello corresponde a las partes, a cada una de ellas. Los árbitros no son la madre de los litigantes y están allí para administrar justicia. De ninguna manera están allí para suplir las deficiencias que presente la defensa de alguna de ellas para decretar pruebas de oficio que suplan una mala defensa ni cualquier otro tipo de acto procesal que convierta a los tribunales arbitrales en abogados encubiertos que coadyuven a la defensa del Estado contra los particulares o viceversa.

Hoy en el Perú muchos integrantes del sistema de administración de justicia están entendiendo que esa es la labor de los árbitros y se los acusa, recrimina, persigue y encarcela por no desempeñarla.

Más allá de reflejar un total y perverso desconocimiento de la función arbitral, ello denota una clara intención de ver al árbitro como una mezcla de abogado del Estado, apoyo y hasta salvador de entidades públicas. La figura del árbitro como quien administra justicia y se la otorga a quien la tiene hoy es mal vista, sobre todo si el favorecido es una empresa privada.

Por todo ello, subrayamos que abordar seriamente el tema de la defensa del Estado representa una tarea pendiente, incluso más allá del Decreto Legislativo n.° 1326,[212] Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, y su modificatoria aprobada mediante Ley n.° 31778,[213] así como el Reglamento del Decreto Legislativo n.° 1326 aprobado por Decreto Supremo n.º 018-2019-JUS.[214] Las procuradurías deben tener tantas armas como las que tienen los particulares.

Pero mientras no las tengan, que el propio Estado (a través de sus órganos de administración de justicia) no eche la culpa a los árbitros que no le dan la razón.

Además, en muchas ocasiones el problema de la defensa del Estado no se halla en las procuradurías, sino en la manera como la respectiva entidad pública ha administrado la ejecución del contrato en cuestión. Todos sabemos que la inacción, las omisiones, los actos fuera de la ley, el incumplimiento de plazos de prescripción o de caducidad y muchos otros factores más determinan que en la ejecución del contrato la entidad pública y sus funcionarios hayan cometido tantos errores en tal ejecución del contrato que cuando se encargue a la procuraduría la defensa arbitral será como si se le entregara un cadáver para ser resucitado.

Y eso se aprecia desde el principio por parte del tribunal arbitral, el cual no está ahí para salvar una mala ejecución contractual ni para «cargar con el muerto» junto con la procuraduría. Pero esto no es entendido por las autoridades peruanas ni por la prensa.

Cabe precisar que el artículo 47 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece: «La defensa de los intereses del Estado está a cargo de los Procuradores Públicos conforme a ley. El Estado está exonerado del pago de gastos judiciales».

212 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 6 de enero de 2017.
213 Publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 7 de junio de 2023.
214 Publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 23 de noviembre de 2019.

Asimismo, mediante el Decreto Legislativo n.º 1326, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, el cual fue modificado por la Ley n.º 31778, se establecieron las disposiciones que, según los términos del artículo 3 del citado decreto legislativo, regulan «la actuación de los/as procuradores/as en sede fiscal, judicial, extrajudicial, militar, arbitral, Tribunal Constitucional y órganos administrativos e instancias de similar naturaleza y conciliaciones». Asimismo, conforme al artículo 3, la citada norma «comprende criterios para efectuar la debida planificación, organización, dirección, coordinación y supervisión de los/as operadores /as que integran el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado».

Debo señalar que en el año 2016 escribí un artículo[215] sobre el tema de las procuradurías, el mismo que nos permitimos reproducir seguidamente. En dicho artículo, publicado antes de la emisión del Decreto Legislativo n.º 1326, se analizó el objetivo principal de los proyectos de ley que buscaban la creación de una Procuraduría General de la República, para lo cual se evaluó, en dicha oportunidad, si resultaba pertinente y adecuado que se modificara todo el sistema de defensa jurídica del Estado a través de la creación de una Procuraduría General de la República.

Asimismo, queremos precisar que los proyectos de ley objeto de este comentario[216] coincidían en que se buscaba crear una Procuraduría General de la República y es esa idea la que vamos a abordar a continuación. En ese sentido no se va a hacer referencia al contenido expreso de los proyectos de ley que perseguían tal fin (a menos que ello sea absolutamente necesario), pues ellos tienen similar tenor con algunas particularidades que los distinguen entre sí; sin embargo, sí vamos a referimos

---

215 El presente acápite se basa en el artículo «¿Resulta necesaria la creación de una Procuraduría General de la República?», escrito por Mario Castillo Freyre y que fue publicado en: *Administración Pública & Control*. Lima: Gaceta Jurídica, octubre 2016, año 3, n.° 34, pp. 51-55.

216 Proyectos de Ley n.° 54/2016-CR, n.° 70/2016-CR, n.° 90/2016-CR, entre otros.

al objetivo que perseguían, esto es, a analizar si es que en realidad resultaba pertinente y adecuado que se haya modificado todo el sistema de defensa jurídica del Estado a través de la creación de la Procuraduría General del Estado.

El actualmente derogado Decreto Legislativo n.° 1068 disponía que cada procuraduría dependía administrativamente de la entidad a la cual defendía.

Este hecho, a diferencia de lo que ocurría antes, permitió descentralizar y especializar la defensa jurídica del Estado en los procesos que enfrenta.

Debe tenerse presente un hecho muy importante y es que antes del Decreto Legislativo n.º 1068 regía en nuestro país el Decreto Ley n.° 17537, Ley de la Defensa y Representación del Estado en Juicio, en virtud del cual los procuradores tenían a su cargo la defensa de dos o más sectores en todas las especialidades y se estaba ante una estructura centralizada, ya que los procuradores dependían administrativa y funcionalmente del Ministerio de Justicia, siendo que la relación con las entidades que defendían era de coordinación. Así, la regla era que los titulares de los sectores se encontraban ajenos al desarrollo y estrategia que se planteaba en los procesos que patrocinaban sus defensores.

Empero, la enorme carga procesal trajo consigo que se creen más procuradurías, pero los recursos para lograr tal fin eran insuficientes para el ministerio. Ante ello, cada entidad empezó a brindar apoyo a la procuraduría que la defendía, asignándole una serie de recursos. Ello ocasionó que la parte estructural se desnaturalice, pues en la práctica cada entidad era la que mantenía a la procuraduría que la defendía.

Este es el primer punto que se debe poner de relieve en el análisis de los proyectos de ley, y es que crear una Procuraduría General implica

asignar recursos a tal entidad para su adecuado y correcto funcionamiento, es decir, se tiene que crear una nueva partida presupuestal que tenga como objeto evitar lo que ya ha ocurrido en nuestro país mientras se encontraba vigente el Decreto Ley n.º 17537, esto es que sean las propias entidades defendidas las que empiecen a brindar recursos a sus defensores ante la insuficiencia del órgano central.

El segundo punto que merece comentario es el relativo a la imparcialidad e independencia con que una procuraduría debe actuar. Ello es importante habida cuenta de que anteriormente se habló de una supuesta interferencia en el trabajo de dos procuradurías: la Procuraduría Pública Anticorrupción y la Procuraduría Pública de Lavado de Activos. Es decir, por estos dos casos puntuales se deseaba modificar todo el modelo de organización y funcionamiento de las procuradurías públicas y de todo el Sistema de Representación y Defensa Jurídica del Estado (incluyendo las procuradurías sectoriales), buscando una autonomía absoluta para, aparentemente, evitar interferencias del poder político frente a los órganos de defensa del Estado.

Aquí podemos llegar a otra conclusión, y es que toda modificación estructural que obedezca a aspectos coyunturales no necesariamente responde a cuestiones de fondo, a temas sustantivos o técnicos. Se debe tener mucho cuidado, ya que la existencia de cuestionamientos a dos procuradurías no debería importar la existencia de la errada idea de modificar todo el funcionamiento de las diversas procuradurías que existen en el país.

En otras palabras, una modificación de esta naturaleza debería obedecer a un estudio y análisis sistemático y profundo.

Ante los hechos coyunturales citados y que involucran estas dos procuradurías se habían planteado diversos proyectos legislativos que proponían la modificación del Sistema de Defensa Jurídica del Estado:

- Unos pretendían modificar la Constitución Política, propiciando la creación de una Procuraduría General de la República, como un órgano constitucional autónomo.[217]

  Cabe anotar que el Proyecto del excongresista Acuña era el único que describía la función de defensa jurídica del Estado que tendría la Procuraduría General a través de sus procuradores.

  De otro lado, debe indicarse que todos estos proyectos coincidían en que la ley orgánica correspondiente sería la que desarrolle los alcances de esta modificación de la Constitución.

  Asimismo, debe precisarse que en estos proyectos se distinguían asuntos como el de la designación de los procuradores. El proyecto del excongresista Acuña proponía la designación por el Congreso y, por su lado, los excongresistas Vilcatoma y Velásquez señalaban que la designación debía recaer en el Consejo Nacional de la Magistratura (reemplazado por la Junta Nacional de Justicia), aspecto con el que no estábamos de acuerdo. Por lo demás, esta modificación requeriría de una reforma constitucional que ya constituiría otro tema más que se tenía que discutir en todo este análisis, implicando la modificación de los artículos 150 y 154 de nuestra carta política.

- El Poder Ejecutivo también había presentado un proyecto de ley a través del cual se solicitaba facultades legislativas para la creación de la Procuraduría General como un organismo público descentralizado dotado de autonomía. Aquí también se proponía que la Procuraduría General cuente con un Consejo Directivo integrado por representantes de la Defensoría del Pueblo, la Contraloría, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio de Justicia.

---

[217] Estos proyectos fueron presentados de manera separada por los entonces congresistas Yeni Vilcatoma (ex Fuerza Popular), Javier Velásquez Quesquén (Partido Aprista Peruano) y Richard Acuña (Alianza por el Progreso).

Finalmente, el entonces congresista Apaza había presentado un proyecto de ley que proponía la recomposición del Consejo de Defensa Jurídica del Estado.

En suma, como segundo argumento en contra de la creación de una Procuraduría General estaba el que dicha modificación debía obedecer a un estudio detallado de la organización, funciones, falencias, resultados, etc., de todas las procuradurías del país y no debe estar relacionada, en modo alguno, a situaciones coyunturales que se basaban en lo ocurrido puntualmente en la Procuraduría Pública Anticorrupción y la Procuraduría Pública de Lavado de Activos.

En tercer lugar, hay otro punto de evidente importancia que apoyaba nuestra tesis, ya que la creación de una Procuraduría General traería consigo la centralización de la defensa jurídica del Estado en un solo organismo. Es decir, se van a concentrar todos los procesos en esta entidad, hecho que va a traer consigo que se quiebre la fluida y necesaria relación que actualmente existe entre la entidad defendida y su procurador defensor.

Este punto abarca diversas aristas, pues se sabe que en la actualidad las entidades públicas tienen muchos procesos judiciales, arbitrales, entre otros, y entonces surge aquí la pregunta de cómo es que se va a pretender que una Procuraduría General maneje todo ello, máxime si se tiene en cuenta que los proyectos de ley que se han presentado con tal fin nada dicen sobre este hecho. Sin duda, implementar una Procuraduría General sin un estudio serio y adecuado sería muy peligroso para los intereses del Estado, pues los resultados de todos los procesos en los que el Estado es parte correrían un grave peligro, ya que la estructura y sistema de defensa se estaría modificando sustancialmente. No se trata sólo de un cambio superficial, sino de una modificación de estructura que, por lo demás, no tenía ningún lineamiento ni estudio preparado sobre cómo sería llevada a cabo.

Téngase en cuenta, además, que de optarse por la creación de una Procuraduría General se estaría regresando al ya superado sistema anterior en el que las procuradurías se encontraban concentradas en una Procuraduría General y los titulares de los sectores no tenían acceso a la información concerniente sobre el desarrollo del proceso de su entidad y, menos aún, algún control sobre la actuación de la defensa de los intereses de su propia entidad.

Eso es algo que no debería volver a ocurrir, pues desde que cada procuraduría se adscribió a la entidad a la cual defiende se ha generado la especialización de los procuradores en las materias inherentes a dichas entidades, y éste es el siguiente argumento que queremos desarrollar.

Así, en cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que la diversidad de materias sobre las que recae la defensa jurídica del Estado importa la necesidad de potenciar el grado y nivel de especialización de los procuradores. No es lo mismo tener a un procurador que defienda los intereses del Estado en materia de salud, que uno que lo haga en temas energéticos.

Este hecho trae como consecuencia evidente el que cada entidad debe encontrar en sus procuradores a personas con las que se encuentre permanentemente vinculada. Imaginemos cuán ineficiente sería el que se tenga una procuraduría general que al ver llegar un documento tenga, a su vez, que remitir comunicaciones a la entidad específica para que ésta le remita documentación a través de una nueva comunicación, y cada vez que ello sea necesario se tenga que llevar a cabo esta cadena de comunicaciones que en la actualidad —con las limitaciones propias que siempre pueden ser superadas— es mucho más rápida debido a que, precisamente, las entidades tienen comunicación y trato directo con sus procuradores.

Así, la procuraduría de determinada entidad en, por ejemplo, Iquitos, no tiene nada que reportar a algún organismo de Lima, sino que más

bien tiene una comunicación fluida y directa con la propia entidad, pues depende de ella y no de un organismo autónomo y concentrado.

Este tema de eficiencia en términos de tiempo está aparejado al de la especialidad, pues son las propias entidades las que requieren un perfil específico al momento de contratar a sus procuradores. La experiencia en temas determinados resulta muy importante y no sería una buena opción romper todo este esquema que, como ya dijimos, puede ser mejorado.

Por lo demás es obvio que como parte de la estructura orgánica de la entidad a la que defienden, los procuradores en la actualidad están identificados con los intereses y lineamientos de los intereses de sus defendidos.

En quinto lugar, quienes plantean estas modificaciones debieron oír también a los directos interesados en el tema, es decir, a los titulares de las entidades.

En efecto, los titulares de los sectores involucrados en los procesos legales son los principales interesados en conocer su desarrollo y, en la actualidad, les es fácil estar al tanto de las necesidades que tienen sus procuradores dada la directa comunicación que poseen con ellos. Esto se manifiesta en la posibilidad de dotarles de la información oportuna que requieren, así como del apoyo logístico necesario para la defensa.

Esta posibilidad no estaría presente de optarse por la creación de una Procuraduría General, ya que la defensa estaría a cargo de un organismo ajeno a la estructura del sector interesado, creándose, como ya dijimos, una centralización innecesaria y perjudicial para los intereses del Estado en su conjunto.

En sexto lugar se tiene otro punto de vital importancia y es que nos podemos preguntar qué pasará en los casos en donde estemos frente a

un proceso en donde las partes sean dos o más entidades públicas (Estado contra Estado). ¿Acaso no se podría hablar allí de serios cuestionamientos en torno a la existencia de un solo órgano que defiende a las partes enfrentadas en el proceso? Es evidente que sí, pero los proyectos de ley nada dicen sobre el particular.

Este hecho, por lo demás, traería muchos más cuestionamientos que los realizados en torno a la imparcialidad y buen actuar de las procuradurías.

En séptimo lugar, se debe analizar el tema del nombramiento de los procuradores.

En el anterior sistema, la designación de éstos estaba a cargo del Consejo de Defensa Jurídica del Estado, que era un organismo que dependía del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos; sin embargo, ello ocurre a propuesta del titular de la entidad que defenderá en el futuro quien sea nombrado procurador.

Este sistema es el adecuado, pues quién mejor que la propia entidad para proponer a su procurador, es decir, quién mejor que el patrocinado para elegir a su abogado patrocinador.

Aquí debe ponerse énfasis en el hecho de que esta forma de designación es la adecuada toda vez que el procurador no sólo defiende los intereses del Estado peruano, sino también los actos de gestión originados como consecuencia de las políticas desarrolladas por la administración, por lo que resulta necesario e imprescindible que los titulares de cada entidad tengan la posibilidad de elegir al abogado de su confianza para que ejerza el cargo de procurador.

Actualmente, el numeral 6 del artículo 16 del Decreto Legislativo n.º 1326 establece como función del Consejo Directivo de la Procuraduría General del Estado dirigir el proceso de selección para la designación de los procuradores públicos.

Un punto aparte merece el análisis de la naturaleza de las funciones que realizan tanto la Procuraduría Pública Anticorrupción como la Procuraduría Pública de Lavado de Activos.

En estos casos específicos sí creemos que el rol que desempeñan ambas procuradurías es distinto del que realizan las demás y ello es así debido a la naturaleza de las acciones sobre las que recaen las labores de ambos órganos. Así, en este caso, sí podría ser adecuada la creación de una procuraduría general que englobe las tareas de estas dos procuradurías y que se establezca un mecanismo y régimen especial para el desarrollo de sus actividades.

Es evidente que la naturaleza de sus actividades en nada se asemeja al de las procuradurías sectoriales, regionales o municipales. Los objetivos o intereses son, pues, distintos.

8.1. Sobre el contenido de la Resolución Ministerial n.° 291-2016-JUS, a través de la cual se aprueban los lineamientos para la designación de procuradores públicos

Ahora bien, con fecha 9 de octubre de 2016 se publicó en el diario oficial *El Peruano* la Resolución Ministerial n.° 291-2016-JUS, a través de la cual se aprueban los Lineamientos para la designación de Procuradores Públicos y Procuradores Públicos Adjuntos del Poder Ejecutivo, y que complementa las disposiciones contempladas en el Decreto Legislativo n.° 1068 (norma que regulaba el Sistema de Defensa Jurídica del Estado) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.° 017-2008-JUS.

Sin embargo, llamó la atención la entrada en vigencia de esta norma, pues, como se sabe, en virtud de la delegación de facultades otorgadas por el Congreso de la República al Poder Ejecutivo, el Decreto Legislativo n.° 1068 fue derogado con el objetivo de reestructurar todo el Sistema de Defensa Jurídica del Estado.

Si eso fuera así, cabe preguntarse: ¿cuál era la necesidad de emitir una norma como la que se publicó el 9 de octubre de 2016 por la que se aprueban lineamientos complementarios a otra norma que se modificó?

De otra parte, y ya analizando el contenido de esta resolución ministerial, se puede apreciar que se otorga un rol más protagónico al Consejo de Defensa Jurídica del Estado en torno a la designación de los procuradores públicos sectoriales y se deja de lado la necesaria intervención del titular de cada ministerio, ya que los procuradores públicos, por la naturaleza del cargo que ejercen, son funcionarios de confianza. Siguiendo la línea que hemos trazado en el presente acápite, creemos que resultaba absolutamente necesario que cada ministerio participara activamente en la designación de su propio procurador.

Téngase en cuenta, además, que dentro de la Administración Pública existen funcionarios nombrados y funcionarios designados. Los primeros responden a un criterio de permanencia en la carrera pública, debiendo para ello atravesar una serie de evaluaciones que respalden el criterio de meritocracia que debe existir dentro del aparato estatal. Empero, ello no ocurre con los funcionarios designados, quienes ejercen cargos de confianza y pueden ser removidos en cualquier momento.

En ese sentido, es contradictorio lo señalado por esta norma (la Resolución Ministerial n.° 291-2016-JUS), pues establece como requisito someter a evaluación a quien quiera acceder al cargo de procurador público. Ello también contradice lo que establecía el Decreto Legislativo n.º 1068, en vez de complementarlo.

Por otro lado, resulta importante mencionar que los criterios de selección señalados en la Resolución Ministerial n.° 291-2016-JUS son generales, es decir, no contemplan estándares de diferenciación entre las cualidades y las condiciones que debe tener cada procurador, de acuerdo al sector que va a representar, y ello, como lo hemos venido sosteniendo, resulta muy peligroso, pues de lo que se trata es de tener procuradores especializados que puedan defender al Estado de manera óptima, con los niveles de formación adecuados y con una experiencia que los haga merecedores de ser quienes van a defender a un sector específico del aparato estatal.

Otro tema que merece reflexión se encuentra en el anexo I de la resolución ministerial bajo análisis, en donde se mencionan los factores de evaluación curricular y se otorga el mismo puntaje a quienes hayan ejercido la magistratura, el cargo de procurador público y al abogado litigante. Así, cabe preguntarse: ¿por qué no se valora de mejor manera la experiencia en el cargo de procurador y se le asimila a las otras ocupaciones? Sin duda, son tareas que tienen distinta naturaleza y un manejo diverso en torno al diseño de estrategias, manejo de recursos y personal, entre otros, que hacen del cargo de procurador uno distinto al de un magistrado o abogado litigante. En ese sentido, creemos que se hizo mal en otorgar el mismo trato a quien no ha tenido experiencia ejerciendo el cargo de procurador.

Con todo, lo más delicado que trajo consigo esta norma es el hecho de que se otorga un rol más protagónico al Consejo de Defensa Jurídica del Estado, dejando de lado la participación en dicha elección del directo interesado, a saber: del sector al que justamente defenderá el procurador.

Luego de este análisis hemos podido arribar a las siguientes conclusiones.

Nada decían los proyectos de ley en torno a los recursos que necesitaría la creación de una Procuraduría General de la República para funcionar de manera adecuada. Los recursos en el escenario actual sí existen y lo que se debería potenciar sería la especialización de dichas procuradurías en casos como el arbitraje, por ejemplo.

La independencia e imparcialidad de una procuraduría no depende de la existencia de un órgano que reúna y organice a todas las procuradurías. De lo que se trata es de crear mecanismos que tiendan a verificar si es que los procuradores realmente están cumpliendo con su trabajo sin interferencias de tipo alguno.

La creación de una Procuraduría General no es recomendable para la defensa jurídica del Estado, pues se estaría dando origen a una centralización de funciones que no sería eficiente para la defensa de los intereses de cada entidad.

Nadie mejor que la propia entidad para proponer a su defensor, sobre la base de sus necesidades, requerimientos y exigiendo la experiencia que impone la especialidad de cada sector.

El esquema que rige la defensa jurídica del Estado funciona, aunque es evidente que el mismo podría mejorar y verse potenciado.

La Resolución Ministerial n.° 291-2016-JUS trajo consigo importantes cambios que, en realidad, no iban a complementar el Decreto Legislativo n.° 1068 (norma que regulaba el Sistema de Defensa Jurídica del Estado), sino más bien ha creado situaciones que van en contra de lo que en la actualidad ocurre con el nombramiento de procuradores.

Sin duda, resulta importante fortalecer el Sistema de Defensa Jurídica del Estado a través de la dación de normas que tengan como objeto ello, empero se debe tener en cuenta lo que en la actualidad funciona y potenciar lo que ya existe, analizando y ponderando las circunstancias,

sobre la base de un viejo adagio que reza que no todo lo nuevo importará siempre una mejora.

9. LOS HONORARIOS ARBITRALES

No cabe duda de que, mientras mayor sea la cuantía controvertida, mayores serán los honorarios arbitrales.

Y, en algunos casos, ellos podrán llegar a cifras muy interesantes para cualquier árbitro.

No cabe duda de que el arbitraje es un área muy especial del ejercicio de la profesión y tal vez haya que estar trabajando en ella para entender su lógica.

Pero cuidado con esto, porque el solo hecho de que el árbitro designado vaya a tener derecho a cobrar, conforme a alguna tabla de honorarios, alguna cifra interesante determinará que las autoridades encargadas de la administración de justicia sospechen y acusen a dicho árbitro que fue designado para ver el arbitraje, porque la coima sería el honorario que por tabla deberá cobrar. ¡Aunque resulte difícil para el mundo arbitral, esto está pasando en el Perú!

Y si los honorarios fueren de poco monto, pues entonces el argumento ya no será que ahí estaba encubierta la coima, sino que se la deben haber dado aparte.

Si el árbitro fue designado, siguiendo nuestro antiguo ejemplo, por Toro Bravo en más de un arbitraje, entonces la coima estará en el hecho de la segunda o ulteriores designaciones y los honorarios que perciba el árbitro por tales procesos.

Y, finalmente, si el arbitraje era *ad hoc* y el tribunal arbitral podía fijar libremente sus honorarios conforme a la cuantía controvertida, número

de pretensiones, complejidad del proceso, dificultad del mismo, volumen del expediente, tiempo que se debía dedicar al proceso y otros factores, cuyo cálculo hará la secretaría arbitral, pues entonces la coima estaría en el honorario abultado, como si en los antiguos arbitrajes *ad hoc* (sin tabla de aplicación obligatoria), los árbitros no solían cobrar mucho más que cuando se debía aplicar una tabla.

Y, por último, las autoridades dirán que la coima está en la diferencia entre lo que cobró ese tribunal arbitral y cualquier tabla, aunque ninguna tabla fuese aplicable al caso. Además, es alarmante cómo las autoridades desconocen que en estos arbitrajes la cifra de los honorarios antiguamente la establecía el propio tribunal arbitral vía resolución, previo cálculo del secretario del proceso, sin consultar a las partes.

Como se puede apreciar, las autoridades de la justicia peruana siempre tendrán un argumento en torno a los honorarios, o por ser altos o por ser bajos, o por ser un arbitraje *ad hoc* o por ser un arbitraje institucional.

10. EL RESULTADO DE LOS PROCESOS Y EL SOBORNO

En toda esta historia, además, a las autoridades peruanas les interesa entrar en detalles en torno al resultado de los procesos.

Basta que el árbitro —como hemos señalado— haya laudado parcialmente a favor de Toro Bravo, para que se acuse a ese árbitro, y se le persiga hasta encarcelarlo.

Pero alguna vez se ha preguntado el lector qué lógica tendría sobornar a un tribunal arbitral para que éste únicamente le dé la razón a aquél que soborna, en una parte de lo que pide y no se la dé en otra parte sustancial de sus pretensiones.

Pues, ninguna.

Si así fuese, Toro Bravo sería la empresa más cándida del mundo y los árbitros serían los más astutos del medio. Entiendo que si un corrupto coimea, lo hace para que le den la razón no solamente en una parte de lo que pide, sino en la integridad. ¿Qué sentido tendría un acuerdo de estas características? Pues, ninguno, a menos que Toro Bravo tenga visos de beneficencia pública o estupidez.

Pero tal situación es irrelevante para algunas autoridades peruanas.

Esta manera de apreciar el tema es totalmente prejuiciosa y ella no tiene que ver con la realidad de los hechos, sino con la idea preconcebida (prejuicio, se le llama) de la existencia de sobornos en todos los arbitrajes de Toro Bravo.

Contra esto no hay alegación que valga. Prejuicio, obstinación y persecución de los árbitros que «se atrevieron» a darle la razón parcial a Toro Bravo y a laudar parcialmente en contra del Estado.

11. LAS FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Pero también debe quedar advertido el medio jurídico peruano y, en especial, el arbitral, de algo muy importante.

En derecho penal, en la investigación fiscal, los medios probatorios son denominados «fuentes de investigación». Lo lógico y justo, entonces, sería que se proceda en materia de investigación de los arbitrajes teniendo en cuenta las fuentes de investigación aportadas por el propio Ministerio Público, por terceros y, naturalmente, por los árbitros investigados.

Voy a citar un ejemplo de escándalo.

En materia del tema de los honorarios en los arbitrajes *ad hoc*, cuando los tribunales arbitrales no tenían la obligación de regirse por una tabla de aranceles, se partió del prejuicio ya anotado.

En tales casos, según se ha podido apreciar en los medios de prensa,[218] un árbitro investigado presentó a la fiscalía, en calidad de fuentes de investigación, ingente documentación sobre la normativa y prácticas usuales sobre los honorarios en arbitrajes *ad hoc*, además de un gran número de informes elaborados por los expertos peruanos más importantes en arbitraje que respaldaban su interpretación de las leyes y de los hechos.

Bueno, pues, *parecería* que ninguna de esas fuentes de investigación fue considerada en el estudio del caso, en la formalización de la denuncia y en el pedido de prisión preventiva que se solicitó contra ése y todos los demás árbitros.

Por lo demás, la figura de la prisión preventiva es un mecanismo legal propio de un país totalitario en el cual se ordena que personas que constitucionalmente se presumen inocentes purguen carcelería «de manera preventiva» por dieciocho o treintaiséis meses, lo que se ha convertido en moneda corriente para muchas autoridades que desconocen cualquier doctrina elemental sobre derechos humanos.

En el Perú —y es bueno que lo sepan todos los colegas del mundo y la sociedad en su conjunto— no pocas autoridades de la administración de justicia actúan con la presunción de culpabilidad y no de la inocencia, como establece la Constitución Política en su artículo 2 inciso 24 literal e).

En ese orden de ideas, el contenido de la denuncia fiscal constituye la presunción. Pero esto, que ya es perverso de por sí, se vuelve más

[218] LP Pasión por el Derecho. *El caso Mario Castillo Freyre. Entrevista a Milo Ruiz González.* https://lpderecho.pe/el-caso-mario-castillo-freyre-por-milo-ruiz-gonzalez/

grave en la medida que —para algunas autoridades del sistema de justicia en el Perú— nada de lo que aporte el acusado para librarse de esa ilegal presunción es analizado y valorado por la fiscalía.

En buena cuenta, el sistema funciona de tal manera que la hipótesis de la denuncia inicial se va a confirmar de todas maneras. Algunas malas autoridades de la administración de justicia peruana entienden su labor como el deber de probar —a toda costa (o a costa de todo, que no es lo mismo)— esa culpabilidad del denunciado. Su labor no es entendida como la de investigar de manera imparcial, sino la de perseguir al acusado hasta encarcelarlo, sin importar si es inocente o culpable.

Sería bueno que recordáramos la figura del perverso juez nazi Roland Freisler, con cuya presidencia en el Tribunal Popular o Corte del Pueblo de la Alemania nacionalsocialista las condenas a muerte aumentaron de una manera exponencial. «Administradores de justicia» como Freisler pasan al basurero de la historia. Invito a mis lectores a que vean algunas de sus intervenciones en YouTube y lean los libros y artículos que se han escrito sobre esa etapa negra de la historia judicial.

12. LA LABOR DE LOS ÁRBITROS DEBE SER VALORADA DE MANERA INDIVIDUAL

Éste es un tema de mucha importancia.

¿Cómo llega un profesional a ser árbitro en un proceso en el que es parte Toro Bravo?

Pues, como sabemos, existen diferentes vías.

Una primera, obviamente, es que Toro Bravo lo designe como árbitro. En estos casos, el hecho de que se haya designado a esa persona

como árbitro no constituye un delito, pero los árbitros que se encuentran en esta situación han sido satanizados por el solo hecho de la designación.

Esa designación, para ser corrupta, tendría que haber partido de algún acuerdo colusorio con ese árbitro a efectos de que el mismo le conceda ventajas indebidas en el o en los procesos arbitrales; caso contrario, no habría delito en la designación ni en su ulterior aceptación del cargo.

La otra posibilidad para formar parte del tribunal arbitral será que el árbitro sea designado por la entidad estatal en litigio, la misma que —en principio— tiene intereses contrapuestos a Toro Bravo.

Obviamente, cabe la posibilidad de que funcionarios de Toro Bravo y funcionarios de la entidad estatal hubiesen acordado designar a un determinado árbitro, pero ese solo hecho ni siquiera tiene por qué ser conocido por el árbitro en cuestión, quien incurriría en delito —claro está— si antes o después de su designación por el Estado, pactase algo ilícito con Toro Bravo o con la gente de la entidad estatal, para favorecer a la empresa privada.

Esos árbitros, por lo general —y como ocurre en casi todos los arbitrajes— se pondrán de acuerdo en escoger a quien será presidente del tribunal arbitral. Pero ese acuerdo, por sí solo, tampoco implica delito, salvo que en él hubiese habido el pacto de escoger a alguien para favorecer los intereses de Toro Bravo.

Y, claro está, el árbitro designado como presidente por los árbitros de parte sólo incurrirá en delito si acepta el nombramiento en coordinación con los árbitros de parte y Toro Bravo y/o la gente de la entidad pública para favorecer los intereses de Toro Bravo en el arbitraje.

Ahora bien, si los árbitros designados por las partes no se ponen de acuerdo para designar al presidente del tribunal arbitral, ocurrirá, sin

duda, algo muy raro, pues constituye práctica común en el arbitraje peruano y en los casos que son o no son objeto de investigación, en particular, el que sí haya acuerdo. En el último caso, sería evidente que los árbitros de parte y quienes los designaron (Toro Bravo y la entidad estatal) no estaban coludidos. El tema es obvio.

Entonces, si es un centro de arbitraje, privado o público (el del ex OSCE), el que designa al tercer árbitro, se tratará de un caso muy especial que demuestre transparencia en la elección del presidente.

Un tema que resulta necesario abordar es el de las sucesivas designaciones por parte de Toro Bravo. En la práctica arbitral peruana de inicios de los noventa hasta el 2015, aproximadamente, no estaba regulado el reiterado nombramiento de un árbitro por parte de una misma empresa. El mismo podía motivar, naturalmente, la eventual recusación por la parte que no lo designó, pero si ello no ocurría, los centros de arbitraje, al considerar que tal reiterado nombramiento no perjudicaba a nadie, dejaban que el proceso arbitral siguiera su curso con este árbitro. Nadie, incluidos —obviamente— los propios centros de arbitraje, cuestionaba eso.

Además, siempre se consideró que los estándares internacionales de reiterados nombramientos no eran aplicables al Perú, sobre todo en casos de contratación estatal, cuando hay instituciones que tienen cientos de arbitrajes y no hay tantos árbitros calificados para tal efecto. En nuestros días esto ha variado.

Desde hace algunos años, y sobre todo después del inicio de las investigaciones en un caso por todos conocido, la perspectiva ha cambiado y los centros de arbitraje, incluso de oficio, podrían apartar a ese árbitro (que es designado en reiteradas ocasiones por la misma empresa) del proceso. Pero no podemos juzgar lo que ocurrió hace muchos años con estándares contemporáneos.

El reiterado nombramiento puede despertar suspicacias, pero —por sí solo— no significa ni implica nada malo y, mucho menos, algo delictivo.

No olvidemos que todo lo que venimos explicando en relación con el imaginario Toro Bravo sería plenamente aplicable a la investigación de cualquier otra empresa. Nadie está libre, por si acaso. O el medio arbitral honesto cierra filas en estos tiempos difíciles, o el Estado y algunos árbitros pendejos (Pendejo, RAE, peruanismo: 'astuto y taimado')[219] terminarán por destruir el arbitraje y a los árbitros.

Y les falta muy poco para lograrlo.

En adición a todo lo expuesto, debemos subrayar que la conducta de cada árbitro integrante de un tribunal arbitral debe ser apreciada y valorada de manera individual, como es, precisamente, la responsabilidad en materia penal. Así, las vinculaciones o pagos que hubieran existido con respecto a alguno de ellos de ninguna manera deben hacer extensiva la sospecha o responsabilidad con respecto a los demás árbitros.

No olvidemos que, tratándose de un proceso arbitral, la adopción de resoluciones se realiza de modo colegiado. En ese sentido, si se adopta una resolución por mayoría o por unanimidad, eso sólo prueba que tales árbitros han estado de acuerdo con ello, nada tiene que ver con las motivaciones internas (lícitas o ilícitas) que cada uno haya tenido para votar en ese sentido.

Mucho cuidado con esto.

---

219 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Pendejo». En *Diccionario de la lengua española*, https://dle.rae.es/pendejo?m=form

13. ¿PERÚ, SEDE DE PROCESOS ARBITRALES INTERNACIONALES? SÓLO UNA BROMA DE MAL GUSTO

En las últimas dos décadas se habló mucho de que el Perú tendría, como país, las condiciones para convertirse en sede de procesos arbitrales, esto dada su estabilidad jurídica, un Poder Judicial respetuoso de los laudos arbitrales, una buena Ley de Arbitraje, un medio arbitral en crecimiento y una economía en progreso.

Hoy esto suena a broma de mal gusto.

Queda claro que la institucionalidad democrática fue mellada desde el episodio del cierre del Congreso de la República el día 30 de septiembre de 2019. Se esté de acuerdo o en desacuerdo con la legalidad de la medida, para los círculos jurídicos peruanos no mediáticos más ilustrados ha quedado con respecto a ella una convicción golpista propia de «república bananera».

En segundo lugar, ya hemos visto que las autoridades encargadas de la administración de justicia en el Perú, paso a paso, vienen minando la estabilidad de los laudos arbitrales (las cifras no mienten) y ahora, además, se investiga y persigue a los árbitros.

Esto determina que el Perú no sea una buena sede para arbitrajes. Además, nunca lo ha sido. Para ello, basta ver las cifras de una muy autorizada investigación hecha a nivel internacional.[220] Éste era un cuento muy difícil de creer, pero menos en estos tiempos.

En tercer lugar, el Perú, desde el naturalmente ficticio caso Toro Bravo, tiene un medio arbitral sometido a la lupa de la prensa y a las

---

220 COLE, Tony; ORTOLANI, Pietro; KARACAN, Pinar y Stephanie TRINDADE CARDOSO. *Arbitration in the Americas: Report on a Survey of Arbitation Practitioners*. University of Leicester, 2018. https://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2018/04/Arbitration-in-the-Americas-Report-on-a-Survey-of-Arbitration-Practitioners.pdf

investigaciones de las autoridades encargadas de la administración de justicia.

Además, es natural que varios árbitros extranjeros, que antes no tenían problemas de arbitrar en el Perú, hoy no quieran hacerlo por temor a ser perseguidos injustamente en material penal. Y ellos saben, perfectamente, que no hay cláusula de exoneración civil o penal que valga, pues se trata de materias de orden público, además de que la sede del tribunal estará ubicada en el Perú y, seguramente, se aplicarán al proceso las leyes de este país.

En cuarto lugar, es lamentable que la economía del Perú ya no esté creciendo al ritmo que lo vino haciendo en otras épocas. El estancamiento o el crecimiento en porcentaje similar al crecimiento poblacional (que no representa, obviamente, progreso alguno) es el signo de nuestros tiempos.

Todo ello aunado a la inestabilidad política, elecciones congresales anticipadas en el vizcarrismo, a la casi nula institucionalidad de los innumerables partidos políticos y a los temores de cambios constitucionales retrógrados en lo que respecta al régimen económico de la Constitución.

Se trata de un pésimo cóctel para el país, y perverso para el arbitraje peruano, del cual son culpables muchos políticos; ciertos fiscales; algunos jueces; y, por supuesto, algunos malos árbitros, empresas y funcionarios públicos y privados.

Y no hay duda de que el gobierno de Pedro Castillo representó una etapa nefasta para la economía peruana y para el arbitraje en particular, especialmente con la intromisión y fijación de algunos de sus más altos funcionarios, quienes no dudaron en expresarse de la peor manera respecto de la institución arbitral y de los árbitros.

14. LA VORACIDAD DEL PODER EJECUTIVO PERUANO PARA TERMINAR DE CONTROLAR EL ARBITRAJE

Como sabemos, desde que se produjo el arbitrario cierre del Congreso de la República (30 de septiembre de 2019), por parte del gobierno de Martín Vizcarra, el Poder Ejecutivo gobernó por decretos de urgencia con fuerza de ley hasta que se volvió a instalar el nuevo Congreso luego de unas inusuales elecciones el año 2020.

De acuerdo con el artículo 118 inciso 19 de la Constitución Política, corresponde al Presidente de la República dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia.

Resulta claro que se trata de medidas excepcionales y que el Poder Ejecutivo no puede hacer uso y abuso de ellas, sin que se trate, realmente, de temas urgentes y de materia económica y financiera, pues de lo contrario estaría legislando de modo inconstitucional y usurpando las funciones del Congreso de la República, entonces disuelto.

Si los decretos supremos de urgencia pudiesen versar sobre cualquier materia no urgente y distinta a la económica y financiera, entonces éste sería un incentivo perverso para que el Ejecutivo promueva el cierre del Congreso de la República.

En lo que respecta al arbitraje, en los meses de noviembre y diciembre del 2019 y enero del 2020 se promulgaron y publicaron dos decretos supremos regulares y dos decretos supremos de urgencia que atañen directamente al arbitraje, dos de los cuales han tenido un impacto relevante contra el arbitraje en materia de contratación pública en el Perú.

Nos referiremos a ellos.

14.1. Decreto Supremo n.º 018-2019-JUS que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo n.º 1326, decreto legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado

Este decreto supremo fue publicado en el diario oficial *El Peruano*, el sábado 23 de noviembre de 2019, y tuvo la virtud de estructurar de mejor manera el sistema de defensa jurídica del Estado, pero plantea algunos problemas en materia de arbitraje.

En principio, crea la Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes (artículo 50),[221] lo que nos parece bien para la defensa del Estado y va en la línea de lo que hemos comentado anteriormente en este trabajo.

---

221 «Artículo 50.- Procuraduría Pública Especializada en Arbitrajes
50.1. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado en toda clase de procesos arbitrales, especialmente en aquellos originados por controversias surgidas en los contratos suscritos en el marco del Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Se exceptúa su intervención en arbitrajes de índole laboral. Inicia las acciones judiciales pertinentes, a fin de obtener la anulación del laudo arbitral, de ser el caso.
50.2. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes tanto en el arbitraje institucional como en el Ad Hoc, se encuentra facultado/a para designar al árbitro por parte de la Entidad, informando dicha situación al/a la titular y al/a la procurador/a público/a de la misma, sin perjuicio de la verificación oportuna que realice la institución arbitral y el/la contratista. Solo se requiere aprobación del/de la titular de la entidad, cuando la misma no cuente con procurador/a público/a.
50.3. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes asume competencia en calidad de sujeto activo o pasivo en el proceso arbitral, interviene cuando la pretensión o el monto total de contrato materia de controversia supera las doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias, o ante el pedido expreso de un/a procurador/a público/a; en este último caso, no se considera la cuantía, si el pedido manifiesta una causa que justifique el traslado.
50.4. El/La Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes elabora una base de datos actualizada e histórica de los árbitros que intervienen en procesos arbitrales en los que participa o participó el Estado, la misma que comprende las actuaciones relevantes de dichos árbitros y contiene, como mínimo, información del sentido de los laudos, conformación de los tribunales en los que participa, recusaciones declara-

Sin embargo, nos preocupa lo establecido en la Séptima Disposición Complementaria Final, cuando señala que:

> **Séptima.- Arbitrajes con participación del Estado**
>
> El/la procurador/a público/a o quien ejerce la defensa jurídica del Estado, en los procesos judiciales referidos a la anulación de laudo arbitral en los que el Estado es parte, solicita al órgano jurisdiccional que conoce la causa, ordene el reemplazo del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral, se toma en cuenta las reglas que determinaron la designación del árbitro cuestionado y se valora la decisión de los árbitros sobre los cuales se solicita la remoción, considerando los votos emitidos y anulados respectivamente. Esta causal de reemplazo tiene por objeto salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa del Estado; en consecuencia, debe ser alegada y probada por el/la procurador/a público/a o quien ejerce la defensa jurídica del Estado.

Decimos que nos preocupa la disposición citada en la medida que esta norma permite que cuando el Estado demande la anulación de un laudo de plano solicite a la Corte Superior que conozca de dicho recurso, que disponga el reemplazo del árbitro único o de los miembros del tribunal arbitral que hubiesen emitido tal laudo.

En primer lugar, la citada disposición coloca al Estado en situación de privilegio con respecto a los particulares en esta materia, pues un particular que recurre a los tribunales de justicia en anulación de un laudo no podrá solicitar en sus pretensiones algo similar en la medida que el recurso de anulación establecido por la Ley de Arbitraje tiene como pretensión específica, precisamente, la anulación del laudo.

---

das fundadas, anulaciones planteadas contra laudos emitidos, señalando cuantas fueron declaradas fundadas; así como, denuncias penales en su contra. Dicha base de datos tiene carácter público y es difundida a través de la página web institucional de la Procuraduría General del Estado.

50.5. Los/as funcionarios/as, servidores/as o terceros, tienen la obligación de atender las solicitudes de información o documentos requeridos por el Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes, siendo responsables por los daños causados al Estado por acción, omisión o demora. Para tal efecto, el Procurador/a Público/a Especializado/a en Arbitrajes inicia las acciones legales que considere pertinentes».

Esto significa que si se declarase fundado el recurso de anulación del laudo y se produce un reenvío al tribunal, el Estado podría lograr que sea un nuevo tribunal el que conozca el proceso arbitral, vale decir, un tribunal cuyos integrantes hayan sido recompuestos, obviamente, sustituyendo a aquéllos que laudaron en contra del Estado por árbitros nuevos.

En cambio, el particular que logre la anulación de un laudo seguido contra el Estado, si la Corte Superior ordena el reenvío, se encontrará frente al mismo tribunal arbitral que laudó en su contra y sólo podría intentar la sustitución de dichos árbitros vía recurso de recusación, cuyo resultado no necesariamente le sería favorable.

Como vemos, ésta es una situación adicional en la cual el Estado se otorga indebidas prerrogativas y se coloca la sartén por el mango. Esto, claro está, no es igualdad de armas.

14.2. Decreto de Urgencia n.º 020-2019, que establece la obligatoriedad de la presentación de la Declaración Jurada de Intereses en el sector público

Un decreto supremo de esta naturaleza podría entenderse, en apariencia favorable, ya que obligaría a presentar una declaración jurada de intereses por parte de los servidores civiles, de aquéllos que desempeñan función pública y de los demás sujetos señalados en la norma. El ámbito de aplicación de este «decreto de urgencia» es el artículo 1 del mismo, en donde no se menciona expresamente el arbitraje.[222]

[222] «Artículo 1.- Obligatoriedad de la presentación de la Declaración Jurada de Intereses Dispóngase la presentación obligatoria de la Declaración Jurada de Intereses por parte de los servidores civiles, de aquellos que desempeñan función pública y de los demás sujetos señalados en el artículo 3 de la presente norma, independientemente del régimen laboral o contractual en el que se encuentren en las entidades de la administración pública, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas o no en la actividad empresarial del Estado y los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

Sin embargo, el artículo 3, que establece cuáles son los sujetos obligados, incluye en el literal x), a «los árbitros que participan en arbitrajes que involucran al Estado, de acuerdo con lo establecido en el reglamento; […]».

De esta manera, por primera vez en el arbitraje nacional, los árbitros no sólo tendrán que cumplir con el tradicional deber de declaración o de revelación dentro del proceso, el mismo que reviste carácter confidencial, tal como todas las actuaciones del propio arbitraje. Ahora nos encontramos frente a una declaración que va a ser (es) de conocimiento público, en la medida que estará (está) disponible en internet.

El artículo 4 de este decreto de urgencia es el que se encarga de establecer cuál es el contenido de esa Declaración Jurada de Intereses.

Así, el árbitro deberá informar sobre empresas, sociedades u otras entidades públicas o privadas en las que posea alguna clase de participación patrimonial o similar, constituidas en el país o en el exterior (4.1, literal a).

Es evidente que lo exigido por esta norma constituye una demasía en la medida que esta información no guarda relación alguna con aquello que tenga relevancia para el proceso arbitral.

¿Qué importa en el arbitraje si uno de los árbitros es dueño de la Coca Cola, en tanto que aquello que se va a discutir versa sobre algunas pretensiones de una empresa constructora de capitales peruanos con respecto a un gobierno municipal?

Se está obligando, además, en un país en donde reina la inseguridad (hoy más que siempre), a que los profesionales exhiban su patrimonio.

La Declaración Jurada de Intereses es un documento de carácter público cuya presentación constituye requisito indispensable para el ejercicio del cargo o función pública».

La misma impertinencia la encontramos en el literal b), cuando se señala la obligación de informar sobre las representaciones, poderes y mandatos otorgados por personas naturales o jurídicas, públicos (sic) o privados (sic).

Por su parte, el literal c) obliga al árbitro a revelar su participación en directorios, consejos administrativos y de vigilancia, consejos consultivos o cualquier cuerpo colegiado semejante, sea remunerado o no. Este deber de revelación, en tanto no se relacione con las empresas en controversia, también es impertinente, al igual que lo dispuesto en el literal d), referido a revelar empleos, asesorías, consultorías o similares en los sectores público y privado, sean remunerados o no; o lo señalado en el literal e) que obliga a revelar la participación del árbitro en organizaciones privadas como organizaciones políticas (como si no existiera el Registro Público del Jurado Nacional de Elecciones), asociaciones (es decir, si uno es socio de un club con miles de asociados, por ejemplo), cooperativas, gremios y organismos no gubernamentales.

Por su parte, el literal f) incurre en el agravante de que la información que pide ya es por naturaleza pública, cuando exige que el árbitro revele su participación en Comités de Selección de licitación pública, concurso público, contratación directa, adjudicación simplificada; y fondos por encargo.

Y ya llega al colmo cuando exige que los árbitros declaren sobre las personas que integran su grupo familiar tales como padre, madre, suegro, suegra, cónyuge, conviviente, hijos y hermanos, indicando su número de documento de identidad, sus actividades, ocupaciones y centros o lugares de trabajo actuales. La norma establece que la información de los hijos menores de edad es excluida a efectos de la publicación, pero no la del resto de personas, quienes (parece que el Estado no lo supiese) no están aceptando el cargo de árbitro ni tampoco han autorizado al árbitro, por más pariente o cercano que sea, a revelar esa información y, peor aún, hacerla de conocimiento público.

En otras palabras, desde la vigencia de la norma bajo comentario, quien quiera ser árbitro en contrataciones del Estado deberá estar dispuesto a poner en absoluto conocimiento público y, especialmente, en manos de la delincuencia toda la información antes mencionada para que los maleantes decidan, a su antojo, qué personas serán sujetos apetecibles de futuros delitos.

¡Hermoso!

Y, por si todo esto fuera poco, la declaración jurada no se deberá presentar en un solo momento, sino, como lo dispone el artículo 5,[223] al inicio del arbitraje, al cese del mismo y deberá ser actualizada permanentemente.

Estas declaraciones juradas de intereses serán publicadas en el Portal de Transparencia Estándar y en la página web institucional de la entidad (artículo 8).

Pero no sólo eso, pues el artículo 9 establece que la Oficina de Integridad Institucional, o la que haga sus veces, se encarga de la revisión del contenido de la Declaración Jurada de Intereses.

---

223 «Artículo 5.- Presentación de la Declaración Jurada de Intereses
5.1. La Declaración Jurada de Intereses se presenta en forma virtual a través de la Plataforma Única de Declaración Jurada de Intereses (https://dji.pide.gob. pe) implementada por la Presidencia del Consejo de Ministros, a través de la Secretaría de Gobierno Digital y la Secretaría de Integridad Pública y es firmada digitalmente.
5.2. La Declaración Jurada de Intereses se presenta en las siguientes ocasiones:
a) De inicio: Dentro de los quince (15) días hábiles de haber sido elegido/a, nombrado/a, designado/a, contratado/a o similares.
b) De actualización: Durante los primeros quince (15) días hábiles, después de doce (12) meses de ejercida la labor. Sin perjuicio de lo anterior, en caso que se produzca algún hecho relevante que deba ser informado, el sujeto obligado presenta una actualización de su declaración jurada de intereses, en el plazo de quince (15) días hábiles de producido el referido hecho.
c) De cese: Al momento de extinguirse el vínculo laboral o contractual, siendo requisito para la entrega de cargo, conformidad de servicios o similares».

A esto se agrega lo dispuesto por el artículo 14 que señala que las «Declaraciones Juradas de Intereses son pasibles de control gubernamental, conforme a las normas vigentes aplicables».

Y esta vigilancia y nuevo control del Estado sobre el arbitraje en el Perú se materializa en el artículo 15, relativo a las infracciones administrativas, en donde se establece que constituye infracción administrativa el incumplimiento de lo previsto en la presente norma y en su reglamento (15.1), y agrega que las infracciones administrativas se tipifican en el Reglamento y pueden ser leves, graves o muy graves, siendo de aplicación las sanciones y procedimientos establecidos en las normas que regulan el régimen que corresponde a cada sujeto obligado, o lo que se agrega —como última amenaza—, en el sentido de que ello será sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, de ser el caso (15.2).

Como se puede apreciar, el Decreto de Urgencia n.º 020-2019, constituye otro puñal clavado por el Estado al arbitraje.

Pero eso no es todo.

14.3. Decreto Supremo n.º 377-2019-EF, que modificaba el anterior Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF

Esta norma modificó, entre otras disposiciones, el anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en lo que respecta al arbitraje.

En síntesis, se podría decir que establecía un control administrativo mucho más riguroso en lo relativo al desempeño del cargo de árbitro, pues exigía (artículo 230.4) que para desempeñarse como árbitro se debía estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del OSCE, estableciendo un procedimiento de evaluación e inscripción previa.

Por su parte, el artículo 231 literal r) establecía dentro de los impedimentos para ser árbitro: a las personas inscritas en el Registro de Deudores de Reparaciones Civiles (Redereci), sea en nombre propio o a través de persona jurídica en la que sea accionista u otro similar, con excepción de las empresas que cotizan acciones en bolsa; así como en el Registro Nacional de Abogados Sancionados por mala práctica profesional, en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido por el tiempo que establezca la ley de la materia; y en todos los otros registros creados por ley que impidan contratar con el Estado.

En otras palabras, si un árbitro fuese accionista mayoritario o minoritario de una persona jurídica que haya recibido alguna sanción que le impida contratar con el Estado, no podrá ejercer función arbitral en arbitrajes de contratación estatal.

Aquí —y en todos los demás casos incluidos en la norma citada— se estaba violando claramente el principio básico del derecho penal *non bis in idem*, que significa que una persona no puede ser juzgada ni sancionada dos veces por el mismo acto ilícito cometido.

En este caso, la sanción administrativa para no contratar con el Estado, que recaiga sobre la persona natural que quiera ser árbitro, o la sanción administrativa que recaiga contra la persona jurídica de la cual es socio quien quiera ser árbitro, se replicaría en una sanción adicional, dirigida contra la persona natural que desea ser árbitro, consistente en el impedimento de serlo.

Sin duda, otro punto en contra del Estado de derecho en el Perú.

Y, por si esto fuera poco, el anterior Reglamento de la Ley de Contratación Estatal establecía, en lo relativo a la inscripción en el Registro Nacional de Árbitros (inciso 6 literal d) del Anexo n.º 2 «Condiciones y Requisitos de los procedimientos administrativos y los servicios prestados en exclusividad del OSCE» del Reglamento de la Ley n.º 30225, Ley

de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo n.º 344-2018-EF), que era condición para inscribirse en el RNA-OSCE el aprobar la evaluación de conocimientos, con una nota mínima de catorce y la entrevista personal.

Este requisito constituía el punto final de la participación en arbitrajes con el Estado de muchos árbitros que son profesionales de antigua data y que han sido maestros universitarios de varias generaciones de abogados y de árbitros, los cuales, por una cuestión de honor personal, no deberían someterse a una evaluación de estas características.

No cabe duda de que el Estado no los quería como árbitros, pero ahora los tendrán como abogados litigantes, asesorando a quienes litiguen, precisamente, contra el Estado. Tenemos al Estado peruano haciéndose harakiri (Harakiri, RAE:[224] 'Forma de suicidio ritual, practicado en el Japón por razones de honor o por orden superior, consistente en abrirse el vientre').

El literal i) señalaba, dentro de otro de los requisitos, el no haber sido sancionado por el Consejo de Ética, pero no especificaba algo adicional, habida cuenta que las sanciones una vez cumplidas no pueden seguir teniendo vigencia ultraactiva, pues ello significaría que tales sanciones serían eternas, lo que es contrario a cualquier consideración mínima de derecho penal y de derecho constitucional, cuyo conocimiento básico, a veces, es mucho pedir en el Perú.

Y, además, se señalaba un literal j) en el que podía caber todo, a efectos de que el Estado esté en capacidad de vetar la participación de cualquier profesional como árbitro sea —se nos ocurre, no más— porque exista contra él algún rumor de inconducta, alguna publicación periodística en su contra, alguna investigación de carácter penal en curso o

[224] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Harakiri». En *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/harakiri?m=form

cualquier otra cosa que se le quiera inventar (materia profesional y políticamente muy peligrosa).

El literal l), que mencionamos, establecía que es requisito para ser árbitro, «l) No encontrarse involucrado en hechos o circunstancias que representen razonablemente un potencial riesgo para el interés público y que por su importancia afecten o pongan en duda seriamente su idoneidad moral o profesional».

Sin duda, una norma de intencional imprecisión y ambigüedad, un lindo pretexto para que el Estado vete como árbitro a quien quiera, atropellando la presunción de inocencia establecida por la Constitución Política del Perú (artículo 2 inciso 24 literal e): «Toda persona es considerada inocente, mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad»). En verdad, esta presunción es uno de los pilares que debe sostener la línea fronteriza entre un país civilizado y una tribu. Creo que el Perú está eligiendo dónde quiere estar.

14.4. Decreto de Urgencia n.° 020-2020, que modifica el Decreto Legislativo n.º 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje

El viernes 24 de enero del año 2020 fue publicado en el diario oficial *El Peruano* el Decreto de Urgencia n.° 020-2020, que modifica la Ley de Arbitraje.

En ese entonces, ya constituía un secreto a voces que el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encontraba trabajando esta norma en coordinación con algunas procuradurías públicas.

Este decreto de urgencia modificó siete artículos de la Ley de Arbitraje y agregó uno.

Los modificados fueron los artículos 7, 8, 21, 29, 51, 56 y 65. El artículo adicionado fue el 50-A.

Me referiré a los más importantes en razón a la tesis que vengo sosteniendo.

El inciso 2 del artículo 8, relativo a la competencia en la colaboración y control judicial, establecía lo siguiente:

> **Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial**
>
> 2. [...]
>
> En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral. El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.

A través de esta norma se introdujo otro aspecto en el que se beneficiaba a las entidades del Estado peruano en perjuicio de sus contrapartes, pues la norma establecía que cuando el Estado peruano era la parte afectada con la medida cautelar se exigía (se entiende, necesariamente) como contracautela la presentación de una carta fianza y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral.

Es claro que esta norma trataba distinto al Estado y a los particulares, pues si el Estado fuese el beneficiado por la medida cautelar dictada contra una empresa privada contra la que litigue, el tribunal arbitral podía establecer una medida cautelar mucho más beneficiosa para el Estado, incluida una caución juratoria, lo que no ocurrirá en el caso inverso.

Además, la norma señalaba que el monto de la contracautela lo establecía el juez o el tribunal arbitral ante el que se solicitaba la medida cautelar, pero precisaba que el mismo no debía ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Sin duda, otra medida que ocasionaba desbalance en el tratamiento que recibían los particulares que litigan contra el Estado.

Cabe precisar que este segundo párrafo adicionado al artículo 8 de la Ley de Arbitraje fue derogado por el literal e) de la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley n.° 32069, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de junio de 2024.

Por otra parte, al artículo 29 inciso 2 se le agregó un literal e), que establece lo siguiente:

> **Artículo 29.- Procedimiento de recusación**
>
> […]
>
> e) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, si la otra parte no conviene en la recusación y el/la árbitro/a recusado/a niega la razón, no se pronuncia o renuncia (sic:) debería decir no renuncia), resuelve la recusación la institución arbitral; a falta de esta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23. Es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros.

Aquí también se produce un favoritismo hacia las entidades estatales, pues la norma citada establece que si la parte contraria al Estado no conviene en la recusación de un árbitro, y el árbitro recusado niega la razón, no se pronuncia o *no* renuncia, resolverá la recusación la institución arbitral. Pero nótese cómo esta disposición sólo se refiere al supuesto en que la parte contraria al Estado incurra en los hechos descritos, lo que implicará que si quien no conviene en la recusación fuese el Estado y el árbitro recusado niegue la razón, no se pronuncie o no renuncie, la norma no será aplicable.

Además, se señala que si el arbitraje no fuese administrado por una institución arbitral, la recusación será resuelta por la cámara de comercio correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23 de la propia ley.

Esta especificación, de acuerdo a la redacción de la norma, también se refiere únicamente al supuesto en que la contraparte no convenga la recusación y el árbitro recusado niegue la razón, no se pronuncie o no renuncie.

El artículo concluye señalando que es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros; sin embargo, nótese que esta norma no se aplica a todos los arbitrajes, sino sólo a aquéllos en que el Estado intervenga como parte. Y también sólo a aquellos casos descritos en el nuevo literal e) del inciso 2 del artículo 29.

Por lo demás, hay que señalar que el precepto peca por error, ya que no menciona que es el literal e) del inciso 2 del artículo 29, pues solamente se refiere al literal e), sin mencionar el inciso correspondiente al que se adiciona la norma.

Otro error es que en la cuarta línea del literal e) se señala que el árbitro recusado «no se pronuncia o renuncia», cuando la expresión correcta debió ser que el árbitro recusado «no se pronuncia o no renuncia».

De otro lado, el decreto de urgencia bajo comentario introduce una nueva norma, el artículo 50-A, referido al abandono, figura que no existía en el arbitraje y que era propia de los procesos judiciales.

Su texto es el siguiente:

> **Artículo 50-A.- Abandono**
>
> En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es *ad-hoc*, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral.
>
> La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

En principio, es claro que en la inmensa mayoría de casos (a ojo de buen cubero, más del 90 %, sin duda) en que el Estado litiga en arbitraje, el Estado es parte demandada, es decir, el Estado no tendrá interés en que ese proceso siga su curso de manera rápida, pues, a fin de cuentas, carecerá de la expectativa de ganar algo; por el contrario, podrá perder aquello que se pretende contra él.

En ese sentido, cuando se introduce la figura del abandono en el arbitraje en materia de contratación estatal se podría pensar que dicho abandono perjudicará a ambas partes, pero ello ocurrirá sólo en teoría, pues el Estado pocas veces es demandante.

Dentro de tal orden de ideas, vemos cómo la norma sobre abandono tiende a beneficiar al Estado en perjuicio de los particulares y establece una distinción en materia de trato con respecto a los arbitrajes comerciales, es decir, de aquéllos que se siguen entre particulares.

La norma, además, es bastante draconiana, pues establece que en los arbitrajes en que interviene como parte del Estado peruano, si no se

realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro meses, se declarará el abandono del proceso arbitral, sea de oficio o a pedido de parte.

El precepto que se agrega a la Ley de Arbitraje señala que en caso el arbitraje fuere institucional, la declaración será efectuada por la secretaría general del centro de arbitraje, en tanto que si fuere *ad hoc*, la misma será efectuada por el árbitro único o —y aquí otra sorpresa— por el presidente del tribunal arbitral.

En principio, no estamos de acuerdo en que la declaración de abandono sea un acto de naturaleza administrativa, lo que implica que si el arbitraje fuera institucional, el abandono debería ser declarado no por la secretaría general del centro de arbitraje —órgano administrativo por excelencia—, sino por el propio tribunal arbitral.

La propia norma reconoce esto cuando nos encontremos ante un tribunal arbitral *ad hoc* de árbitro único, pero se vuelve a desviar del camino correcto cuando nos encontremos frente a un tribunal arbitral *ad hoc* con tribunal colegiado, ya que el nuevo artículo 50-A otorga la facultad de declarar el abandono del proceso al presidente del tribunal arbitral y no al tribunal arbitral en pleno, como debería ser.

En otras palabras, la decisión de declarar el abandono es vista como una de carácter meramente administrativo y no fruto de una decisión del órgano arbitral propiamente dicho, pues en este caso debería tratarse de una resolución adoptada por el órgano colegiado (o, naturalmente, por el árbitro único, de ser el caso).

Por otra parte, esta norma constituye un incentivo perverso para que las entidades estatales puedan demorar los actos procesales más de la cuenta.

Todos sabemos que hay casos en los cuales el abandono podría producirse fácilmente no por culpa de la parte demandante (por lo general, el particular que contrata con el Estado), sino por la lentitud de los órganos administrativos del propio centro de arbitraje, los cuales, por citar un ejemplo muy conocido, pueden, en algunos casos, demorar varios meses en resolver incidentes, tales como recusaciones de árbitros.

Además, la norma establece otra restricción para los derechos de los particulares, pues señala en su segundo párrafo que la declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis meses.

Esta restricción es totalmente interesada y, a la vez, esconde el propósito del Estado de que prescriban o caduquen los plazos para ejercer las pretensiones que hubiese en juego.

Como vemos, se sigue desnivelando la cancha en favor del Estado y en perjuicio de los particulares.

La norma concluye señalando que si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes, y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho. Se trata, sin duda, de otro precepto muy conveniente en favor del Estado y en perjuicio de quienes contratan con él.

Por otra parte, el artículo 56, relativo al contenido del laudo, es modificado agregándose un segundo párrafo al inciso 2, el mismo que señala:

> **Artículo 56.- Contenido del laudo**
>
> […]
>
> 2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73. [Párrafo de la norma vigente].
>
> […]
>
> En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u, (sic) otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje.

La modificación al artículo 56, sin duda, es otra norma que trata de manera distinta los arbitrajes en que participa el Estado de los demás arbitrajes al establecer que en ellos no cabe la imposición de multas administrativas o similares, u otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje.

En buena cuenta, lo que está diciendo el artículo 56 es que cuando el Estado sea litigante, los tribunales se verán atados de manos para sancionar la inconducta procesal del Estado o de sus procuradores, representantes y abogados, quienes tendrán carta blanca, por ejemplo, para entorpecer el desarrollo del proceso.

Finalmente, queremos referirnos a la modificación introducida al artículo 65 de la Ley de Arbitraje, por el «Decreto de Urgencia» n.º 020-2020, el mismo que se refiere al literal b) del inciso 1 cuando agrega lo siguiente:

> **Artículo 65.- Consecuencias de la anulación**
>
> 1. Anulado el laudo, se procede de la siguiente manera: [Párrafo de la norma vigente].
>
> b. [...]

> En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros [*sic*, debería ser «o» árbitros] que emitieron el laudo anulado. En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.

Esta norma, también se refiere a los arbitrajes en que el Estado intervenga como parte litigante; y, aparentemente, sus efectos comprenderían a ambas partes.

Sin embargo, la norma también tiene trampa, en la medida que quienes, por lo general, recurren a los tribunales ordinarios para anular los laudos, son las entidades del Estado.

En ese sentido, dado el creciente número de laudos anulados (tema también ya abordado en este trabajo) será, en la práctica, el Estado quien se beneficie con este nuevo dispositivo.

En síntesis, lo que establece la norma es que, si el laudo es anulado y existiera reenvío al tribunal arbitral, las partes pueden decidir sustituir al árbitro que designaron.

En otras palabras, si el Estado perdió en el laudo, pero ganó la anulación del mismo, resulta clarísimo que solicitará la sustitución del árbitro que designó y que falló en contra de la entidad estatal.

Nótese que el precepto también autoriza solicitar la recusación del árbitro o árbitros que emitieron el laudo anulado.

Por lo demás, acá, no necesariamente habría causal de recusación, y lo que se está haciendo es facultar al Estado a invocar la recusación de los árbitros que fallaron en su contra, seguramente, alegando que, por el hecho de haber laudado antes, ya adelantaron opinión.

Sin duda, todo un absurdo y una injusticia.

Y, por si fuera poco, el artículo 65, inciso 1, literal b) concluye ahora señalando que en tal supuesto se habilita el plazo ficticio para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.

Este precepto lo que está haciendo es crear un plazo para la recusación, aunque éste no exista. Otra ventaja más para el Estado.

En conclusión, este «decreto de urgencia» consagra algunas de las más caras y antiguas aspiraciones del Estado peruano con respecto al arbitraje, y marca, definitivamente, el desnivel en el tratamiento legal que el Perú otorga a los particulares y al Estado en esta materia.

CAPÍTULO II
LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA EL PROPIO MEDIO ARBITRAL PERUANO[225]

No cabe duda de que un notorio componente del desarrollo del arbitraje está representado por las sucesivas normas de contratación estatal, que desde 1998 establecen la obligatoriedad de incluir convenios arbitrales en todos los contratos que el Estado celebra con particulares, para la provisión de bienes, servicios u obras.

Recientemente, el día 24 de junio de 2024 se publicó la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, en la cual se establece la cláusula de solución de controversias como una cláusula obligatoria en los contratos regulados por la citada ley, siendo el arbitraje uno de los mecanismos de resolución de controversias que contempla la norma en mención, la cual entró en vigor a los noventa días calendario contados a partir del día siguiente a la publicación de su Reglamento.

Todas estas normas han ido afirmando la institución y estableciéndole un blindaje y autonomía, lo suficientemente fuertes como para que el arbitraje se siga abriendo camino en el Perú como medio eficaz de solución de controversias.

---

225 El presente acápite tiene como base el texto titulado: «Algunas reflexiones para el afianzamiento del arbitraje del Perú», elaborado por Mario Castillo Freyre. Publicado en: *Entre el derecho civil y el arbitraje. Primera parte*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2016. pp. 269-289. Dicho trabajo de Mario Castillo Freyre luego integró también una obra escrita en coautoría con Rita Sabroso Minaya, Jhoel Chipana Catalán y Laura Castro Zapata (Véase CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; CHIPANA CATALÁN, Jhoel y Laura CASTRO ZAPATA. *La Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia. Op. cit*., pp. 13-22). De igual forma, se incluyen en este acápite una serie de incidentes ficticios que permitirán ilustrar a nuestros lectores acerca de los problemas que presenta el medio arbitral peruano.

Esta efervescencia arbitral ha ido acompañada de un apreciable esfuerzo académico, en virtud del cual cada vez más personas escriben sobre temas arbitrales.

A la par, las revistas de derecho se han ido poblando de artículos sobre arbitraje y han surgido diversas publicaciones de carácter periódico, en soporte papel o magnético, dedicadas exclusivamente a temas arbitrales.

Es importante destacar, también, que desde hace ya varios años, diversas universidades del Perú incluyen al arbitraje como curso electivo en los programas de sus facultades de derecho. Y si el camino de crecimiento del arbitraje continúa, tal materia terminará teniendo la condición de obligatoria, como ocurre ya en algunas casas de estudio.

Por lo demás, los volúmenes patrimoniales controvertidos en sede arbitral han superado con creces aquellos otros controvertidos en el Poder Judicial, fortaleciendo el medio arbitral de tal manera que a pesar de no constituir un poder del Estado ni tener organicidad, creemos que puede empezar a hablarse de la existencia del denominado «Poder Arbitral».

Son múltiples las ventajas que ha ofrecido el arbitraje en los varios lustros que ya tiene de vigencia en nuestro país, especialmente, porque ofrece una justicia mucho más especializada que la justicia ordinaria y porque aquella usualmente es más rápida y eficaz que esta última.

Sin embargo, resulta importante ocuparnos de cuáles son los problemas que presenta en la actualidad y cuáles serían los mecanismos para superarlos, en beneficio del arbitraje, de la justicia y de la sociedad peruana en su conjunto.

Los principales problemas del arbitraje no se hallan en su regulación normativa, la que, como hemos señalado, ha venido evolucionando paulatinamente desde 1992 hasta llegar a la última ley del año 2008 que recoge las principales experiencias vividas por los tribunales arbitrales durante la vigencia de la Ley n.º 26572.

Consideramos que los principales problemas del arbitraje en el Perú son problemas humanos y que los principales obstáculos para que el arbitraje constituya el medio eficaz de obtención de justicia que todos queremos están en la sociedad y en el medio jurídico en particular.

En ese sentido, no se piense que todos los problemas del arbitraje en el Perú se derivan del Estado y de sus malas prácticas. Buena parte de los males surgen del propio medio arbitral.

Resultaría imposible hacer una relación completa de todos esos problemas. No lo pretendo. Pero he hecho memoria para recordar una serie de incidentes, todos ficticios, seguramente, pero de cuya veracidad en los relatos no tengo la menor duda.

Además, como podrá observar el lector, algunos de estos males son muy difundidos y otros corresponden a anécdotas puntuales de las que no se puede deducir generalización alguna.

Dentro de tal orden de ideas, vamos a indicar cuáles son los principales problemas del arbitraje en el Perú.

Me voy a referir a algunos casos emblemáticos (todos ellos ficticios, por cierto) en los que se reflejan los problemas de la práctica arbitral peruana.

1. LA NECESIDAD DE QUE EL ARBITRAJE NO SEA REPRESENTATIVO DE LA SOCIEDAD

Cuando las encuestas de opinión consultan al ciudadano sobre la representatividad de las instituciones públicas, éstas generalmente salen reprobadas.

Ello ocurre con el Poder Ejecutivo, con el Poder Legislativo, y especialmente, con el Poder Judicial, contra el cual se centran muchas de las baterías de los encuestados y de la población en su conjunto, la que considera que este Poder del Estado concentra una serie de defectos y problemas de los que debería ser ajeno.

En ese sentido, en realidad, los peruanos queremos que nuestras instituciones no sean representativas de los problemas del Perú.

Y no está mal que ello sea así, pero sí estaría muy mal el pensar que los problemas de nuestras instituciones públicas son ajenos a la sociedad de la que forman parte.

Sería iluso pensar que tales problemas no son fielmente representativos de la sociedad, en la que también encontramos aquellos defectos que la propia sociedad critica en quienes la gobiernan o administran justicia.

Sin embargo, esta aparente contradicción no es reprobable, sino un indicador bastante ilustrativo de que la sociedad peruana, independientemente de compartir todos esos problemas, es consciente de que sus gobernantes deberían ser ajenos a ellos.

Es decir, lo que ocurre es que la sociedad peruana quiere verse representada por personas que sean ajenas a tales problemas y que, por lo tanto, sean capaces de tomar distancia de ellos e intentar solucionarlos. n duda, se trata de un fenómeno social y político muy interesante y que

merecería ser estudiado no sólo desde el punto de vista político o jurídico, sino desde las más diversas perspectivas.

¿Y qué hay del arbitraje?

El problema de partida del arbitraje en el Perú es que se enmarca dentro de una determinada sociedad y que, por consiguiente, no puede ser ajeno a las debilidades y amenazas que le plantea una sociedad con muchos problemas y un medio jurídico que también arrastra tales problemas y que —en gran proporción— los ha venido arrastrando a la justicia ordinaria.

En ese sentido, debemos apuntar a que el medio arbitral constituya una justicia verdaderamente particular y contribuir a blindarla desde todos los ámbitos en que sea posible.

Dentro de tal orden de ideas, debe importarle a la sociedad y al medio jurídico, en particular, que el arbitraje se salve de estos agentes contaminantes ya que, tal vez, sea más factible y más rápido salvar el arbitraje que salvar a la justicia ordinaria, la que, a pesar de la existencia de notables y esforzados magistrados, debe cargar con muchos lastres que no permiten su liberación definitiva en camino de la justicia.

2. LA DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS COMO ABOGADOS DE PARTE

Es, precisamente, fruto de los problemas que presenta el medio jurídico al que hemos hecho referencia, que existe en muchos abogados la tentación de que el arbitraje no sea una institución encaminada a lograr justicia, sino a obtener la razón, por más de que para tal efecto se tenga que recurrir a métodos vedados por la propia institución del arbitraje.

El más directo y antiguo de estos métodos está constituido por la designación de árbitros para que cumplan la función de abogados de parte.

Como recordamos, el inciso 3 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje establece: «los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo [...]».

En tal sentido, las partes tienen libertad para establecer en el convenio arbitral el mecanismo que emplearán para el nombramiento del árbitro, ya sea que ellas mismas designen a los árbitros o lo haga una institución arbitral o cualquier tercero; sin embargo, hay que precisar que dicha libertad para establecer el mecanismo que mejor estimen no puede quebrantar el equilibrio que debe existir siempre entre las partes.

En efecto, si bien la Ley de Arbitraje reconoce distintas formas de designación de árbitros, 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 las características fundamentales que debe tener todo árbitro son su imparcialidad e independencia.

Es así que debería constituir una sana práctica arbitral el designar como árbitro a alguien en cuyo criterio confíe la parte y no a alguien que sea un dependiente de esa parte.

Esta situación es lo suficientemente grave, al extremo de que muchas veces uno se encuentra frente a tribunales arbitrales en donde la decisión se sabe que será tomada por el presidente del tribunal arbitral, pues desde el momento de la constitución de dicho tribunal se conoce cuál será el sentido de los votos de los árbitros de parte.

Esta práctica pervierte notablemente el arbitraje y, por ello, debiera ser desterrada.

3. LA DESIGNACIÓN SUPLETORIA DE ÁRBITROS POR PARTE DE LAS CÁMARAS DE COMERCIO

Como todos sabemos, la Ley de Arbitraje ha establecido un nuevo mecanismo para la designación supletoria de árbitros en defecto de designación por las partes y en defecto de elección del presidente por los árbitros de parte. Como se recuerda, anteriormente dicha labor estaba conferida por ley a los jueces civiles.

La razón fundamental que motivó este cambio en la legislación obedeció a la celeridad, en la medida en que se consideraba que los tribunales ordinarios demoraban demasiado en proceder a efectuar tales designaciones.

El medio arbitral en su conjunto acogió de manera mayoritariamente favorable esta modificación legislativa, no obstante lo cual tal cambio no estuvo exento de cuestionamientos.

En ese sentido, el principal cuestionamiento al respecto es de orden constitucional en la medida en que si las partes preferirán recurrir a un arbitraje *ad hoc* y no a uno administrado por la cámara de comercio de la localidad, esto obedecerá a múltiples razones, entre ellas, a que podrían no confiar en dicha cámara de comercio.

No obstante, la Ley de Arbitraje ha establecido el apartamiento de la jurisdicción ordinaria (el acudir al juez para la designación supletoria de los árbitros) y la realización de las funciones antes mencionadas por las cámaras de comercio.

Es atendible la observación de orden constitucional, mas no estamos convencidos de la inconstitucionalidad de este procedimiento, sobre todo para aquellos casos en donde los convenios arbitrales se han celebrado con la vigencia de la actual Ley de Arbitraje, que ya contempla

este mecanismo. Pero lo que preocupa es el mecanismo de designación supletoria que lleven a cabo las cámaras de comercio.

Se ha dicho que el principal activo del arbitraje está en la confianza que las partes tengan en la institución y, específicamente, en los árbitros que dirijan el proceso. Esa confianza debe estar presente también en las cámaras de comercio, que cumplen la delicada función de designar supletoriamente a los árbitros.

En ese sentido, las cámaras deberían proceder de la manera más transparente posible a efectuar tales designaciones. Eso significa que la designación supletoria debe ser un acto derivado del azar y no de la decisión del órgano de gobierno en materia arbitral de la cámara de comercio de la localidad.

Esta afirmación tiene base legal, pues el artículo 25 de la Ley de Arbitraje establece en su inciso 5 que la cámara de comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro, y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

Y, por si fuera poco, el inciso 6 del referido artículo 25 se encarga de subrayar que en el arbitraje nacional la cámara de comercio efectuará el nombramiento, siguiendo su procedimiento de designación aleatoria, por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.

No nos cabe duda de que las cámaras de comercio podrían decidir designar a un determinado árbitro con carácter supletorio, dadas sus notables cualidades personales, pero también dicha elección podría obedecer a un favoritismo personal o, incluso, podrían haber sido influenciadas por alguna de las partes en conflicto.

En ese sentido, el mecanismo más transparente sería que todos los árbitros que objetivamente reúnan las condiciones establecidas por el

respectivo convenio arbitral, por el reglamento de la institución y por la propia ley, entren en un sorteo que se realice en presencia de las partes del proceso y de notario público.

Por lo demás, las propias cámaras —y cualquier otro órgano que tenga esta función— deberían evitar que los funcionarios que trabajan en ellas elaboren ternas o nóminas reducidas con el propósito de que se hagan sorteos dentro de tales listas.

Decimos esto en la medida en que sería muy fácil manipular el contenido de tales nóminas y, al final, aunque se procediera a efectuar un sorteo en presencia de las partes o de notario público, lo único que se estaría legalizando sería una injusticia, que seguramente marcaría el curso y resultado del futuro proceso arbitral.

En el caso de las cámaras de comercio, la ley debería prohibir (para los arbitrajes en que ellas intervengan en designaciones supletorias de árbitros), que los funcionarios de los centros de arbitraje de las propias cámaras presten servicios de secretaría arbitral en los procesos que no sean organizados y administrados por dichas instituciones, e impedir el mecanismo de designar supletoriamente para un arbitraje *ad hoc* a alguien cercano a las personas de la institución a efectos de que este árbitro proceda a proponer e inducir la elección como presidente del tribunal arbitral *ad hoc* de aquel funcionario que lo puso en la nómina y que al final, seguramente, también forzó su designación supletoria.

Estas consideraciones, obviamente, se aplican —*mutatis mutandis*— a cualquier centro de arbitraje, sea de la naturaleza que fuere.

4. LAS SOCIEDADES SECRETAS EN EL EJERCICIO PROFESIONAL

Puede ocurrir que existan casos de una sociedad secreta entre dos personas nombradas como árbitros, pero no siempre tales sociedades secretas son susceptibles de ser identificadas o descubiertas habida cuenta

de que la inmensa mayoría de ellas son sociedades de hecho en las que se comparten trabajos, recomendaciones, designaciones como árbitros, así como consultas profesionales, a pesar de que —formalmente— ambas personas no tienen relación profesional alguna en el terreno formal y de carácter *erga omnes*.

Es importante resaltar estos casos, pues tal práctica resulta en extremo peligrosa en la medida en que cuando uno designa a un árbitro o a un presidente de tribunal se busca que esta persona guarde distancia e independencia con respecto a los otros dos árbitros.

Es evidente, entonces, que si se hubiese sabido tal vinculación, lo más probable es que no se habría designado a tal persona como presidente del tribunal arbitral, pues existiría una proclividad en ella (dada la sociedad o comunidad de negocios existente) para favorecer los intereses de una de las partes.

La distancia del presidente de un tribunal arbitral con respecto a ambos árbitros de parte garantiza su imparcialidad.

5. LA INFRACCIÓN A LA CONFIDENCIALIDAD DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

Es práctica habitual en los procesos arbitrales que las partes pacten el deber de confidencialidad, el que se extiende no sólo a los árbitros y las partes del proceso, sino también al secretario arbitral, a los asesores de las partes y de la institución arbitral, a los abogados informantes o asesores externos, a los peritos y a todas aquellas personas que, de una u otra forma, hubiesen tenido conocimiento del contenido total o parcial del proceso.

Es evidente también que este deber de confidencialidad cesa si es que el laudo arbitral fuese objeto de impugnación, vía el recurso de anulación del laudo.

En tal sentido, muchas veces causa sorpresa leer en los diarios o revistas informaciones relativas a procesos arbitrales en curso cuyo contenido resultaría imposible que haya sido redactado solamente por periodistas sin la ayuda de vital información proporcionada por alguna de las partes.

Si bien he cuestionado en algún trabajo anterior la absoluta confidencialidad de los laudos arbitrales,[226] sí estoy de acuerdo en que, mientras dure el proceso, debe regir dicha confidencialidad.

No cabe duda de que uno de los factores que debe evitarse en el desarrollo de todo proceso arbitral es el de la injerencia de la opinión pública, la que, a mi juicio, resulta muy influyente en el caso de los procesos que conoce el Poder Judicial, en donde muchas veces los magistrados resuelven más en función del juicio de la población que del contenido del expediente.

No olvidemos que los tribunales arbitrales también están integrados por seres humanos y es innegable que la presión mediática puede afectar el sano juicio de muchos.

6. LA CONFIDENCIALIDAD DESPUÉS DEL LAUDO

Uno de los aspectos que siempre se tuvo como correspondiente a la confidencialidad del proceso era la reserva del laudo, es decir que, como hemos señalado, si dicho laudo no se impugnaba ante los tribunales ordinarios, su contenido debía permanecer secreto.

No obstante, tanto la legislación como la doctrina han empezado a horadar este alcance de la confidencialidad.

---

226 CASTILLO FREYRE, Mario. «La confidencialidad en el arbitraje». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra Editores - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, vol. 8, pp. 287-298.

No olvidemos que las normas sobre contrataciones del Estado imponen al OSCE (que según la Ley n.º 32069 ahora se denomina Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes - OECE) el deber de publicar los laudos arbitrales administrados por dicho organismo, o que se hayan instalado en él, a efectos de que sean de conocimiento del público que acceda a su página web.

Así, debería acelerarse el proceso para que todos los laudos que han recaído sobre arbitrajes en donde se haya controvertido fondos públicos sean publicados por el OECE, incluso aquellos que hubieren sido administrados por otros centros de arbitraje.

Estimamos que cuando se trata del dinero de todos no hay confidencialidad que valga después de emitido el laudo.

Por lo demás, sostenemos que la publicidad de los laudos arbitrales contribuirá a que el medio jurídico y la sociedad en su conjunto puedan evaluar abiertamente el comportamiento de los árbitros y juzgarlos en función de sus decisiones.

La publicidad de dicha información contribuirá a obligar a los árbitros a cumplir de manera más fidedigna con el deber de declaración, pues serán más públicos sus antecedentes en materia arbitral, los casos resueltos por ellos, las partes que los nombraron, los árbitros con los que compartieron el tribunal y, finalmente, el sentido de sus decisiones.

De otro lado, la publicidad de los laudos arbitrales contribuirá de una manera muy generosa a enriquecer el debate jurisprudencial y académico en el Perú.

Muchas veces en el medio jurídico se oyen quejas acerca de la falta de desarrollo teórico de las sentencias judiciales.

Este fenómeno, sin duda, obedece a la excesiva carga procesal de los magistrados, quienes se ven impedidos, mayormente, de ingresar a efectuar un análisis exhaustivo de los problemas jurídicos puestos a su conocimiento.

Ese problema no está presente en los tribunales arbitrales, ya que los árbitros son contratados para dicha función en particular y, por más arbitrajes que tengan, carecen de la carga procesal de cualquier magistrado.

En ese sentido, es frecuente encontrarse con laudos bastante extensos, en donde se hace un desarrollo pormenorizado de los problemas jurídicos que se presentan.

Hay ocasiones en las cuales uno ha tenido la oportunidad de acceder a la lectura de laudos arbitrales que constituyen notables piezas jurídicas, cuyo conocimiento público está vedado por el deber de confidencialidad.

Imaginemos cuán diferentes serían las discusiones en las aulas de derecho y cuán enriquecedor sería el debate si tuviera como objeto de estudio los principales laudos arbitrales que año a año se emiten en nuestro país.

No hay que olvidar que esto también es jurisprudencia y si bien ella carece de algunas de las características que comparte toda la jurisprudencia de los tribunales ordinarios, ello no obsta a que deba ser de instrucción y conocimiento público.

7. UN MEDIO ARBITRAL PROCLIVE A LA LISONJA

Con el paso de los años he ido confirmando la idea de que el medio arbitral no solamente peruano, sino mundial, es bastante proclive a la lisonja.

Lisonja, según la Real Academia Española, significa 'Alabanza afectada para ganar la voluntad de alguien'.[227]

El medio arbitral es, sin duda, dentro del derecho, de aquellos más proclives a la lisonja, en muchos casos, a la exageración, a las presentaciones (y autopresentaciones) rimbombantes, a llenar a los invitados en los eventos y en los foros de una mención infinita y exagerada de cargos, estudios, etc., etc., etc.). En muchos casos, la presentación de un expositor demora unos tres o cinco minutos, citándose en sus datos biográficos una serie de temas irrelevantes que, en lugar de ilustrar a la audiencia, seguramente la atosigan.

Por lo demás, si todos los invitados van a tener una presentación de cinco minutos, al final de cuentas, al público todos les parecerán iguales, pues poco recordará lo que se ha dicho de cada uno de ellos.

Y ni qué decir de los agradecimientos del invitado, el que, en muchas ocasiones, también de manera exagerada, resaltará las cualidades de la institución organizadora del evento y de sus directivos.

El valiente José Antonio Primo de Rivera decía, en su discurso fundacional de la Falange Española, pronunciado en el Teatro de la Comedia de Madrid, el día 29 de octubre de 1933, luego de escuchar los aplausos de los asistentes: «Nada de un párrafo de gracias. Escuetamente, gracias, como corresponde al laconismo militar de nuestro estilo».

Confieso que siempre me gustó esta frase, ya que quienes estaban destinando un emprendimiento político al combate de las ideas no podían perder ni segundos, mucho menos minutos, en la lisonja.

Los árbitros no son políticos. Pero sí son una especie de soldados, pues su labor consiste en luchar para que se haga justicia en el marco del

---

227 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Lisonja». En *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/lisonja?m=form

proceso arbitral cuyo tribunal integran. Entonces, es absolutamente impropio que alguien que tiene tan excelsa misión, pierda el tiempo con palabras melosas y, peor aún, empiece a mentir sobre las dimensiones de las categorías propias o de sus anfitriones. Si un árbitro es capaz de faltar a la verdad en público y descaradamente diciendo de determinadas personas cosas que no responden a la realidad, pues cómo se va a confiar en él para decir la verdad a lo largo de un proceso arbitral.

Y de esto no se libran muchos abogados en ejercicio, de quienes la exageración y la mentira pública poco dirá de sus condiciones para sostener la verdad en los procesos en los que les corresponda defender a sus clientes.

En resumen, creo que la parquedad viste de elegancia y sobriedad a los árbitros y a los abogados en sus presentaciones públicas en eventos académicos.

8. MENOS ES MÁS

En esta y otras materias de las que vamos a tratar en las próximas páginas no dudamos de que «menos es más».

Esto se extiende, por ejemplo, a las intervenciones en eventos académicos. Si te han dado diez minutos, recuerda que diez son diez, no once, quince y menos veinte. Si no tienes capacidad de síntesis, simplemente no aceptes la invitación, pues cualquier exceso de tu parte representará que otro de los participantes se quede con menos tiempo para hablar o empiece a intervenir pasada la hora que le correspondía, con los perjuicios que ello puede implicar para esa persona.

Además, el orador debe ser como el piloto de un avión que sabe que tiene que aterrizar en itinerario. En esta materia hay oradores que creen

que los viajes son eternos, sobre todo cuando empiezan a repetir y repetir y repetir aquello que ya dijeron hace media hora y que, seguramente por intrascendente, todo el público ha olvidado y volverá a olvidar.

9. EL OCULTAMIENTO DEL FINANCIAMIENTO DE TERCEROS A LAS PARTES ARBITRALES

No constituye objeto de estudio en este trabajo el financiamiento de terceros a las partes en un proceso arbitral.

Todos sabemos que esta es una práctica que se ha difundido notablemente en el mundo, motivada porque en múltiples casos la parte que desea formular algún reclamo carece de los recursos económicos para hacerlo. En este sentido, podrá recurrir a que su caso sea evaluado de manera independiente por expertos al servicio de empresas financiadoras de procesos arbitrales, quienes emitirán sus opiniones a efectos de que tales empresas puedan decidir si contratan el financiamiento del proceso con la parte que requiere de fondos.

Si una empresa financia una de las partes en un proceso arbitral, ello deberá conllevar de manera inexorable a que la parte financiada y que litiga deba revelar esta situación de inmediato, tanto al tribunal como a su contraparte.

Aquí, con reglamento o sin reglamento que lo imponga, es deber moral de la parte que recibe el financiamiento el revelar esa situación, para que los árbitros conozcan el tema y estén en aptitud de hacer las revelaciones que les impone el haber aceptado la designación para el cargo o renunciar al mismo, si las circunstancias lo ameritan.

Resulta evidente que el ocultamiento del financiamiento por terceros es un hecho muy grave que si se descubriera, podría conducir a la nulidad total o parcial del laudo.

10. LA PUBLICIDAD PAGADA EN LOS AUSPICIOS DE DETERMINADOS EVENTOS

Que un estudio de abogados auspicie un congreso de arbitraje organizado por un determinado centro de arbitraje nacional o internacional resulta práctica común en todo el mundo, ello en la medida que siempre se ha entendido que la comunidad arbitral debe contribuir al fortalecimiento de estas instituciones, las mismas que, a su vez, deberán manejar seriamente los procesos que estén a su cargo.

Pero aquello en lo que debemos tener mucho cuidado es en el hecho de que la colaboración patrimonial otorgue derecho al auspiciador de colocar a un determinado número de personas en calidad de panelistas o expositores del evento.

Este es, sin duda, un caso de prostitución de los eventos de arbitraje, pues el tema se resumiría en la frase: «Te pago para que me pongas como expositor» o para que me pongas en alguna posición aparentemente honorífica dentro del evento.

Esta práctica, muy difundida sobre todo en instituciones de segundo o tercer nivel, prostituye al arbitraje en la medida que los eventos académicos deben convocar a los mejores para que participen y no a quienes financian el congreso, conferencia, conversatorio o simposio. En la selección de fútbol deben jugar los mejores, no quienes sean dueños de las pelotas o quienes hayan comprado las camisetas del equipo.

Se excluye de estas consideraciones, obviamente, el caso en que los propios estudios de abogados sean organizadores o coorganizadores de tales eventos.

11. LOS *RANKINGS*

Confieso que la primera vez que tuve noticia de los benditos *rankings* relativos la profesión de abogado fue hace más de veinte años, cuando en un almuerzo con mi maestro y amigo, el doctor Felipe Osterling Parodi, él me felicitó por haber salido entre los mejores árbitros del medio nacional.

Luego me obsequió un ejemplar de la publicación y me pareció interesante el tema. Confieso que todos los años, de una u otra manera, he salido en estos *rankings* en diversas especialidades, tales como árbitro, como abogado defensor en litigios arbitrales y como experto en derecho de seguros.

Nunca promoví salir en tales listas. Y, en verdad, en lo personal, no me interesa en lo absoluto salir o no en ellas. Esto por varias y poderosas razones.

Entre los abogados no nos vamos a engañar. Nos conocemos, para bien o para mal, y sabemos quiénes somos.

En verdad, pensar que las empresas y sus departamentos legales son estúpidos para contratar o no contratar a alguien por su presencia o ausencia en un *ranking* es algo fuera de este mundo. Además, aunque se tratare de una empresa extranjera que no tiene actividades en el Perú, será claro que sus asesores legales tendrán contactos con abogados peruanos y por ahí, seguramente, vendrá la asesoría o consejo requeridos.

Luego, los *rankings* presentan un segundo grave problema y es que con el paso de los años se han ido creando empresas que asesoran a los estudios de abogados para estar mejor posicionados en los referidos *rankings*. No contratamos estos servicios. La excepción fue hace algunos años, cuando por insistencia de un apreciado socio que ya no nos acompaña, lo hicimos. La idea nunca me gustó.

Creo que estas empresas, en realidad, lo que están destinadas a hacer es que los «calificadores» aprecien mejor al estudio de abogados que tiene una asesoría. En otras palabras, estas empresas, en el fondo, hacen que se distorsione la realidad. Pueden terminar logrando que «Miss Simpatía» se convierta en «Miss Universo». Todo un logro para la chica y sus patrocinadores, pero todo un fracaso para la verdad.

Por lo demás, se ha creado un mercado al cual, por razones morales, los abogados no deberíamos ingresar. Da la impresión de que mientras más gasolina le eches al carro, más lejos se llegará en el *ranking*. Feo para la profesión, muy feo para el arbitraje.

Además, no creo que los *rankings* sirvan de mucho, porque son tantos rubros y categorías en cada rubro de la profesión que, al final, es muy probable que un gran número de los estudios existentes salgan en alguno de esos rubros.

Finalmente, como a una gran cantidad de colegas les gusta salir en los *rankings*, todos se ven obligados a pagar a las guías que los elaboran una membresía para emplear los logos y los «logros obtenidos» en el *ranking*, a efectos de publicarlos junto con las firmas de sus abogados, en su página web o en algún otro medio publicitario relativo a la profesión.

Invito a quienes leen estas páginas para que hagan una revisión de las firmas de los abogados que conozcan y la gran mayoría tendrá alguna mención referida a alguno de los múltiples *rankings* existentes.

Así, si todos van a mencionar algo (por ejemplo, debajo del nombre del abogado en los correos electrónicos), es muy claro que el destinatario de la publicidad no va a ingresar a leer detenidamente la mención específica. Por lo demás, de seguro, ha visto alguna muy similar en los anteriores correos que leyó remitidos por otros abogados y verá otras tantas en los próximos que lea ese mismo día.

Felicito a todos quienes aparecen en los *rankings*. Sólo debo decir que no creo en ellos. Tengo derecho a pensar diferente y a decirlo en blanco y negro.

Cuando era estudiante de derecho, una amiga muy querida conversaba con un abogado de poca simpatía, quien le increpó el por qué no le decía algo sobre un nombramiento que le acababan de comunicar delante de ella. Mi amiga, mil veces más inteligente y centrada que él, le dijo: «Bueno, si eso lo hace feliz…». Tengo la seguridad de que cuando ella lea estas páginas se reirá un poco.

12. LOS ÁRBITROS A PEDIDO

En el ejercicio profesional he tenido excelentes experiencias con árbitros de primera línea. Sin duda, la inmensa mayoría. Pero también he tenido de las peores con respecto a otros.

Siempre he sostenido que el árbitro antes de aceptar el nombramiento debe estar convencido de su capacidad para ser independiente de las partes y actuar con imparcialidad, y así ejercer el cargo con las condiciones que la ley y el derecho exigen.

Existen muchas experiencias de árbitros vendidos que son, simple y llanamente, abogados de parte.

Siempre recuerdo el caso en el cual, hará unos diecisiete años, me reuní en una cafetería con el árbitro designado por la otra parte con el propósito de nombrar al presidente del tribunal arbitral. Yo llevé una lista escrita en papel con unos veinticinco nombres (todos ellos árbitros de mucho prestigio y notoriedad), proponiéndole que pudiéramos escoger a cualquiera de ellos.

Él puso mil pretextos para no hacerlo y planteó el nombre de una persona de quien yo nunca había escuchado hablar. Le reiteré, varias veces, que no podía elegir presidente a alguien a quien no conocía.

Me respondió que ese problema se podía solucionar muy fácil. Que me invitaba a almorzar con el susodicho al día siguiente, en la misma cafetería.

No había nada más que conversar. Los dados estaban cargados. Le dije que no se preocupara, que yo prefería que la institución arbitral designara al presidente.

13. EL ÁRBITRO MATÓN DE ESQUINA

En otro caso, más antiguo, poco antes de laudar, el árbitro nombrado por la parte que iba a perder me amenazó diciendo que quien lo había nombrado iba a interponer un recurso de amparo (lo que, en efecto, ocurrió a los pocos días) contra el presidente del tribunal y contra mí si no cambiábamos de opinión.

Lumpen.

14. EL ÁRBITRO LOBISTA

En un caso reciente, el árbitro nombrado por la contraparte me propuso para designar presidente los nombres de cinco abogados. Uno había sido su socio en la profesión hacía muy poco tiempo y los demás habían sido nombrados miembros del consejo consultivo de la institución que dirigía. ¡¡¡Increíble!!! Obviamente, me negué a designar presidente y lo tuvo que hacer el centro de arbitraje.

15. CONTIGO O SIN TI

Una vez, hará quince años, en una reunión social, de casualidad, tomo conocimiento, por un abogado amigo y ajeno a un caso en el que yo era árbitro, de que mis dos compañeros de tribunal ya tenían listo un laudo que ni siquiera habíamos debatido. Y, no obstante ello, el tema ya se estaba haciendo público.

16. EL SECRETARIO COIMERO

En otra oportunidad, hará unos catorce años, un árbitro amigo me cuenta en una reunión social, *a posteriori*, que se había enterado de que un secretario arbitral había cobrado a una empresa privada diez mil soles por obtener un laudo favorable en un proceso en el que yo había sido árbitro único.

Ahí encontré la explicación de por qué este chico me llamaba de manera tan insistente para saber si ya tenía el laudo. Por coincidencia, lo tuve listo y lo envié al centro de arbitraje el día en que vencía el plazo. Pero parece que este secretario le había cobrado esa suma a la empresa privada, asegurándole que ganaría. Parece que la empresa le pagó. Y ocurre que la empresa perdió en el 100 % de sus pretensiones.

Me contaron que esa tarde lo fueron a esperar a que llegara a su casa y le obligaron (no sé si con violencia de por medio) a retirar del banco el dinero fruto de la coima.

Pero miren ustedes qué hubiera pasado si la empresa hubiese ganado el proceso. En este caso sus directivos y abogados no hubieran dudado de que la victoria obedecía a que yo había recibido la coima. Y, naturalmente, el secretario hubiera estado feliz.

17. ¡NO SEAS APURADITO!

En otro caso, de hace muchos años, un árbitro contaba a la parte que lo nombró, de inmediato, todo aquello que el tribunal discutía en privado a lo largo del proceso.

Por coincidencia, al día siguiente, esa parte siempre presentaba un escrito en el cual se pronunciaba, a través de un «téngase presente» sobre aquello que había sido materia de discusión por el tribunal.

De esta manera, en una reunión de los árbitros, cuando quiso intervenir el árbitro nombrado por esa parte, el presidente del tribunal, árbitro ya curtido por los años y el oficio, y cansado de tantas infidencias, le dijo: «No, pues, fulano, yo le sugiero que leamos el escrito que presente mañana la parte que lo nombró». ¡¡¡Pocas veces en mi vida he sentido tanta vergüenza ajena!!!

18. ¿LAUDO O TRANSACCIÓN?

Hace muchos años me tocó presidir un tribunal en el cual la discusión del laudo, más que un debate jurídico para laudar, parecía la negociación de una transacción que quería lograr el árbitro nombrado por la parte que perdía. Este colega quería obtener todas las ventajas posibles a pesar de que había quedado claro en el debate que quien lo designó no tenía la razón. Pero, a pesar de ello, no se daba por vencido, regateando sumas en pro de su «cliente».

Nada consiguió, por supuesto.

19. MINANDO EL LAUDO EN MAYORÍA

En otra ocasión me correspondió presidir un tribunal en el cual, luego del debate, quedó claro que el laudo saldría en mayoría.

Pero en verdad nunca imaginamos que aquel árbitro que emitió un voto en discordia lo destinó por completo a desacreditar cada uno de los argumentos del laudo en mayoría, precisamente para servir de fundamento a quien lo nombró, para su futuro recurso de anulación.

¡Toda una vergüenza!

20. PATEANDO EL TABLERO

También recuerdo el caso en el cual, luego de la deliberación del laudo en la que perdió la parte que lo nombró, esta parte recusó malamente a los árbitros que hacíamos mayoría, con insultos y argumentos de la peor ralea. Esto ocurrió cuando faltaban cuatro días para que terminara el plazo para laudar. Renuncié, pero el centro de arbitraje no aceptó mi renuncia y el tribunal, finalmente, laudó como correspondía con el voto en discordia del infeliz.

21. TODO VALE

Se conoce que son muy frecuentes los casos en los cuales cuando una parte sabe que va a perder inicia innumerables articulaciones procesales contra el tribunal arbitral a efectos de lograr que, por cansancio, los árbitros renuncien y se recomponga el tribunal para tentar un rumbo distinto.

O el caso de las empresas que tienen como política siempre jugar sucio en los arbitrajes y tratar de ganar a como dé lugar, sea contratando diversos abogados para que hagan *lobbies* con los miembros del tribunal o contratar a los propios miembros del tribunal, encargándoles temas profesionales, verdaderos o ficticios.

22. ¡YA PUES, HERMANITO, ¿QUÉ TE CUESTA?!

Recuerdo mucho el caso en el cual una empresa a la que yo defendía en un proceso arbitral me propuso nombrar presidente de otro tribunal arbitral a quien era árbitro de parte en el caso que yo defendía. Yo había sido designado árbitro de parte en ese otro proceso que nada tenía que ver con aquél que yo defendía, sino con los intereses del árbitro de aprovecharse de la circunstancia para tratar de ser nombrado presidente.

Debo aclarar que la defensa del caso yo la había asumido en la parte final del proceso y, obviamente, jamás hubiera designado a ese abogado como árbitro.

Me negué en todos los términos a nombrarlo presidente en el otro proceso. Obviamente, a las pocas semanas perdí el cliente.

23. EL ARBITRAJE COMO UNA PANTOMIMA

Y así como éstos, recuerdo también decenas de otros casos en los que se pretendía que el arbitraje fuese solamente una pantomima que se siguiera a efectos de guardar las apariencias, porque todo ya estaría decidido entre cuatro paredes. En estos casos, por la buena actuación de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral se evitó las trapacerías.

24. YO TE NOMBRO, TÚ ME PAGAS

Ocurren también casos en que el árbitro comparte el honorario con el procurador o funcionario que lo nombra. Siempre he escuchado de casos de esta naturaleza. No me consta alguno, pero mil veces he sospechado de por qué una institución estatal puede nombrar tantas veces como árbitro a alguien tan incapaz y sin conocimiento alguno de la materia o a gente de notoria inmoralidad.

25. RICA Y APRETADITA

En una oportunidad, una conocida, muy agraciada ella, me busca y me propone nombrarme presidente de un tribunal arbitral. Le digo que encantado, que no tendría conflicto de interés en el caso.

Pero, acto seguido, me dice que ello sería con una condición: que quien la nombró árbitro gane el proceso. De inmediato le dije que no y, obviamente, no fui designado. Tampoco la volví a ver.

26. CENTROS DE ARBITRAJE AMAÑADOS

De igual forma, llama la atención cómo han proliferado en el país nuevos centros de arbitraje. Al extremo que cuando termino de escribir estas líneas son varios cientos. Conozco algunos de esos nuevos centros. Unos revisten la mayor seriedad en su constitución y propósitos, además de las personas que los dirigen.

Siempre he sostenido que si el Estado exige requisitos para constituir un banco, pues va a manejar dinero del público, también debería exigir requisitos mínimos para constituir un centro de arbitraje que se va a encargar de administrar procesos arbitrales en los que, precisamente, se van a discutir temas de orden patrimonial (al fin y al cabo, también, dinero del público).

Lo que ocurre es que algunos centros de arbitraje son creados con los peores propósitos crematísticos para traficar con la administración de «justicia». Lo peor es que muchos de ellos cumplen con todos los requisitos formales. ¡He oído de cada caso!

27. TE HAGO EL INFORME, HERMANITO

No puedo dejar de mencionar aquello que me contó una buena fuente con relación al director de un centro de arbitraje que ofreció sus servicios para elaborar una pericia para un tercero (que nada tenía que ver con su centro de arbitraje), contando con el supuesto respaldo del «prestigio» de su institución. Ello, cuando todo el medio conoce que ese centro de arbitraje es uno de los más desprestigiados del Perú y que el grueso de su labor tiene que ver con lograr laudos fraudulentos.

Además, se trata de un centro de personas anónimas, ya que en sus datos de contacto no figura el nombre de nadie, pero ese nadie, según me cuentan, ofrece sus servicios a través de supuestos contactos con autoridades del sistema de justicia ordinaria.

Parece que desde el momento en que el Estado obligó a que los procesos arbitrales fueren institucionales, quedando el arbitraje *ad hoc* como una excepción, varias mafias estarían tomando el emprendimiento de crear centros de arbitraje.

28. TRIBUNALES AMAÑADOS

Y es precisamente la existencia de malos centros de arbitraje lo que conduce a que se den algunos casos de arbitrajes amañados, ello en la medida que los órganos administrativos de tales instituciones serán los encargados de formar las listas de árbitros del centro, además de designar supletoriamente a los árbitros y de resolver incidentes de recusación y cualquier otro de carácter administrativo.

Y no se piense que esto solamente puede ocurrir con centros de arbitraje nuevos. También ha pasado con otros de relativa antigua data y que fueron descuidados por las instituciones que los crearon (cámaras de comercio, colegios de abogados o de ingenieros, etc.).

En los últimos años he renunciado a pertenecer a dos centros de arbitraje y no he renovado mi inscripción en otros dos. Estos centros no van a ninguna parte. A ninguna parte buena, claro está.

29. SORTEOS AMAÑADOS DE ÁRBITRO

La Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071, señala en su artículo 25 que las designaciones supletorias de árbitros deben ser efectuadas de manera aleatoria. Pero lo que la ley no dice, por obvio, es que antes del sorteo no debe haber una «preselección» de nombres de los futuros sorteados.

Ahí está la trampa, pues si todos los nombres que ingresan al sorteo son de eventuales futuros árbitros que favorecerían a una de las partes, entonces no se estaría respetando el requisito de la aleatoriedad. Se trataría, en buena cuenta, de un sorteo dirigido.

¿Sabemos realmente cómo proceden en esta materia todos los centros de arbitraje?

Siempre he creído, y lo he señalado en innumerables foros, que las partes tendrían todo el derecho de presenciar el sorteo y que dentro de los nombres sorteados deberían ser incluidos los de todas las personas inscritas en la lista de árbitros de la especialidad del respectivo centro de arbitraje.

Aquí no hay argumento que valga en el sentido de que debería excluirse a algunos de la lista por no tener suficiente experiencia para la importancia de algún caso en particular. Lo que ocurre es que si todas las personas cumplen con los requisitos de ley y forman parte de la lista del centro de arbitraje, pues entonces los nombres de todos ellos deberán ingresar al sorteo. Lo otro se llama trampa. A secas.

30. ¡O TÚ O NADIE!

En estos casos debo mencionar el ocurrido hace más de una década a una persona conocida, designada árbitro por una de las partes. Ella propuso al otro árbitro una lista con muy buenos nombres para elegir al presidente. Ninguno le fue aceptado. El otro árbitro le propuso dos nombres de personas de muy mala reputación. El árbitro correcto no aceptó. El caso, finalmente, pasó a ser resuelto por el centro de arbitraje, el cual de manera descarada designó como árbitro a uno de esos dos de pésima reputación y, como suplente, al otro impresentable. ¿Qué raro, no…?

En algunas ocasiones, en casos de entrampamiento por estas razones, me he visto obligado a comunicar al centro de arbitraje acerca del impase y de mencionar cuáles eran los nombres que habían sido barajados por los árbitros para presidente. Ello, por lo menos, para hacer más difícil el fraude.

31. LA HIPOCRESÍA DE LOS ÁRBITROS DENTRO DEL TRIBUNAL

Otro aspecto del cual un árbitro debe cuidarse mucho es el de la hipocresía de los miembros de su propio tribunal.

Hay casos en los cuales, de manera sorprendente, se ha descubierto que los árbitros comunicaban de inmediato a quien los nombró todo lo que pasaba (y lo que no pasaba también) dentro del tribunal, poniendo en boca del presidente cosas inexistentes y prometiendo convencerlo en cuanto incidente se presentara. No voy a entrar a dar ejemplos sobre estos casos. Los más penosos sobran.

32. EN BOCA CERRADA NO ENTRAN MOSCAS

En ese sentido, una buena recomendación a los árbitros es que se limiten a hablar dentro del tribunal sólo de aquello que resulte estrictamente

necesario, pues cualquier otro tema podrá ser empleado a favor de una de las partes, en contra del referido árbitro y en perjuicio de la justicia y rectitud que debe primar en todo tribunal arbitral.

33. ¿HAY PROBLEMA EN SER ÁRBITRO Y TAMBIÉN EJERCER LA DEFENSA ARBITRAL?

En lo personal no percibo problema alguno en ejercer el cargo de árbitro y, a la par, ejercer defensas arbitrales cuyas partes en conflicto no tengan algo que ver con las de aquellos arbitrajes en los cuales uno es árbitro.

Naturalmente, esa persona, cuando sea árbitro, como no podría ser de otra manera, deberá cumplir a cabalidad con su deber de revelación.

Por lo demás, no existe norma legal o reglamentaria alguna que prohíba a un profesional el proceder de esta forma. Y ello no podría presentarse, porque atentaría contra el derecho al trabajo, de pleno contenido y respaldo constitucional.

34. LE DOY MI TARJETA, SEÑORITA

En una oportunidad, en un arbitraje que presidía y era administrado por un prestigioso centro, recibo la llamada desesperada de la secretaria que nos asistía con el proceso, diciéndome que el abogado de una de las partes se había presentado para leer el expediente, cosa que hizo con normalidad, pero al despedirse le dio su tarjeta personal, y cuál sería la sorpresa de la secretaria al comprobar que el abogado era socio de la firma que integraba el árbitro nombrado por la parte que, precisamente, él defendía.

El tema pudo haber terminado en escándalo, pero no fue así, en la medida que, apenas enterado del incidente ocurrido, el árbitro de parte renunció a su cargo; y, de paso, en apariencia por lo menos, el abogado defensor renunció a la defensa.

Yo sabía de la existencia de árbitros que se comportaban como abogados de parte, pero nunca lo había comprobado tarjeta de por medio.

35. ÁRBITROS FLOJOS

Dado que la aceptación al cargo de árbitro es voluntaria, quien acepte debe ser consciente de que el cargo implica, entre otras responsabilidades, el desempeño diligente del mismo, lo que significa que el ejercicio de la función arbitral no debe ser visto como un cachuelo o trabajo eventual, además de las otras responsabilidades profesionales o de negocios que tenga esa persona, sino tan o más importante que todas ellas, porque implica el deber de administrar justicia.

Por lo demás, quien se sienta agobiado por el número de procesos cuyos tribunales integre, deberá ser consciente del momento en que deba decir «No» ante un nuevo nombramiento.

36. IGNORANCIA DEL DERECHO APLICABLE

En todo arbitraje habrá normas procesales y normas sustantivas que aplicar.

El conocimiento a profundidad de cualquiera de ellas es muy importante. En ese orden de ideas, los centros de arbitraje deberían tener mucho cuidado con este tema. Es verdad que el mismo resulta difícil de conocer *a priori*. Pero he visto casos en los que árbitros desconocían en absoluto la normativa legal peruana que había que aplicar al caso.

En ese sentido, este asunto ya pasa por un examen de conciencia del árbitro designado y de quienes lo designan.

37. VIEJA VIRTUALIDAD

La virtualidad impuesta por la pandemia en los arbitrajes no es algo nuevo, razón por la cual si la inmensa mayoría de las audiencias tienen estas características, entonces, ya no puede haber pretextos para que los equipos de los centros de arbitraje y de las partes no funcionen de maravilla.

Esto incluye el tomar las previsiones respectivas para notificar documentos de volumen o peso importante y de recibirlos sin problemas, además de no poner pretextos de orden informático para evitar ser notificados.

38. ¿DERECHO DE PISO?

Constituye práctica en algunos centros de arbitraje el cobrar a quienes son admitidos como árbitros de sus listas una tasa por concepto de inscripción. Estimo que tal práctica o debería desterrarse o debería circunscribirse al cobro de montos que correspondan, en estricto, a los gastos en que el centro incurre para efectuar tal inscripción, lo que equivale a decir que sea una tasa y no un pago que haga lucrar a la institución. Cobros mayores constituyen un abuso.

Por lo demás, resulta curioso que algunos de los centros de arbitraje que más cobran son los que brindan peores servicios y los que administran menor número de arbitrajes.

39. BARCOS FANTASMA

Existen centros de arbitraje que se crearon con los mayores bríos, pero que por las más diversas razones con el paso de los años decayeron en su labor o, incluso, dejaron de atender temporal o definitivamente.

Estas situaciones representan un claro perjuicio para las partes que escogieron tales centros y los incorporaron en sus convenios arbitrales. Pensemos primero en los problemas que se van a suscitar para dar inicio al proceso si es que el centro ya no existe, y si existe, pero funciona «con las justas», es decir, en pésimas condiciones, el proceso arbitral se verá degradado.

Aquí la institución promotora del centro de arbitraje tiene la responsabilidad de que el mismo siga adelante y, si no fuere posible, deberá indemnizar a quienes se perjudiquen por ello.

Muy fácil es sembrar convenios arbitrales y luego no poder administrar decorosamente los arbitrajes que surjan de los mismos.

40. QUIEN MUCHO ABARCA, POCO APRIETA

Los centros de arbitraje también deben cuidar que sus secretarios arbitrales no tengan excesiva carga laboral. En algunos casos se aprecia que situaciones como éstas deterioran la eficiencia.

41. CENTROS DE ARBITRAJE SIN SECRETARIOS

He tenido la ocasión, en tiempos recientes, de apreciar dos procesos en los cuales un centro de arbitraje carecía de secretario, caso en el cual se le pidió autorizara para que el tribunal designase como tal a una persona de la confianza del propio tribunal; y otro caso en el cual el centro de arbitraje si bien tenía un secretario, se trataba de un joven abogado que jamás había tramitado proceso arbitral alguno, ni había sido árbitro ni abogado defensor en arbitrajes ni nada.

Como presidente del tribunal tuve que hacerle llegar las indicaciones elementales del caso. Felizmente aprendió rápido.

42. NOMBRAR ÁRBITRO AL DIRECTOR DE LA EMPRESA

El primer caso arbitral que defendí como abogado, en 1998, me deparó, también, la primera muy ingrata experiencia y es que la parte demandada designó como árbitro a uno de los miembros del directorio de la propia empresa.

El tema me pareció alucinante. Lo dijimos en voz alta ante el centro de arbitraje, lo que obligó a la persona que había sido designada a no aceptar el nombramiento.

Pero el tema no terminó allí, ya que la empresa demandada luego designó a otro abogado que si bien en apariencia ejercía la profesión de manera independiente, en verdad —y así se demostró con los documentos registrales pertinentes— tenía otro estudio de abogados secreto, en sociedad con el director de la empresa a quien nombró árbitro la primera vez.

43. BUSCAR LA OPINIÓN DEL ÁRBITRO ANTES DE NOMBRARLO

Una de las malas prácticas más difundidas en lo que respecta al arbitraje es la relativa a buscar a la persona a quien se quiere designar como árbitro a efectos de plantearle el caso y tratar de obtener su opinión sobre el mismo.

Yo trato de evitar situaciones como éstas, pero las pocas veces en que no lo he podido hacer me he limitado a decir que el caso me parece interesante y que habrá que ver cómo se desarrollarán las posiciones de las partes.

Y es que el futuro árbitro no debe decir ni una palabra más, pues estaría faltando a la ética y comprometiendo sus futuras decisiones.

TERCERA SECCIÓN

EL GOBIERNO DE PEDRO CASTILLO (28 DE JULIO DE 2021 - 7 DE DICIEMBRE DE 2022)[228]

[228] El presente acápite se basa en el trabajo académico elaborado por Mario Castillo Freyre que tiene como título: «¿Qué quieren hacer con el arbitraje? Las cada vez más complicadas relaciones entre el arbitraje y el Estado peruano», y que fue publicado en el *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2020-2022*, 2023, n.° 14, pp. 245-300.

PRIMERA PARTE
ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY QUE BUSCABA SUPRIMIR EL ARBITRAJE ESTATAL

El 7 de febrero de 2022 se conoció un Anteproyecto de Ley que, entiendo, fue elaborado por la Presidencia del Consejo de Ministros, destinado a modificar una serie de normas relativas a la contratación estatal (en adelante, denominado, el Anteproyecto).

En primer término, debo señalar que se apreciaba que quienes habían redactado el documento eran personas que conocían la materia y los problemas que, sin duda, existen en el arbitraje, pero también debo decir que en lugar de solucionar tales problemas como, con acierto, se proponía en algunos temas, daban el salto con garrocha y proponían su eliminación en la práctica, tal como demostraré seguidamente, siguiendo cada uno de los ítems desarrollados en el Anteproyecto.

1. ACREDITACIÓN DE LOS CENTROS DE ARBITRAJE

El primero de los temas que abordaba el Anteproyecto era el relativo a la acreditación de los centros de arbitraje.

Debo decir que coincidía plenamente con la propuesta, en la medida que se planteaba (modificación al artículo 7 del Texto vigente del Decreto Legislativo n.º 1071) que: «En los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encarga de su acreditación, registro, renovación y supervisión».

Siempre hemos sostenido que los centros de arbitraje que administren arbitrajes con el Estado deberían tener alguna supervisión

estatal. La normativa ya lo establecía, pero nunca se llegó a aplicar. Por lo demás, el Anteproyecto restringía esa supervisión a los centros de arbitraje que manejen casos de contratación estatal, que en realidad son todos, y debería darse por sentado que la supervisión se refiere exclusivamente a estas materias. Entendemos también que la supervisión debería ser de orden administrativo, es decir, relativa al cumplimiento de requisitos formales y no extenderse a otros rubros.

No obstante, comprendíamos la preocupación del medio arbitral sobre la intervención del Estado en los centros de arbitraje, sobre todo por la voracidad demostrada en los últimos años, encaminada a controlar los procesos arbitrales.

Por lo demás, siempre estuvimos en contra de que en los contratos estatales no se establezca un centro de arbitraje determinado y que cumpliera con determinados requisitos y, más aún, con lo dispuesto por el artículo 226 del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado de entonces, que habilitaba para que en determinados supuestos el arbitraje pueda iniciarse «ante cualquier institución arbitral». La Exposición de Motivos del Anteproyecto recopilaba muy buenos ejemplos al respecto.

Esto se tenía que corregir sí o sí. Aquí le daba la razón al Poder Ejecutivo.

Sin perjuicio de lo indicado, se tiene presente que en los arbitrajes en materia de contratación pública, el numeral 11.3. del artículo 11 de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.º 32069, la cual fue publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 24 de junio de 2024, y su norma modificatoria, la Ley n.º 32187, publicada el 11 de diciembre de 2024, han atribuido las siguientes funciones al Organismo Especializado para las Contrataciones Públicas Eficientes (OECE):

> **Artículo 11.- Definición y funciones del OECE**
>
> […]
>
> 11.3. El OECE tiene las siguientes funciones:
>
> […]
>
> k) Administrar el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas que resuelven controversias en materia de contrataciones públicas.
>
> l) Supervisar de oficio, de manera selectiva o aleatoria, o incluso a pedido de parte, el cumplimiento de los requisitos establecidos en el reglamento para ser incluidos o excluidos en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de disputas que resuelven controversias en contrataciones públicas.
>
> m) Sancionar a las instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que resuelven controversias en materia de contrataciones públicas, conforme a las disposiciones establecidas en la presente ley y su reglamento.

En línea con lo afirmado, corresponde recordar el numeral 77.1. del artículo 77 de la actual Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.º 32069, en el cual se establece: «Para administrar u organizar un arbitraje o una junta de prevención y resolución de disputas que resuelve controversias en contrataciones públicas, se requiere formar parte del registro de instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas que administra el OECE […]».

De igual forma, en el numeral 77.3. del artículo 77 de la actual Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.º 32069, se establece lo siguiente: «La incorporación de las instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas en el registro al que hace referencia el párrafo precedente es constitutivo. Su

exclusión o suspensión de dichos registros impiden el ejercicio de la administración de junta de prevención y resolución de disputas o arbitrajes respecto a controversias en el ámbito de aplicación de la presente ley».

De lo indicado se desprende que, con la nueva normativa de contratación pública, la incorporación de las instituciones arbitrales y centros de administración de juntas de prevención y resolución de disputas en el Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas (Regaju) tiene carácter constitutivo, y su exclusión o suspensión de dicho registro impiden el ejercicio de la administración de los arbitrajes iniciados respecto a controversias en el ámbito de aplicación de la Ley General de Contrataciones Públicas (Ley n.º 32069).

Por otro lado, cabe precisar que con fecha 21 de septiembre de 2024, se publicó en el diario oficial *El Peruano* el Decreto Legislativo n.º 1660, Decreto Legislativo que fortalece el Registro Nacional de Árbitros y Centros de Arbitraje (Renace), disponiendo con fines de información pública la obligatoriedad de la inscripción de los Centros de Arbitraje y Árbitros.

A través del artículo 3 del mencionado Decreto Legislativo n.º 1660 se establece lo siguiente:

> **Artículo 3.- Incorporación de la Décimo Quinta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 1071**
>
> Incorporar la Décimo Quinta Disposición Complementaria al Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en los siguientes términos:
>
> «DÉCIMO QUINTA. Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje- Renace en el territorio nacional.
>
> El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene a su cargo el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje - Renace.

> Corresponde al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el registro de los centros de arbitraje y árbitros con fines de información pública.
>
> El registro es de naturaleza informativa y no condiciona la función arbitral.
> La inscripción en el Renace es de carácter obligatorio y gratuito.
>
> El Renace contiene información sobre los árbitros a nivel nacional respecto de su formación profesional, experiencia e integridad, así como los centros de arbitraje, conforme al reglamento de la presente Disposición Complementaria.
>
> Los árbitros y los centros de arbitraje deben remitir oportunamente al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la información necesaria para garantizar el cumplimiento del párrafo precedente, conforme al reglamento de la presente Disposición Complementaria.
>
> La información que tengan las entidades encargadas de otros registros de centros de arbitrajes es compartida con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con la finalidad de incorporarlos en el Renace.
>
> En caso los sujetos obligados omitan entregar la información o si entregan información incompleta y/o inexacta, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos reporta estos incumplimientos a través del Renace».

Asimismo, se tiene presente que conforme a la Única Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo n.º 1660 se establece que: «La inscripción en el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje se efectúa a los sesenta (60) días calendario contados a partir del día siguiente a la publicación del reglamento al que se refiere la Décimo Quinta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo Nº 1071, Ley que regula el arbitraje».

Recientemente, con fecha 21 de agosto de 2025, en el diario oficial *El Peruano*, se publicó el Decreto Supremo n.º 016-2025-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje (Renace). Conforme al artículo 4 de la men-

cionada norma, el citado Decreto Supremo entra en vigencia a los sesenta (60) días contados a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

2. COMPETENCIA TERRITORIAL PARA SOLICITAR EL OTORGAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE JUDICIAL

No cabe duda de que la normativa referente a las medidas cautelares presentaba defectos en torno a que permitía que antes de la constitución del tribunal arbitral, ellas se puedan solicitar y otorgar ante jueces de cualquier jurisdicción. Guardaría plena lógica que solamente haya un juez competente para ello. En ese sentido, el Anteproyecto proponía en su artículo 8: «Los afectados con la medida acudirán al juez competente quien será el especializado en lo comercial, o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la entidad. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo».

La Exposición de Motivos del Anteproyecto reseñaba cinco casos muy ilustrativos, todos ellos ajustados al ordenamiento legal vigente, pero que, sin duda, desnudaban las deficiencias de la normativa. En ese sentido, nos parecía correcto que exista sólo un juez competente para conocer las medidas cautelares. Las cosas claras y el chocolate espeso.

En el Anteproyecto se recordaba que el artículo 17 del Código Procesal Civil faculta para demandar a una persona jurídica en el domicilio donde tenga sus oficinas principales o en otras donde posea un anexo, siendo ésta a elección del demandante, pero indica que en varios de los casos denunciados por el Poder Ejecutivo este artículo había sido interpretado indebidamente como aplicable al domicilio del demandante.

De ahí la propuesta modificatoria, con la que también estábamos de acuerdo.

3. FORMAS DE LA FIANZA BANCARIA Y/O PATRIMONIAL

La objeción por parte del Poder Ejecutivo consistía en que diversos tribunales arbitrales, efectuando control difuso (interpretación a la que están facultados en virtud de las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los casos María Julia[229] y Constructora Arco S. A.)[230] conceden medidas cautelares desconociendo que la contracautela debe ser una fianza bancaria y/o patrimonial cuyo monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento del contrato materia de controversia.

En ese sentido, el Anteproyecto proponía agregar en el inciso 2 del artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 1071 que «si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela sería equivalente al monto protegido por la medida cautelar».

En realidad, esta interpretación que hacía el Poder Ejecutivo, basándose en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, se ajusta al texto actual de la ley, pero persiste en el error conceptual; básicamente, persiste en una injusticia.

El Poder Ejecutivo citaba (páginas 10 y 11 del Anteproyecto) diez ejemplos en los que, a su juicio, los tribunales arbitrales habían perjudicado los intereses del Estado al conceder medidas cautelares estableciendo contracautela menor a la fijada por el referido Decreto de Urgencia n.º 020-2020, o exigiendo caución juratoria, o estableciendo algún otro tipo de contracautela que no garantizaba los intereses del Estado.

No obstante, esto era absolutamente arbitrario en la medida que, en primer lugar, establecía una diferencia en el tratamiento que reciben los particulares y el Estado con respecto a las contracautelas, ya que el particular siempre tenía que garantizar el otorgamiento de una medida cautelar con fianza bancaria, solidaria y de ejecución inmediata, por el

[229] |STC Exp. n.° 0142-2011-PA/TC, 21 de septiembre de 2011.
[230] |STC Exp. n.° 6197-2013/PA-TC.

monto de la contracautela fijada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, en tanto que si la medida cautelar fuese solicitada y otorgada en favor del Estado, la medida cautelar no tendría necesariamente los mismos estándares. En otras palabras, en estos casos, podría ocurrir perfectamente que el tribunal arbitral establezca como contracautela una simple caución juratoria por parte del Estado.

En síntesis, el problema de este punto del Anteproyecto no radicaba en el propio Anteproyecto, sino en que el mismo persistía en la injusticia consagrada por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, antes citado.

Por otra parte, para evitar una degradación de la medida cautelar en favor del Estado se modificaba el artículo 8 del Decreto Legislativo n.º 1071, señalando que «los afectados con la medida acudirán al juez competente quien será especializado en lo comercial, o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la Entidad. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo».

En el propio inciso 2, y tal como hacíamos referencia hace un momento, se señalaba: «En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la Entidad Pública afectada, con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una Entidad que cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores *(sic)* Privadas de Fondos de Pensiones. Es improcedente la caución juratoria como contracautela en estos casos».

Decimos que el tratamiento hacia los particulares era injusto en la medida que, tal como se refleja en alguno de los ejemplos consignados

por el Poder Ejecutivo en el Anteproyecto bajo comentario, existían muchos casos en los cuales los montos reclamados eran notablemente inferiores al monto de la garantía (fianza) constituida en favor de la entidad. En ese sentido, resultaba absurdo que la garantía que se exija a los particulares sea de monto no inferior a la fianza, pues el monto discutido es menor.

No cabe duda, entonces, de que esta norma, introducida por el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, y que era reiterada por el Anteproyecto, era altamente injusta.

Para concluir con nuestros comentarios sobre este aspecto de las garantías, debemos decir que el Anteproyecto proponía modificar el inciso 2, agregando un parágrafo que indica que «la autoridad judicial o el órgano arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida». Estábamos de acuerdo con esta propuesta.

4. OTORGAMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES EN SEDE JUDICIAL BAJO LA FIGURA *INAUDITA ALTERA PARS*

A estos efectos, el Anteproyecto recordaba que el inciso 3 del artículo 47 de la Ley de Arbitraje establece como regla que, ante la presentación de una medida cautelar, antes de ser resuelta por el tribunal arbitral, ésta es trasladada para el conocimiento del demandado, pudiéndose, excepcionalmente, dictar la medida cautelar sin necesidad de ponerla en conocimiento de la contraparte, en la medida que así se justifique.

Esto en contraposición al artículo 637 del Código Procesal Civil que establece que la solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, es decir que la regla es no correr traslado (*inaudita altera pars*).

Lo que consideraba el Poder Ejecutivo era que, en la práctica, los tribunales arbitrales habían venido empleando la excepción del artículo 47 inciso 3 como regla, de ahí que estimase tal proceder como indebido.

Eso en realidad no era cierto, ya que en infinidad de casos los tribunales arbitrales corren traslado a la parte contraria para que exprese lo conveniente a su derecho. No me cabe duda de que, como en todo proceso judicial o arbitral, podremos tener casos de excepción en el correcto proceder de los tribunales, pero esa no es la regla.

El Poder Ejecutivo, en el Anteproyecto bajo comentario, planteaba modificar el artículo 46 inciso 4 de la Ley de Arbitraje estableciendo que «cuando se trate de controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, la autoridad judicial o el órgano arbitral debe ponerla en conocimiento del Procurador Público de la entidad involucrada y otorgarle un plazo de cinco (5) días para que manifieste lo conveniente a su derecho. Con o sin absolución, la autoridad judicial o el órgano arbitral emitirá una decisión sobre el pedido. Es nula la medida cautelar otorgada sin traslado previo al procurador público de la Entidad.— En los arbitrajes en los que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar, previo a la decisión, la autoridad judicial o el órgano arbitral deberá evaluar la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que esta pudiera generar al interés público».

Para llegar a esta propuesta de fórmula legislativa, el Poder Ejecutivo recordaba la STC Exp. n.º 00023-2005-PI/TC, que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 1 del ahora derogado Código Procesal Constitucional del año 2004, citando el análisis del referido tribunal con respecto a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

En lo referente a este aspecto, el Anteproyecto cita a Omar Rojas Silva cuando señala que «de este modo, queda claro que resulta consti-

tucional incorporar a nivel legislativo disposiciones que limiten la *inaudita altera pars*, para aquellas solicitudes cautelares que puedan incidir directamente en obras públicas de trascendencia nacional, y por ende en el interés público, tales como las que se otorgan en los arbitrajes contra el Estado, pues conforme lo explica ampliamente el TC en su sentencia, este responde a un fin constitucional legítimo (interés público), pues si bien, la carta magna protege el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, ello no es óbice para desconocer la importancia de otros bienes de relevancia constitucional».

De otro lado, el Anteproyecto indicaba (p. 17) que «es importante anotar que el traslado previo de una solicitud cautelar para situaciones especiales, no constituye un (*sic*) restricción arbitraria (discriminadora) del derecho a la tutela judicial de las personas, sino más bien, estamos frente a una restricción leve del derecho en busca de tutelar un fin constitucional legítimo, sin que ello implique vaciar el contenido al derecho, pues no se está prohibiendo el derecho que tiene toda persona a pedir tutela cautelar en un proceso constitucional, sino que únicamente se propone un traslado previo a la entidad en aras de evitar posibles afectaciones irreversibles, que impacten en el interés de la sociedad en su conjunto».

El Anteproyecto citaba, además, la STC Exp. n.º 3461-2010-PA/TC, cuando señala: «En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables».

El Poder Ejecutivo consideraba que «En tal sentido, la presente propuesta normativa, en el extremo que establece un traslado obligatorio a la entidad de toda solicitud cautelar dictada dentro o fuera del arbitraje en contra del Estado peruano, supera un análisis de constitucionalidad, pues esta busca resguardar el interés público, debido a la íntima relación

que tienen los arbitrajes en los que el Estado es parte, pues la gran mayoría de ellos, se encuentran vinculados a grandes y trascendentes obras públicas que impactan directamente a servicios públicos esenciales de la población, tales como educación, salud, medio ambiente, entre otros, de ahí de la necesidad de establecer mecanismos que eviten su afectación, sin que ello suponga una violación al derecho a la tutela judicial efectiva».

Luego de conocer los argumentos esgrimidos en el Anteproyecto, debemos señalar que ellos se basaban en varios errores.

El primero consistía en desconocer que en derecho procesal las partes deben tener igualdad de trato, e igualdad de trato significa igualdad de armas. No se concibe en el derecho procesal moderno que una parte sea tratada por la ley o por los jueces o árbitros con determinados privilegios sobre la otra. Este es un tema que no se analizaba en el Anteproyecto. No debemos olvidar que estamos en presencia de litigios derivados de contratos celebrados entre dos partes.

El proyecto de reforma determinaría que al Estado siempre se le correría traslado del pedido cautelar, pero ello no ocurrirá necesariamente con el particular si es que el Estado solicita una cautelar contra él en la medida que podría pedir que sea *inaudita altera pars* y el juez o tribunal arbitral, según el caso, acceda a concederla sin correr traslado a la parte contraria.

El otro gran problema que no ingresaba a analizar el Anteproyecto radicaba en que la experiencia vivida enseña que en muchos casos sí resulta conveniente para el litigante el recurrir a solicitar una medida cautelar con el carácter de *inaudita altera pars*, pues el conocimiento de la misma podría determinar que su contraparte realice actos que lo perjudiquen irremediablemente, como es el caso de la eventual ejecución de las cartas fianza. Con la normativa que se proponía no cabe duda alguna de que todas las entidades, tengan o no la razón, una vez que se les corra

traslado de la solicitud cautelar, hubiesen procedido a ejecutar de inmediato las cartas fianzas del particular que contrató con ellas.

El Estado debería entender que los procesos de justicia no deben estar diseñados para aquello que le convenga, sino para aquello que sea justo.

Y el tercer problema estribaba en el hecho de que no es verdad lo que se señalaba en el Anteproyecto (p. 17, *in fine* y principio de la p. 18), en el sentido de que estos temas tienen que ver únicamente con obras de gran envergadura. El problema es común a la contratación estatal en su conjunto, materia que, a todas luces, no admite mayor debate.

5. SI LA SOLICITUD CAUTELAR ES MENOR A LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO, EL MONTO DE LA CONTRACAUTELA SERÁ EQUIVALENTE AL MONTO PROTEGIDO POR LA MEDIDA CAUTELAR

Sobre este punto ya nos hemos pronunciado, de manera tal que sólo analizaremos las inconsistencias del Anteproyecto.

Se señalaba (p. 19) que «[…] se requieren (*sic*) adoptar medidas para evitar mayores perjuicios al Estado, de ahí que se advierte la importancia de complementar lo ya regulado en el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, con el objeto de ampliar los supuestos no previstos, atendiendo a la casuística».

Se agregaba: «Ello en atención, a que, por un lado, se viene desconociendo por diversos árbitros lo regulado en el numeral 2 del artículo 8 del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, por medio de la aplicación del control difuso regulado en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, y por el otro, simplemente se inaplica sin ninguna base constitucional o legal en que se ampare».

Como vemos, este era otro problema, pues al reiterar la obligatoriedad en lo que respecta al monto mínimo de las cartas fianza a otorgar como contracautela por quienes litiguen con el Estado y quieran obtener una medida cautelar, el Anteproyecto ignoraba lo dispuesto por las dos sentencias del Tribunal Constitucional a que hicimos referencia en su momento, en las cuales señaló de manera expresa que el control difuso se extiende a los tribunales arbitrales, no circunscribiéndose a los tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Entonces, por más que se hubiese aprobado la proyectada norma, los tribunales arbitrales podrían no aplicarla por ser contraria a la Constitución.

No nos cabe duda de que dicha inaplicación siempre deberá ser hecha con el debido fundamento. El Poder Ejecutivo no puede evitar que los tribunales arbitrales sigan la interpretación establecida al respecto y de manera reiterada por el Tribunal Constitucional, pues la ley no tiene mayor jerarquía que la propia carta política en sí y la interpretación que de ella hace el Tribunal Constitucional. De modo que si se hubiere aprobado esta norma, ella sería letra muerta en tanto y en cuanto se requeriría de una interpretación contraria del propio Tribunal Constitucional a efectos de retirar la facultad de efectuar control difuso, de la que hoy gozan los tribunales arbitrales.

6. ABANDONO DEL PROCESO ARBITRAL *AD HOC*, SIN CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El Poder Ejecutivo recordaba que la incorporación del abandono en el arbitraje fue realizada por «el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 (el mismo que) desarrollo (*sic*) el escenario de la declaración de abandono en los procesos arbitrales institucionales (declarado por la secretaría general) y el arbitraje *ad-hoc* (declarado por el árbitro); *no obstante, no desarrolló el escenario relativo al arbitraje ad-hoc en el cual aún no se tiene designado/nombrado el árbitro único o tribunal arbitral*» (el resaltado es nuestro).

Por nuestra parte, debemos agregar que estas consideraciones son sólo aplicables al arbitraje con el Estado, pues el arbitraje comercial nada tiene que ver con tales materias. En él, simplemente, no se aplica la figura del abandono.

Para estos efectos, el Poder Ejecutivo citaba diversos informes técnicos del ex Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE, actualmente denominado OECE), en los cuales se trata el tema del abandono con relación a procesos donde ni siquiera se instaló el tribunal arbitral; señalando que la propuesta normativa del OSCE buscaba cerrar estos escenarios en los cuales no era posible declarar el abandono de un proceso arbitral por parte de órgano administrativo o jurisdiccional alguno.

Ya hemos emitido opinión en torno al abandono en el arbitraje en el sentido de que el mismo favorece a la parte demandada (la que por lo general no tiene pretensiones procesales), y en materia de contratación estatal, el demandado en la inmensa mayoría de casos es el Estado. El Anteproyecto únicamente buscaba establecer un supuesto más, el contenido en la propuesta de adición al artículo 50-A de la Ley de Arbitraje, a saber: «Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje *ah* (*sic*) *doc* (*sic*) y no se constituye el órgano arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral».

No obstante, omitía contemplar el mismo supuesto para el arbitraje institucional.

7. OBLIGATORIEDAD DE PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA CLÁUSULA ANTICORRUPCIÓN EN LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Al respecto, el Anteproyecto señalaba (p. 24, y comienzo de la p. 25) que las cláusulas anticorrupción «habrían demostrado la creación de incentivos en el sentido de evitar prácticas corruptas que determinen la extinción del vínculo contractual por este concepto».

Así, señalaba: «En ese orden de ideas, vemos que en el marco normativo nacional no existe una norma de contratación que abarque todos los tipos de contrataciones en las que el Estado participa, lo que obliga a la búsqueda de una norma de alcance general para todas las contrataciones con el Estado; cuya incidencia, además, comprenda la habilitación de aspectos que no sólo son sustantivos sino también, podrían comprender aspectos procesales frente al eventual cuestionamiento de la resolución por haber operado la cláusula anticorrupción».

Y finalizaba el Poder Ejecutivo señalando: «En ese sentido, considerando los casos observados por la Procuraduría General del Estado, en virtud de la propuesta de modificación normativa y frente a un eventual arbitraje en el que se discuta la resolución del contrato producto de la cláusula anticorrupción; resulta necesario que, el órgano arbitral esté habilitado para resolver sobre el particular sin necesidad de esperar el resultado de la determinación de responsabilidad penal o administrativa a la que haya lugar, en tanto según nuestra normativa nacional e internacional, una acción trae como consecuencia distintas vías procedimentales que se pueden activar, tales como la civil, administrativa y penal, pudiendo ser su lectura y resultado no necesariamente idéntico en cuanto a su análisis y oportunidad de la decisión definitiva».

Estas consideraciones llevaban al Poder Ejecutivo a proponer la adición de los literales u), v) y w) al artículo 11.2 del texto de la entonces vigente Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en los siguientes términos:

> […]
>
> u) Las personas naturales o jurídicas que suscribieron un contrato resuelto por causal imputable al contratista o un contrato declarado nulo por las causales previstas en los literales a) y b) del numeral 44.2 del artículo 44. El impedimento se aplica para los procesos de contratación en la Entidad con las que suscribieron el contrato hasta 12 meses después de la emisión del acto resolutivo correspondiente.

> v) Las personas naturales o jurídicas que de manera maliciosa hayan presentado recursos en instancias administrativas, arbitrales y/o judiciales de manera reiterada o sobre el mismo o similar petitorio con la finalidad de evitar que el Estado ejerza sus potestades.
>
> w) Las personas naturales o jurídicas con uno o varios contratos suscritos con una o diversas instituciones, que incurran en penalidades de manera sistemática o maliciosamente, generando demoras o no pudiéndose ejecutar la finalidad de la contratación.

Al respecto, debemos señalar que actualmente en los arbitrajes de inversión y en algunos internacionales es aceptada la posición según la cual un tribunal arbitral se encuentra facultado para valorar si en un caso que ha sido sometido a su competencia han ocurrido actos de corrupción que hayan afectado la validez del contrato en mérito del cual se ha iniciado el proceso. Ello es así porque se reconoce que los actos de corrupción son actos que atentan contra el orden público, tanto nacional como internacional.

Sin perjuicio de esto, lo cierto es que el tribunal arbitral no cumple la función de juez penal. Su labor se limita a resolver la controversia contractual objeto de arbitraje, valorando aquello que las partes presentan como medios probatorios. En esa línea, su capacidad para declarar la nulidad de un contrato por actos de corrupción se encontrará siempre limitada por los elementos de juicio que las partes produzcan.[231]

---

[231] Sobre este punto, consideramos relevante citar el discurso de la doctora Elvira Martínez Coco en su incorporación a la Academia Peruana de Derecho en el año 2024:
«¿Qué debe hacer un árbitro frente a un contrato teñido de corrupción?
Es para mí un gusto tratar hoy un tema problemático, como mi carácter, problemático como soy yo en la vida real, abordando cuestiones conflictivas. Y la pregunta que me voy a hacer la noche de hoy es: ¿qué debe hacer un árbitro frente a un contrato teñido de corrupción?
El problema de la corrupción en la contratación pública es el primer marco que tendríamos que ver. La corrupción es definida, en la tercera acepción de la Real Academia Española, como aquella práctica que se presenta en las organizaciones, especialmente en las públicas, consistente en la utilización indebida o ilícita de las funciones de aquellas en provecho de sus gestores. Así, al hablar de corrupción en la contratación pública hablamos del supuesto en el que una de las partes haya tenido o tenga una relación con funcionarios estatales para obtener beneficios indebidos utilizando las funciones de cargo público.

Este es uno de los problemas más grandes que azota el mundo y en este momento del Índice de Percepción de la Corrupción 2023 en Transparencia Internacional, nuestro país se encuentra entre los de más altos índices de corrupción al lado de Uzbekistán, Mongolia y Angola.

Frente a esta situación es necesario que los árbitros tomen conciencia de la necesidad de declarar la nulidad de los contratos que se hayan celebrado o ejecutado bajo el tinte de corrupción. Un buen manejo de estas situaciones en sede arbitral puede abrir el paso para mejorar la percepción de la lucha contra la corrupción en nuestro país.

En este análisis nos enfocaremos en la corrupción externa al arbitraje, es decir, en la que se produce en la celebración de un contrato y en la que se presenta mediante su ejecución.

La discusión en este extremo del arbitraje, la centraremos en las siguientes cuatro cuestiones: primero, la competencia de un tribunal arbitral para analizar alegaciones de corrupción en un arbitraje; segundo, la nulidad de oficio dictada por un tribunal arbitral; tercero, el estándar probatorio de la corrupción en un arbitraje; y, finalmente, las consecuencias políticas en el caso que un tribunal arbitral concluya que existió corrupción en la formación y/o ejecución de un contrato.

Primero, nos referiremos a la competencia de un tribunal arbitral para conocer de estas cuestiones. El artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1071, el Decreto Legislativo que norma el arbitraje, nos dice en su inciso primero que pueden someterse arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. De una lectura literal de este artículo podría llegarse a la errónea conclusión que la corrupción no es una materia de libre disposición, ya que se podría pensar que es competencia exclusiva y excluyente de los fueros penales.

En el ámbito internacional, en un caso en Argentina, involucró sobornos fuera del arbitraje, el juez adoptó esta posición señalando que la corrupción no podía ser materia del arbitraje debido a que los principios generales del derecho impedían que este tipo de controversias fueran vistas en sede arbitral.

Esta posición, sin embargo, cambió rápidamente en el ámbito internacional, existiendo ahora abundante casuística que respalda la posición contraria, entendiéndose que sí son arbitrables las controversias vinculadas con la corrupción. Esta posición se basa, como probablemente todos ustedes saben, en el principio *kompetenz-kompetenz* y de la separabilidad del acuerdo de arbitraje respecto del contrato principal. Así, se ha afirmado correctamente que, aunque por hechos de corrupción sea nulo el contrato principal, eso no implica que por reflejo sea nulo el convenio arbitral. La única excepción a esta regla es que se llegue a probar que la corrupción habría alcanzado el acuerdo arbitral. Así es reconocido de manera expresa en los incisos 1 y 2 del artículo 41 de nuestra Ley de Arbitraje.

Tenemos, entonces, que el problema actual de la doctrina no se centra tanto en la discusión de si un tribunal arbitral es competente o no para abordar los temas de corrupción, sino que se ubica en el estándar probatorio a utilizarse, y en el que toma relevancia el hecho de que los delitos de corrupción están tipificados en el título 18 del Código Penal, existiendo una posibilidad real de sentencias y laudos contradictorios, sin dejar de lado que el proceso penal usa un estándar de pruebas distinto del que normalmente se maneja en procesos arbitrales. Por ello, a continuación, me ocuparé en líneas generales del estándar de la prueba de corrupción a utilizarse en un proceso arbitral. Y antes de eso hablaremos de la nulidad de oficio dictada por un tribunal arbitral.

Con relación a los temas de nulidad, un tribunal arbitral, debe tener en cuenta que el deber de valoración de su existencia surge del principio general *iura novit curia* regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil peruano, y de la nulidad manifiesta prevista en el artículo 220 del mismo código.

Con respecto a este último aspecto, hubo muchos tratadistas que han señalado que es el poder del juez —y vamos a decir también el del árbitro— de realizar de oficio su propio análisis del

derecho aplicable a las disputas sometidas a su consideración. Es así que el *iura novit curia* encuentra aplicación en la facultad del artículo 220 del Código Civil peruano que otorga al juez, y por consiguiente el árbitro, para declarar la nulidad manifiesta. Así lo ha sido reconocido la Corte Suprema de la República del Perú en el Noveno Pleno Casatorio Civil en el que al definir las líneas generales de aplicación del *iura novit curia* ha señalado que esto es posible.

Siguiendo esta línea, el propio Pleno Casatorio establece, además, que es un requisito indispensable del juez, del árbitro que para declarar la nulidad manifiesta deba cumplir con tres requisitos: primero que la nulidad sea manifiesta, es decir, que sea evidente, que sea notoria, que nos llene los sentidos de tal manera que no requiera de probanza alguna; en segundo lugar, la nulidad manifiesta debe guardar relación directa con las materias controvertidas; y, tercero, se debe haber promovido previamente —y esto no es lo menos importante, creo que es lo más importante— el contradictorio entre las partes sin importar la etapa del proceso.

Lohmann Luca de Tena, quien nos acompaña hoy día, establece una prevalencia en la aplicación del artículo 220 sobre el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil y nos ha dicho que, precisamente, por la naturaleza de la nulidad absoluta y el carácter radicalmente excepcional del mencionado segundo párrafo del artículo 220 del Código Civil, el precepto que este párrafo contiene sí debe prevalecer en ciertos casos, y con los requisitos ya dichos, sobre el artículo VII del Código Civil que prohíbe al juez ir más allá del petitorio.

Es así que la aplicación del artículo 220 del Código Civil peruano es una derivación más específica del principio *iura novit curia* recogida en el artículo VII que venimos comentando y que va en una relación de género a especie, pero que a la vez permite la aplicación preferente de la nulidad manifiesta sobre el *iura novit curia y* el principio de congruencia que este debe recordar.

En este orden de ideas, la doctrina nacional ha entendido que el juez o el árbitro, en aplicación de este artículo, puede declarar de oficio la nulidad de un acto jurídico. Sin importar que se considere que una solicitud de nulidad es o no es un argumento de defensa a la luz del artículo VII del Título Preliminar, concordado con el artículo 220, un tribunal arbitral se encuentra obligado a pronunciarse sobre la nulidad del caso, y repito «obligado», un tribunal no puede ser ciego ante determinados hechos, si encuentra que esta nulidad existe, debe promover el contradictorio.

Que no se le permita al tribunal arbitral realizar dicho análisis por un acuerdo entre las partes implicaría limitar el poder decisorio del tribunal arbitral cuando el ordenamiento jurídico expresamente obliga al juez o al árbitro a pronunciarse.

Al respecto, ya son varios los laudos en los tribunales arbitrales se han pronunciado de oficio sobre nulidad manifiesta del contrato en nuestro país en controversias que han sido sometidas a su consideración, y esta es una importante línea que los árbitros debemos seguir.

En cuanto al estándar de la prueba de la corrupción a utilizarse en un proceso arbitral, debe tenerse en cuenta en que el arbitraje nacional la Ley de Arbitraje, en su artículo 43, otorga al tribunal arbitral la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas. Y el tribunal arbitral, asimismo, está facultado para prescindir motivadamente de cualquier prueba ofrecida. De esta forma, vemos que la ley peruana de arbitraje regula el estándar de libre valoración de la prueba, y esto implica que ningún árbitro se encuentra limitado para actuar o para prescindir de los medios probatorios presentados por las partes, inclusive estando facultado para solicitar la actuación de prueba adicional de estimarlo necesario. En muchos casos en los que he intervenido, las partes han presentado medios probatorios fuera del plazo y teniendo la flexibilidad que nos da el arbitraje, normalmente los tribunales arbitrales han incorporado de oficio, para que no exista ningún problema, las pruebas presentadas. Siempre he pensado que es mejor tener más que tener menos si eso nos ayuda a encontrar la verdad.

Siempre que así un tribunal arbitral puede aplicar cualquiera de los estándares probatorios más utilizados en las alegaciones de corrupción en el arbitraje internacional. ¿Cuáles son esos estándares? El primero, el de la prueba clara y contundente; el segundo, el de la certeza razonable; el tercero, el balance de probabilidades o preponderancia de la prueba; y, por último, la prueba indiciaria. Estos cuatro estándares se diferencian en el grado de intensidad de cada uno de ellos, yendo de los que requieren la prueba más fuerte hasta lo que permite mayor flexibilidad en el análisis probatorio.

La prueba clara y contundente: el primero de estos estándares se refiere a la denominada prueba irrefutable o prueba clara y contundente, es el estándar probatorio más alto, es el estándar más duro ya que requiere una prueba absolutamente convincente de la existencia de la corrupción y esto genera, en estos casos, que un tribunal arbitral opte por no abocarse a conocer de la corrupción ante la dificultad de la probanza, o si los hechos de corrupción están siendo objeto de análisis en sede penal, el tribunal sustenta el proceso arbitral a la espera de las resultas de dicho proceso.

Hace muchos años, en el Expediente n.° 383-6213-8 PUCP, un tribunal arbitral que yo presidí suspendió el proceso hasta el 2022, año en el que en sede penal recién existió una sentencia firme sobre la corrupción en el convenio que fue materia de dicho arbitraje. Con posterioridad declaramos, además, la nulidad por corrupción de oficio en ese caso arbitral.

El segundo estándar es el de la certeza razonable. En el segundo estándar, el grado de intensidad de análisis probatorio disminuye, de tal manera que se debe realizar un análisis de razonabilidad frente a la evidencia que existe en el proceso. Bajo este estándar probatorio un tribunal arbitral no está compelido a esperar las resultas de un proceso penal en caso de que este exista.

El tercer estándar es el balance de probabilidad con preponderancia de la prueba. Se refiere este estándar y se enfoca en la posibilidad, solamente la posibilidad, de que haya ocurrido la corrupción en intensidad menor que el criterio de razonabilidad que hemos explicado. Se trata de un análisis probabilístico de la existencia de la corrupción, sin que ningún tribunal arbitral tenga que llegar a la certeza de que la corrupción existió.

Y, por último, tenemos la prueba indiciaria, las famosas *red flags*, es el cuarto estándar, el de las banderas rojas, y esto se refiere a la existencia de elementos que, considerados, de manera conjunta llevan a un tribunal arbitral al convencimiento de que la corrupción existió.

No hay necesidad en estos casos de pruebas directas. Casi nunca habrá pruebas directas de corrupción en el arbitraje internacional y los tribunales no tienen poderes coercitivos para solicitarlas. Las banderas rojas no son en sí mismas una prueba de corrupción; sin embargo, son indicadores de que la corrupción existió y cuando se suman una, tras otra, tras otra el tribunal arbitral no puede dejar ni debe dejar de observarlas.

Los actos de corrupción suelen ser producto de simulación y difícilmente se va a encontrar la prueba directa, por esta razón debe utilizarse muchas veces un estándar menor, desde las *red flags,* banderas rojas que alertan sobre la existencia de hechos de corrupción. En nuestro país ya ha habido casuística que ha comenzado a abrir paso a este tipo de análisis. Los arbitrajes de casos peruanos, tanto nacionales como internacionales, han comenzado a aplicar este tipo de estándares, esto ha dado flexibilidad en el manejo de esta problemática por los árbitros.

Y me voy a ocupar, para finalizar, de dos casos emblemáticos en los que se aplicaron estándares probatorios diferentes.

El primero fue el del Expediente n.° 383-62-13 PUCP entre Corpac contra la Municipalidad Provincial del Callao y el Fondo Municipal de Inversiones del Callao en el que me desempeñé como presidenta. Estas tres instituciones, instituciones estatales, cuestión rara, ¿no cierto?, y es un caso inusual, porque normalmente la corrupción se da entre un contratista y la entidad estatal, acá fueron funcionarios de tres entidades estatales que se pusieron de acuerdo para

celebrar un convenio extrayendo dinero del Estado. Celebraron un convenio para la sede principal de Corpac por un monto total de 53 millones de soles, el tribunal se constituyó en un principio ante el reclamo de Corpac por la no ejecución del contrato y la falta de avance de la obra; no obstante, durante el proceso se evidenciaron serias irregularidades en la celebración y ejecución del contrato como, por ejemplo, la falta de convocatoria a un concurso público, firmándose directamente el convenio, sin ver que no contaban con la experticia mínima para ejecutar una obra de ese tipo. El pago del adelanto directo por parte de Corpac de 31 millones de soles, lo que representaba el 70 % del valor total del contrato sin que se otorgara carta fianza alguna. Y ninguna de las partes solicitó ante nuestro tribunal arbitral la nulidad del contrato.

En esta situación, el tribunal arbitral pidió a las partes que se pronunciaran sobre el supuesto de que el colegiado debiera aplicar el artículo 220 del Código Civil que habla de la nulidad manifiesta. Por lo tanto, el tribunal arbitral generó el contradictorio. Y debido a que estaba en curso una investigación penal en contra de los funcionarios firmantes del convenio y que no estábamos frente a un arbitraje único de una presidenta del tribunal arbitral, cuando tenemos un tribunal colegiado, tenemos que conversar, y si alguien no quiere ir por las *red flags*, la otra alternativa es suspender, igualmente pronunciarnos después. Y en este caso pasó eso y se suspendió el arbitraje. Yo soy más partidaria de las *red flags*, pero para eso tenemos que estar todos de acuerdo. Y en este caso, a pesar de las claras evidencias de corrupción, el tribunal arbitral decidió esperar el pronunciamiento de las cortes penales para tener certeza absoluta de los hechos de corrupción.

En este caso, el colegiado que aplicó el estándar más fuerte, el estándar más duro, la prueba irrefutable, suspendiendo el proceso hasta que existió un pronunciamiento de última instancia en sede de los 18 procesados funcionarios públicos que participaron en el contrato, investigados, justamente, por la firma de este contrato en la que fueron condenados absolutamente todos.

Finalmente, entonces, el tribunal arbitral emitió su decisión declarando nulo de oficio el contrato celebrado por corrupción.

Y el segundo y último caso del que me voy a ocupar es uno que probablemente ustedes conocen a través de los medios periodísticos, y es el caso arbitral ad hoc, segundo caso entre Rutas de Lima S. A. C. contra la Municipalidad Metropolitana de Lima.

En los dos primeros arbitrajes por controversia respecto de ese contrato existieron reclamos de corrupción, y estos fueron planteados en el marco de contratos celebrado entre Rutas de Lima, cuyo socio principal en esta época era Odebrecht, frente a la Municipalidad Metropolitana de Lima para la ampliación de vías y el posterior otorgamiento de la concesión de los peajes de la Panamericana Norte, Panamericana Sur y Ramiro Prialé.

En el primer caso, si bien fue invocada la corrupción por la Municipalidad Metropolitana de Lima, esto se hizo fuera del plazo para interponer pretensiones, pero al haber sido llevado a conocimiento del tribunal arbitral, el tribunal solicitó a las partes que se pronunciaran sobre ello ante la posibilidad de declararse de oficio dicha nulidad, generándose también, de esta manera el contradictorio en el proceso. Al final no se declaró que había corrupción porque no había prueba suficiente, recién comenzaban los procesos.

En el segundo caso, la corrupción fue invocada directamente por la Municipalidad Metropolitana de Lima y lo interesante es que en ambos casos los tribunales arbitrales utilizaron el estándar de la prueba indiciaria, la *red flag*, aplicándolas y analizándolas de manera de ver si todas en conjunto generaban conducción o no a los árbitros de la existencia de corrupción en el contrato.

Lo curioso es que si bien en el primer caso el tribunal arbitral, por unanimidad, debido al escaso material probatorio presentado no se podría llegar a la convicción de que existió corrupción en la celebración del contrato, el voto singular de unos de los árbitros, que fue el mío, sostuvo

que si existía nulidad de varios de los documentos contractuales, seguido con posterioridad a la celebración del contrato por razones distintas a la corrupción, pero que iban expresamente en contra de normas imperativas del Código Civil. Esto demuestra que el inicio de investigaciones y la existencia de estipulaciones contractuales en contra de normas imperativas no demuestran por sí solas el dolo necesario para imputar corrupción en la formación del contrato, a pesar de que dichas normas imperativas puedan llevar a la nulidad de otros instrumentos del contrato.

Sin embargo, mucho más interesante es el segundo caso, porque a pesar de que el tribunal arbitral en mayoría rechazó la existencia de la corrupción, se produjo un voto en disidencia, que como todos ustedes saben es mío, analizando las *red flags* y entendiendo que el contrato fue producto de la corrupción.

El tribunal arbitral, y hablo de las *red flags*, en primer lugar ya se encontraba informado en la sesión que la señora Susana Villarán, alcaldesa de la Municipalidad Metropolitana de Lima, al momento de la celebración del contrato había sido ya condenada a prisión preventiva por recibir coimas para la campaña del no a revocatoria. En segundo lugar, el señor José Miguel Castro, gerente general de la municipalidad, admitió en su declaración testimonial ante el tribunal arbitral que existieron irregularidades y que, si bien no entendía cómo es que se sacaban los fondos, efectivamente, se sacaron los fondos. Y es aquí donde se observa cómo la valoración de la prueba indiciaria se puede mezclar con la interpretación del contrato y el incumplimiento de normas imperativas.

A diferencia de lo que ocurre en el laudo arbitral por mayoría, en el voto de disidencia, se analizó la declaración de José Miguel Castro dándole valor al indicio de la corrupción y el dinero iban a salir a través del mecanismo contractual de las obras puesto punto, y es ahí donde viene la parte interpretativa y posiblemente lo que fue el quiebre de las posiciones del tribunal arbitral debido a que el árbitro en disidencia analizó el cambio en la relación entre la iniciativa privada y el contrato respecto a cómo se regulaba el riesgo en las obras puesta a punto. ¿Qué observé? Que dicho riesgo, inicialmente, era totalmente del contratista en la iniciativa privada y que en la redacción posterior, en la redacción del contrato, pasó a ser totalmente de la Municipalidad Metropolitana de Lima.

¿Qué pasó con esto? Pasó que lo que se aprobó como iniciativa privada, cuyo contrato debería de aprobarse tal cual, sin cambiar una forma, lo que inicialmente era una concesión autofinanciada con recursos del contratista se transformó en una concesión cofinanciada en la que la Municipalidad Metropolitana de Lima tenía que financiar las actividades previas y las puestas a punto. ¿Qué dijo el señor Miguel Castro? Que no entendía cómo salía la plata, pero que era por ahí, pero es que nunca se habían dado el trabajo de revisar la iniciativa privada.

Ese cambio de relación es lo que generó que se pudieran pactar todas las adendas posteriores al contrato que inflaron el precio de la concesión en favor de Rutas de Lima, porque está prohibido por ley que se produzcan cambios entre los impuestos de iniciativa privada y posterior contrato.

En el Expediente n.° 1072-2023-THC/TC la sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de marzo de 2024, con fundamentos de voto agregado de los magistrados Gustavo Gutiérrez Ticse y César Ochoa Cardich, suscribieron todo el voto disidente del laudo arbitral recaído en el caso Rutas de Lima contra la Municipalidad Metropolitana, y ha señalado: «El árbitro disidente, tras levantar la *red flag* de corrupción en el contrato de concesión, concluyó que se había generado un desequilibrio económico al convertir la concesión autosostenible prevista y la iniciativa privada en un contrato de concesión cofinanciado».

En líneas generales podemos observar la aplicación de estándares probatorios diferentes en nuestro país, pero les repito todos los caminos conducen a Roma y si esos caminos nos llevan a ver la corrupción, a visualizarla, es importante recorrer uno y recorrer el otro.

Dentro de tal orden de ideas, cuando los actos de corrupción que se alegan ya cuentan con una sentencia en sede judicial, la carga probatoria de quien formula la pretensión de nulidad se habría cumplido, razón por la cual lo lógico y previsible será que el tribunal arbitral declare la invalidez del contrato.

En cuanto a los efectos de la nulidad de la casuística peruana, en el caso de Corpac y la Municipalidad Provincial del Callao, el tribunal arbitral llegó a la conclusión que para el caso en que todas las partes de un contrato corrupto son entidades del Estado no se debe aplicar los efectos naturales de la nulidad de un contrato con fin ilícito. Todas las entidades corruptas eran entidades o empresas públicas con 100 % de accionariado estatal, de tal modo que la norma del Código Civil peruano regula los efectos de los pagos indebidos realizados por un acto ilícito no eran aplicables en virtud del carácter exclusivo e incluyente del presupuesto asignado para una determinada entidad, que se hace una vez al año mediante ley, ustedes lo saben, y para el fin público para el cual está destinado es una decisión de carácter político y tiene que respetarse su destino.

Por otro parte, en los casos arbitrales de Rutas de Lima, al no haberse declarado por mayoría en ninguno de estos supuestos la corrupción, no se pronunciaron acerca de los efectos de esta; no obstante, el voto singular de este segundo caso sí menciona directamente que se había privado la aplicación del artículo 1275 del Código Civil y cómo el efecto natural de realizar un pago correspondiente ilícito es el de no poder obtener la repetición de lo pagado. Se llegó a la conclusión de que ambas partes serían igual de culpables por los actos de corrupción por lo que no tenían derecho al reembolso de ningún monto ni a reclamarse daños mutuamente. ¿En qué puedo concluir? Que de manera lenta pero segura nuestros tribunales arbitrales van tomando conciencia de su responsabilidad frente a contratos teñidos de corrupción. Hoy más que nunca necesitamos árbitros valientes, sin vendajes en los ojos, con sentido de justicia, que no olviden que sobre sus hombros descansa la credibilidad del sistema de justicia.

Finalmente, quiero agradecer a todos los académicos que me han conferido el alto honor de incorporarme a la Academia Peruana de Derecho. En segundo lugar, al doctor Mario Castillo Freyre, por la hermosa reseña que ha hecho de mi persona. En tercer lugar, a mi hermano Felipe Martínez Coco y a mi hijo Óscar Ponce de León, por haberme dado la inmensa alegría de abrazar esta misma carrera y ser mi soporte leal.

Y, finalmente, a mis maestros que me inculcaron el amor al derecho, el rigor en la investigación, pero por sobre todas las cosas que el ejercicio del derecho sin ética y sin valores no sirve para nada. Por ello permítanme rendir homenaje a tres académicos que ya no están con nosotros, pero que marcaron mi vida: a Guillermo García- Montufar, a Max Arias-Schreiber y a Carlos Fernández Sessarego les envio un gran abrazo hasta el cielo, todo lo bueno que yo pueda hacer se lo debo absolutamente a ellos».

(Véase en: MARTÍNEZ COCO, Elvira. «¿Qué debe hacer un árbitro frente a un contrato teñido de corrupción? Discurso de incorporación de la doctora Elvira Martínez Coco». En *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2023-2025*, 2025, n.° 15, pp. 149-160).

El gran problema es que ese escenario ideal no se suele configurar. Lo común, dado el momento en que, por lo general, se inicia la investigación correspondiente[232] es que quien demande la nulidad lo haga sin contar con una sentencia. Si, por ejemplo, lo único que se presenta como evidencia es la tesis del procurador o del Ministerio Público e indicios, los árbitros podrán rechazar la pretensión por considerar que no se ha aportado como criterio el de una evidencia clara y convincente.

No debe perderse de vista que si bien en los arbitrajes de inversión no se exige una prueba directa de los actos de corrupción que se alega, sí es necesario que aquellos medios probatorios que se aporta puedan calificarse como indicios graves, precisos y coherentes. No siempre esa prueba circunstancial e indirecta que se aporte podrá lograr el propósito de convencer al tribunal arbitral de que corresponde declarar la invalidez de un contrato, máxime cuando el mismo se ha estado ejecutando y ha supuesto una inversión importante para el contratista.

A lo anterior se suma una dificultad adicional, a saber, que quien solicita la nulidad resulta ser la misma entidad que suscribió y ejecutó el contrato. Es así que lo habitual es que quien cuestione la validez de la relación contractual invocando actos de corrupción sea una nueva gestión, por el actuar doloso de algún o algunos funcionarios de la gestión previa que hayan podido coludirse con el contratista.

Esa realidad determina que se deba convencer al tribunal arbitral de que su conducta no es contradictoria y que no se trata de un simple cambio de posición en perjuicio del inversionista, lo que no es fácil cuando los actos de corrupción han sido determinantes para establecer los términos contractuales y la manera en que ellos se han ejecutado antes del cambio de gestión.

---

232 Al respecto, debe tenerse en cuenta que la investigación penal no suele iniciarse inmediatamente después de celebrado el contrato, sino cuando el mismo ya se encuentra en ejecución o, incluso, cuando la misma ha terminado.

Es innegable, entonces, que aunque el arbitraje de inversión constituye un fuero adecuado para obtener la declaración de nulidad de un contrato cuya negociación, celebración o ejecución se ha visto afectada por actos de corrupción, no califica como una solución a los problemas, esto dado que su utilidad se encuentra necesariamente limitada por los medios probatorios que pueda presentar la entidad, lo que a su vez se halla restringido por el estado de cosas en que se encuentre la problemática en el ámbito penal. Lo propio ocurriría, sin duda, en los arbitrajes o procesos judiciales relativos a contratación estatal.

Pero el problema se vería agravado porque, conociendo cómo son las cosas en nuestro país, la justicia penal podría tomar como camino espejo lo que resuelvan los tribunales judiciales (civiles, comerciales o constitucionales) o arbitrales a este respecto (los mismos que, por lo demás, no están integrados por expertos en materia penal, pudiendo los árbitros, incluso, ser ingenieros o personas de otras especialidades). Peligrosísimo, sin duda.

8. NECESIDAD DE INCLUIR EN TODOS LOS CONTRATOS CON EL ESTADO UNA CLÁUSULA RESOLUTORIA EXPRESA, BAJO SANCIÓN DE NULIDAD

Como todos sabemos, en el derecho civil peruano, los contratos pueden, más allá de otras situaciones particulares, resolverse de acuerdo a tres vías predeterminadas por la ley.

La primera es la resolución judicial o arbitral en virtud de la cual la parte afectada por el incumplimiento de la contraria decide acudir a los tribunales de justicia y pedirles (como pretensión procesal específica) que declaren resuelto el contrato. Esta figura se halla regulada en el artículo 1428 del Código Civil, cuando indica: «En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y

perjuicios.— A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación».

En segundo lugar tenemos la resolución por autoridad del acreedor o resolución extrajudicial, regulada por el artículo 1429 del Código Civil, en los siguientes términos: «En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto.— Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios».

Ambos mecanismos resolutorios hallaban correspondencia en el artículo 36 de la ahora derogada Ley de Contrataciones del Estado, y en los artículos 164, 165 y 166 del Reglamento de la citada ley.

En la práctica, tanto en materia civil como en materia de contratación estatal resulta ser el mecanismo empleado con mayor frecuencia dado que su empleo no implica pasar por los tribunales de justicia, ya que se ejerce de manera directa. Eso sí, resulta necesario otorgar a la parte infiel el plazo mínimo establecido por la ley, a efectos de que cumpla con la prestación debida. Aquí se ve reflejado el principio de conservación del contrato que se acoge usualmente en la legislación peruana.

No obstante, lo que ocurre también es que luego de que una de las partes resuelve el contrato de manera extrajudicial, la otra recurre al Poder Judicial o al arbitraje, según corresponda, a efectos de solicitar a los tribunales de justicia que dejen sin efecto tal resolución por considerarla no ajustada a derecho. En otras palabras, en la práctica, el tema de la resolución extrajudicial casi siempre es negado y contestado por la parte contraria, quien lo canaliza en la vía resolutoria de controversias que corresponda a efectos de que un tribunal de justicia señale si la resolución extrajudicial debe o no quedar sin efecto.

Como se puede apreciar, estos son los dos mecanismos de resolución que en la actualidad se aplican en la contratación estatal.

Pero en la contratación civil existe un tercer mecanismo, denominado «cláusula resolutoria expresa», el mismo que se halla regulado en el artículo 1430 del Código sustantivo, norma que establece: «Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión.— La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria».

Este mecanismo resolutorio pasa por el necesario requisito de que se establezca en el contrato, de manera clara y específica, cuáles serán las obligaciones cuyo incumplimiento podrá habilitar a la parte fiel de la relación contractual a resolver el contrato de manera directa, lo que se hace, generalmente, a través de una carta notarial.

La doctrina coincide en que para habilitar este mecanismo resolutorio no cabe pactar cláusulas que generalicen el incumplimiento de todas o parte de las obligaciones de uno de los contratantes. Aquí será necesaria la precisión absoluta de las mismas.

Ello se explica por el rigor del propio mecanismo, el cual ni siquiera da lugar a que cumpla la supuesta parte infiel, dado que el supuesto contratante fiel podrá recurrir a ella de manera inmediata cuando se produzca el incumplimiento de la obligación de la que se trate.

Entendemos que es por este rigor que el mecanismo del artículo 1430 no forma parte hasta ahora de las normas de contratación estatal, dado que lo que debe buscar el Estado es que los contratos que celebra se cumplan y que se satisfaga las necesidades de la población en materia de la provisión de bienes, servicios y obras.

El Estado nada ganaría resolviendo un contrato a través de este mecanismo sin siquiera dar la oportunidad para que el contratista ejecute la obligación supuestamente incumplida.

El Anteproyecto bajo comentario señalaba (p. 26): «Así, por ejemplo, en un contrato celebrado con el Estado podrían dar lugar a este tipo de resolución los siguientes supuestos: i) la no entrega del bien mueble o inmueble materia de una compraventa en determinado plazo; ii) la ejecución manifiestamente negligente de una obra pública (sea respecto a las características de la obra, el plazo, etc.); iii) el no pago del precio pactado; entre otros. Frente a estos escenarios, tanto el Estado como el contratista, se encuentran legalmente habilitados para invocar la resolución inmediata del contrato. En el caso específico del Estado, la propuesta normativa está dirigida a que éste pueda proceder a la liquidación de la obra, y en ese sentido inicie las acciones pertinentes para continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público».

De ahí que el Anteproyecto proponía realizar unos agregados en el artículo 36 de la entonces vigente Ley n.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, con los textos siguientes:

> 36.2 Todos los contratos incorporan una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad, en la cual se debe convenir expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte afectada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.
>
> En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, se realiza la liquidación de la obra, procediendo que la entidad pública afectada inicie acciones para continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público.

A entender nuestro, el proyectado numeral 36.2 en verdad no aportaba algo bueno a la contratación con el Estado.

Decimos esto por varias razones.

En primer lugar, porque la existencia de la norma no impedirá que el contratista afectado recurra al tribunal de justicia que corresponda para solicitar una medida cautelar con el propósito de detener los efectos de una resolución que estima contraviene la ley y el derecho, con lo cual la entidad pública no podría liquidar la obra y contratar su continuación.

En segundo lugar, y como ya lo adelantamos, la propuesta no solucionaba nada en la medida que la resolución por cláusula resolutoria expresa no permite dar oportunidad a la contraparte para que cumpla la obligación de que se trate.

En tercer lugar, porque más allá de poderse recurrir a otorgar un plazo a la parte que viene incumpliendo la obligación, de acuerdo a la normativa civil y de contratación estatal en actual vigencia, la existencia de una cláusula resolutoria expresa sería una tentación muy grande para deshacerse del otro contratante por las razones que fuere, dentro de las cuales no podemos dejar de mencionar aquellas de orden político, muy comunes en nuestro país cuando cambian las autoridades de la entidad.

Y en cuarto lugar, porque, de seguro, estas cláusulas contemplarán mayoritariamente supuestos de incumplimiento de los contratistas y no del Estado, que es, precisamente, el que redacta el contrato.

9. La obligatoriedad de la cláusula arbitral en la contratación con el Estado y la vía judicial como alternativa

En realidad, éste era el punto central del Anteproyecto en la medida que a través del mismo no sólo se retiraba el carácter obligatorio al arbitraje en la contratación estatal, sino que, además, como veremos a continuación, el arbitraje hubiese terminado siendo no sólo residual, sino una absoluta excepción.

En el Anteproyecto se señalaba: «Otra situación que se ha evidenciado en años recientes es el uso del arbitraje como un mecanismo para eludir la correcta aplicación del derecho, a través de redes de corrupción que involucra a contratistas, árbitros y centros de arbitraje, con la finalidad de perjudicar al Estado. En ese sentido, la propuesta busca atender esta situación, también desde la revisión de la normativa vigente que establece la obligatoriedad del arbitraje en las contrataciones públicas, proponiendo la modificación de diversas disposiciones de la Ley n.º 30225, Ley de contrataciones del Estado y de la ley (*sic*) n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo».

El análisis del Poder Ejecutivo pasaba por cuestionar la obligatoriedad del arbitraje con el Estado, sacando de contexto unas expresiones del profesor Baca Oneto cuando sostiene que «el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva».

Decimos que se sacaba de contexto tales palabras, pues las expresiones del citado profesor a lo que hacen referencia es a la imposibilidad de excluir el control judicial en el arbitraje. Y está claro que ello no puede hacerse ni en el Perú ni en cualquier otra parte del mundo, así como todos sabemos que existe el recurso de anulación del laudo arbitral, y el eventual control constitucional contra las resoluciones judiciales que anulen o no anulen los laudos arbitrales.

Por otra parte, en el Anteproyecto se citaba a Baca Oneto cuando indica que «tal desapoderamiento […] del ejercicio de un derecho fundamental sólo es admisible en cuanto se basa en el consentimiento explícito de su titular».

Y, precisamente, lo que ocurre en materia de arbitraje en contratación estatal es que el Estado da su consentimiento para la existencia de tales arbitrajes a través de la normativa legal que regula la materia. No podría decirse, a riesgo de incurrir en un grueso error, que hoy «el Estado es obligado a ir a arbitraje», cuando es el propio Estado peruano quien ha decidido que, desde 1998, prácticamente todas sus controversias se resuelvan por esta vía.

Lo que se deslizaba en el Anteproyecto era que el Estado no debía estar obligado (nadie lo ha hecho ni lo podría hacer, por cierto), sino que debía ser voluntario para él recurrir o no a arbitraje.

Una tesis muy pobre, por cierto, en la medida que ya hemos visto que es el Estado el que decide ir o no a arbitraje a través de su propia normativa legal.

Dentro de esta tesis equivocada se sostenía (p. 28): «Este problema que incide en la naturaleza misma del arbitraje con el Estado, se podría superar si se permite que la Administración, en atención a las consideraciones de cada caso particular y en aras de salvaguardar el interés público, pueda determinar «caso a caso» si resultará más conveniente establecer un convenio arbitral, al cual se adherirá el contratista en virtud de su voluntad de participar como postor con conocimiento de las bases del concurso o licitación. Con ello, el arbitraje, incluso en las contrataciones con el Estado, se encontrarían (*sic*) acorde con su naturaleza voluntaria».

El Anteproyecto olvidaba que el arbitraje estatal siempre ha sido y es voluntario, pues sin la voluntad del Estado expresada en las diversas leyes que lo han regulado y regulan, simplemente, no hubiera existido. No se puede decir, pues, que el propio Estado que ha dado esas normas es llevado a la fuerza a arbitraje sin su consentimiento.

Por eso, el razonamiento del Anteproyecto no resultaba consistente.

En segundo lugar, tampoco lo era el citar dos casos como ejemplos de corrupción en el arbitraje. Seguramente se podría citar otros más, como también se podría citar infinidad de casos de corrupción en el Poder Judicial. Los malos ejemplos no pueden ser tomados como regla de conducta de todas las personas. Sólo deben ser tomados como ejemplos y ellos no son razón suficiente para eliminar, como se pretendía hacer, el arbitraje en contratación estatal.

En lógica jurídica, los argumentos del Anteproyecto sobre este particular no resistían el análisis de una tabla de verdad.

Por otra parte, no entendemos qué es lo que quería decir el Anteproyecto cuando señalaba (p. 29) que estos hechos han «evidenciado que la imparcialidad no es una ventaja intrínseca del arbitraje, pues la realidad demuestra importantes casos en los cuales estos habrían estado coludidos para defraudar el interés público». Es claro que se seguía armando una tesis a través de ejemplos.

Luego, el Poder Ejecutivo continuaba indicando (p. 29): «Asimismo, la actual regulación contempla dos situaciones que deben atenderse. En primer lugar, una disposición de carácter obligatoria (*sic*), que no permite un margen de apreciación por parte de la entidad acerca de la conveniencia o no de incluir un convenio arbitral en los contratos que esta celebre, niega la naturaleza voluntaria consustancial al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, que, además, desconoce la autonomía que algunas entidades tienen para la gestión de sus bienes y recursos, lo que incluye el ámbito de la contratación pública y la determinación de los mecanismos que consideren más oportunos o eficientes para resolver las disputas en las que formen parte».

Esto significaba que se proponía que, en la práctica, antes de establecer las cláusulas de cada contrato, la entidad decida si las eventuales

controversias que se susciten en el futuro serán resueltas en la jurisdicción ordinaria o en arbitraje, pero, como veremos más adelante, la opción arbitral terminaba siendo meramente facultativa y residual.

Ello quedaba muy claro de lo expresado en el Anteproyecto cuando se señalaba: «Por dichas razones es que se propone eliminar la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública, con la finalidad de que su empleo se encuentre fundamentado en una evaluación por parte de la entidad que la lleve a determinar, en cada caso concreto, si resulta conveniente introducir en el contrato un convenio arbitral o, de ser el caso, optar por llevar una eventual controversia ante el Poder Judicial».

Y agregaba: «Con ello, no se elimina la posibilidad de acudir a arbitraje, sino que, al habilitar la posibilidad del Estado de acudir a otros mecanismos de solución de controversias como son los procesos judiciales, la opción por la vía del arbitraje requerirá de un análisis pormenorizado por parte de la entidad para determinar la conveniencia o no de establecer una cláusula arbitral en las bases de la contratación o dejar a salvo su derecho para acudir al Poder Judicial, en aras a (*sic*) salvaguardar el interés público que subyace a la mejor defensa de los intereses de la administración pública».

En realidad, no se entendía en qué debería consistir ese análisis previo de la entidad pública, en razón de que: 1) aún no existe controversia; 2) los dos medios de solución de controversias son equivalentes y contemplados por nuestra Constitución Política; 3) no se puede juzgar *a priori* si uno es mejor que otro; ni siquiera el Anteproyecto lo hacía o lo podría haber hecho. Ello, naturalmente, a menos que se tenga prejuicios en contra o a favor de alguno de ellos.

Entonces, nos seguimos preguntando en qué debería fundamentarse ese análisis previo de la entidad. Creemos que sólo podría basarse en prejuicios o especulaciones. Nada más. El único caso en que objeti-

vamente una entidad podría optar por el arbitraje sería si el mismo consistiese en cuestiones de orden técnico. Lo que también podría resultar equivocado, pues siempre las controversias sobre cuestiones técnicas van acompañadas de componentes jurídicos.

En segundo lugar, esta «decisión» de la entidad se hubiese prestado a corrupción de sus funcionarios con quienes sean postores o contratantes con ella, para que la cláusula de solución de controversias se ajuste a la medida de las necesidades del contratista y no del Estado.

Y, finalmente, dado que la decisión de la entidad estatal debería fundamentarse debidamente, en caso se hubiere preferido incluir un convenio arbitral, muchos funcionarios públicos honestos, por temor a acciones de control, evitarían optar por el arbitraje a efectos de no tener algo que explicar ulteriormente a la Contraloría General de la República.

En ese sentido, queda claro que lo que se estaba haciendo no era establecer una alternativa, sino un eufemismo por el cual prácticamente se eliminaba el arbitraje en materia de contratación estatal. Creo que las autoridades deberían ser más claras y decirlo con todas sus letras. El Perú siempre será el país de las medias tintas. «Ni chicha ni limonada».

Para llevar adelante esta mal llamada «opción» (p. 30): «[...] se crea la vía del proceso abreviado, encargado exclusivamente de tramitar este tipo de procesos. Asimismo, se establece una regulación especial para el trámite de las medidas cautelares en el marco de dichos procesos, con la finalidad de que estos mecanismos respondan a su naturaleza intrínsecamente variable o provisional, evitando situaciones perjudiciales al interés público a partir de su uso irregular».

Se indicaba también (p. 30): «En esa misma línea, se contempla que estas controversias serán resueltas por la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, a través de su Presidente y la apelación, lo será por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia».

Esto se veía reflejado en la propuesta de modificación que se hacía al artículo 9 de las Disposiciones Complementarias Modificatorias de la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo: «Cuando el objeto de la demanda versa sobre las pretensiones que se tramitan en el proceso abreviado, es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia del domicilio principal de la entidad. En estos casos, solamente el Presidente de la Sala se avoca al conocimiento de la causa.— La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema resuelve en apelación. En este caso, se avocan al conocimiento de la causa, el Presidente y los dos jueces más antiguos. No procede recurso de casación».

Este planteamiento de modificación de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo se derivaba, obviamente, de la propuesta que comentamos, en el sentido de habilitar «la competencia del Poder Judicial para resolver controversias derivadas de procedimientos de selección o ejecución de obras públicas» (p. 32).

10. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO DEL ANTEPROYECTO

En la página 33 del Anteproyecto, el Poder Ejecutivo efectuaba lo que denominaba como un «análisis costo beneficio» del mismo, el que, realmente, no aportaba nada nuevo de aquello que se decía en el propio documento ya abordado.

Veamos.

En primer término se señalaba: «La aprobación de la norma propuesta no generará gastos al erario nacional, por el contrario, permitirá mejorar la justicia actual en el Perú, permitiendo a los órganos judiciales conocer lo pertinente a la controversia por la contraparte, y evitando así la emisión de cautelares en perjuicio del fondo público, creando así mayor predictibilidad y seguridad jurídica en todos los peruanos».

Sobre la primera afirmación, ella era sólo un decir en la medida que la misma no se basaba en análisis económico alguno. Al menos, no se consignaba algo en el propio Anteproyecto. O sea, en otras palabras, no sabemos si la norma legal hubiese generado mayores o menores gastos al erario nacional. Decimos esto pues el Anteproyecto trataba acerca de la contratación estatal y no olvidemos que de su adecuada ejecución depende el ahorro de recursos por parte del erario público. No sabemos, pues, si con todas las normas que se proponía, la situación mejoraría o no. Había algunas positivas, pero otras que estaban en las antípodas. De modo que el impacto económico de la ley hubiese sido, al menos, incierto.

En lo que respecta al tema de las medidas cautelares, ya hemos emitido opinión. El tratamiento que se proponía beneficiaba, sin duda, al Estado, no a la justicia.

En segundo lugar, el Anteproyecto señalaba en su análisis costo-beneficio: «Por otro lado, se abre también la posibilidad de que las controversias derivadas de la contratación pública puedan ser canalizadas a través de procesos judiciales especialmente diseñados para atender dichas controversias sin generar dilaciones indebidas y a través de un diseño que evita que se generen perjuicios al interés público, mediante el abuso de los medios procesales, tales como las medidas cautelares».

Si con la primera parte de este párrafo el Poder Ejecutivo se refería al arbitraje, no dudo de que se equivocaba en la medida que la ausencia del arbitraje, a entender nuestro, hubiese retraído la contratación con el Estado y la inversión privada. Este es nuestro parecer, sin números, obviamente, pero esta opinión resulta menos peligrosa que una que, también sin números de respaldo, se hallaba contenida en un Anteproyecto de ley.

En lo que atañe a la segunda afirmación, no nos cabe duda de que si lo que buscaba el Estado era que no existiesen medidas cautelares en

su contra, lo lograría, pero ello no equivale a decir que se trate de una situación justa. Y, nunca lo olvidemos, los procesos, sea de la naturaleza que fueren, buscan que se haga justicia y no el favorecer o perjudicar *a priori* a una de las partes en litigio.

En tercer lugar, el Poder Ejecutivo señalaba dentro del análisis costo-beneficio: «También se establecen restricciones y sanciones para los contratistas, las cuales se encuentran amparadas en la práctica contractual y en la necesidad de establecer mecanismos que aseguren una conducta ética de parte de estos, con la finalidad de evitar circunstancias que puedan poner en riesgo o que directamente perjudiquen la ejecución de importantes obras públicas, en beneficio de toda la ciudadanía».

Entendíamos que a lo que se refería este extremo del brevísimo análisis costo-beneficio es a que se podría, entre otras cosas, resolver los contratos a través del mecanismo de la «cláusula resolutoria expresa», el mismo que hubiese resultado peligroso, tal como hemos expresado en su oportunidad.

Y, finalmente, y en cuarto lugar, la Exposición de Motivos del Anteproyecto señalaba: «En esa línea, la presente propuesta, a través de las modificaciones propuestas (*sic*), busca dotar de un marco normativo que garantice el adecuado desarrollo de las controversias suscitadas a propósito de las obras públicas, garantizando los derechos de las partes pero, a la vez, estableciendo medidas que, atendiendo al interés público y a los recursos públicos que se pueden ver afectados con dichas controversias, impidan diversas situaciones que puedan poner en riesgo la consecución de importantes finalidades constitucionalmente previstas, las cuales se busca atender, a través de la ejecución de las obras públicas».

Este último extremo del análisis costo-beneficio dista mucho de ser uno de esta naturaleza. Se trata solamente de una expresión de buena voluntad.

SEGUNDA PARTE
COMENTARIOS ACERCA DEL PROYECTO DE LEY QUE PROPONÍA HABILITAR EL AMPARO CONTRA LAUDOS Y OTRAS DECISIONES ARBITRALES

Con fecha 4 de marzo de 2022, el Poder Ejecutivo presentó al Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 1414/2021-PE, a través del cual planteaba modificar y adicionar artículos en la Ley n.º 31307, Código Procesal Constitucional, concretamente los artículos 18-A (que se planteaba adicionar), 42, 45, además de la Cuarta Disposición Complementaria Final.

Pasaremos a comentar el referido Proyecto de Ley.

No cabe duda de que constituía preocupación del Poder Ejecutivo los casos de procesos de contratación que son suspendidos por medidas cautelares obtenidas en procesos judiciales, fundamentalmente de amparo; materia sobre la cual se refería la inmensa mayoría de consideraciones de la Exposición de Motivos del referido proyecto de ley.

Hasta este punto nada habría que señalar con respecto al arbitraje, pero ocurre que la norma también planteaba modificar aspectos legales relativos a esta materia, permitiendo el amparo directo de las partes en conflicto no sólo contra los laudos arbitrales, sino contra cualquier decisión de un tribunal arbitral.

Las consecuencias de haberse aprobado una norma de esta naturaleza hubiesen sido desastrosas.

Voy a referirme a la Exposición de Motivos, siguiendo el orden temático del propio proyecto de ley y citando las páginas, en numeración

que incluye la carta de presentación del proyecto al Congreso de la República, el proyecto mismo y la fórmula legal.

1. EL PROCESO DE AMPARO Y EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO A INICIAR UN PROCESO O SOLICITAR MEDIDAS CAUTELARES

Recordando a Landa, el proyecto (p. 6) señalaba que «los procesos constitucionales buscan lograr dos fines esenciales: por un lado, garantizar la Supremacía de la Constitución como norma jurídica y, por otro, la tutela efectiva de los derechos fundamentales de la persona.», recordando el proyecto (p. 6) que «el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no solo incluye el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales a través del ejercicio del derecho de acción; sino que también supone el derecho a que, la posible decisión que se adopte en el marco del proceso instado, surta efectos».

Además (p. 7), citaba al Tribunal Constitucional, cuando señala que «el cumplimiento de las decisiones judiciales, esto es, garantizar su efectividad, constituye una manifestación del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional reconocido por la Constitución y supone una garantía para la democracia de nuestro Estado», siendo las medidas cautelares uno de los mecanismos tendientes a garantizar la efectividad de la decisión judicial.

Quedaba claro hasta este punto que el proyecto, como no podía ser de otra forma, reconocía la legalidad del mecanismo cautelar, el que además se enmarca, en los casos abordados, dentro de procesos constitucionales, fundamentalmente de amparo; pero empezaba a señalar (p. 7) que «el derecho de acción y a la obtención de medidas cautelares, como todo derecho, se encuentran sujetos (*sic*) a determinados límites, tanto intrínsecos como extrínsecos. En ese sentido, uno de dichos límites es el provisto por el respeto de otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos».

El proyecto recordaba (p. 7): «Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que ello impone al legislador el deber de configurar legalmente un procedimiento cautelar que preserve también los derechos de terceros y otros bienes constitucionales que podrían verse afectados con la dación de una medida cautelar».

La lógica del proyecto (p. 7) «responde a que los derechos, incluso el derecho de acceder a los órganos jurisdiccionales o a la tutela cautelar, deben ejercerse de manera armónica con los demás derechos y principios constitucionales. Por ello, a pesar de su reconocimiento e importancia, estos no pueden ser ejercidos de forma tal que se desnaturalicen o socaven los principios que orientan al Estado democrático», recordando el Poder Ejecutivo que el artículo 103 de la Constitución, al igual que el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, no amparan el abuso del derecho.

Sobre este particular, resultaba evidente la preocupación del Estado con respecto a las medidas cautelares, y no hay duda de que éstas podrían llegar a ser abusivas en la medida que, finalmente, el derecho invocado y protegido por la medida cautelar sea desestimado en el cuaderno principal, es decir que el accionante pierda el juicio de amparo.

No obstante, una situación como ésta resulta común en cualquier proceso, ya que, por un lado, 1) los jueces no son infalibles; 2) las medidas cautelares pueden ser modificadas o revocadas por ellos mismos o por instancias superiores; y, 3) porque, finalmente, no siempre gana el proceso quien haya obtenido una cautelar.

De ahí que la medida cautelar si bien debe ser otorgada cuando exista apariencia de derecho, su otorgamiento no garantizará que la misma resulte infalible y que, por tanto, el proceso finalice en el mismo sentido en el que ella había sido otorgada.

Esto implica que ese riesgo siempre va a estar latente. Dentro de tal orden de ideas, que el Estado recorte los derechos de los accionantes o los restrinja de alguna manera no es ni recomendable ni propio en un Estado de derecho, sobre todo cuando lo que se buscaba —y la *ratio legis* del proyecto de ley resultaba obvia— era disminuir las medidas cautelares concedidas por el Poder Judicial en procesos de garantía, tendientes a la suspensión de procesos de contratación con el Estado.

Esto se podía apreciar del proyectado nuevo artículo 42 del Código Procesal Constitucional, norma que planteaba establecer lo siguiente:

> ***Artículo 42.- Juez competente***
>
> *Son competentes para conocer del proceso de amparo a elección del demandante, el/la juez/a constitucional del lugar donde se afectó el derecho o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.*
>
> *Si la afectación de derechos constitucionales se origina en una resolución judicial, en un laudo o decisión arbitral, la demanda se interpone ante la Sala Constitucional o, sino lo hubiere (sic), ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado. Si la sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional en el plazo de ley.*
>
> *Cuando la demanda de amparo tenga por objeto cuestionar actuaciones realizadas en los procedimientos de selección de obras públicas o ejecución de obras públicas, es competente, en primera instancia la Sala Constitucional o, si no lo hubiere (sic), la Sala Civil de Turno de la Corte Superior del domicilio principal de la entidad demandada. En estos casos, solamente el/la presidente/a (sic) y los/las dos jueces/zas más antiguos/as.*
>
> *En el proceso de amparo, no se admite la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.*

En el proyecto de ley (p. 8) se citaba al profesor Giovanni Priori, cuando señala la existencia de «la posibilidad de emplear los procesos de amparo con la finalidad de conseguir fines subalternos ajenos a la tutela de derechos fundamentales». El proyecto agrega que el citado autor

«hace hincapié en que la regulación de los procesos y los mecanismos al interior de los mismos puede favorecer o desincentivar conductas abusivas».

Además (p. 8), recordaba que «el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la posibilidad de que los operadores del sistema de justicia empleen el proceso de amparo buscando desvirtuar las finalidades constitucionales de dicho proceso, situación perniciosa que acarrea una sanción».

2. JUSTIFICACIÓN DE LA MEDIDA PROPUESTA

De todo lo señalado, el proyecto de ley consideraba que el mismo se justificaba en diversos rubros, a los que haremos referencia seguidamente.

2.1. Impacto de los procesos de amparo en la paralización de obras públicas

El proyecto de ley señalaba (p. 9) que «de acuerdo a la Contraloría General de la República, para noviembre de 2020, se registraron 395 obras públicas paralizadas a nivel nacional. Para el presente año, de acuerdo al Contralor General de la República, el total de obras paralizadas es de 3300, que representan un valor de más de 18,400 millones de soles». Debemos reparar en que no se citaba la fuente exacta de dichas cifras.

Recordaba el proyecto de ley que esta problemática procuró ser atendida por el Decreto de Urgencia n.° 008-2019, que reconocía entre las causas de paralización (artículo 3.2): «controversias, abandono, deficiencias del expediente técnico, causas no previsibles en el expediente técnico u otras situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato que impiden su continuidad, culminación y/o puesta en funcionamiento».

El proyecto de ley también recordaba (p. 9) que la propuesta original de la Contraloría incluía dentro de las causas de paralización las medidas cautelares.

En tal sentido, el proyecto de ley indicaba (p. 9): «Uno de los procesos que impactan en la continuidad de las obras es el proceso de amparo», a cuyo efecto citaba (pp. 9 a 17) trece ejemplos de casos en los que el Estado consideraba que se había perjudicado la continuidad de la obra en virtud de medidas cautelares.

Hasta este punto debemos subrayar que ninguno de los casos citados como ejemplo en el proyecto de ley tenía algo que ver con procesos arbitrales, pues en todos ellos las medidas cautelares fueron fruto de decisiones emitidas por jueces constitucionales de diversas jurisdicciones, no habiéndose celebrado, en muchos casos, ni siquiera el contrato que contiene el respectivo convenio arbitral.

Todo esto significa que la primera justificación dada por el proyecto de ley, es decir, la relativa al impacto de los procesos de amparo en la paralización de obras públicas, se basaba en trece ejemplos tomados como base de estudio para llegar a una determinada conclusión. Es decir, trece de las decenas de miles de contratos que celebra el Estado con los particulares cada año, cifra que se halla muy, pero muy, por debajo del 0,01 % del total de contratos celebrados.

Al igual que en los comentarios que formulamos en torno al Anteproyecto de ley que buscaba eliminar el arbitraje en la contratación pública, tenemos que resaltar en este caso que no se puede construir una tesis y, mucho menos, un proyecto de ley, con base en un número insignificante de ejemplos.

Menos aún hacer un cuadro estadístico con base en estos trece casos (p. 18) y llegar a la conclusión (p. 17) de que «Como es de apreciarse, el proceso de amparo y las medidas cautelares que pueden dictarse en estos

casos, pueden determinar la paralización de importantes obras públicas. Al respecto, de acuerdo a la información proporcionada por la Procuraduría General del Estado, se evidencia cual es la distribución porcentual entre las causas que motivan la presentación de medidas cautelares, en su mayoría, se encuentra las de (*sic*) suspender la ejecución de la obra y la suspensión de actos resolutivos».

Resulta conveniente advertir que si la base estadística del proyecto de ley en realidad era otra, tal situación no fue expresada en el mismo.

2.2. Justificación para la adopción de medidas específicas para los procesos que impactan en obras públicas

El proyecto de ley (p. 18) recordaba «que el Tribunal Constitucional ha señalado que nuestra Constitución reconoce el principio de «buena administración», la cual supone establecer «medios organizacionales, procedimientos y legales (*sic*)» orientados a la consecución de los fines del Estado», recordando que el artículo 44 de la Constitución dispone como deberes primordiales del Estado el promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la nación.

Recordaba también el proyecto de ley (p. 18) que, en atención a ello, el Tribunal Constitucional reconoce que, a diferencia de la contratación en el ámbito privado, la contratación estatal compromete recursos y finalidades públicas, lo cual legitima la adopción de regulaciones especiales sobre dicha materia, considerando que la necesidad de una regulación específica sobre esta materia se encuentra prevista en el artículo 76 de la Constitución. Ello con el propósito de (pp. 18 y 19) «lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado», tal como lo expresa el propio Tribunal Constitucional, por lo que este último ha evidenciado la importancia de contar con controles al respecto.

El proyecto de ley (p. 19) señalaba que «según la información recabada por la Procuraduría General del Estado respecto de los años 2018, 2019, 2020 y 2021, el 54 % de las medidas cautelares otorgadas (vinculadas, entre otros, a la suspensión de obras) fueron luego dejadas sin efecto. Esto quiere decir que un gran número de las medidas cautelares que entorpecen la ejecución de obras públicas nunca debieron haberse adoptado».

Debemos precisar que no se señalaba la base numérica que daba lugar a la referida estadística, pero también que si asumiéramos como cierta la cifra proporcionada por el proyecto de ley (54 %), ese indicador, por sí mismo, nos daría como resultado que el 46 % de medidas cautelares otorgadas no fueron dejadas sin efecto.

Esto significa que aquellas que se encuentran en esta última situación también representan un alto porcentaje del total de medidas cautelares y si bien representan un número algo menor que las primeras, podría llegarse a la conclusión, *grosso modo*, que una de cada dos medidas cautelares concedidas a estos efectos ha prevalecido a lo largo del tiempo y ha servido para proteger un derecho constitucional afectado.

El proyecto de ley agregaba (p. 19) que la paralización o entorpecimiento de obras públicas supone un perjuicio para el Estado en términos económicos e impacta directamente en los derechos de la ciudadanía.

Luego, el proyecto de ley señalaba, citando a la Contraloría General de la República (p. 19), que las obras públicas están destinadas a satisfacer necesidades públicas, y a Jiménez de Cisneros (p. 20 del proyecto), cuando apunta que el interés público es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad, constituyendo su satisfacción uno de los fines del Estado.

El proyecto de ley recordaba (p. 20) que las obras pueden paralizarse sea por actos de corrupción o por recursos judiciales que impliquen suspender su realización.

En este punto, el proyecto de ley terminaba reconociendo (p. 20) que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que «el derecho a la tutela judicial efectiva protege también el acceso a una medida cautelar»; pero el proyecto estima (p. 21) que «el ejercicio de dichos derechos debe encontrarse acorde con la satisfacción de otros derechos y principios que nuestra Constitución ampara».

2.3. Alternativas de solución contempladas en el ordenamiento vigente para evitar el abuso del derecho en los procesos que impactan en el interés público

El proyecto de ley señalaba (p. 21) que «en ocasiones similares, generadas por la interposición de demandas y solicitudes cautelares interpuestas de manera abusiva o sin fundamento, en perjuicio del interés público, nuestro ordenamiento jurídico ha procurado dar respuesta», recordando (p. 21) la versión original del artículo 51 del Código Procesal Constitucional del año 2004, luego derogada y ahora restablecida por la Ley n.º 31307, nuevo Código Procesal Constitucional, la misma que establece que «si la afectación de derechos se origina en una resolución judicial, la demanda se interpone ante la Sala Constitucional o, si no lo hubiere (*sic*), ante la Sala Civil de turno de la Corte Superior de Justicia respectiva. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado. Si la sentencia es desestimatoria, el agraviado puede interponer recurso de agravio constitucional en el plazo de ley».

El Proyecto de Ley sostenía (p. 21) que una medida como la descrita requiere de un análisis pormenorizado por parte de un órgano de mayor grado en la carrera que garantice una mayor experiencia en la actividad jurisdiccional con la finalidad de que una decisión de dicha magnitud cuente con una calificación suficiente.

Por otra parte, recordaba (pp. 21 y 22) que el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27584 distingue que cuando el objeto de la demanda en el proceso contencioso sean las actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú, la Superintendencia del Mercado de Valores, la Superintendencia de Banca y Seguros, las Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia Nacional de Salud, como el caso en el cual la demanda en primera instancia se interpone ante la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior respectiva y, si no la hubiere, la Sala Civil de la Corte Superior correspondiente; resolviendo en apelación la Sala Civil de la Corte Suprema y, en casación, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Esto era mencionado en el proyecto de ley para advertir que hay casos en los que se establece procedimientos especiales dado el impacto en el interés público (p. 22).

También citaba (p. 22) el artículo 837 del Código Procesal Civil sobre la competencia para los casos de reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos extranjeros, así como la Ley n.º 29497, Ley Procesal del Trabajo.

Lo mismo en relación con el hoy derogado Código Procesal Constitucional del 2004 para las medidas cautelares en los procesos en los que se cuestione ciertos actos administrativos cuya suspensión pudiese acarrear algún perjuicio al interés público (artículo 15 del referido Código derogado).

El Poder Ejecutivo señalaba (p. 23) que «la regulación especial para estos casos se fundó en la necesidad de preservar el interés público que se veía defraudado a través del uso indebido de medidas cautelares.», citando para ello opiniones de dos congresistas de la época.

De igual manera, citaba (pp. 23 y 24) una sentencia del Tribunal Constitucional en la que reconoce que resulta constitucionalmente posible establecer regulaciones especiales en materia de medidas cautelares en atención a garantizar otros bienes constitucionales.

Citaba también (p. 24) el Decreto Legislativo n.º 1393, el cual fue modificado por la Ley n.° 31982, que regula la interdicción en las actividades ilegales en pesca, el mismo que establece un régimen diferenciado cuando se solicita medidas cautelares en un proceso de amparo o en un proceso contencioso administrativo destinado a cuestionar las resoluciones sancionadoras pecuniarias del Ministerio de la Producción.

Lo mismo ocurría con la cita (p. 24) de la Ley n.º 29639, que prevé una regulación específica para las medidas cautelares, en cualquier orden procesal, que se planteen respecto de los derechos administrativos referidos al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos.

Todo ello hacía concluir al Poder Ejecutivo (p. 25) que resultaba constitucionalmente posible establecer una regulación específica para determinados procesos judiciales, en atención al objeto de la controversia dilucidada en éstos, con la finalidad de garantizar otros derechos y principios constitucionales.

Como se puede apreciar, todas las ideas glosadas se referían únicamente al procedimiento con respecto a las medidas cautelares otorgadas en sede judicial, lo que equivale a decir que nada de lo que se decía en las diecinueve primeras páginas de la Exposición de Motivos del proyecto de ley bajo análisis tenía que ver con el arbitraje, el mismo que sólo era tratado específicamente en dos páginas y luego, de manera general, en otras dos.

Reconocemos que el Estado goza de la facultad de otorgar un tratamiento diferenciado a la regulación de medidas cautelares en determinados ámbitos, pero, como hemos visto, este análisis no se basaba en una amplia estadística y estudio profundo del tema, sino únicamente en trece casos tomados como universo de estudio, los que en realidad, para cualquier investigación, constituyen solamente ejemplos y no podían conducir a un Estado serio a legislar sobre medidas de orden constitucional que afectan derechos de las personas naturales y jurídicas.

No nos cabe duda de que la opción que adoptaba el Poder Ejecutivo en este proyecto de ley sobre las medidas cautelares otorgadas por los tribunales judiciales en materia de contratación estatal podría haberse basado más en una idea de conveniencia que en una propuesta que haya merecido suficiente trabajo y reflexión.

Asimismo, cabe precisar que, en la actualidad, el artículo 42 del nuevo Código Procesal Constitucional, Ley n.° 31307, el cual fue modificado por la Ley n.° 31583 y la Ley n.° 32153, establece lo siguiente:

> **Artículo 42.- Juez competente**
>
> Son competentes para conocer del proceso de amparo, a elección del demandante, el juez constitucional del lugar donde se afectó el derecho, o donde tiene su domicilio el afectado, o donde domicilia el autor de la infracción.
>
> Es competente la sala constitucional o, si no lo hubiere, la sala civil de turno de la corte superior de justicia respectiva y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema es competente para resolver en segundo grado, si la afectación de derechos se origina en:
>
> a) Una resolución judicial de fondo emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República.
>
> b) Un laudo arbitral.

c) Un procedimiento de selección de obra pública o ejecución de esta.

d) Una decisión de los órganos del Congreso dentro de un procedimiento parlamentario, de conformidad con el artículo 52-A.

Es competente, el juzgado constitucional si la violación de derechos se origina en una resolución judicial firme expedida por un juez o sala especializada, siendo competente para resolver en segundo grado la sala constitucional o sala civil.

En el proceso de amparo, no se admitirá la prórroga de la competencia territorial, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado.

2.4. Amparo contra laudos y otras decisiones arbitrales

En este punto ya se planteaba modificar el régimen del amparo contra los laudos y demás decisiones arbitrales, ello con prescindencia de lo establecido en la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071) y de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en STC Exp. n.° 6167-2005-PHC/TC y otras.

El proyecto de ley señalaba (p. 25): «Si bien el Código Procesal Constitucional derogado, así como la Ley n.º 31307, nuevo Código Procesal Constitucional, no aluden de forma expresa a la posibilidad de cuestionar laudos o demás decisiones arbitrales, a través del proceso de amparo, de conformidad con el artículo 2 del Código derogado, así como el artículo 1 del nuevo cuerpo normativo, se habilita acudir a la vía del amparo para cuestionar todo acto u omisión que amenace o vulnere derechos fundamentales. En atención a ello un laudo o decisión arbitral puede constituir un objeto de cuestionamiento (*sic*) a través del proceso de amparo si incurre en la vulneración de derechos».

Por nuestra parte, debemos recordar que hasta la STC Exp. n.º 6167-2005-PHC/TC, esta era la doctrina que se aplicaba en los tribunales de justicia del Perú y que también asumía el Tribunal Constitucional,

en otras palabras, que se podía recurrir en amparo contra un laudo arbitral o cualquier decisión (resolución u orden procesal de cualquier otra naturaleza) emitida por un tribunal arbitral.

Esto generó una crisis muy grande en el arbitraje, de modo tal que se recurría a los jueces constitucionales y se abusaba de las medidas cautelares para detener el curso normal de los procesos arbitrales, por lo que era muy fácil que los mismos se viesen suspendidos por medidas cautelares de jueces constitucionales que dispusiesen en ese sentido, con lo cual la parte accionante del arbitraje veía demorar de manera prácticamente eterna la emisión del laudo arbitral y la conclusión del proceso.

El régimen era tan caótico que, como hemos dicho, no sólo se permitía interponer amparos contra laudos, sino contra cualquier otra resolución, lo que equivaldría a que pudiere haber, a lo largo de un proceso arbitral, solicitudes de varias medidas cautelares contra diversas resoluciones emitidas en ese mismo caso.

Todo esto ha tenido una larga historia y no fue fácil para el medio jurídico lograr que ese estado de cosas varíe y que se instale y mantenga la autonomía del arbitraje hoy reconocida, como veremos posteriormente, no sólo por el Tribunal Constitucional, sino por la propia Ley de Arbitraje, en muchas de sus normas.

Así, podemos citar el artículo 3 del Decreto Legislativo n.º 1071, que establece los principios y derechos de la función arbitral, señalando lo siguiente:

> **Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral**
>
> 1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
>
> 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

> 3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
>
> 4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

También hay que tener en consideración lo dispuesto por la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, cuando dispone:

> **Duodécima.- Acciones de garantía**
>
> Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación de laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

La primera de las normas citadas constituyó una clara protección de la jurisdicción arbitral, la misma que —no hay que olvidarlo— es recogida por el artículo 62 de la carta política de 1993, con igual jerarquía que la jurisdicción ordinaria y la militar, en su caso.

Resultaba increíble que se quisiera volver a la época en la cual la jurisdicción arbitral estaba, en la práctica, subordinada a la jurisdicción ordinaria (más de lo que ocurre hoy, en realidad), mediante la amenaza del amparo y las medidas cautelares respecto a cualquier decisión que adoptara el tribunal arbitral.

Querer legislar en sentido contrario implicaba, claramente, la voluntad de prescindir del arbitraje o postergarlo a la condición de medio de solución de controversias de segundo orden.

Además, no olvidemos la importancia de la referida Duodécima Disposición Complementaria, la misma que, en buena cuenta, lo que hace es señalar que la revisión judicial de los laudos arbitrales vía proceso de anulación es la vía constitucionalmente adecuada para el análisis de la violación de cualquier derecho constitucional.

Sólo si no se conoce el arbitraje podría creerse que el mismo no está sujeto a un ulterior control judicial, ello habida cuenta de que cuando la parte que considere afectados sus derechos pueda acudir vía anulación de laudo sea por cualquiera de las causales que la propia ley establece de manera expresa para recurrir en anulación (artículo 63 de la Ley de Arbitraje) o a través de la invocación de la Duodécima Disposición Complementaria, si el laudo arbitral o alguna otra actuación previa hubiese afectado algún derecho constitucional del recurrente.

En otras palabras, este era un tema superado por la doctrina y jurisprudencia constitucional de nuestro país hacía ya mucho tiempo. Es más, el grueso de quejas del medio arbitral se basa, precisamente, en el abultado número de laudos arbitrales que finalmente son anulados por alguna supuesta violación del debido proceso, como derecho constitucionalmente recogido dentro del amplio ámbito de las tantas veces citada Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje.

Estos laudos arbitrales son anulados, en su mayoría, por estimarse que existe la violación de algún derecho protegido por la Constitución, fundamentalmente referido al debido proceso, en sus manifestaciones de motivación incongruente, motivación insuficiente, falta de motivación u otras, lo que evidencia que en la actualidad existe una garantía legal que protege tales derechos.

En ese orden de ideas, nos llama mucho la atención que el proyecto de ley que comentamos comenzara el tratamiento del rubro de amparos contra laudos arbitrales y otras decisiones arbitrales con el párrafo que

hemos citado, el mismo que, en la práctica, desconocía la existencia de todo aquello que acabamos de recordar.

Además, ya se encuentra establecida por el Tribunal Constitucional en la STC Exp. n.° 00142-2011-PA/TC (Sociedad Minera de Responsabilidad Limitada María Julia) la regla en virtud de la cual ninguna decisión arbitral puede ser objeto de amparo directo por los litigantes, habida cuenta, precisamente, de lo señalado por la Duodécima Disposición Complementaria, en el sentido de que el proceso de anulación de laudo constituye la vía idónea para dilucidar si ha existido alguna violación o afectación de un derecho constitucional del recurrente.

Entonces, no cabe interponer el amparo de manera directa contra un laudo o decisión arbitral de otra naturaleza dada la existencia de la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, sólo cabe interponer un amparo contra la resolución judicial firme que hubiere anulado un laudo arbitral o que hubiere declarado infundada o improcedente su anulación, dado que la invocación del derecho violado estaría siendo amparada, precisamente, por esa decisión judicial.

Eso equivale a decir que el amparo se dirige contra la resolución judicial que puso fin al proceso de anulación de laudo y no contra el propio laudo arbitral.

Este ha constituido un gran avance del derecho peruano y ha ordenado tanto el arbitraje como su control judicial y constitucional ulterior.

Lo que buscaba el Proyecto de Ley era que se permita el amparo directo contra laudos arbitrales y también contra cualquier otra resolución de los tribunales arbitrales que se considere violatoria de un derecho constitucional, especialmente, en la lógica del Poder Ejecutivo, contra aquellas decisiones de los tribunales arbitrales que amparen medidas cautelares contra alguna entidad estatal. Despropósito mayor dentro de la doctrina constitucional peruana de las últimas dos décadas.

Los tres casos de excepción (es decir, aquellos en los cuales hoy sí se permite el amparo directo contra laudos) que citaba el proyecto de ley no tenían nada que ver con aquello que se proponía legislar en el propio proyecto de ley, ya que se trataba de casos muy específicos que el mismo Proyecto citaba (p. 25) y que pasaremos a reseñar y explicar:

i. Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.

   Este caso de excepción es claramente puntual y sólo se refiere a los supuestos de vulneración, por los laudos arbitrales, de precedentes vinculantes emitidos por el propio Tribunal Constitucional. Si se quiere, es una vía abreviada para que la parte perjudicada por ese laudo pueda ver restablecido su derecho constitucional afectado sin necesidad de recurrir al proceso de anulación.

   Por lo demás, sólo es aceptada contra laudos arbitrales y no contra resoluciones de otra naturaleza.

ii. Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o por el Poder Judicial, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

   En estos casos, la excepción también se justifica en la medida que si bien los tribunales arbitrales tienen la facultad de ejercer control difuso (facultad otorgada por el propio Tribunal Constitucional en el ya citado caso de la Minera María Julia), sería un despropósito si un tribunal arbitral hubiese inaplicado un precepto constitucional por considerarlo inconstitucional, a pesar de que luego de que se promovió su inconstitucionalidad, la misma fue desestimada por el Poder Judicial o por el propio Tribunal Constitucional.

Dentro de tal orden de ideas, el Tribunal establece la facultad del amparo directo contra el laudo.

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

En primer lugar, debemos advertir que el proyecto de ley incurría en un error material al mencionar el artículo 140 del referido decreto legislativo (dado que la Ley de Arbitraje sólo tiene sesenta y ocho artículos, catorce disposiciones complementarias, tres disposiciones transitorias, cuatro disposiciones modificatorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales), cuando en realidad está aludiendo al artículo 14, norma que rige los casos en que se haya incorporado al arbitraje a un tercero no signatario, pero quien es considerado como parte por el tribunal arbitral, de acuerdo a los supuestos específicos mencionados por el referido artículo 14.

Dentro de tal orden de ideas, si el tercero hubiese sido incorporado respetando los casos del referido artículo 14 y este tercero considerase violatoria de un derecho constitucional su incorporación al proceso arbitral, el mismo deberá esperar hasta la existencia del laudo para impugnarlo vía anulación.

Si el tercero, en cambio, fuese incorporado al arbitraje a través de algún mecanismo distinto, ilegal y violatorio de algún derecho constitucional de esa persona, entonces ese tercero gozará del derecho del amparo directo contra la resolución arbitral firme que haya decidido incorporarlo al arbitraje.

Se justifica, entonces, esta tercera excepción establecida por el Tribunal Constitucional, pero, además, hay que ser claros en el sentido de que en materia de contratación pública resulta exótico ver casos de esta naturaleza en la medida que los contratos son celebrados por determinada entidad estatal con algún particular u otra entidad estatal, y serán sólo esas partes las que litigarán en el arbitraje.

No estamos diciendo que no pueda presentarse algún caso distinto o excepcional, pero debemos señalar que en más de un cuarto de siglo de actividad arbitral solamente hemos visto uno.

Entonces, en resumen, no es cierto que el Tribunal Constitucional permita como regla la impugnación directa de laudos u otras decisiones arbitrales, pues tales casos están ceñidos a supuestos absolutamente específicos, no resultando posible ampliarlos en virtud de una ley o cualquier otra norma legal.

Con esto queremos decir que si se quisiera ampliar esos tres supuestos de excepción que hemos explicado, lo que se tendría que hacer es o modificar la Constitución (lo que no correspondería por un tema reglamentario como éste) o que el propio Tribunal Constitucional modifique la doctrina adoptada en los casos 6167-2005-PHC/TC, 00142-2011-PA/TC (Minera María Julia) y demás sentencias en las que ha seguido la misma línea resolutiva.

Cualquier eventual modificación del ordenamiento jurídico en el sentido que proponía el Gobierno central debería ser inaplicada por los tribunales arbitrales, por el Poder Judicial y por el propio Tribunal Constitucional, pues no estaría enmarcada dentro de los tres supuestos de excepción antes analizados y, por tanto, sería inconstitucional.

Luego, en tres párrafos, el proyecto de ley bajo análisis mezclaba una serie de temas que corresponde mencionar como muestra palpable de que en verdad no se tenía conocimiento cabal acerca de la realidad

que se pretendía modificar y de la doctrina del propio Tribunal Constitucional.

Los párrafos mencionados (pp. 25 y 26) son los siguientes:

> Si bien, de lo hasta ahora expuesto, se advierte que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado una lógica de excepcionalidad en el recurso al proceso de amparo contra laudos arbitrales; sin embargo, conforme se aprecia de la data proporcionada por la Procuraduría General del Estado, esta lógica de excepcionalidad no sólo no viene siendo respetada por algunos jueces de las primeras instancias; sino que además el dictado indiscriminado de medidas cautelares en procesos de amparo viene paralizando diversas obras públicas; lo que, sin duda, genera un impacto negativo que lesiona el interés público que subyace a la ejecución oportuna y eficiente de las mismas. Siendo así, se hace necesario establecer reglas procedimentales específicas que garanticen que el trámite de este tipo de amparos no genere graves perjuicios al bienestar general de la población, que constituye el fin último de las obras públicas.

En este párrafo, el Poder Ejecutivo confundía varios temas, ya que de lo que estamos hablando es de las excepciones al amparo directo contra laudos arbitrales establecidas por el Tribunal Constitucional; y nada del razonamiento anterior tiene que ver, precisamente, con alguna resolución arbitral que desacate lo dispuesto por la STC Exp. n.º 142-2011-PA/TC.

En todo caso de lo que podríamos estar hablando es de medidas cautelares otorgadas o concedidas por tribunales arbitrales en el legítimo ejercicio de sus funciones y ante el pedido de una de las partes.

Estas medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales, por lo demás, nunca tendrán que ver con evitar la celebración del contrato, pues es claro que si se puede recurrir a un tribunal arbitral es porque ya existe convenio de tal naturaleza contenido en el contrato celebrado entre el Estado y la entidad estatal.

Entonces, de lo que estamos hablando es de medidas cautelares que tengan una finalidad distinta que, a su vez, hayan sido dictadas por tribunales arbitrales, lo que implica que los tribunales judiciales ya no son competentes para el otorgamiento de dichas medidas cautelares o, al menos, que no lo son para dictarlas entre las partes que celebraron ese contrato.

Lo que planteaba el proyecto de ley bajo comentario era que se habilite la interposición de acciones de amparo contra las decisiones de los tribunales arbitrales referidas al otorgamiento de medidas cautelares, propuesta que implicaba una clara intromisión en el desarrollo del proceso arbitral, contraria a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, además de representar un obstáculo para el desarrollo del proceso arbitral y un mecanismo judicial de control de constitucionalidad previo a la emisión del laudo, normatividad legal que abriría un abanico infinito de acciones de amparo y de procesos arbitrales que tendrían que convivir en su desarrollo con litigios de orden constitucional de carácter paralelo, en los que se cuestione éste y cualquier otro tipo de decisiones de los tribunales arbitrales.

Entonces, no sólo se trataría de un camino empedrado para el arbitraje, sino de dinamitar el propio arbitraje, todo en favor de lograr que el Estado no tenga medidas cautelares dictadas en su contra por tribunales legal y contractualmente bien constituidos.

Por lo demás, es claro que se trataba de una norma que buscaba presionar a los tribunales arbitrales para que no otorguen medidas cautelares y a los tribunales de la justicia constitucional para que las revoquen si éstas hubieren sido concedidas en favor de particulares.

Es lo que desde hace ya varios años vengo denominando como la búsqueda de una justicia arbitral hecha, precisamente, a la medida del propio Estado.

No hay camino más directo que éste para destruir no sólo el arbitraje, sino la justicia en general.

Y no lo olvidemos, todo a propósito de un análisis basado en trece casos de resoluciones judiciales que han concedido medidas cautelares, y no del análisis de resolución arbitral alguna que las hubiere otorgado.

Por lo demás, si tomamos los ejemplos que el Poder Ejecutivo citaba en el Anteproyecto de Ley en el que pretendía, en los hechos, suprimir el arbitraje en la contratación estatal (y que antes hemos comentado), no dejaríamos de estar ante un puñado de casos sin relevancia estadística alguna.

Luego, en el Proyecto de Ley se señalaba:

> Ahora bien, teniendo en cuenta que el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución reconoce a la jurisdicción arbitral, el Tribunal Constitucional ha ido estableciendo en base a dicho carácter una serie de garantías tales como: el derecho a un árbitro imparcial, el debido proceso arbitral, el derecho a la cosa juzgada arbitral, entre otras. En esa lógica, los laudos arbitrales tienen una naturaleza similar a las sentencias judiciales, toda vez que según lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 59 del Decreto Legislativo 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje, el laudo arbitral «produce efectos de cosas juzgada (*sic*)».

En este párrafo se citaba una serie de derechos propios del debido proceso arbitral, todos ellos reconocidos por sentencias del Tribunal Constitucional, las mismas que, obviamente, deben ser leídas en conjunto y no de manera aislada.

Y en lo que constituía el tema más peligroso de todo el proyecto de ley, el Poder Ejecutivo señalaba:

> Por otro lado, el Tribunal Constitucional también ha reconocido la posibilidad de cuestionar otras decisiones arbitrales distintas del laudo. Y es que, al igual que en el caso de los procesos judiciales, en los cuales las

> resoluciones judiciales contra las que procede el amparo no se restringen únicamente a las sentencias, sino a otras resoluciones firmes que se hubieren dictado en el trámite del proceso; también en los procesos arbitrales existen decisiones distintas del laudo arbitral sobre las cuales es posible interponer una demanda de amparo.

Esta afirmación era absolutamente ajena a la jurisprudencia uniforme del Tribunal Constitucional y a las doctrinas que hemos estudiado, ello en la medida que si se tratase de una práctica admitida por el máximo intérprete de la Constitución, es claro que el Poder Ejecutivo no tendría necesidad alguna de proponer las modificaciones legislativas que planteaba.

Y, precisamente, las proponía, porque en la actualidad las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales sólo pueden ser variadas o dejadas sin efecto por el propio tribunal arbitral, en tanto esas resoluciones no son impugnables ante el Poder Judicial vía amparo.

Y esto es, claro está, aquello que el Poder Ejecutivo busca sustraer del control de los tribunales arbitrales a efectos de que sea la justicia constitucional la que tenga la última palabra sobre las medidas cautelares.

Hoy, como se sabe, un litigante, que bien puede ser el Estado, si es perjudicado por una medida cautelar que se dicta contra él, como regla sólo tendrá la posibilidad de esperar la finalización del arbitraje, para impugnar el laudo arbitral vía anulación.

Pero, como comprenderá el lector, la fórmula legal que planteaba el proyecto de ley no se circunscribía ni a los laudos ni a las decisiones arbitrales relativas a medidas cautelares, sino extendía su manto de aplicación a todas las decisiones arbitrales, sean éstas de la naturaleza que fueren.

Y es más, lo peligroso era que si bien el proyecto de ley trataba en su Exposición de Motivos acerca de la problemática relativa a la contratación estatal, no restringía expresamente a esta última su ámbito de aplicación, con lo que se puede comprender que al no estar prohibida su extensión al arbitraje civil y comercial, nacional o internacional, tales peligrosísimas disposiciones le hubiesen sido también aplicables.

La verificación de si se han respetado las garantías constitucionales en las decisiones emitidas por cualquier tribunal arbitral debe realizarse conforme a lo establecido por la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje y no por un procedimiento adicional distinto, aplicable a cuanta resolución arbitral exista.

Y por si fuera poco todo esto, se planteaba que los procesos constitucionales de amparo contra las resoluciones judiciales (que versen sobre medidas cautelares) y arbitrales (en general) estuvieran exentos de la excepción al principio de gratuidad de la justicia constitucional, reconocido en la Cuarta Disposición Complementaria Final de la Ley n.º 31307, actual Código Procesal Constitucional, lo que implica que serán gratuitos y ello hubiera conllevado a la proliferación, uso y abuso de los mismos en perjuicio de la debida tramitación de los procesos judiciales y arbitrales.

En lo que respecta a estos últimos, no me cabe duda de que si se hubiese aprobado la propuesta formulada por el Poder Ejecutivo, ello hubiera representado la destrucción total del arbitraje en el Perú, un retroceso de más de veinte años. Y si a ello sumamos lo planteado en el Anteproyecto de ley que proponía, en la práctica, eliminar el arbitraje en contratación pública (y que comentamos anteriormente), nos hubiésemos hallado frente a un regreso a la época de las cavernas en esta área de la administración de justicia.

Finalmente, cabe precisar que, a través del Artículo Único de la Ley n.° 31583, publicada el 5 de octubre de 2022, se modificó la Cuarta Disposición Complementaria Final del actual Código Procesal Constitucional, aprobado por Ley n.° 31307, la cual ha quedado redactada en los siguientes términos:

> **Cuarta.- Exoneración de tasas judiciales**
>
> Los procesos constitucionales se encuentran exonerados del pago de tasas judiciales, con excepción de los procesos de amparo contra resolución judicial, laudo arbitral o proceso parlamentario interpuesto por personas jurídicas con fines de lucro.

TERCERA PARTE
LA SEPARACIÓN DE PODERES Y EL ARBITRAJE

El viernes 8 de abril de 2022, en pleno gobierno del presidente Pedro Castillo, tuvo lugar en la ciudad de Puno un consejo de ministros descentralizado. Esto no era novedad, pues ello constituía práctica de diversos gobiernos. Pero lo que llamó la atención es que, una vez más, el entonces presidente del consejo de ministros hiciera referencia peyorativa del arbitraje, denostando no sólo a la institución sino también a los árbitros.

Las palabras del entonces Primer Ministro fueron las siguientes:

> […] *y allí el arbitraje cuantos años dura, paralizada la obra; nos ha robado la empresa y ahora nos roban los árbitros, así es que no crean en eso, de que los árbitros son muy buenos en administración de justicia*; son los peores. Muchos de esos árbitros deberían estar en la cárcel, pero por la corrupción en nuestro sistema de justicia están en libertad, conjuntamente con los grandes empresarios; ejemplo los que estaban metidos allí o están todavía en el Club de la Construcción; y nosotros por supuesto tenemos que modificar eso, tenemos que tomar esa gran decisión pero ya nos vendrá las enormes criticas allí que queremos acabar con el arbitraje; no señores, el Perú es un Estado en el cual tenemos que confiar todos, tenemos que confiar en su Poder Ejecutivo, en su Poder Legislativo, en su Poder Judicial, en su Tribunal Constitucional. (El resaltado es nuestro)

Y no es la primera vez que se refería de esta forma al arbitraje y a los árbitros, pues ya lo había hecho en la sesión de investidura y confianza en el Congreso de la República (martes 8 de marzo de 2022).

Y antes, en plena campaña electoral, la misma persona se había referido al arbitraje y a los árbitros en términos similares.

Las expresiones del entonces Primer Ministro dejaban muy claro que él tenía una aversión personal con respecto al arbitraje, que estima que es la peor forma de administrar justicia y que, de seguro, todos los árbitros somos unos delincuentes que defraudamos al Estado peruano.

Ello, por lo demás, se materializó en el Anteproyecto de Ley que buscaba suprimir el arbitraje en contratación estatal y en el Proyecto de Ley n.º 1414 a través del cual se buscaba implementar el amparo indiscriminado contra laudos y demás decisiones arbitrales, lo que, en la práctica, implicaría la destrucción del arbitraje en el Perú, no sólo en materia de contratación con el Estado, sino también en sede civil y comercial.

Lo que preocupaba sobremanera era la injerencia del Poder Ejecutivo, nada menos que a través del presidente del consejo de ministros (máxima autoridad de ese Poder del Estado debajo del Presidente de la República), señalando los peores términos con respecto al arbitraje y a los árbitros, además de cometer abierta injerencia en procesos de investigación en marcha por parte del Ministerio Público y del Poder Judicial, en lo que constituía, a todas luces una —abierta, también— infracción constitucional.

Veamos.

1. EL ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN

En primer término, el arbitraje no es una justicia de segundo orden. Está recogido en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú, precepto que reconoce la jurisdicción arbitral, además, obviamente, de la judicial (ordinaria) y la militar.

De manera tal que cuando hablamos de arbitraje lo hacemos respecto de una vía de administrar justicia plenamente legal y amparada por la Constitución.

El entonces presidente del consejo de ministros también denostaba del Poder Judicial, descalificándolo en duros términos. Y luego señalaba que los árbitros que están siendo investigados deberían estar presos y que no lo están por la corrupción en el Poder Judicial.

Total, no sólo el arbitraje y los árbitros eran corruptos, sino también los jueces. ¿O será que se trataba de corruptos a todos aquellos que administran justicia y resolvían de manera contraria a los intereses del Poder Ejecutivo?

Debemos recordar que es propio del Estado democrático de derecho el que los órganos que administran justicia lo hagan con absoluta libertad.

Así, nadie debe intervenir en la administración de justicia, sea ésta judicial, arbitral o militar. Intervenir sería contrario al Estado de derecho y si lo hiciera un funcionario público del más alto nivel, ello constituiría, como veremos más adelante, una clara infracción constitucional.

El Estado democrático de derecho se caracteriza, en esencia, por el respeto a las decisiones judiciales (y en el Perú, también, a las decisiones de la justicia arbitral y de la militar), más allá, obviamente, de los recursos impugnatorios de los que gozan los particulares y el Estado cuando litigan.

2. LA SEPARACIÓN DE PODERES

El Estado democrático de derecho también se caracteriza por el respeto que deben tenerse entre sí los diversos poderes. Ello forma parte de la división de poderes, antigua tesis de Montesquieu, que ha sido acogida en buena parte del mundo civilizado de Occidente. Resulta claro que excluyo a las dictaduras, sean militares o civiles de cualquier signo, para las cuales la división de poderes es sólo una tesis escrita para ser incumplida de manera desembozada o con el respectivo camuflaje.

La Constitución Política del Perú (al igual que todas nuestras constituciones en la historia de la República) ha contemplado la separación de poderes y en ella se basa la existencia misma del Estado democrático de derecho.

Cabe recordar lo establecido por el artículo 43 de la Constitución, en el sentido de que el gobierno del Estado peruano es unitario, representativo y descentralizado y se organiza según el principio de la separación de poderes.

Además, el artículo 45 señala que quienes ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.

El quebrantamiento de esta separación de poderes puede significar una infracción constitucional.

De esta manera, el que un funcionario público, y nada menos que el presidente del consejo de ministros, haya hecho referencia a investigaciones y a procesos judiciales en curso, adelantando además, cuál debería ser el ineludible resultado de los mismos, no hacía sino socavar el Estado democrático de derecho y los derechos subjetivos de quienes son materia de investigación en esos procesos, tanto personas naturales y jurídicas, quienes, a diferencia de lo que debería ocurrir en un Estado democrático de derecho, veían amenazados sus derechos y, de seguro, consideraban —de manera legítima y evidente— que esta injerencia podría influenciar en las decisiones de los jueces, si ellas fueran adversas a los justiciables.

No debemos olvidar lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución, en el sentido de 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».

Por lo demás, el artículo 139 prescribe que son principios de la administración de justicia «La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional; no existiendo ni pudiendo establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral» (inciso 1). También es garantía de la administración de justicia la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional en el sentido de que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. En tanto que el inciso 2 establece: «Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación».

Lo propio se puede decir de la autonomía que debe tener el Ministerio Público, reconocida expresamente en el artículo 158 de nuestra carta política.

Resultaba muy claro, entonces, que el Poder Ejecutivo y el presidente del consejo de ministros no podían ni interferir en la administración de justicia ni, mucho menos, sugerirle cómo resolver, ordenarle en ese sentido o ejercerla. Nada de eso.

Debemos tener presente que el artículo 99 de nuestra carta política regula la acusación por infracción de la Constitución, señalando que corresponde a la Comisión Permanente del Congreso de la República acusar ante el Congreso a las más altas autoridades de la nación, entre ellas, a los ministros de Estado.

Felizmente que con el cambio de Gobierno que se produjo el 7 de diciembre de 2022, luego de fracasar el golpe de Estado que intentó Pedro Castillo, cesaron estas amenazas de los miembros del Poder Ejecutivo al medio arbitral, pero nos queda claro que siempre debemos estar

alertas con respecto a nuestros enemigos, de adentro y de afuera del arbitraje.

Ya hemos tenido un acercamiento al tema de las cada vez más complicadas relaciones entre el arbitraje y el Estado peruano, materializado entre otros temas, por diversas normas legales que tienen o tuvieron vigencia.

Ahora lo haremos con respecto a diversos intentos de reforma legislativa felizmente frustrados. Esta parte de nuestra obra fue escrita, básicamente, en el año 2022.

CUARTA PARTE
LA DEFENSA DEL ARBITRAJE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO: A PROPÓSITO DEL PROYECTO DE LEY N.° 2736/2022-PE[233]

1. INTRODUCCIÓN

El 27 de julio del año 2022, el Poder Ejecutivo remitió a la presidenta del Congreso de la República el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE, que buscaba modificar diversos artículos del Decreto Legislativo n.º 1071 (Decreto Legislativo que norma el arbitraje) y de la Ley n.º 30225 (entonces vigente Ley de Contrataciones del Estado, modificaciones que, cabe resaltar, comprendían, a su vez, la incorporación de diversos artículos en la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo y en la Ley n.º 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Del citado proyecto se advertía que su génesis habría obedecido a la necesidad de «garantizar la adecuada ejecución de las obras públicas y a optimizar el marco normativo alrededor de los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas con la finalidad de evitar perjuicios para la sociedad debido a la paralización de obras y a la falta de regulación eficiente de los procesos arbitrales y judiciales relacionados a estas»; sin embargo, como veremos más adelante, el objetivo de la propuesta perdía todo sentido si, para su viabilidad, subsistían modificaciones que

---

233 El presente acápite se basa en un artículo elaborado por Mario Castillo Freyre y Gina Vargas Herrera (Véase en: CASTILLO FREYRE, Mario y Gina VARGAS HERRERA. «La defensa del arbitraje en contrataciones del Estado: a propósito del Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE». En *Actualidad Jurídica*, setiembre 2022, n.º 346, pp. 11-42).

de entrar en vigencia hubiesen afectado gravemente lo que se aspiraba a «cautelar» y cuyo análisis pretendemos desde este espacio académico.

De otro lado, entre las modificaciones propuestas se advertía una serie de incongruencias respecto de las motivaciones en las que se sustentaban y, a su vez, su relación con las demás reformas, como lo era, por ejemplo y con notoria claridad, el hecho de que, por un lado, se busque la «eficiencia» de los procesos arbitrales y, por el otro, se pretenda su eliminación manifiesta por medio de la judicialización de las controversias en contratación estatal.

En ese contexto, y a fin de abordar los cambios más saltantes que planteaba el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE, hemos considerado pertinente dividir su análisis en tres bloques, siendo éstos los siguientes: (i) modificaciones al Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje; (ii) modificaciones a la Ley n.º 30225, entonces vigente Ley de Contrataciones del Estado; (iii) disposiciones complementarias modificatorias, que implican modificaciones e incorporaciones a la Ley n.º 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

2. COMENTARIOS A LAS REFORMAS PROMOVIDAS POR EL PODER EJECUTIVO PARA SUPRIMIR EL ARBITRAJE, MIENTRAS SE NOS DISTRAE CON REFORMAS PARALELAS PARA SU «EFICIENCIA»

2.1. De las modificaciones al Decreto Legislativo n.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje

2.1.1. Acreditación de los Centros de Arbitraje (artículo 7)

En primer lugar, citaremos la reforma que planteaba el Poder Ejecutivo y cuál fue la posición que asumimos al respecto:

Anteproyecto[234] de lo que sería el Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	**Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE**	**Opinión**
Artículo 7.- Arbitraje *ad hoc* e institucional [...] 2. Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas con o sin fines de lucro. *En los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos se encarga de su acreditación, registro, renovación y supervisión.* [...].		De acuerdo

Coincidimos con la propuesta; no obstante, considerábamos pertinente tener en cuenta que la denominada «adecuación», a la que hace referencia la Segunda Disposición Complementaria Final, que implica la creación de los «instrumentos normativos, recursos, entre otros para la acreditación, registro, renovación y supervisión», debiera ser implementada considerando los aportes u observaciones que las instituciones arbitrales tengan a bien formular, toda vez que sus principales destinatarios serán, precisamente, los centros de arbitraje.

De otro lado, es importante destacar que la reforma delimitaba el alcance de sus efectos jurídicos a los arbitrajes en los que el Estado peruano es parte, por lo que no podría ser susceptible de aplicación al arbitraje entre particulares. De hecho, la casuística por la que se justificaba esta modificación, y que fue recogida en la Exposición de Motivos, provenía exclusivamente de controversias con participación del Estado peruano en calidad de parte.

234 CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO. *Proyecto de Ley que busca modificar la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado - Ley 30225*. 7 de febrero de 2022. https://www.caeperu.com/noticias/proyecto-de-ley-que-busca-modificar-la-ley-de-arbitraje-y-la-ley-de-contrataciones-del-estado.html?fbclid=IwAR2Un1e7rC21NQCwVPiTYaus8tFuXbvonMSwwPkMsiB56h_WifFxrzjIJSY

Entendemos, también, que la supervisión debiera ser de orden administrativo, es decir, relativa al cumplimiento de requisitos formales y no extenderse a otros rubros o competencias que no están comprendidos dentro de las facultades establecidas por el proyecto de ley y que, por supuesto, tampoco se podrían crear por medio de los instrumentos normativos que se implementen con el objeto de la ya mencionada «adecuación».

No obstante, comprendíamos la preocupación del medio arbitral sobre la intervención del Estado en los centros de arbitraje, más aún si proyectos como éste, respecto de otras modificaciones que contiene, representaban una amenaza para la existencia misma del arbitraje. Pero de esto nos ocuparemos más adelante.

De igual forma, hay que señalar que esta iniciativa no era nueva, pues tenía sus antecedentes en el numeral 45.5. del artículo 45 de la hoy derogada Ley n.º 30225, que dispuso: «los centros arbitrales debían estar acreditados por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)» y para cuyo efecto se expidió la Resolución n.º 277-2016-OSCE/PRE, que aprobó la Directiva de Acreditación de Instituciones Arbitrales por el OSCE, directiva que nunca entró en vigor y que fue derogada mediante Resolución n.º 023-2019-OSCE/PRE.

Lo propio ocurrió con la Vigésima Segunda Disposición Complementaria Final del TUO de la hoy derogada Ley n.º 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, en la que se preveía literalmente: «[...] la Presidencia del Consejo de Ministros establece la autoridad competente para acreditar las instituciones arbitrales. Dicha autoridad regula el procedimiento para tal efecto.» Ello tampoco se implementó.

Sobre este extremo, nos parece ilustrativo añadir que la idea de que exista un tercero que inscriba, promueva y asesore a las instituciones arbitrales es incluso mucho más antigua de lo que se piensa, pues, en realidad, de acuerdo con las investigaciones efectuadas por la coautora

del presente acápite, Gina Vargas Herrera, a propósito de su trabajo de tesis doctoral, dicho planteamiento se sostuvo como parte de las normas precursoras del arbitraje desde febrero del año 1992 (es decir, hace más de treinta años), en un Anteproyecto de Ley de Arbitraje que elaboró el Instituto Libertad y Democracia.

A continuación, un breve extracto al respecto:

> **RESUMEN EXPLICATIVO**
>
> [...]
>
> Se crea, como parte del Ministerio de Justicia, el Consejo Nacional de Arbitrajes, organismo encargado de promover el empleo del arbitraje e inscribir, fomentar y asesorar instituciones arbitrales.
>
> Se fomenta y simplifica la creación de instituciones arbitrales. Este es un punto de crucial importancia puesto que, las instituciones arbitrales son el verdadero motor del arbitraje en toda sociedad moderna.
>
> [...]
>
> **DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS**
>
> [...]
>
> **SEGUNDA.-** Constitúyase en el Ministerio de Justicia el Consejo Nacional de Arbitrajes, encargado de promover la utilización del arbitraje a nivel nacional, coordinar y asesorar a las instituciones arbitrales y cumplir con las demás funciones que le asignen.
>
> El Consejo Nacional de Arbitrajes llevará un registro de instituciones arbitrales. La inscripción en dicho registro se regirá por los principios y normas contenidos en la Ley n.º 25035.
>
> Mediante Decreto Supremo se aprobará la composición, organización, funciones y recurso del Consejo Nacional de Arbitrajes.[235]

[235] INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. *Proyecto de normas sobre arbitraje*. Lima: 1992.

Como vemos, históricamente ha seguido vigente la idea en torno a la existencia de un tercero encargado de la inscripción de los centros de arbitraje y sería importante valorar si por medio de su implementación se podría coadyuvar a frenar su proliferación a nivel nacional. Recordemos que desde que el arbitraje es mayoritariamente institucional por disposición de la Ley de Contrataciones del Estado, se vienen constituyendo personas jurídicas que se hacen llamar «centros de arbitraje», cuando realmente no lo son o, por lo menos, no operan con las garantías mínimas que requiere la administración de justicia vía arbitraje.

Finalmente, queremos puntualizar que nunca estuvimos de acuerdo en que los contratos estatales prescindan de la elección de un centro de arbitraje específico, más aún si consideramos la problemática que se podía derivar de lo dispuesto por el artículo 226 del Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que habilitaba que, en determinados supuestos, el arbitraje pueda iniciarse «ante cualquier institución arbitral».

2.1.2. Competencia en la colaboración y control judicial (artículo 8)

Al respecto, conforme procedimos con el desarrollo del punto anterior y para lo sucesivo, nuestro análisis partirá por identificar el artículo objeto de planteamiento de modificación y, posteriormente, por estudiar cuáles son las observaciones que formulamos:

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	**Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE (nota: los cambios respecto del denominado Anteproyecto se destacan en cursivas)**	**Opinión**
Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial	Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial	Observado

[...]	[...]	
2. [...] Los afectados con la medida acudirán al juez competente quien será el especializado en lo comercial, o en su defecto en lo civil del domicilio principal de la entidad. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo.	2. [...] En caso de medidas cautelares referidas a procedimientos de selección de obras o de ejecución de obras públicas es competente el juez subespecializado en lo comercial, o en su defecto, el juez especializado en lo civil del domicilio principal de la parte sobre la que recae la medida. Son nulas de pleno derecho, las medidas cautelares otorgadas por la autoridad judicial inobservando el presente artículo, salvo las excepciones reguladas en el inciso 9 del artículo 47° de la presente ley.	
En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la entidad pública afectada, con	En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a	

una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad que cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privadas de Fondos de Pensiones. Es improcedente la caución juratoria como contracautela en estos casos.	favor de la entidad pública afectada, con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad *considerada en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú o* cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privadas de Fondos de Pensiones. Es improcedente la caución juratoria como contracautela en estos casos.	
El monto de la contracautela lo establece el/la juez/a o el órgano arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equiva-	El monto de la contracautela lo establece *el juez o la jueza o el tribunal* ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. Si la solicitud cautelar es menor a la garantía de fiel cumplimiento, el monto de la contracautela será equiva-	

lente al monto protegido por la medida cautelar. La autoridad judicial o el órgano arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el órgano arbitral, según corresponda. [...].	lente al monto protegido por la medida cautelar. La autoridad judicial o el *tribunal* arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el *tribunal* arbitral, según corresponda. [...].	

Sobre el particular, nos parece correcto que exista un solo juez competente para conocer las medidas cautelares y que ello conste de forma expresa, toda vez que lo contrario puede generar aquello que en la práctica reseñaba el proyecto de ley. Pero advertimos que se había delimitado su alcance únicamente al supuesto de medidas cautelares referidas a procedimientos de selección de obras o de ejecución de obras públicas, excluyendo de esta manera las contrataciones vinculadas a bienes, servicios o consultorías, por lo que la propuesta no planteaba una regulación uniforme al respecto.

De otro lado, con relación a la forma de la fianza bancaria y/o patrimonial, nos parecía interesante citar una parte de la Exposición de

Motivos, que refiere: «[...] Situación que genera la necesidad de un cambio normativo, dado que en muchas de las cautelares otorgadas por los peticionantes, el monto consignado como contracautela ciertamente es desproporcionado; considerando que muchas controversias y cautelares que protegen ciertos derechos, derivan de sumas inferiores al monto de la garantía de fiel cumplimiento [...]». Esta reflexión por parte del Poder Ejecutivo permitía poner en evidencia que este extremo del Decreto de Urgencia n.º 020-2020, que modificó el Decreto Legislativo n.º 1071, con fecha 24 de enero de 2020, no respondía a una situación de igualdad entre las partes, la misma que, como sabemos, originó desde su entrada en vigor, que algunos árbitros apliquen el control difuso[236] de esta norma, por considerarla inconstitucional.

Pese a la cita precedente no se apreciaba de la Exposición de Motivos, algún análisis de carácter constitucional con el objeto de sustentar esta nueva modificación, cuyo principal cuestionamiento ha sido y es colocar en una situación de privilegio al Estado respecto de los particulares. Consideramos, en todo caso, que el proyecto de ley había perdido la oportunidad de abordar este aspecto y, en ese sentido, todo parecía indicar que el desequilibrio alegado por el contratista seguirá vigente en el decurso de las actuaciones procesales en sede judicial y arbitral. Por ejemplo, con relación a la procedencia de la caución juratoria que en virtud del proyecto de ley sólo estaría habilitada para el Estado cuando ostente la posición de demandante, pero no cuando sea demandado por el contratista.

Por último, en lo que respecta al extremo propuesto que señalaba: «La autoridad judicial o el tribunal arbitral que reciba la solicitud cautelar debe verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos al momento de recibir la fianza bancaria y/o patrimonial, bajo sanción de nulidad de pleno derecho de la medida cautelar concedida», el mismo nos parecía

236 Interpretación a la que están facultados en virtud de las sentencias del Tribunal Constitucional que resolvieron los casos María Julia (STC Exp. n.° 0142-2011-PA/TC) y Constructora Arco S. A. (STC Exp. n.° 6197-2013-PA/TC).

correcto y estábamos de acuerdo con dicha regulación, pese a que se trata de un deber implícito de quienes ejercen función arbitral o judicial.

2.1.3. Medidas cautelares (artículo 47)

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	**Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE (nota: los cambios respecto del denominado Anteproyecto se destacan en cursivas)**	**Opinión**
Artículo 47.- Medidas cautelares [...] 4. [...] Cuando se trate de controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, la autoridad judicial o el órgano arbitral debe ponerla en conocimiento del Procurador Público de la entidad involucrada y otorgarle un plazo de cinco (5) días para que manifieste lo conveniente a su derecho. Con o sin absolución, la autoridad judicial o el órgano arbitral emitirá una decisión sobre el pedido. Es nula la	Artículo 47.- Medidas cautelares [...] 4. [...] Cuando se trate de controversias surgidas contra el Estado peruano, presentada la solicitud cautelar, la autoridad judicial o el *tribunal* arbitral debe ponerla en conocimiento del Procurador Público de la entidad involucrada y otorgarle un plazo de cinco (5) días *hábiles* para que manifieste lo conveniente a su derecho. Con o sin absolución, la autoridad judicial o el *tribunal* arbitral *emite* una decisión sobre el pedido. Es nula la medida	Observado

medida cautelar otorgada sin traslado previo al procurador público de la entidad. En los arbitrajes en los que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar, previo a la decisión, la autoridad judicial o el órgano arbitral deberá evaluar la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que esta pudiera generar al interés público.	cautelar otorgada sin traslado previo al procurador público de la entidad. En los arbitrajes en los que el Estado peruano es el afectado con la medida cautelar, previo a la decisión, la autoridad judicial o el *tribunal* arbitral *debe pronunciarse de manera expresa* sobre la irreversibilidad de la medida, así como el perjuicio que esta pudiera generar al interés público.	
5. Constituido el órgano arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al órgano arbitral del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, en el plazo máximo de cinco (05) días.	5. Constituido el *tribunal* arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al *tribunal* arbitral del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, en el plazo máximo de cinco (05) días *hábiles*.	

Sin perjuicio de ello, cualquiera de las partes puede presentar al órgano arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará el medio impugnatorio interpuesto bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar. Son nulas de pleno derecho las resoluciones o medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del órgano arbitral. La autoridad judicial que, con conocimiento previo, emita alguna resolución o conceda medidas cautelares sobre controversias que	Sin perjuicio de ello, cualquiera de las partes puede presentar al *tribunal* arbitral copia de los actuados del proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará el medio impugnatorio interpuesto bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar. Son nulas de pleno derecho las resoluciones o medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del *tribunal* arbitral. La autoridad judicial que, con conocimiento previo, emita alguna resolución o conceda medidas cautelares sobre controversias que	

vienen siendo conocidas por órgano arbitral constituido incurre en el delito de avocamiento indebido previsto en el artículo 410 del Código Penal vigente. El juez consulta a la institución arbitral para determinar que existe un órgano arbitral previamente constituido y verificar la existencia de la cláusula arbitral correspondiente. [...].	vienen siendo conocidas por órgano arbitral constituido incurre en el delito de avocamiento indebido previsto en el artículo 410 del Código Penal vigente. El juez consulta a la institución arbitral para determinar que existe un *tribunal* arbitral previamente constituido y verificar la existencia de la cláusula arbitral correspondiente. [...].	

Sobre este punto, advertimos que el Decreto Legislativo n.º 1071 ya establece como regla que antes de que el tribunal arbitral resuelva una medida cautelar, «pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte»; no obstante, admite como excepción que «cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre» se pueda omitir el traslado a la contraparte.

Lo que planteaba el proyecto de ley, era eliminar la excepción a la regla vigente (que se aplica para ambas partes) y establecer que en los casos en los que el Estado peruano sea el afectado con la medida cautelar, la regla siempre sea el traslado de la solicitud para su absolución, bajo apercibimiento de nulidad.

En la Exposición de Motivos del proyecto de ley se podía advertir como principal sustento una referencia a la sentencia 23-2005/AI-TC,

que analiza la constitucionalidad del artículo 15 del ahora derogado Código Procesal Constitucional; sin embargo, pese a que se citaba buena parte del test de igualdad que se aplicó en ese caso, no se hacía lo propio con esta modificación normativa. Ciertamente, no se trata de supuestos semejantes, considerando que la modificación propuesta incidía en el marco de los efectos o alcances de la ejecución de un contrato y no precisamente de una relación jurídico-administrativa, cuyos derechos provengan o se limiten como consecuencia de la autonomía local o regional traducida en actos administrativos.

Por último, con relación a declarar «nulas de pleno derecho las resoluciones o medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial que se emitan con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral», éste nos parecía un mecanismo de control que podía coadyuvar a resguardar la jurisdicción arbitral y el respeto por el principio *kompetenz-kompetenz* del arbitraje.

Sin perjuicio de ello, con relación al delito de avocamiento indebido por el cual se comprende la conducta vinculada a aquella «autoridad judicial que, con conocimiento previo, emita alguna resolución o conceda medidas cautelares sobre controversias que vienen siendo conocidas por órgano arbitral constituido incurre en el delito de avocamiento indebido previsto en el artículo 410 del Código Penal vigente», considerábamos pertinente que dicho planteamiento de reforma debiera ser leído, interpretado y aplicado en el marco de la legislación penal, por las consecuencias jurídicas que de la referida conducta se pueden derivar. No obstante, creíamos que la penalización del arbitraje y de la actividad judicial relacionada con el mismo no constituyen soluciones adecuadas a los problemas del arbitraje en materia de contratación pública.

2.1.4. Abandono (artículo 50-A)

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	**Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE (nota: los cambios respecto del denominado Anteproyecto, se destacan en cursivas)**	**Opinión**
Artículo 50-A.- Abandono [...] Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje *ah doc* (sic) y no se constituye el órgano arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral. La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.	Artículo 50-A.- Abandono [...] Si por causas imputables a las partes transcurren cuatro (4) meses desde el inicio del arbitraje ah *h*oc y no se constituye el *tribunal* arbitral, opera de pleno derecho el abandono del proceso arbitral.	Observado

En relación con el abandono, consideramos que si la intención del proyecto de ley era la de regular de forma integral la conclusión de un proceso arbitral por inactividad o inacción de las partes (en la que una

de ellas es el Estado peruano), hubiere contemplado su aplicación de pleno derecho dentro de determinado tiempo para ambos tipos de arbitraje, esto es, tanto para el arbitraje *ad hoc* como para el arbitraje institucional. No obstante, se mantenían las diferencias en su regulación y alcance, puesto que en el arbitraje institucional se sigue requiriendo una declaración expresa de abandono por parte de la secretaría general del centro de arbitraje de que se trate.

En lo referido a los efectos del abandono, su impacto será diferente, pues en tanto sea el Estado o el particular el que ostente la posición de demandante, las consecuencias podrían incluso habilitar para el caso de los procuradores públicos una evaluación sobre el ejercicio idóneo de su función.

2.1.5. De las modificaciones a la Ley n.º 30225, anterior Ley de Contrataciones del Estado

En este punto estudiaremos las reformas que planteaba el Proyecto de Ley n. 2736/2022-PE con relación a la anterior Ley de Contrataciones del Estado, entonces vigente, cuyo principal impacto se traducía en la eliminación del arbitraje como eje central, pese a que en la primera parte del proyecto, que ha sido comentada en el numeral 2.1., todas las reformas tendrían por fin el fortalecimiento o eficiencia de los procesos arbitrales en los que el Estado es parte.

En otras palabras, lo que se pretende resaltar aquí es el desarrollo de criterios antagónicos que contenía el proyecto en sí mismo, pues, por un lado, aunque parecía estar en la búsqueda de un arbitraje más «garantista», por el otro, no tenía real interés en que se mantenga el arbitraje como el mecanismo de resolución de conflictos en esta materia, a pesar de que su existencia data de hace un cuarto de siglo.

En ese contexto, a continuación, abordaremos éste y otros puntos de relevancia, que también fueron objeto de propuesta de modificación por el Poder Ejecutivo.

2.1.6. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual (artículos 10 y 45 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado)

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	**Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE** **(nota: los cambios respecto del denominado Anteproyecto se destacan en cursivas)**	**Opinión**
Artículo 10. Supervisión de la Entidad [...] 10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato durante su vigencia y estas se sometan a un proceso judicial o arbitraje.	Artículo 10. Supervisión de la Entidad [...] 10.2 Cuando la supervisión sea contratada con terceros, el plazo inicial del contrato debe estar vinculado al del contrato de la prestación a supervisar y comprender hasta la liquidación de la obra o la conclusión del servicio, de acuerdo a lo que establece el reglamento. Asimismo, el reglamento establece los mecanismos a aplicar en los casos en los que surjan discrepancias en el contrato durante su vigencia y estas se sometan a un	En desacuerdo

	proceso judicial o arbitraje, *por el tiempo que dure este.*	
Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, proceso judicial o arbitraje. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje. Si al momento de la elaboración de las bases la entidad opta por acudir a la vía arbitral, dicha decisión debe encontrarse sustentada en un informe técnico que justifique la conveniencia para el interés público de acudir, en ese caso en particular, a la vía arbitral antes que a la judicial.	Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual 45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, proceso judicial o arbitraje. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje. Tratándose de procesos de selección de obras públicas, al momento de la elaboración de las bases, la entidad pública debe sustentar mediante un informe técnico, la vía para la resolución de las controversias teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia que garanticen la efectiva y oportuna satisfacción de los	En desacuerdo

	fines públicos. Dicho informe técnico debe ser elaborado teniendo en cuenta los criterios desarrollados en el reglamento respectivo.	
En el caso de la contratación de ejecución de obras, si por el objeto de la controversia se produce la paralización o suspensión de la ejecución de la obra o se incurre en alguna causal de ineficacia estructural o funcional del contrato, se realiza la liquidación de la misma hasta el momento en que se configuró el hecho que suscita la controversia. Realizada la liquidación, la entidad pública afectada inicia acciones para continuar o reanudar la ejecución de la obra, sin perjuicio del proceso judicial o arbitral que se siga.	Si por el objeto de la controversia se produce la paralización o suspensión de la ejecución de la obra o se incurre en alguna causal de ineficacia estructural o funcional del contrato, la Entidad afectada, sin perjuicio de la liquidación de la obra, continúa o reanuda la ejecución de la misma en resguardo del interés público. El proceso arbitral o judicial que se siga no suspende la ejecución de la obra.	
Es nula de pleno derecho toda decisión judicial o arbitral que pudiera conllevar a la paralización o suspensión de la obra.	Es nula de pleno derecho toda decisión judicial o arbitral que pudiera conllevar a la paralización o suspensión de la obra.	

45.5	Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse pactado que la vía sea la arbitral o de conciliación, se iniciará en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva. [...]	45.5	Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento *o, en caso de no haberse establecido en las bases* que la vía sea la arbitral o de conciliación, se iniciará en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva. [...]		

45.7	Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse pactado que la vía sea la arbitral o de conciliación, se iniciará en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva.	45.7	Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento o, en caso de no haberse *establecido en las bases que la vía sea la conciliación o la arbitral*, se inicia en el plazo establecido por la norma procesal de la vía judicial respectiva.	
45.8	En los casos en que resulte de aplicación la	45.8	En los casos en que resulte de aplicación la	

Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a proceso judicial o arbitraje, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. [...]	Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a proceso judicial o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a proceso judicial o arbitraje, dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento. [...]	

45.20 En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede acudir a otra vía judicial o iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad. [...].	45.20 En los casos en que se haya denegado la acumulación de pretensiones, la parte interesada puede acudir a otra vía judicial o iniciar otro arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de notificada la denegatoria de la acumulación, siendo éste también un plazo de caducidad. [...].	

Sobre el particular, de la lectura del proyecto de ley y su Exposición de Motivos se advertía que la reforma propuesta estaba dirigida abiertamente a la judicialización de las controversias derivadas del procedimiento de selección y ejecución de obras reguladas por la Ley de Contrataciones con el Estado y la consecuente creación de la vía procedimental denominada «proceso abreviado» en la especialidad contenciosa administrativa a cargo del Poder Judicial, como principal, sino única, vía jurisdiccional para resolver controversias en materia de contratación con el Estado.

Sin embargo, antes de que revisemos qué se proponía hacer con la resolución de las controversias en contratación estatal y, de forma especial con el arbitraje, nos parece sumamente valioso comentar las estadísticas de acceso público que permiten apreciar el panorama de administración de justicia del Poder Judicial, ello con la intención de conocer con meridiana claridad cuál es el panorama del sistema de justicia en la

jurisdicción ordinaria, considerando que es allí adonde se pretendía trasladar las controversias en materia de contratación con el Estado.

En ese sentido, de acuerdo con el Boletín Estadístico Institucional n.º 04-2021, cuyo período data de enero a diciembre de 2021[237] se apreciaba que, sólo en ese año ingresaron al Poder Judicial en estado de trámite 1 478 348 procesos judiciales principales, presentando un aumento de 617 357 expedientes con relación a los ingresos del año 2020.

Asimismo, del Boletín Estadístico Institucional n.º 01-2022, cuyo período data de enero a marzo de 2022[238] (último boletín de acceso público al momento de elaboración de este trabajo), se advierte que ingresaron al Poder Judicial en estado de trámite 347 185 procesos judiciales principales, presentando un aumento de 18 333 expedientes con relación al año pasado.

Ahora, si queremos hacernos una idea sobre la cantidad de procesos pendientes en trámite según especialidad, al inicio de cada año y durante los cinco años que hemos estudiado entonces podemos referir las siguientes estadísticas:

- Boletín Estadístico Institucional n.º 04-2020 (enero a diciembre de 2020):[239]

---

237 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ab535d0046812012badbbb76dd7c9e83/BOLETIN+N4-DICIEMBRE-2021F.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ab535d0046812012badbbb76dd7c9e83

238 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f/BOLETIN+N%C2%B01-MARZO-2022%5BF%5D%5BF%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f

239 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/425e110041e6a4ebad72bd5aa55ef1d3/BOLETIN+N4-DICIEMBRE-2020.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=425e110041e6a4ebad72bd5aa55ef1d3

PODER JUDICIAL: TOTAL, DE PROCESOS PENDIENTES EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD, AL INICIO DE CADA AÑO, ENERO / 2018-20

Actualizado al 19/01/2021

Especialidad	Procesos Pendientes			Variación 2020/19	
	2018	2019	2020	Diferencia	%
	(A)	(B)	(C)	(D) = (C)-(B)	(E)=(D/B)%
Civil	292 385	295 003	278 330	- 16 673	-5.7%
Familia	268 084	260 067	254 102	- 5 965	-2.3%
Laboral	245 962	247 209	243 792	- 3 417	-1.4%
Penal	279 497	297 104	338 640	41 536	14.0%
Total	**1 085 928**	**1 099 383**	**1 114 864**	**15 481**	**1.4%**
Plazo de Impugnación	**566 314**	**667 498**	**694 109**		

Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación

- Boletín Estadístico Institucional n.° 01-2022 (enero a marzo de 2022):[240]

PODER JUDICIAL: TOTAL, DE PROCESOS PENDIENTES EN TRÁMITE SEGÚN ESPECIALIDAD, AL INICIO DE CADA AÑO, ENERO / 2020-22

Actualizado al 18/05/2022

Especialidad	Procesos Pendientes			Variación 2021/20	
	2020	2021	2022	Diferencia	%
	(A)	(B)	(C)	(D) = (C)-(B)	(E)=(D/B)%
Civil	277 090	243 256	248 219	4 963	2.0%
Extinción de Dominio	94	148	275	127	85.8%
Familia	253 133	225 834	228 734	2 900	1.3%
Laboral	239 208	204 530	205 853	1 323	0.6%
Penal	334 726	325 846	360 639	34 793	10.7%
Total	**1 104 251**	**999 614**	**1 043 720**	**44 106**	**4.4%**
Plazo de Impugnación	**690 721**	**797 603**	**902 230**		

Fuente: Sistema Integrado Judicial - Formulario Estadístico Electrónico
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación

Asimismo, con relación a la especialidad contenciosa administrativa (vía a la que se pretendía trasladar las controversias en contratación con el Estado), la carga procesal que hemos identificado como específica o acotada en los diversos boletines que publica el Poder Judicial, es la que

240 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f/BOLETIN+N%C2%B01-MARZO-2022%5BF%5D%5BF%5D.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1f06980047a7a9eb9b5f9b2a87435a1f

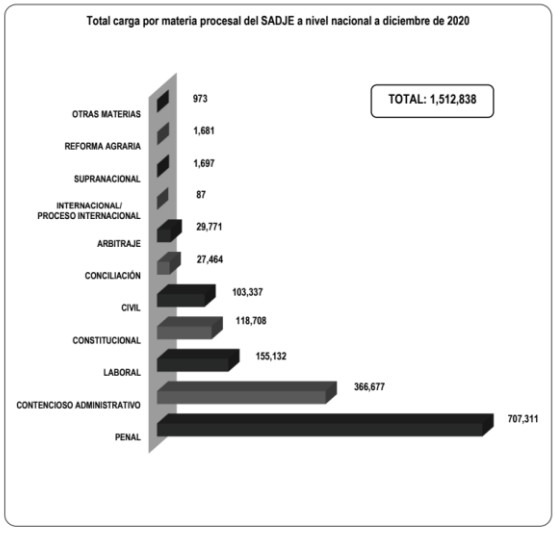
se desprende de las estadísticas de la función jurisdiccional a nivel nacional, durante el período de enero a marzo de 2021,[241] y son las siguientes:

CUADRO N° 12
PODER JUDICIAL: CARGA PROCESAL Y PROCESOS RESUELTOS TRÁMITE Y EJECUCIÓN, POR ÓRGANO JURISDICCIONAL Y ESPECIALIDAD
Período: Enero - Marzo 2021

Actualizado al 21 de abril del 2021

Órgano Jurisdiccional / Especialidad	N° Dependencias al 31/03/2021	Pendientes al 01/01/2021 (A)	Ingresados (B)	Carga Procesal (C = A+B)	Procesos Resueltos
Salas Superiores	**233**	**69 296**	**34 934**	**104 230**	**35 452**
Civil	54	15 766	10 845	26 611	10 937
Constitucional	2	1 470	635	2 105	1 085
Contencioso Administrativo	8	9 967	1 549	11 516	2 255
Extinción de Dominio	3	215	18	233	17
Familia	2	678	254	932	255
Laboral	45	17 969	14 712	32 681	13 634
Mixto	20	5 165	2 300	7 465	2 500
Penal	99	18 066	4 621	22 687	4 769
Juzgados Especializados y Mixtos	**1 815**	**1 484 434**	**216 283**	**1 700 717**	**211 627**
Civil	300	277 138	38 526	315 664	37 331
Constitucional	14	13 859	1 786	15 645	1 834
Contencioso Administrativo	26	25 756	2 005	27 761	2 648
Extinción de Dominio	22	4 696	91	4 787	258
Familia	251	375 050	78 181	453 231	77 694
Laboral	195	279 882	31 897	311 779	25 248
Mixto	117	72 596	11 809	84 405	11 709
Penal	887	432 591	51 876	484 467	54 738
Tránsito	3	2 866	112	2 978	167
Juzgados de Paz Letrados	**626**	**854 740**	**116 048**	**970 788**	**93 831**
Total	**2 674**	**2 408 470**	**367 265**	**2 775 735**	**340 910**

Nota: La variable Ingresados no incluye los procesos provenientes de otra dependencia.
Fuente: Sistema Integrado Judicial (SIJ) / Formulario Estadístico Electrónico (FEE).
Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub - Gerencia de Estadística.



Fuente: Procuradurías Públicas del SADJE

241 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1e376680431e0a8199a4b91c629fb1f0/Estadisticas+2021IpdfmK1xgkAF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1e376680431e0a8199a4b91c629fb1f0

En ese contexto, la estadística nos permite visualizar que sólo en un período de tres meses (enero a marzo de 2021), las salas superiores en lo contencioso administrativo (órgano jurisdiccional competente que sustituiría la labor de los tribunales arbitrales), registraron 11 516 expedientes como carga procesal.

Ahora, si además revisamos la carga total por materia procesal que registra la Procuraduría General del Estado, advertimos de su Memoria Anual del 2020[242] (última versión de acceso público identificada en su página web a la fecha en que realizamos esta nuestra investigación), que sólo la especialidad contencioso-administrativa registró 366 677 expedientes.

Procesos contenciosos administrativos a los cuales, alertamos, se le sumarían los arbitrajes que a la fecha se encuentren en curso y los venideros, en virtud de lo dispuesto en la Primera Disposición Complementaria Final del Proyecto de Ley, que dispone:

> **PRIMERA: Aplicación de la norma**
>
> Las modificaciones reguladas por la presente Ley se aplican de manera inmediata a todos los procesos judiciales y arbitrales en trámite en los que el Estado peruano es parte, aun cuando el tribunal arbitral no esté constituido y la controversia que lo haya originado derive de un contrato suscrito con anterioridad a su entrada en vigor.

Por lo demás, esta Disposición Complementaria Final resultaba sumamente cuestionable porque se estaría violando la solidez de las estipulaciones contractuales en relación con el medio de solución de controversias adoptado en el propio contrato de acuerdo con la normativa vigente al momento en que se inició el proceso que dio lugar a su celebración.

---

242 https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2027341/Memoria%202020%20PGE..pdf.pdf

El artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993 es muy claro cuando establece en su primer párrafo: «La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. [...]».

Lo que planteaba el proyecto de ley era que se prescinda del convenio arbitral contenido en todos los contratos que el Estado había celebrado antes de la eventual modificatoria a efectos de que no rija el arbitraje, sino que los conflictos derivados de los mismos sean conocidos por el Poder Judicial.

Se trataba de un precepto abiertamente inconstitucional.

De lo expuesto hasta aquí resulta evidente que la Exposición de Motivos del proyecto no hacía referencia alguna a los aspectos antes desarrollados como parte de su análisis, motivo por el cual, la modificación normativa y su Exposición de Motivos, adolecían de variables fundamentales para que nuestro país dé un giro de 360° en materia de resolución de conflictos en contratación estatal, como el que se pretendía dar. En ese sentido, no se apreciaba fuente alguna de información documentada y periódica que evidenciara por medio de estadísticas u otros, el funcionamiento actual y eficiente de los órganos jurisdiccionales que resolverían controversias en materia de contratación pública y, de manera específica, en obras.

Asimismo, de la lectura del proyecto de ley tampoco se podía apreciar un análisis sobre los resultados obtenidos en los arbitrajes con participación del Estado peruano, pese a que se contó con algunas estadísticas provenientes de la Procuraduría General del Estado para otros extremos del propio proyecto de ley. Es importante que se conozca esta

información, pues sin siquiera analizar la eficiencia del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias se le pretendía eliminar.

En esa línea, consideramos más bien que lo primero que cabe preguntarse, a raíz del panorama de la administración de justicia en la jurisdicción ordinaria, es si el Poder Judicial realmente es la vía idónea para afrontar este desafío en el marco de la aplicación inmediata que postulaba el proyecto de ley.

Creemos que la respuesta es negativa. A continuación, se reseñan algunos factores generales que nos hacen pensar de esta manera.

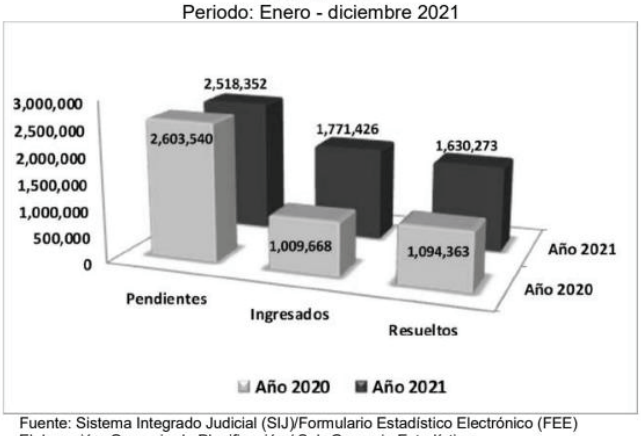
- Incremento de la carga procesal existente

De acuerdo con las Estadísticas de la Función Jurisdiccional a nivel nacional del período de enero a diciembre de 2021[243] que publica el Poder Judicial en su página web, se aprecia que sólo este año se habría iniciado con 2 518 352 procesos principales pendientes, y durante ese mismo año habrían ingresado, además, 1 771 426 expedientes, de los cuales sólo se habrían podido resolver en el 2021, 1 630 273 procesos principales. A continuación, presentamos el gráfico que así lo reseña (ver gráfico en la siguiente página).

En ese sentido, y como se podrá percibir, el Poder Judicial tiene un alto nivel de procesos en giro y sin resolver, lo que origina que año tras año se ocasione un incremento en los procesos que califican como pendientes, situación objetiva que no se ha podido superar y que, por cierto, fue una de las razones que abrió paso al arbitraje en materia de contratación con el Estado.

243 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83/Estadisticas+ene-dic2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83

GRÁFICO N° 9
PODER JUDICIAL: PROCESOS PRINCIPALES PENDIENTES, INGRESADOS Y RESUELTOS
Periodo: Enero - diciembre 2021



Fuente: Sistema Integrado Judicial (SIJ)/Formulario Estadístico Electrónico (FEE)
Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub-Gerencia Estadística

- Carencia de personal suficiente y capacitado para administrar controversias en materia de contratación con el Estado

De acuerdo con las Estadísticas de la Función Jurisdiccional a nivel nacional del período de enero a diciembre de 2021[244] antes comentado, es posible advertir que durante el período 2020-2021 el personal jurisdiccional y administrativo por régimen de contratación ascendió a 33 430 trabajadores (personal activo), conforme reseña el propio Poder Judicial.

En ese sentido, estamos hablando de que se contaría con 33 430 trabajadores activos para la resolución de más de dos millones de expedientes al año si tomamos como referencia la cantidad de expedientes no resueltos (pendientes) con los que el Poder Judicial habría iniciado el 2021. Dicho personal también se avocaría a la resolución de las controversias en materia de contratación estatal, en virtud de la reforma que pretendía el Poder Ejecutivo. Y en ese sentido la pregunta que cae de

244 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83/Estadisticas+ene-dic2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83

madura es si dicho personal estaría capacitado y cuenta con la experiencia y especialización para resolver estas controversias. Sobre el particular tampoco se mencionaba algo en el proyecto de ley.

Cuadro N° 19
PODER JUDICIAL: PERSONAL JURISDICCIONAL Y ADMINISTRATIVO POR RÉGIMEN DE CONTRATACIÓN, SEGÚN DEPENDENCIA, DICIEMBRE / 2020-21

Dependencia	Diciembre 2020								Diciembre 2021							
	Total		Jueces D. Leg. 276	Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos				Repres. de la Sociedad Civil	Total		Jueces D. Leg. 276	Auxiliares Jurisdiccionales y Administrativos				Repres. de la Sociedad Civil
	N°	%		Decreto Leg. 276	Decreto Leg. 728		CAS		N°	%		Decreto Leg. 276	Decreto Leg. 728		CAS	
					Perma-nente	Plazo Fijo							Perma-nente	Plazo Fijo		
Total	**30 089**	**100.0%**	**3 386**	**76**	**13 492**	**4 387**	**8 734**	**14**	**33 430**	**100.0%**	**3 506**	**70**	**13 195**	**4 651**	**11 994**	**14**
Porcentaje (%)	**100.0%**		**11.3%**	**0.3%**	**44.8%**	**14.6%**	**29.0%**	**0.0%**	**100.0%**		**10.5%**	**0.2%**	**39.5%**	**13.9%**	**35.9%**	**0.0%**
Corte Suprema	1 064	3.5%	66	1	435	138	422	2	1 243	3.7%	71	2	445	133	590	2
Consejo Ejecutivo	316	1.1%	4	0	103	35	173	1	319	1.0%	4	0	98	22	194	1
Gerencia General	1 187	3.9%	0	0	383	88	716	0	1 314	3.9%	0	0	391	49	874	0
Distritos Judiciales	27 522	91.5%	3 316	75	12 571	4 126	7 423	11	30 554	91.4%	3 431	68	12 261	4 447	10 336	11

Fuente: Gerencia de Recursos Humanos y Bienestar.
Elaboración: Sub Gerencia de Estadística - Gerencia de Planificación.

A diciembre 2021 el número de personal del Poder Judicial asciende a 33,430 trabajadores constituyendo el total del personal (Activo) que labora en nuestra Institución, de los cuales 3,576 (10.7%) se encuentran bajo el régimen laboral del D.L. 276, dentro del D.L.728 se encuentran laborando 17,860 (53.4%) y, en tanto que 11,994 (35.9%) se encuentran bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios (CAS). *Ver Anexo N° 31.*

- Falta de recursos humanos y especialización de los jueces en las materias propias de la contratación con el Estado

La reforma planteaba que sean las salas contenciosas administrativas las competentes para resolver las controversias en materia de contratación estatal que desde hace un cuarto de siglo se deciden en la vía arbitral sin que fluya de la Exposición de Motivos algún estudio mínimo que permita evaluar si tales profesionales cuentan con la experiencia necesaria como para resolver estas materias de natural complejidad y especialización.

De hecho, de acuerdo con información oficial del Poder Judicial, a diciembre de 2021 se registraban ocho salas contenciosas administrativas[245] integradas por un colegiado de tres jueces superiores que, para

245 https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83/Estadisticas+ene-dic2021.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8b85bb0046812e93bc22bd76dd7c9e83

situarlas en un contexto lo más real posible, serían como ocho tribunales arbitrales que resolverían las controversias en materia de contratación estatal, que a nivel nacional estén en giro y aquellas que se susciten en el futuro. A continuación, el detalle:

CUADRO N° 3
PODER JUDICIAL: DEPENDENCIAS JUDICIALES POR ESPECIALIDAD, SEGÚN TIPO DE ÓRGANO JURISDICCIONAL
Período: Diciembre 2021

Órgano Jurisdiccional	Especialidad										%
	Civil	Constituciona	Contencioso Administrativ o	Penal	Laboral	Familia	Mixto	Extinción Dominio	JPL	Total	
Salas Superiores	54	3	8	102	45	2	19	3		236	8.6%
Juzgados Especializados y Mixtos	303	14	26	956	194	258	111	22		1 884	68.6%
Juzgados de Paz Letrados									626	626	22.8%
Total	**357**	**17**	**34**	**1 058**	**239**	**260**	**130**	**25**	**626**	**2 746**	**100.0%**
%	**13.0%**	**0.6%**	**1.2%**	**38.5%**	**8.7%**	**9.5%**	**4.7%**	**0.9%**	**22.8%**	**100.0%**	

Nota: No incluye el Juzgado de Turno Permanente de Lima ni las dependencias de la Corte Suprema
Fuente: Sistema Integrado de Gestión Administrativa (SIGA)
Elaboración: Gerencia de Planificación / Sub - Gerencia de Estadística

Asimismo, debemos considerar que dichas salas no se avocarían únicamente a resolver lo que pretendía el proyecto de ley, sino que, además, tienen su propia carga procesal a la fecha, la misma que proviene de los veintiséis juzgados especializados y mixtos en lo contencioso administrativo y los casos que, por excepción, asumen como primera instancia en virtud de lo regulado en el TUO de la Ley n.º 27584.

Con esta información de acceso público resulta valedero reflexionar si, en efecto, los jueces que serían competentes por disposición del proyecto de ley estarían en capacidad técnica, especializada y operativa para asumir los arbitrajes existentes y los venideros, con rigurosidad, eficiencia, celeridad y efectividad. Nuevamente, sobre este punto nada mencionaba el proyecto de ley.

- Falta de celeridad y eficiencia en la resolución de los casos que son administrados por el Poder Judicial

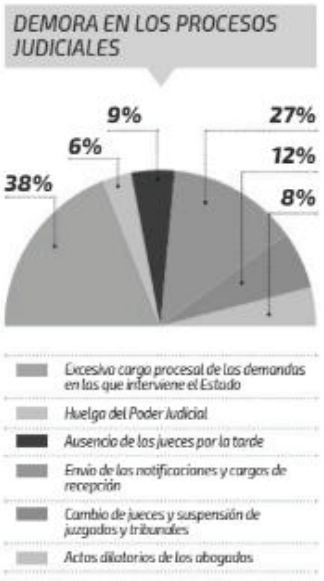
Hace ya varios años, la editorial Gaceta Jurídica, por ejemplo, hizo un estudio bajo la dirección de Walter Gutiérrez, que abordó los cinco

grandes problemas de la justicia en el Perú[246] con relación al Poder Judicial, reseñando información valiosa que reproducimos a continuación:

CUADRO COMPARATIVO DE LA DURACIÓN LEGAL Y REAL DE LOS PROCESOS JUDICIALES

PROCESO	DURACIÓN REAL	DURACIÓN SI SE CUMPLIERAN LOS PLAZOS	MESES DE DEMORA
Desalojo por ocupación precaria *	4 años y 3 meses	5 meses	46 meses más
Ejecución de garantías *	4 años y 6 meses	5 meses	49 meses más
Hábeas corpus	1 año y 8 meses	1 mes y medio	18 meses y medio
Corrupción de funcionarios	4 años y 6 meses	10 meses	44 meses más
Robo agravado **	4 años y 2 meses	7 meses	43 meses más
Violación sexual **	4 años y 1 mes	7 meses	42 meses más

* El cómputo del tiempo incluye la fecha de inicio del proceso hasta la emisión de la sentencia con calidad de cosa juzgada. En el promedio no se incluye el plazo de ejecución de la sentencia judicial, el cuál asciende a un año y medio adicional.
** El cómputo es realizado sobre la base del proceso penal ordinario del Código de Procedimientos Penales.



Al ver estas estadísticas, que si bien datan de un estudio publicado en el año 2015, es difícil pensar que se haya producido variaciones considerables si consideramos las estadísticas que hemos comentado respecto al funcionamiento presente del Poder Judicial. Ciertamente, no son buenas noticias para quienes buscamos tutela jurisdiccional y un debido proceso en la jurisdicción ordinaria y es, por supuesto, una situación que merece especial atención y un cambio necesario a largo plazo.

Para concluir con este punto, diremos que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley señalaba: «[...] según la Contraloría General de la República, el 28 % de obras paralizadas tienen como motivo de paralización el arbitraje. Esto quiere decir que un gran número de obras en el país se encuentran paralizadas como consecuencia de un proceso arbitral que se halla en curso, lo cual evidencia que también existen demoras en

246 https://issuu.com/gacetaj/docs/informe_la_justicia_en_el_peru_2015

la resolución de controversias en dicha vía.». No obstante, esta información proviene de una fuente desactualizada.

Así, tenemos que con fecha 22 de agosto de 2022, la Contraloría General de la República emitió la Nota de Prensa n.° 871-2022-CG/GCOC,[247] en la que precisaba que del último Reporte de Obras Paralizadas en el Territorio Nacional, a esa fecha, sólo el 4.3 % presentarían a los arbitrajes como causa de una paralización. A continuación, una infografía elaborada por dicha entidad en la que, además de este aspecto, se puede apreciar otra información de relevancia que no fue considerada en la elaboración del proyecto de ley (ver gráfico en la siguiente página).

Señalado todo esto, es importante acotar que la lista precedente de factores a tener en cuenta en esta reforma no se limitaba a los ya mencionados, sino que, entre otros, se podría considerar, a modo de preguntas que tampoco respondía el proyecto de ley, las siguientes: 1) ¿estábamos ante una reforma que podía afectar o desincentivar la inversión privada extranjera y local?; 2) ¿el Estado podía ser visto como juez y parte?; 3) ¿cuál sería el costo económico y real para la implementación de esta reforma?; 4) ¿se consultó a los procuradores públicos a nivel nacional sobre la reforma que se plantea? Esta última pregunta será abordada al momento de tratar el denominado «proceso abreviado».

Por todo lo expuesto, y lo que veremos luego en el presenta acápite, manifestábamos nuestro desacuerdo con el propósito central del proyecto de ley bajo análisis.

Sin perjuicio de ello, procederemos a observar la modificación normativa específica con las siguientes interrogantes, que no habían sido desarrolladas en la Exposición de Motivos, las mismas que sólo genera-

247 https://www.gob.pe/institucion/contraloria/noticias/643238-contraloria-existen-2346-obras-publicas-paralizadas-por-mas-de-s-29-mil-millones

ban incertidumbre e inseguridad jurídica respecto de su viabilidad técnica y aplicación práctica, pudiendo apreciar que, además de los particulares, el Estado también se hubiese visto perjudicado:



Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	***En desacuerdo* y como observaciones adicionales, se señala:**
Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual 45.1 [...] Tratándose de procesos de selección de obras públicas, al momento de la elaboración de las bases, la entidad pública debe sustentar mediante un informe técnico, la vía para la resolución de	- Si después de la elaboración de las bases las partes consideran que es mejor recurrir al arbitraje, ¿su procedencia será limitada también? - ¿El informe técnico formará parte integrante de las bases? - ¿Qué debemos entender por los parámetros que señala el proyecto de ley?

las controversias teniendo en cuenta los principios de eficiencia y eficacia que garanticen la efectiva y oportuna satisfacción de los fines públicos. Dicho informe técnico debe ser elaborado teniendo en cuenta los criterios desarrollados en el reglamento respectivo.	- ¿Quién regula los términos del convenio arbitral una vez emitido el informe técnico que concluye que la vía idónea será el arbitraje? - ¿El informe técnico se pone en conocimiento de los postores para su observación o consultas? - ¿Los postores pueden presentar como propuesta el arbitraje para que se reformule el informe técnico que hubiere elegido la vía judicial? - ¿El procurador público es consultado respecto a cuál es la vía más idónea para resolver determinado conflicto? - ¿En qué plazo se elabora el informe técnico? - ¿Quién elabora el informe técnico? ¿El titular de la entidad, el jefe de Administración, el jefe de Asesoría Jurídica, el procurador público u otros? ¿Dependerá de la etapa en que se pacte el arbitraje? - ¿A quién se dirige? ¿La facultad es delegable? - ¿Cuáles son los criterios que podrían sustentar el informe técnico que se reserva para el reglamento? (Del denominado Anteproyecto se advierte que

	han retirado el «informe técnico que justifique la conveniencia para el interés público de acudir, en ese caso en particular, a la vía arbitral antes que a la judicial»). - ¿Podría existir una contingencia de responsabilidad futura para el funcionario público, por elegir el arbitraje antes que la vía judicial? Una supervisión de la Contraloría General de la República, por ejemplo.

En conclusión, hubiese sido un claro error el judicializar las controversias en materia de contratación estatal y la Exposición de Motivos del proyecto de ley no soportaba el impacto de la inmensa y radical reforma que pretendía llevar adelante el Poder Ejecutivo.

2.1.7. Resolución de los contratos (artículos 33 y 36)

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	**Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE (nota: los cambios respecto del denominado Anteproyecto se destacan en cursivas)**
Artículo 33 – Contrato [...] 32.3. Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias, d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el reglamento, y e) Cláusula resolutoria expresa [...].	
Artículo 36. Resolución de los contratos [...]	Artículo 36. Resolución de los contratos [...]

36.2. Todos los contratos incorporan una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad, en la cual se debe convenir expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte afectada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, se realiza la liquidación de la obra, procediendo que la entidad pública afectada inicie acciones para continuar o reanudar la ejecución de la misma en resguardo del interés público. 33.5. [...].	36.2. Todos los contratos incorporan una cláusula resolutoria expresa, bajo sanción de nulidad, en la cual se debe convenir expresamente que el contrato se resuelve cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho cuando la parte afectada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. En el caso de la contratación de ejecución de obras, producida la resolución del contrato, *la Entidad afectada, sin perjuicio de la liquidación de la obra*, continúa o reanuda la ejecución de la misma en resguardo del interés público**.**

Con relación a este punto, los autores de la presente parte no compartimos la misma postura pues, por un lado, la coautora no advierte

impedimento legal o constitucional en la inclusión de una cláusula resolutoria expresa en los contratos regulados bajo la Ley de Contrataciones del Estado, y considera que si el diseño de dicha cláusula (caso por caso) es el óptimo y genera que situaciones de incumplimiento de ambas partes den lugar a la extinción del vínculo contractual, ello podría coadyuvar incluso, a generar los incentivos necesarios para la ejecución debida de los contratos.

El coautor del presente acápite considera: «El Estado nada ganaría resolviendo un contrato a través de este mecanismo, sin siquiera dar la oportunidad para que el contratista ejecute la obligación supuestamente incumplida.» Estima, además, que «[...] la existencia de una cláusula resolutoria expresa será una tentación muy grande para deshacerse del otro contratante, por las razones que fuere, dentro de las cuales no podemos dejar de mencionar a aquellas de orden político, muy comunes en nuestro país cuando cambian las autoridades de la entidad».[248]

Sin perjuicio de ello, la coautora comparte con el coautor su preocupación respecto a la regulación técnica, eficiente, justa y equitativa que se pueda formular en el diseño y contenido de la citada cláusula resolutoria expresa.[249]

De otro lado, con relación al segundo párrafo del numeral 36.2. del artículo 36 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado que se pretendía modificar, ambos autores criticábamos la citada regulación, puesto que ante la eventualidad de declararse inválida la resolución del contrato practicada por la entidad, el contratista habrá perdido toda oportunidad de ejecutar la obra y, por supuesto, durante el desarrollo del arbitraje y aun antes de su inicio, estaría impedido legalmente de suspender la ejecución de la obra, por ejemplo, a través de alguna medida

248 CASTILLO FREYRE, Mario. «El arbitraje con el Estado. Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley para suprimir el arbitraje estatal». En *Boletín Oficial CAE*, 15 de marzo de 2022, n.° 2, p. 5. https://www.caeperu.com/noticias/pdf/boletin-oficial-CAE-edicion-N-002.pdf

249 Con relación a la posición del coautor, resulta conveniente la remisión a su artículo: CASTILLO FREYRE, Mario. «El arbitraje con el Estado. Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley para suprimir el arbitraje estatal». *Ibidem*.

cautelar. En ese sentido, consideramos que este extremo del proyecto de ley hubiese podido generar una situación de inequidad entre las partes. En todo caso, con relación a este punto nada se decía en la Exposición de Motivos y adolecía de cualquier sustento que le brindase soporte o viabilidad.

Anteproyecto de lo que luego sería el Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE	**Proyecto de Ley n.° 2736/2022-PE** **(nota: los cambios respecto del denominado Anteproyecto se resaltan en cursivasl)**	**Opinión**
Modificaciones		
Artículo 4.- Actuaciones impugnables Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: [...]	Artículo 4.- Actuaciones impugnables Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: [...] 7. Las omisiones o actuaciones del	En desacuerdo

7. Las omisiones o actuaciones realizadas por el contratista en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas.	contratista cuya obligatoriedad de abstención o acción se encuentre prevista en los respectivos contratos de ejecución de obra pública o en los procedimientos de selección que le dieron origen.	
Artículo 5.- Pretensiones En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: [...] 6. La interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de actuaciones realizadas en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas. 7. La realización o abstención de una actuación por parte del contratista en los procedimientos de selección o	Artículo 5.- Pretensiones En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: [...] 6. La interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez de actuaciones realizadas en los procedimientos de selección o ejecución de obras públicas, *luego de haberse agotado la vía administrativa.* 7. La realización o abstención de una actuación por parte del contratista en los procedimientos	En desacuerdo

ejecución de obras públicas.	de selección o ejecución de obras públicas.	
Artículo 9.- Competencia funcional [...] Cuando el objeto de la demanda versa sobre las pretensiones que se tramitan en el proceso abreviado, es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia del domicilio principal de la entidad. En estos casos, solamente el Presidente de la Sala se avoca al conocimiento de la causa. La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema resuelve en apelación. En este caso, se avocan al conocimiento de la causa, el Presidente y los dos jueces más antiguos. No procede recurso de casación.		En desacuerdo
Artículo 25.- Proceso ordinario Se tramitan conforme al presente procedimiento las pretensiones no previstas en el artículo 24 y 24-B de la presente Ley, con sujeción a las disposiciones siguientes: [...].		En desacuerdo
Incorporaciones		
Artículo 24-B.- Proceso abreviado. Se tramitan como proceso abreviado únicamente las pretensiones previstas en los incisos 6 y 7 del artículo 5. El proceso se tramita según las siguientes reglas de procedimiento: 1. Los plazos aplicables al proceso abreviado, bajo responsabilidad, son los siguientes:		En desacuerdo

a. Tres (03) días para interponer tachas u oposiciones, así como excepciones o defensas previas. b. Cinco (05) días para contestar la demanda *y/o reconvenir*. c. Tres (03) días para solicitar informe oral, contados desde la notificación de la resolución que dispone que el expediente se encuentra en estado de dictar sentencia. d. Luego del informe oral, el juez emite sentencia. Excepcionalmente, el juez da a conocer el sentido del fallo, debiendo notificar la sentencia en un plazo de cinco (05) días. e. En caso ninguna de las partes hubiera solicitado informe oral, el plazo de cinco (05) días para emitir sentencia se computa desde el día siguiente de vencido el plazo para solicitar informe oral. f. Cinco (05) días para apelar la sentencia. Los plazos se computan desde el día siguiente de recibida la notificación. 2. En esta vía procedimental procede la reconvención.	
Artículo 37-A.- Medidas cautelares en los procesos abreviados En el proceso abreviado pueden solo expedirse medidas cautelares de suspensión de los efectos del acto cuestionado. No cabe medida cautelar fuera del proceso. La Sala puede conceder en todo o en parte la medida solicitada.	En desacuerdo

Para el otorgamiento de una medida cautelar se toman en cuenta los siguientes elementos: a. Se considere la verosimilitud del derecho invocado. b. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso. c. La medida resulte adecuada y razonable para garantizar la eficacia de la pretensión, atendiendo a la irreversibilidad de la medida adoptada y al perjuicio que esta pueda generar al interés público. Para tal efecto, se debe ponderar la razonabilidad y la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría la medida cautelar al interés público, en especial a los beneficiarios de la obra pública, o a terceros, y el posible perjuicio que causaría al solicitante su no otorgamiento. d. Se exija y se presente una contracautela consistente en una carta fianza solidaria, incondicionada, irrevocable y de realización automática a primer requerimiento a favor de la entidad pública afectada, con una vigencia no menor de seis (06) meses, debiendo ser renovada por el tiempo que dure el proceso, y otorgada por una entidad que cuente con clasificación de riesgo B o superior, supervisada por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradores Privadas de Fondos de Pensiones, cuyo importe sea no menor al diez por ciento (10 %) del costo total de la obra, de acuerdo al expediente técnico, a fin de garantizar el eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda irrogar la ejecución de la medida, bajo responsabilidad. En ningún caso se puede admitir como contracautela la caución juratoria.	

La solicitud cautelar se tramita ante el mismo órgano jurisdiccional que conoce la demanda. Presentada la solicitud de medida cautelar, se corre traslado con sus recaudos a la parte demandada por el término de cinco (05) días hábiles. Transcurrido dicho plazo, la Sala resuelve dentro de los cinco (05) días siguientes, bajo responsabilidad. Contra el auto que resuelve la solicitud cautelar procede recurso de apelación ante el mismo órgano competente para conocer el recurso de apelación en el proceso principal. La medida cautelar se extingue de pleno derecho con la emisión de la resolución que pone fin a la instancia, desestimando la demanda».	

A propósito de este tema, nos parece ilustrativo comentar que el documento denominado Anteproyecto disponía lo siguiente: «Es nula de pleno derecho toda decisión judicial o arbitral que pudiera conllevar a la paralización o suspensión de la obra», texto que fue retirado en el Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE y que, todo parece indicar, habría sido adecuado en la modificación de otro artículo (el numeral 36.2. del artículo 36 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado) para alcanzar los mismos fines, aunque su regulación no fuese expresa o literal.

2.1.8. De las disposiciones complementarias modificatorias

2.1.8.1. Sobre la modificación de los artículos 4, 5, 9 y 25 de la Ley n.º 27584, que regula el Proceso Contencioso Administrativo y la incorporación de los artículos 24-B y 37-A

Al respecto, sin perjuicio de lo extensamente comentado sobre el panorama del Poder Judicial y nuestro desacuerdo en judicializar las contro-

versias en materia de contratación estatal, nos referiremos al denominado «proceso abreviado» que el Poder Ejecutivo pretendía crear en la vía contenciosa administrativa.

En ese sentido, revisada la fórmula legal que se derivaba de la incorporación de los artículos 24-B y 37-A era posible advertir que dichos cambios respondían a un desconocimiento real respecto a cuáles son las materias controvertidas más recurrentes en contratación estatal; cuál es su grado de complejidad y especialidad; cuál es el común desarrollo de las actuaciones procesales en sus distintas etapas; cuáles son las dificultades que en el ejercicio de la defensa jurídica tiene el Estado para diseñar su estrategia, aplicarla y tener éxito en sus casos; etc. En otras palabras, el proyecto de ley bajo comentario se presentaba como antitécnico porque no guardaba correspondencia con la casuística en esta materia y, entendemos, podía haber sido diseñado de esta manera producto de la falta de conocimiento y experiencia en estos temas.

Así, por ejemplo, cuando hablamos de controversias en materia de contratación estatal debemos pensar que frente a la regulación de un proceso en el que una de las partes es una entidad pública, el ejercicio de su defensa jurídica tiene problemas propios y que no necesariamente son ni tienen que ser los mismos que afrontan los particulares para litigar. Por tal motivo, cuando hablamos de la defensa jurídica del Estado no podemos obviar en nuestro análisis a las procuradurías públicas, porque resulta necesario conocer sobre su realidad e incluso si no hay algún estudio de acceso público, consultar a la fuente oficial que resulte necesaria sobre el desarrollo de las controversias en las que son parte. Y si alguna consulta se hizo a las procuradurías públicas a nivel nacional, nos debemos preguntar cuál fue el motivo por el cual ello no se mencionó en la Exposición de Motivos del proyecto de ley.

Lo aseverado es de suma importancia si tenemos en consideración que el «proceso abreviado» que se proponía crear, preveía plazos irreales

e incoherentes con la naturaleza de las materias a resolver y las dificultades que las procuradurías públicas afrontan en el ejercicio de su función, las mismas que, de forma referencial y no limitativa, mencionamos a continuación:

i. Recopilación oportuna, completa, legible y ordenada de la documentación e información necesaria para el desarrollo de su estrategia.

ii. Dificultad para una coordinación fluida con las áreas técnicas y legales respecto al estudio y análisis de las materias controvertidas que son complejas; en las distintas etapas del proceso, en las que se requiere su participación técnica con el objeto de coadyuvar al fortalecimiento de la defensa jurídica a cargo de los procuradores públicos.

iii. Limitado o reducido tiempo después de recibir la documentación para efectuar el respectivo análisis y diseño de la estrategia a su cargo debido a problemas logísticos para su remisión, insuficiente personal en las áreas técnicas o legales y/o lo señalado en los numerales i) y ii).

iv. Generación oportuna y eficaz de los medios probatorios que acrediten la posición de la entidad, más aún si a diferencia del contratista, el procurador público no acompaña la ejecución del contrato desde el inicio (testigos, informes periciales, inspección ocular, audiencias especiales de carácter técnico, etc.).

v. Elevada carga procesal en todas las materias de la procuraduría e insuficiente personal o carencia de personal especializado para litigar en materia de contratación con el Estado.

vi. Elevada carga en la atención de requerimientos de carácter administrativo o de otra naturaleza distinta al ejercicio mismo de la defensa jurídica del Estado.

vii. Eventuales problemas vinculados con el respeto por la autonomía funcional e independencia con la que todo procurador público debe desempeñar su cargo.

En ese contexto, establecer como plazos tres o cinco días era utópico y sólo hubiese puesto en grave riesgo el derecho de defensa de las partes en el decurso del proceso y, especialmente, del propio Estado en calidad de parte. La complejidad y especialización de las distintas materias que hoy se arbitran (y que se quería judicializar) tampoco lo permitiría, considerando que las controversias no sólo cuentan con un componente legal, sino con uno de carácter técnico, según la obra a ejecutarse (tecnología, infraestructura, civil, ambiental, eléctrica, arquitectura, suelos, entre otros). Lo mismo sucede con el plazo que se estipulaba para resolver este tipo de controversias. La fórmula legal sólo generaba desconfianza sobre el contenido y alcance de una decisión adoptada de esta manera.

Por otro lado, con respecto a la regulación de las medidas cautelares en el marco de los procesos abreviados, nada se decía en la Exposición de Motivos de modo tal que no podíamos adivinar cuáles pudieron ser las razones por las cuales se proponía una regulación en los términos que habían sido formulados. Tampoco comprendíamos cuál era la coherencia entre la regulación de las medidas cautelares en el Poder Judicial que se había planteado como reforma al Decreto Legislativo n.º 1071 (Decreto Legislativo que norma el Arbitraje) y lo que, a su vez, se pretendía y, al parecer de forma contradictoria, con la incorporación del artículo 37-A en la Ley n.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo. Sobre este punto adviértase el procedimiento, los elementos para su concesión, los diversos tipos de medidas cautelares que se admite, entre otros.

Por último, es curioso que pese a las estadísticas que son citadas en la Exposición de Motivos del proyecto de ley, las cuales arrojan que la mayor parte de las medidas cautelares en contra del Estado han sido

concedidas por el Poder Judicial (53 %), el Poder Ejecutivo omitiese considerar, además, esa variable en su fórmula legal y aun así estimara que era mejor concederle más potestades por medio de una instancia extraordinaria denominada «proceso abreviado», con la que se pretendía experimentar en la resolución de controversias de gran envergadura y que sólo perjudicaría aquello que se pretendía cautelar.

3. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, señalábamos las siguientes conclusiones respecto del Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE:

- Había sido formulado sin tomar en consideración el panorama y la realidad actual del sistema de administración de justicia en el Poder Judicial.

- No se apreciaba de su contenido, el haber solicitado y analizado las opiniones de los diversos actores sobre los que recaerían las reformas que se planteaba.

- Evidenciaba un desconocimiento de la materia que se pretendía regular cuando se proyectaba efectuar cambios e incorporaciones en la ley que regula el proceso contencioso administrativo.

- Generaba una contingencia para la defensa jurídica del Estado en lo que respecta a la judicialización de las controversias en materia de contratación estatal por medio del denominado «proceso abreviado».

- Carecía de indicadores objetivos, estadísticos y documentados que permitieran afirmar que la vía idónea de resolución de conflictos era la judicial.

- Creaba una barrera de acceso al arbitraje como «supuesta» vía alternativa de solución de controversias en materia de contratación con el Estado, habiendo sido su verdadera intención el proceder a derogarla.

- No motivaba el tratamiento diferenciado a nivel constitucional de las reformas que planteaba.

Planteaba la increíble y absolutamente inusual aplicación inmediata en materia procesal de sus reformas, generando un peligro para la adecuada resolución de las controversias en materia de contrataciones del Estado, ello además de violentar abiertamente el artículo 62 de la Constitución Política del Perú en los contratos que ya contienen convenios arbitrales.

Cuarta Sección

El arbitraje comercial y de contratación pública

Luego de los capítulos precedentes, necesarios para la ubicación temporal del arbitraje en el Perú, vamos a estudiar en detalle diversos temas referentes al arbitraje, tanto el comercial (nacional e internacional), de inversión, como el de contratación pública. Pensamos no dejar cabos sueltos.

Comencemos.[250]

CAPÍTULO I
EN CUANTO A SU REGULACIÓN

El arbitraje en general y, sin duda, el comercial se encuentra regulado en el Decreto Legislativo n.º 1071 y sus modificatorias como son el Decreto Legislativo n.º 1231, publicado con fecha 26 de septiembre de 2015, y el Decreto de Urgencia n.º 020-2020, publicado con fecha 24 de diciembre de 2020.

El Decreto Legislativo n.º 1071 es denominado también en la práctica jurídica como Ley de Arbitraje y entró en vigencia el 1 de septiembre de 2008.

La Ley de Arbitraje regula todo lo relativo al arbitraje comercial y es de aplicación supletoria al arbitraje en contratación pública. Ello no sólo porque la Ley de Arbitraje tiene una regulación mucho más extensa que la normativa sobre la materia en contratación estatal, sino por el hecho de que al ser regulación especial, la relativa a contratación pública no

---

250 Para la elaboración del presente capítulo, nos hemos basado, en determinados rubros, en el artículo «El arbitraje comercial y el de la contratación pública ¿En qué y por qué son diferentes?» escrito por Mario Castillo Freyre. (CASTILLO FREYRE, Mario. *Entre el derecho civil y el arbitraje*. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 35, pp. 585-624).

está destinada a abordar todas las materias propias del arbitraje, sino solamente aquellas en que resulta necesario establecer algo especial sobre el tema, para ser aplicado, precisamente, a la contratación pública.

No obstante, la Ley de Arbitraje del 2008 sí trata acerca del arbitraje del Estado peruano. Lo hace en su artículo 4, de manera general, estableciendo los casos en que el Estado peruano puede ser parte en el arbitraje y las condiciones en que lo sería.

A continuación, reproducimos el artículo 4 de la Ley de Arbitraje:

> **Artículo 4.- Arbitraje del Estado peruano**
>
> 1. A efectos de este decreto legislativo, la referencia al Estado peruano comprende el Gobierno nacional, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y sus respectivas dependencias, así como las personas jurídicas de derecho público, las empresas estatales de derecho público, de derecho privado o de economía mixta y las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado.
>
> 2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional.
>
> 3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.
>
> 4. El Estado puede también someter a arbitraje internacional, dentro o fuera del país, las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.
>
> 5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país.

El arbitraje en contratación pública tiene regulación en la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.º 32069, publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 24 de junio de 2024, y por su Reglamento, el Decreto Supremo n.º 009-2025-EF; publicado en el diario oficial *El Peruano* el día 22 de enero de 2025, el cual entró en vigencia el día 22 de abril de 2025 (al igual que la gran mayoría de artículos de la Ley), en tanto la décima tercera, décima sexta, décima novena y vigésima octava disposiciones complementarias finales, así como la única disposición complementaria modificatoria, entraron en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la ley en el diario oficial *El Peruano*).

En el numeral 76.1. del artículo 76 de la Ley General de Contrataciones Públicas se enuncia los mecanismos de resolución de controversias a los que pueden recurrir las partes durante la ejecución contractual, los cuales son los siguientes: a) la junta de prevención y resolución de disputas; b) conciliación; c) arbitraje; y, d) otros que se prevean en los contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y su reglamento.

Asimismo, en los artículos 83 y 84 de la Ley General de Contrataciones Públicas se regula las controversias que son pasibles de ser sometidas a arbitraje y las reglas aplicables a los arbitrajes en materia de contratación pública, norma que abordaremos de manera puntual a lo largo del presente estudio.

El Reglamento de esta ley trata el tema de las controversias durante la ejecución contractual en el título XI, relativo a la solución de controversias desde el perfeccionamiento del contrato, cuyo capítulo I versa acerca del Registro de Instituciones Arbitrales y Centros de Administración de Juntas de Prevención y Resolución de Disputas; el capítulo II, acerca de los impedimentos y requisitos para los árbitros y adjudicadores; y el capítulo III, sobre los mecanismos de solución de controversias contractuales.

Es pertinente mencionar también que el Decreto de Urgencia n.º 020-2020 modificó el Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje, en diversos aspectos, todos ellos relativos a los casos en que el Estado es parte en arbitrajes.

CAPÍTULO II
EN CUANTO AL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

La Ley de Arbitraje no aborda específicamente el tema del arbitraje de inversión, siendo ello lógico en la medida que el mismo escapa al ámbito del arbitraje nacional y del internacional. Tampoco trata acerca del tema la Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento.

Pero no olvidemos que el Estado es parte en el arbitraje de inversión. En razón de ello, a continuación, abordaremos brevemente el tema.

Hablar de las inversiones en el mundo moderno[251] es, fundamentalmente, hablar de confianza. Ello en la medida que, como es obvio, las inversiones no se desarrollan necesaria ni solamente en los países de donde provienen los capitales, pues en muchos casos esos mercados resultan rebasados por las potencialidades de expansión de las empresas y de los empresarios, quienes se ven en la necesidad de buscar mercados más allá de sus fronteras para acrecentar sus actividades.

Esta situación no es nueva, pues resulta tan antigua como las civilizaciones y el desarrollo del comercio a lo largo de la historia.

Invertir dentro de las propias fronteras siempre ha representado un riesgo, pero, al fin y al cabo, se trata de un riesgo que todos asumimos como ciudadanos de un determinado país, de modo tal que si existiera

---

[251] El presente acápite se basa en las palabras pronunciadas por Mario Castillo Freyre en el acto de presentación del volumen 43 de la Biblioteca de Arbitraje «Arbitraje de inversión. El dinámico fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión», escrito por Giancarlo Peralta Miranda, la noche del lunes 16 de octubre de 2017, en la Sala Baquíjano y Carrillo del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, y que, posteriormente, fue publicado en el volumen 50 de la *Biblioteca de Arbitraje*: *Entre el derecho civil y el arbitraje (segunda parte)*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2017, pp. 237-244.

algún reclamo por alguna arbitrariedad cometida por las autoridades del país del que somos nacionales, no habrá duda alguna de que tendremos los canales correspondientes para tratar de hacer valer nuestros derechos, como lo haría cualquier ciudadano en esa nación.

No es que esto no represente un problema, pero no es menos cierto que el problema fundamental radica en cuáles serán los márgenes de riesgo de un inversionista fuera de sus propias fronteras.

Decimos esto en la medida que invertir en otro país no sólo implica hacerse a la mar en aguas más o menos desconocidas, sino también —y la historia tiene múltiples ejemplos al respecto— verse expuesto a arbitrariedades cometidas por las autoridades de esos respectivos gobiernos en contra de las inversiones extranjeras.

No cabe duda de que el extranjero que invierte en un país distinto al suyo, lo hace, como todo comerciante, con un lícito fin de lucro, el mismo que, mientras se ajuste a la legislación del respectivo país, deberá ser respetado, pues se desarrolla en el marco de la normatividad legal vigente.

En otras palabras, el hecho de ser extranjero no determina, por sí mismo, que el inversionista deba encontrarse en una situación de inferioridad de condiciones, a menos que la normativa legal previa a la inversión realizada, así lo establezca.

En ese sentido, son totalmente lícitas las disposiciones constitucionales y legales que existen en diversos países del mundo en donde se prioriza la inversión de capitales nacionales por sobre la inversión de capitales de origen extranjero.

Con independencia de la bondad o no de tales preceptos en el terreno económico, los hombres de derecho tenemos que admitir que ellos son perfectamente lícitos y que, dada la autonomía legislativa de

cada Estado, debemos respetar lo que tales normas establezcan, con prescindencia de nuestras preferencias, debiendo prevenir a quienes son clientes nuestros sobre la existencia, riesgos y demás consecuencias de tales disposiciones, para que ellos evalúen si desean invertir o no bajo tales parámetros.

Las normas que prefieran el capital nacional sobre el capital extranjero podrían ir desde privilegios en materia de contratación con el Estado hasta la prohibición de concentración de mercados o intervención en determinadas áreas de la economía.

Tales restricciones al tratamiento del capital extranjero no son por sí mismas razón de reclamo alguno con respecto al Estado de destino de las inversiones extranjeras.

De lo que estamos hablando es de que las autoridades del país receptor de las inversiones extranjeras no respeten las condiciones en las cuales tales inversiones han sido efectuadas y tomen medidas arbitrarias para perjudicar su viabilidad y rentabilidad, sea cual fuere el régimen normativo que haya existido al momento en que tales inversiones fueron realizadas.

Todos esos actos de intervencionismo que resulten perjudiciales a los inversionistas extranjeros siempre han sido objeto de reclamo por parte de los perjudicados.

El problema es que los mismos han pasado desde las intervenciones armadas de los países exportadores de inversión a los países importadores de las mismas, en respaldo de sus connacionales, hasta la necesidad de recurrir a los propios tribunales ordinarios de justicia del país receptor de las inversiones.

Queda en evidencia que en el primero de los casos resultaba absurda la transformación de un reclamo patrimonial en un conflicto armado,

que es —precisamente— la antítesis del derecho internacional público y del respeto que las naciones deben tenerse entre sí.

El segundo caso también representa una situación extrema, pues si las autoridades del país receptor de la inversión han sido capaces de dictar medidas que violenten esas propias inversiones, será fácil pensar que de la misma manera podrán actuar con respecto a su propio Poder Judicial, tomando medidas de influencia sobre el mismo a efectos de dirigir el sentido de las futuras sentencias.

Es así que cuando en el derecho internacional de las inversiones se plantea el nacimiento de la figura del arbitraje de inversión, ello no representa sino la civilización de las controversias en su mejor expresión, por cuanto en este mecanismo de solución de controversias no primará la fuerza del país más poderoso frente al país débil, así como tampoco las influencias de un gobierno autoritario frente a un Poder Judicial eventualmente genuflexo.

El arbitraje de inversión es, por tanto, el mejor mecanismo para dar trámite a una controversia entre una empresa nacional de un país exportador de inversiones y un país receptor de las mismas.

Es claro que esa justicia pasará, necesariamente, por la conformación de tribunales compuestos por árbitros independientes, de nacionalidades distintas a las partes en conflicto y que la administración del proceso estará a cargo, también, de una institución imparcial, como es el caso del Ciadi.

Es obvio que estos casos no es que se hallen libres de presiones de uno u otro lado, pero resulta evidente que los actores principales del arbitraje, es decir, los árbitros estarán lo suficientemente distantes de las partes como para evitar que tales presiones surtan efecto.

Esas ventajas son las que han hecho que este tipo de arbitraje se consagre en los tratados de libre comercio y en los tratados bilaterales de inversión en todo el planeta, involucrando, cada día, a más y más países.

El arbitraje de inversión, sin duda, da fiabilidad al sistema de solución de controversias, precisamente, por su garantía de justicia e imparcialidad.

De ahí que los Estados que crean en el respeto a los inversionistas extranjeros y el fomento de su expansión sean precisamente aquellos más entusiastas en la promoción del comercio internacional y de la solución arbitral de las controversias.

La lógica aquí es muy simple: si yo, como Estado, voy a respetar el marco legal de las inversiones extranjeras, pues entonces no debo preocuparme, ya que es claro que no proliferarán los conflictos arbitrales en mi contra. Ellos —si llegaran a existir—, serán marginales, coyunturales, derivados de circunstancias muy particulares.

Pero si soy un Estado donde el gobierno está acostumbrado a hacer lo que le da la gana o donde se hace lo que el humor cotidiano del gobernante marca como destino, entonces resultará claro que no seré amigo del arbitraje de inversión, pues en la historia de este mecanismo de solución de controversias las arbitrariedades e injusticias cometidas en contra de los inversionistas se terminan pagando —y muy caro—.

De esta forma, hemos asistido a casos en los cuales determinados países han denunciado el convenio Ciadi y todos aquellos pactos donde se establezca el arbitraje de inversión.

Es claro que estos países quieren moldear nuevos mecanismos de solución de controversias en los cuales el Poder Judicial nacional siempre tenga la última palabra, ya sea por ser ahí donde se deba discutir la

controversia con el inversionista extranjero o porque, a pesar de que la controversia pueda resolverse en arbitraje nacional (nótese la gran diferencia con el arbitraje de inversión), luego será el propio Poder Judicial el encargado de resolver el respectivo recurso de anulación del laudo.

Adviértase, cómo en estos mecanismos «alternativos» ideados por estos países, el Gobierno siempre contará con la posibilidad de influir decisivamente en el destino del reclamo del inversionista al tener el propio Poder Judicial la última palabra.

Estos países, además, han venido construyendo amplios mecanismos de tutela a nivel constitucional de modo que se crea todo un mecanismo judicial interno a efectos de cuestionar tanto la validez como la eficacia de los laudos emitidos en arbitrajes de inversión.

Todos estos mecanismos de defensa constituyen, en buena cuenta, obstáculos de orden legislativo y jurisprudencial para blindar a esos países y hacerlos inmunes frente a los arbitrajes de inversión o, como hemos visto, incluso sustraerse de su ámbito de competencia.

Pero el resultado es siempre el mismo: mayor desconfianza entre los inversionistas, descrédito del país y, claro está, menos inversiones extranjeras y, más pobreza nacional.

Dudamos mucho de que los intentos de crear nuevos mecanismos alternativos de solución de controversias que esos Estados se encuentran proponiendo a sus pares tengan éxito, ello porque, simplemente, nadie va a aceptar que la balanza de la justicia tenga plomo en uno de sus platillos.

De ahí la importancia universal del arbitraje de inversión, el mismo que —no hay que olvidarlo— es hijo de la desconfianza de los inversionistas y de sus Estados, en muchos países receptores de inversión con

gobiernos demagógicos, totalitarios y abusivos que han tenido como línea de conducta confiscaciones y atropellos de las inversiones extranjeras.

Si estos abusos no hubieran existido, pues nunca habría sido necesario inventar el sistema de arbitraje de inversión.

CAPÍTULO III
EN CUANTO AL CARÁCTER VOLUNTARIO DEL ARBITRAJE

No cabe duda de que el arbitraje es voluntario, tanto en materia comercial como de contrataciones con el Estado.

En el ámbito comercial, si las partes no celebran un convenio arbitral (sea cual fuere el supuesto en que se encuentren dentro del artículo 13 de la Ley del Arbitraje del Perú), simplemente no hay arbitraje.

Lo mismo ocurre en contratación pública, pues el Estado, a partir de la ley de contrataciones de 1998,[252] ha manifestado su voluntad de arbitrar todas las controversias que se susciten con quienes contraten con él, en el marco de la citada ley.

En otras palabras, no debe partirse de la errónea idea de que el Estado tiene —*per se*— la obligación de someterse a arbitraje en esta materia, pues bien pudo continuar con el régimen judicial de solución de controversias anterior a 1998 y, como es obvio, si el Estado ya no deseara que sus problemas se solucionen en arbitraje, podría volverse a un esquema como el anterior, lo que, sin duda, representaría el golpe más duro que se le podría infligir al arbitraje en el Perú, considerando que un

252 Ley n.° 26850 del año 1998 (vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la primera disposición final de la ley). Las posteriores leyes y reglamentos. Decreto supremo n.º 012-2001-PCM y Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM y Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Decreto Legislativo n.º 1017 (modificado por la Ley n.º 29873) y Decreto Supremo n.º 184-2008-EF (modificado por el Decreto Supremo n.º 138-2012-EF), Ley n.º 30225 y Decreto Supremo n.º 350-2015-EF y Decreto Supremo n.º 344-2018-EF, y la Ley n.º 32069 y el Decreto Supremo n.° 009-2025-EF han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

promedio de siete de cada diez procesos se derivan de la contratación estatal.

Esta situación parte del valor entendido de que el Estado debe seguir sintiéndose cómodo con el arbitraje dentro de un marco de transparencia y equidad con los particulares que contraten con él.

Por lo demás, es evidente que desde que el Estado decidió arbitrar sus controversias con particulares estableció un marco legal específico para tal efecto.

Desde el comienzo, tanto la ley de contrataciones (entonces, también llamada de adquisiciones) del Estado como su reglamento, normaron las peculiaridades de estos procesos arbitrales.

El hecho de que un contratante de enorme importancia patrimonial y actor principal de infinidad de relaciones contractuales determine las reglas que regirán en sus arbitrajes no debe causar extrañeza.

Decimos esto en razón a que podríamos encontrarnos frente a una gran empresa privada que establezca en todos los contratos por adhesión o sujetos a cláusulas generales de contratación que celebre determinadas reglas especiales para la solución de sus controversias en arbitraje.

Nada obsta, por ejemplo, que la empresa de nuestro ejemplo establezca en sus modelos de contratos que ante cualquier reclamo el arbitraje que inicie el cliente lo deberá seguir ante la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París.

Una cláusula de esta naturaleza, sin duda, es válida a pesar de lo oneroso que será para todos quienes contraten con esa gran empresa llevar sus reclamos a arbitraje.

Lo que queremos decir es que así como nadie fuerza a estas empresas para que contraten con esa gran compañía, tampoco nadie fuerza a los contratistas para que contraten con el Estado.

Eso significa que en tanto el esquema sea aceptado por estos particulares, el arbitraje es no sólo válidom sino posible y justo en tales circunstancias.

CAPÍTULO IV
EN CUANTO AL ORIGEN DEL CONVENIO ARBITRAL

Como todos sabemos, la regla es que la inclusión de un convenio arbitral en un contrato o el pactarlo de manera independiente forma parte de la libertad contractual o de configuración interna de los contratantes.

La regla general es, pues, que en caso de no pactar convenio arbitral las partes se someten a la jurisdicción ordinaria, vale decir, al Poder Judicial. Y en caso pactaren un convenio arbitral, se someterán a arbitraje dentro de los alcances del convenio arbitral pactado, los mismos que podrían comprender toda clase de controversias relativas a la celebración o ejecución del contrato o únicamente parte de ellas. Sobre este tema nos hemos pronunciado en una investigación anterior[253] y también lo haremos en esta obra.

En lo que respecta a la contratación pública el tema es radicalmente distinto, en la medida que quienes contratan con el Estado se someten necesariamente a arbitraje (inclusive en los casos de contratación directa). Cabe recordar que, según el numeral 83.2. del artículo 83 de la Ley General de Contrataciones Públicas, en todos los casos, bajo responsabilidad de la autoridad de gestión administrativa, el convenio arbitral debe adoptar la forma de una cláusula incluida en el contrato y debe ajustarse a las disposiciones de la presente ley y su reglamento.

Hemos expresado en diversas ocasiones que este sometimiento a arbitraje no convierte al convenio arbitral en obligatorio, ello en la medida que los particulares siempre tendrán la libertad de contratar o no

---

253 CASTILLO FREYRE, Mario y Alonso BEDOYA DENEGRI. *Cláusulas arbitrales patológicas*. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Católica San Pablo - Asociación Iberoamericana de Derecho Privado - Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre, 2021, volumen 92.

con el Estado, y si deciden hacerlo, pues sabrán previamente que el contrato incluirá un convenio arbitral.

Ahora bien, a efectos de profundizar en el análisis del convenio arbitral, consideramos conveniente traer a colación un trabajo desarrollado por el autor de esta obra, en coautoría con el profesor Ricardo Vásquez Kunze, en el que se aborda diversos temas cómo cuál es el contrato que da vida al arbitraje, cómo se le denomina, cuándo se celebra y dónde se formaliza.

1. EL DOMINIO CONTRACTUAL[254]

A simple vista, no parecería haber mayor problema en llegar a un arbitraje, porque en materia de derecho civil, una vez permitido éste por la ley, la celebración de un contrato que lo acuerde debería ser, en teoría, la cosa más fácil del mundo. En teoría, no lo olvidemos, dos particulares que pretenden resolver un conflicto de intereses convienen sustraerse a la jurisdicción del Estado y llevar su pendencia ante uno o varios árbitros que ellos mismos han designado para poner punto final al litigio.

El problema es que lo que en la teoría del sentido común es tan simple como esto, en la doctrina tradicional del arbitraje no. Aquí, la complejidad es el denominador común y la simpleza, la excepción. Baste con decir que el «contrato de arbitraje», esto es, el acuerdo de voluntades para celebrar un arbitraje, en puridad, sólo existe por el momento en el reino de la teoría.[255] Y esto, paradójicamente, porque tanto en la doctrina

---

254 El acápite siguiente se basa en el capítulo III «El dominio contractual» del volumen 1 de la Biblioteca de Arbitraje y fue desarrollado por Mario Castillo Freyre y Ricardo Vásquez Kunze (CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado: la verdadera reforma de la justicia. Op. cit.*, pp. 53-71). Asimismo, dicho trabajo fue publicado en el número 32 de la Revista Ius et Veritas (CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «El dominio contractual en el arbitraje». En *Ius Et Veritas*, 2006, n.° 32, pp. 95-102).

255 Uno de los objetivos del presente trabajo es poner punto final a los eufemismos doctrinarios que se niegan a llamar a las cosas por su nombre. Uno de nuestros intereses es rescatar para la doctrina al contrato de arbitraje en todas sus manifestaciones.

extranjera como nacional nadie se atreve a llamar por su nombre de contrato de arbitraje al «contrato de arbitraje», así nominado no existe. Pero si este contrato no existe, ¿entonces qué contrato es el que da vida al arbitraje? ¿Cómo llamarlo? ¿Cuándo se celebra? ¿Dónde se formaliza? Estas preguntas son el objeto del presente trabajo. Nos abocaremos, pues, a darles satisfactoria respuesta.

Si hubiera que ponerlo literariamente, el alumbramiento de un arbitraje viene precedido de un embarazo complejo. Es más, y siempre en términos literarios, la concepción misma del futuro arbitraje no está atada a la naturaleza de un solo método. Más de un camino es el que lleva al arbitraje, lo que es lo mismo a decir que, ya en términos contractuales, no existe una sola forma de contratar un arbitraje. Así, pues, antes que responder a la interrogante de qué contrato es el que origina jurídicamente un arbitraje es preferible subrayar primero qué no lo genera jamás, es decir, qué acuerdo de voluntades no engendra por sí mismo un arbitraje.

Creemos que un contrato que no genera nunca por sí mismo un arbitraje es el que en la doctrina se conoce como cláusula compromisoria. Aunque ríos de tinta han corrido en la doctrina sobre aquélla, nosotros consideramos que en el mundo de nuestros días, esto es, en el siglo XXI, esta modalidad contractual por la que se pretende llegar a un arbitraje es una antigualla cuyo lugar, si lo hubiere, sólo podría ser un museo de lo jurídico. Por lo tanto, y sólo como rareza en la historia contractual del arbitraje, es que será aquí tratada, dejando constancia de nuestro deseo de que, en el futuro, quienes tomen la posta en sus indagaciones sobre el arbitraje, la desaparezcan para siempre de su reflexión, pues invocarla aun a modo de curiosidad histórica es perpetuar una memoria que no tiene ningún sentido.

Seremos, pues, breves. La esencia para entender lo que es la cláusula compromisoria está en saber que mediante ella nunca jamás se concierta o celebra un arbitraje. ¿Qué es pues lo que, como en todo contrato, se

concierta o celebra entonces? En términos muy simples, se contrata que en un futuro se contratará a su vez un arbitraje. En efecto, en un contrato que, por lo general, es el contrato principal, las partes a través de una cláusula compromisoria acuerdan que para resolver cualquier conflicto —o determinado conflicto— que se suscite del contrato principal[256] se acordará a su vez un arbitraje. Así, pues, en la cláusula compromisoria el arbitraje no ha sido acordado, no ha sido celebrado y, por tanto, no ha sido contratado. Lo que ha sido acordado, celebrado y contratado es un compromiso a, en su momento, contratar un arbitraje.

Nótese lo absurdo, por inútil, de este procedimiento,[257] porque ¿no sería acaso más eficiente que comprometerse a contratar en el futuro un arbitraje, contratarlo ya?[258] Es decir, ¿no sería mejor que en el contrato

256 Con respecto al carácter accesorio de la cláusula compromisoria, hay discrepancias en la doctrina. Tomás Ogayar señala, por ejemplo: «Si bien el origen práctico de esta preparación del arbitraje fue la estipulación accesoria que se insertaba en el contrato principal, al generalizarse se le hizo objeto, en muchas ocasiones de un pacto autónomo, por lo que la denominación de cláusula compromisoria perdía ya toda propiedad y era, en cambio, la de un contrato preliminar o preparatoria la más adecuada y consecuente con la esencia de la institución […]». OGAYAR Y AYLLÓN, Tomás. *Op. cit.*, pp. 117 y 118.
Sobre esto habría que decir que el carácter accesorio de la cláusula compromisoria no le quita su carácter contractual. La cláusula compromisoria es un contrato dentro del contrato principal y, por lo tanto, es un contrato accesorio. Es más, es accesorio y preliminar o preparatorio a la contratación de un arbitraje. Discrepamos, pues, con Ogayar cuando pretende que, en razón de la generalización de la cláusula compromisoria dentro de los contratos principales, ésta se convierte en una suerte de pacto autónomo. Nada tiene que ver la generalización con la autonomía. La única hipótesis para que la autonomía se produzca en el caso de la cláusula compromisoria es que ésta deje de ser cláusula referida a un contrato principal y devenga ella misma en contrato principal, lo que significa que sea preliminar y preparatorio a la contratación de un arbitraje, no para los problemas que pudiesen suscitarse de un contrato determinado, sino de cualquier contrato que celebren en un futuro las partes de este contrato preparatorio.

257 Lohmann afirma: «La doctrina se ha preguntado sobre la verdadera utilidad de la cláusula compromisoria. Se considera que no es imprescindible y que su lugar podría ser ocupado por un compromiso arbitral firme —contratar el arbitraje— sobre toda controversia futura, al que sólo le faltaría integrarse con la indicación de la materia controvertida y los árbitros, si no se hubiesen designado de antemano». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 80-81.

258 «Realmente, nada obsta que la cláusula compromisoria, acuerdo pre-arbitral o como quiera denominarse, tenga el mismo contenido que el compromiso —contratar el arbitraje—, con la salvedad de la indicación de la materia controvertida. De ser así, ya no sería necesario otro convenio adicional, pues suscitado el conflicto cualquiera de las partes solicitaría de la otra y de los árbitros la suscripción de un documento que, a la par de detallar las cuestiones litigiosas, constituye acta de misión de los árbitros». *Ibid.*

principal, en vez de una dilatoria cláusula compromisoria, se acordara celebrara y contratara un arbitraje mondo y lirondo para los futuros conflictos que se pudieran derivar del contrato principal?[259] ¿Para qué si desde Europa se quiere llegar lo más rápido posible a las Indias Orientales, habría que hacer la ruta del Cabo si se puede hacer la de canal de Suez?[260]

Fue, precisamente, en razón de esta inutilidad manifiesta que la cláusula compromisoria, junto con todos y cada uno de los artículos referidos al tema arbitral, fue derogada del Código Civil de 1984 a sólo ocho

---

259 Sobre este despropósito comenta Fernando de Trazegnies: «[…] llegado el día del problema, las partes no pueden acudir directamente al árbitro, aun cuando éste se encontrara ya nombrado desde el inicio de la cláusula compromisoria y las reglas del arbitraje hubiesen sido igualmente determinadas de antemano. Previamente, las partes deben suscribir un nuevo acuerdo —el compromiso arbitral— en el que precisan los alcances de su controversia y la colocan expresamente en manos del árbitro. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». *Op. cit.*, p. 549.

260 Sin embargo, hay algunos autores que justifican esta «ruta decimonónica» de la cláusula compromisoria. Humberto Briseño sostiene que la cláusula compromisoria tendría su razón de ser en —y por increíble que parezca— ¡La facilitación del arbitraje! Y esto porque, según él, es el momento más adecuado para que converjan voluntades a favor del arbitraje y se evite así ahuyentar a las partes con la determinación detallada de todos los requisitos y circunstancias que son necesarios cumplir para que éste se configure en la realidad. BRISEÑO SIERRA, Humberto. «El arbitraje comercial en México». En *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zublowsky*. Lima: Cultural Cuzco, 1989, p. 43. Por supuesto que no compartimos las justificaciones de Briseño para con la pertinencia de la cláusula compromisoria. No vemos qué dificultad puede haber en —si se quiere realmente que los problemas derivados de un contrato determinado se resuelvan por un arbitraje— contratar en el mismo contrato principal la sustracción a la jurisdicción estatal y especificar la jurisdicción arbitral a la que se someterá el hipotético conflicto, así como el procedimiento por el cual se designarán los árbitros, que son básicamente los requisitos necesarios para contratar un arbitraje. Es más, muy por el contrario de facilitar un arbitraje, como sostiene Briseño, la cláusula compromisoria lo aleja. De Trazegnies explica por qué: «[…] como es evidente, cuando corresponde otorgar el compromiso arbitral —contratar el arbitraje—, las partes se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquél que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, […] No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades. Aquella parte que siente que gana con la indefinición de la controversia […] hará todo lo posible por dilatar la situación y entorpecer el arbitraje […]. De esta manera ganará tiempo y fatigará al adversario».
DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». *Op. cit.*, p. 549.

años de su vigencia.[261] La realidad demostró muy pronto el extravío jurídico —por seguir a pie juntillas los puntos y comas de una doctrina obsoleta— que significaba consagrar, para llegar al arbitraje, el desvío de la cláusula compromisoria.

Un asunto que dentro del anacronismo de la cláusula compromisoria como objeto de estudio merece un comentario es el tremendo error de un sector de la doctrina que le atribuye a esta cláusula el efecto más importante cuando de contratar un arbitraje se trata: la sustracción de la jurisdicción estatal. El arbitraje es el contrato por el cual las partes de una relación jurídica se sustraen de la jurisdicción de los tribunales ordinarios de justicia para someterse a una privada creada o designada por ellas. Varios autores señalan, sin embargo, que esta característica propia del arbitraje, esto es, el acuerdo de voluntades que le da vida jurídica, es también propia de la cláusula compromisoria.[262]

---

261 Todo el título XI del Código Civil —Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral, artículos 1906 a 1922— fue derogado por la Primera Disposición Final de la Ley General de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935, promulgada el día 7 de noviembre de 1992 y publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 10 de diciembre de 1992). Posteriormente, el Decreto Ley n.º 25935 fue derogado por la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572, promulgada el día 3 de enero de 1996 y publicada por el diario oficial *El Peruano* el día 5 de enero de 1996). Simplemente, para ilustración del lector, decía el artículo 1906:
«Artículo 1906.- Las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesoria, a celebrar en el futuro un compromiso arbitral. En tal caso, no se requiere la designación de árbitros. Es obligatorio fijar la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje. No es de aplicación a la cláusula compromisoria lo dispuesto en el artículo 1416».

262 Lohmann señala, por ejemplo: «La cláusula compromisoria —conocida también como convenio preliminar— puede, pues, conceptuarse como acuerdo o estipulación autónoma por la cual dos o más partes interesadas en una relación jurídica existente y determinada, deciden someter a arbitraje sus posibles diferencias futuras que surjan de tal relación. Esto supone, en primer lugar, que el convenio estatuye sobre previsiones que pueden o no realizarse. En segundo lugar, implícitamente equivale a decir que si la hipótesis se presenta las partes se sustraen de la jurisdicción estatal». LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 79 y 80. Dante Barrios escribe en el mismo sentido, aduciendo que la cláusula compromisoria determina la necesidad del arbitraje, ya que las partes no tienen la libertad para recurrir ante los tribunales, en el supuesto que surja un conflicto entre ellas; así: «en principio deben comprometer; o sea que están bajo la imposición de acudir al arbitraje». BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1956, p. 36. En este mismo error caen Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú cuando, deduciendo las características de la cláusula compromisoria, afirman: «a) En primer lugar, es un pacto por el cual las partes

Como resulta obvio, si la cláusula compromisoria tuviera el efecto de sustraer a las partes de una relación jurídica de la jurisdicción estatal, estaríamos frente a un puro y simple acuerdo de arbitraje. Es más, el arbitraje quedaría constituido allí mismo de pleno derecho y, por ende, no se necesitaría de un contrato posterior para constituirlo, lo que significaría un contrasentido, toda vez que la cláusula compromisoria es doctrinariamente el contrato preparatorio o preliminar para la celebración de aquél con el que se da vida al arbitraje, esto es, a la sustracción de la jurisdicción estatal a efectos de resolver un conflicto de intereses que normalmente se resolvería en la judicatura.

Así, pues, el hecho de un contrato preliminar cuyas características y efectos serán los mismos que los del contrato final es un completo sin sentido.

Un sinsentido es también que la cláusula compromisoria pueda ir contra el objeto mismo del arbitraje, a saber, solucionar un conflicto jurídico fuera del dominio del Poder Judicial. Y tal situación puede llegar a producirse. Metafóricamente podríamos resumirla así. «Señor juez: Nos, una de las partes de este contrato principal, hemos acordado en su momento con la otra, a través de una cláusula compromisoria, nuestro deseo de jamás pisar este juzgado. Pero el incumplimiento de este deseo por mi contraparte nos obliga a hacer lo que no queríamos hacer. Exigimos pues a usted, su señoría, sentencie a mi contraparte a cumplir su compromiso de desear conmigo no pisar esta sala para cuyo efecto deberá contratar un arbitraje. Por ser de justicia que espero alcanzar. Firmado. La parte burlada». Cuatro años después, con mucha suerte, puede que el juez sentencie a favor de parte burlada y obligue a la otra a celebrar un arbitraje. Pero si el objeto de éste era precisamente no perder el tiempo en un largo proceso judicial, a todas luces aquí hay un contrasentido, pues a lo que demora un arbitraje habrá que sumarle lo que

acuerdan sustraerse de la intervención del Poder Judicial». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*. *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

demora el proceso judicial que ordene su celebración. Sin duda, la peor de las soluciones posibles.

Suficiente hasta aquí con la devaluada doctrina de la cláusula compromisoria que, como hemos visto, es el contrato que por sí mismo no genera jurídicamente jamás un arbitraje, aunque sea éste su más vivo deseo.

¿Qué contrato, pues, da vida al arbitraje? En el tráfico jurídico y comercial de todos los días, esto es, en la realidad, los arbitrajes se contratan, casi con absoluta mayoría, en lo que se conoce como cláusula arbitral. Esta cláusula es, pues, un contrato en toda línea. En este contrato las partes se obligan inequívocamente a sustraerse de la jurisdicción del Estado para someterse a una jurisdicción privada determinada por ellas con el fin de resolver un hipotético conflicto de intereses que pudiera suscitarse de una relación jurídica[263] existente entre ambas, esto es, casi para todos los efectos de la vida diaria, otro contrato del que el arbitral forma parte. De ahí lo de cláusula que, en tanto estipulación de un contrato principal, siempre es accesoria.

El objeto de la cláusula arbitral es, pues, según esto, la solución de un hecho que en tanto probable se encuentra en el dominio del futuro y la incertidumbre: la controversia. Las partes la prevén, pero no la desean, aunque su ocurrencia puede producirse por la misma voluntad de las partes.[264] Así, pues, en tanto es la controversia un hecho probable de

263 Silvia Gaspar precisa que por relación jurídica se debe entender una situación de poder y deber concretos en la que resultan vinculados determinados sujetos. Esto implica que alguno de ellos se halle facultado por el ordenamiento jurídico a exigir a otro una conducta que deberá cumplir este último. Comentando la legislación española, Gaspar sostiene que las relaciones jurídicas pueden ser contractuales o no, por lo que no sólo los conflictos surgidos como consecuencia de los contratos son susceptibles de ser sometidos a arbitraje, sino también las controversias que se produzcan respecto de las obligaciones que tienen su fuente en la ley, los cuasicontratos, o el ilícito penal o civil. Véase: GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 62. La derogada Ley General de Arbitraje en su artículo noveno adoptaba la posición de que las relaciones jurídicas arbitrables pueden ser contractuales o no.

264 Hemos sido cautos en no calificar como hecho «futuro e incierto» a la controversia que deberá ser objeto de solución. Y esto porque para la doctrina de los contratos un hecho «futuro e

incierta ocurrencia en el futuro no puede haber en la celebración de la cláusula arbitral alcance alguno sobre la materia controvertida. No existe materia controvertida en este tipo de contratación arbitral pues la controversia no ha surgido. Sí puede, por el contrario, haber materia arbitrable que no será otra que la que las partes señalen sobre el contrato principal, siempre y cuando no esté reñida con la ley.[265] Así, todo el contrato principal puede ser materia arbitral, es decir, todos los conflictos que puedan suscitarse de éste, pero también puede ser materia arbitrable sólo alguna o algunas estipulaciones del contrato principal, o lo que es lo mismo a decir: los conflictos resultantes de alguna o algunas estipulaciones del contrato principal.

Ahora bien, si ha quedado perfectamente claro que la cláusula arbitral implica la celebración de un contrato en toda la regla, esto es que el arbitraje ha sido contratado, no menos cierto es que para que la obligación de ese contrato sea exigible —dar solución a un conflicto de intereses entre las partes de un contrato principal a través del arbitraje— tiene que producirse ese conflicto de intereses. En otras palabras, la controversia es la condición lógica para que el contrato llamado «cláusula arbitral» se cumpla.

Así, pues, aunque celebrado el contrato, si la condición lógica no se cumple la obligación no es exigible. Si no hay conflicto de intereses, si no hay materia controvertida, no hay nada que arbitrar, aunque el arbitraje esté contratado.

En este orden de ideas, es pertinente preguntarse cuándo se extingue el arbitraje contratado a través de la cláusula arbitral. En primer término, en los hechos (y sólo en los hechos), se extinguirá cuando, de no

incierto» es aquel cuya ocurrencia es ajena a la voluntad de las partes. Por el contrario, la controversia no necesariamente es excéntrica a esta voluntad, lo que no quita que, en la contratación arbitral expresada en la cláusula, su ocurrencia tenga características futuras —porque no se ha producido en el pasado ni en el presente— e inciertas —porque nadie puede tener la certeza que se produzca—.

265 Sobre el problema de «materia arbitrable» ver el capítulo IV del volumen I: *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia* de la *Biblioteca de Arbitraje*.

haberse producido ninguna controversia, se extinga el contrato principal del que el arbitral es accesorio. También, si la cláusula tuviera alguna estipulación de plazo para su cumplimiento, esto es, que el arbitraje contratado estuviera sometido a un determinado plazo antes del cual o después del cual no sea posible recurrir al arbitraje, se extinguirá contractualmente entonces el arbitraje contratado cuando se extinga el plazo acordado para su imperio. Finalmente, cuando de haberse producido la materia controvertida o controvertidas, sea o sean éstas resueltas del arbitraje contratado en la cláusula arbitral, es decir, cuando la obligación de resolver una controversia por jurisdicción ajena a la del Poder Judicial sea satisfecha. Pero debemos admitir que aun en estos casos el convenio arbitral seguiría vigente y válido para ser invocado por cualquiera de las partes en un futuro si, fuera el caso, deseara someter una nueva controversia a arbitraje.[266] Y aquí cabe hacer una digresión.

A lo largo de este capítulo hemos hablado de contratar «el arbitraje», porque lo que, en efecto, se contrata es la obligación de que dos o más sujetos de derecho se sustraigan a la jurisdicción de los tribunales ordinarios del Estado para resolver a través de una jurisdicción privada los conflictos de intereses nacidos de una relación jurídica determinada. Así, pues, el arbitraje en términos contractuales no termina necesariamente con la solución de una controversia resuelta a través de «un arbitraje» o «proceso arbitral», pues controversias puede haber varias en el marco y en el tiempo de vigencia de un contrato principal con cláusula arbitral, por tanto, varios pueden ser también los procesos arbitrales que les den solución dentro del arbitraje contratado en la cláusula. Y que uno de los arbitrajes fenezca por haber cumplido su fin no implica que se extinga la obligación contratada en la cláusula arbitral.

Contratado, pues, el arbitraje a través de la cláusula arbitral y cumplida la condición para que la obligación sea exigible, es decir, producida

266 Estas precisiones forman parte de la presente obra y no del texto original de este acápite, publicado por el doctor Ricardo Vásquez y Mario Castillo Freyre en el año 2006.

la controversia que impele a las partes a resolverla arbitralmente, se suceden en el tiempo una serie de contratos en estrecha relación con el arbitral y cuyos propósitos son, precisamente, que la obligación asumida por las partes en la cláusula arbitral quede satisfecha. En otras palabras, para que el arbitraje contratado se materialice, se revele en los hechos, son necesarios otros contratos accesorios a su vez al celebrado en la cláusula arbitral.

Así, pues, ¿cómo se contratan los árbitros? ¿Cómo al eventual presidente del tribunal de justicia privada? ¿Cómo las reglas que regirán el proceso? Ciertamente, no a través del contrato arbitral celebrado en la cláusula como muchas veces, sin hacer distinción alguna, se confunde, porque una cosa es la relación contractual entre las partes de la que sólo puede derivar el contrato arbitral y otra, muy distinta, la relación contractual de las partes con terceros que, eventualmente, contribuirán ejerciendo una función jurisdiccional para que ese contrato arbitral celebrado exclusivamente entre las partes se cumpla.

La relación entre las partes y los terceros que tendrán participación jurisdiccional en el proceso arbitral se manifiesta, en nuestro criterio, a través de dos modalidades contractuales nominadas: la locación de servicios y el mandato. La primera necesaria; la segunda, no.

En efecto, surgida la controversia, las obligaciones derivadas del arbitraje contratado deben cumplirse. Así, para que se cumpla con el objeto del arbitraje que no es otro que dar solución a una controversia de derecho por medios privados, se hace necesario el árbitro, pues no hay arbitraje posible sin árbitro. Y al árbitro, obviamente, hay que contratarlo. Ese contrato entre quien arbitrará y quienes están obligados a que una controversia ya determinada sea arbitrada es un contrato de locación de servicios. Queda celebrado el contrato de locación de servicios cuyo objeto es en este caso la prestación de un servicio de arbitraje cuando el designado por las partes, ya sea directamente o a través de un mecanismo

establecido en la cláusula arbitral, acepta prestar ese servicio personalísimo.

Ahora bien, el reseñado es el caso de un arbitraje simple ejercido por una sola persona. Pero puede que las partes quieran, para mayor seguridad, que su controversia sea resuelta por un tribunal arbitral que, en nuestro medio, lo constituyen por lo general tres árbitros: un presidente y otros dos miembros.[267] Tres son, pues, los árbitros que deben ser contratados para brindar el servicio de arbitraje y ejercer la función arbitral; sin embargo, en nuestra tradición arbitral la designación es uno de ellos, el presidente, implicará además un contrato de mandato.

Y aquí cabe una aclaración. Mucho se ha escrito en la doctrina sobre la naturaleza contractual del arbitraje definiéndola como un mandato. Los árbitros, se dice, tienen un mandato otorgado por las partes a través del convenio que da vida al arbitraje para juzgar una controversia determinada.[268] Esto no es así. Y no lo es porque el mandato es, en el derecho civil, el contrato en virtud del cual una parte denominada mandante le encarga a otra, el mandatario, la celebración de actos jurídicos por su cuenta e interés. El asunto es que la labor jurisdiccional de los árbitros no es un acto jurídico, porque ninguna función jurisdiccional puede serlo.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, esto es, el de la constitución del tribunal arbitral, sí existe un mandato. Pero no para juzgar una controversia, sino para que aquellos dos árbitros que ya han celebrado con

---

267 Sobre este particular, dicen Cantuarias y Aramburú: «[…] En caso de no existir pacto, las leyes suelen establecer que el número de árbitros será impar, normalmente tres.
[…] A falta de acuerdo entre las partes, la Ley suele establecer mecanismos supletorios de nombramiento, siendo el más común aquél por el cual cada parte nombra un árbitro y éstos dos designan al tercero que presidirá el Tribunal Arbitral». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. Cit.,* pp. 132 y 133.

268 En esa línea están Garsonnet y Cézar-Bru, quienes consideran que los poderes de los árbitros sólo pueden deducirse de un contrato de mandato. Merlin sostiene lo mismo, a saber, que la actividad de los árbitros deriva del ejercicio de un mandato otorgado a través de un compromiso. VARGAS, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramento civil. Op. cit.*, p. 36.

las partes un contrato de locación de servicios, en nombre y representación de esas partes, invistan a su vez a un tercer árbitro que habrá de presidir el tribunal arbitral. Las partes, pues, mandan a sus respectivos árbitros para que éstos busquen y nombren a un tercero que los presidirá. He ahí, aparejado con la locación del servicio de arbitraje, el contrato de mandato. Concluido el nombramiento del presidente del tribunal arbitral, concluye también el mandato otorgado a los otros dos árbitros (debiendo precisar la salvedad de que en el curso del proceso renuncie, se aparte o sea apartado el presidente, caso en el cual los árbitros de parte reasumen fácticamente ese mandato). Si acepta el encargo de éstos, el designado presidente podrá entonces, a su vez, celebrar su contrato de locación de servicios con las partes.

Hemos dicho hasta aquí que la relación jurídica entre las partes y los árbitros está constituida por contratos sucesivos y accesorios a la contratación del arbitraje en la cláusula arbitral. No ha sido necesario aclarar que dichos contratos sucesivos y accesorios, a saber, la locación de servicios y en su caso el mandato, se celebran en la medida que existe un consentimiento. Sí es pertinente, sin embargo, determinar dónde se formaliza dicho consentimiento. Lo habitual sería que éste se hiciera en un instrumento específico donde se contratara la locación de servicios y, en otro similar, el mandato; sin embargo, para el caso del arbitraje, en nuestra tradición arbitral y jurídica, esto no es así. No existe un documento independiente donde conste la celebración de ambos contratos.

¿Dónde, pues, se celebran éstos? ¿Dónde quedan formalizadas las aceptaciones de la locación de servicios y el mandato? ¿Dónde las condiciones para la prestación del servicio? ¿Dónde las remuneraciones de los árbitros? ¿Dónde, finalmente, las reglas mínimas que habrán de regir el proceso arbitral que se avecina?

Es precisamente con la absolución de estas preguntas en donde se manifiesta en toda su plenitud la compleja naturaleza dual del arbitraje,

a saber, la contractual y la procesal, pues es un instrumento absolutamente sui géneris donde, paradójicamente, los contratos que ocupan nuestra atención quedan sancionados con toda formalidad. En efecto, es en el *acta de instalación* del tribunal arbitral donde quedan formalizados todos los contratos sucesivos y accesorios al de la cláusula arbitral. Es allí donde consta que los árbitros aceptan prestar sus servicios personalísimos para dirimir privadamente una controversia. Es allí donde se verifica el cumplimiento del mandato otorgado por las partes a quienes debían encontrar y nombrar a un árbitro presidente del tribunal que allí mismo se está constituyendo. Es allí que quedan formalizados los honorarios de los miembros del tribunal en ciernes. Es allí donde quedan establecidas las reglas que regirán el futuro proceso. Es allí, en ese instrumento legal, donde se confunden naturaleza contractual y jurisdiccional —pues allí no sólo se formalizan contratos, sino que también se instala un tribunal, acto que es en sí mismo parte de toda función jurisdiccional— donde, en un mismo tiempo, termina el dominio contractual y empieza el jurisdiccional.

Es verdad, sin embargo, que en la práctica arbitral de la última década se ha apreciado el decaimiento de la denominada *acta de instalación*, la misma que ha sido reemplazada, por razones de celeridad procesal, por una orden procesal en donde el tribunal, generalmente, previa consulta a las partes, fija las reglas que van a ordenar el proceso que ha comenzado.[269]

Con lo dicho terminamos el estudio de la contratación arbitral más común que es, en nuestra realidad y en muchas otras, la cláusula arbitral. Empero existen otras modalidades para contratar el arbitraje. Real la una, teórica la otra, pero minoritarias ambas. Son, pues, dos.

La primera, que le roba a la teoría algunos casos concretos, es aquella que se celebra para resolver, a través de una jurisdicción privada, una

[269] Estas precisiones forman parte de la presente obra y no del texto original de este acápite, publicado por el doctor Ricardo Vásquez y Mario Castillo Freyre en el año 2006.

controversia derivada de una relación jurídica generalmente contractual en la que no se previó una cláusula arbitral.

En otras palabras, existe un contrato en que las partes no suscribieron accesoriamente la contratación de un arbitraje a través de una cláusula arbitral. Por ende, las controversias que de ese contrato x pudieran derivarse deberán ser resueltas directamente por las partes o, en su defecto, en el Poder Judicial, obvio, en tanto que en el contrato x las partes no se hayan sustraído a través de una cláusula arbitral a la jurisdicción de los tribunales de justicia del Estado.

Sin embargo, ocurrida la controversia, esa sustracción que no se previó en el contrato x puede producirse en otro contrato absolutamente independiente de aquél que da origen a la controversia. De este modo, las mismas partes que celebraron el contrato x celebran otro contrato en el cual acuerdan un arbitraje cuya materia es la controversia surgida del contrato x. Ese pacto, convenio o acuerdo es un contrato principal de arbitraje en toda la regla. No vemos ninguna razón, pues, para no denominarlo por la especificidad de su nombre, a saber, *contrato de arbitraje sobre controversia producida*.[270]

Es cierto que la cláusula arbitral también es un contrato de arbitraje, pero su especificidad nominativa es la de una cláusula accesoria. Y aquí, no está de más recordarlo, la diferencia con el contrato de arbitraje sobre controversia producida es que mientras en éste la controversia existe porque pertenece a la certera dimensión del presente, en la cláusula la

[270] Hemos utilizado el ejemplo de una controversia surgida de una relación jurídica contractual por ser ésta la más común de las que se arbitran. Empero, nada obsta para que el contrato de arbitraje sobre controversia producida se refiera a la controversia de una relación jurídica no contractual, como sería el caso, por citar un ejemplo, de dos vecinos —sin vínculo contractual que los una— entre quienes surge una controversia sobre la propiedad de la pared que divide ambos predios.

controversia es aún inexistente y su probabilidad, una mera concesión al futuro y la incertidumbre.[271]

Una segunda modalidad de contratación arbitral ajena a la de la cláusula es aquella en que dos o más sujetos de derecho celebran un contrato por el cual se obligan a someter a arbitraje cualquier conflicto que pudiera sobrevenir de todas o algunas de sus relaciones jurídicas, tanto existentes como futuras. Esto es pura teoría y, sin embargo, es posible. Lo que aquí sucede es una sustracción generalizada a la jurisdicción estatal de las relaciones jurídicas entre dos sujetos de derecho determinados. En otras palabras, las partes contratan que los tribunales ordinarios no son competentes para dirimir conflictos derivados de la universalidad de sus relaciones jurídicas en la medida que la ley lo permita.

Característica de esta modalidad contractual es su autonomía, esto es, su calidad de contrato principal. En efecto, el arbitraje así contratado no es accesorio a ninguna relación jurídica entre las partes, toda vez que incluso resulta posible que las relaciones jurídicas entre las partes no se hayan producido. La otra característica esencial es su universalidad, en la medida que, por lo general, son todas o casi todas las relaciones jurídicas entre las partes contratantes del arbitraje, las que serán materia arbitrable.

Somos, pues, de la opinión que este es un *contrato universal de arbitraje* y así hemos dado en llamarle.

En lo que atañe a la relación contractual entre las partes con los terceros que ejercerán la función jurisdiccional, tanto en el contrato de arbitraje sobre controversia producida como en el contrato universal de arbitraje, aquélla es la misma que, como hemos visto para la cláusula arbitral, se formaliza, llegado el momento, en el acta de instalación del

[271] Una excepción a esta regla es la poco frecuente posibilidad de que una vez producida una controversia en una relación jurídica contractual en la que no se previó cláusula arbitral alguna, las partes inserten en el contrato principal una cláusula arbitral, contratando así un arbitraje para una controversia en curso.

tribunal arbitral (o en la orden procesal que establezca las reglas del proceso, una vez ella quede firme).[272]

En síntesis, podemos afirmar que dos son las modalidades para contratar un arbitraje que se pueden aprehender en mayor medida de la realidad: La cláusula arbitral, que es el pan de todos los días en el tema de arbitraje; y el contrato de arbitraje sobre controversia producida, cuyos casos son menos comunes. La tercera modalidad, a saber, el contrato universal de arbitraje, pertenece al reino de lo posible, aunque por el momento no de los hechos.

Ahora bien, como podrá atestiguar cualquiera que tenga algún conocimiento del tema arbitral, ningún manual o tratado de arbitraje consignará los nombres de estas tres modalidades para contratar un arbitraje. Somos, pues, los primeros. Y el mérito de esta propuesta está, si alguno tiene, en que se le llama al pan, pan, y al vino, vino. Y esto porque la doctrina, enredada prisionera de conceptos que no se siguen de la realidad ni de los usos y costumbres que son su magma —de ahí que hayamos suscrito la teoría realista del arbitraje—, se niega a llamar por su nombre a un arbitraje que se contrata a través de una cláusula (cláusula arbitral) y, lo que es peor, se niega a utilizar para todos los efectos el término «contrato de arbitraje» cuando debe hacerlo.

En efecto, todo parece indicar que, para la doctrina tradicional, el término contrato está proscrito en el tema arbitral, aun para ese sector de la doctrina que suscribe la naturaleza contractual del arbitraje. Acuerdo, pacto, convenio, compromiso… todo menos contrato.[273]

---

272 Estas precisiones forman parte de la presente obra y no del texto original de este acápite, publicado por el doctor Ricardo Vásquez y Mario Castillo Freyre en el año 2006.

273 El tratadista Dunshee, por ejemplo, utiliza como sinónimos acuerdo arbitral, pacto arbitral o convenio arbitral, a los que califica como género de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, que son las especies. La palabra contrato no figura para nada y poco sabemos con esta clasificación cuáles de todos estos eufemismos son contratos de arbitraje o, si se prefiere, a través de la cual se contrata un arbitraje. Ver: DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto. «El acuerdo arbitral». En *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982, pp. 7 y 8.

En lo que respecta a nuestra historia arbitral cuyo origen orgánico moderno[274] data del Código Civil de 1984, como hemos dicho, el «contrato de arbitraje» estaba edulcorado con el nombre de compromiso arbitral que se celebraba cuando la controversia entre las partes ya se había producido.[275] Esto, en nuestro lenguaje, nacido del sentido común de la realidad, no es otra cosa que un contrato de arbitraje sobre controversia producida.

Derogadas las normas sobre arbitraje del Código Civil, tanto en la Ley General de Arbitraje (Decreto Ley n.º 25935) como en la derogada Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572) y en la ley vigente (Decreto Legislativo n.º 1071), se acuña el concepto de convenio arbitral. Este convenio arbitral viene a sustituir, para todos los efectos, los conceptos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral legislados en los artículos 1906 y 1909 del Código Civil. La hoy derogada Ley General de Arbitraje lo definía así en su artículo nueve: «Artículo 9. 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».[276] Y el artículo diez de la misma ley esbozaba tímidamente la modalidad que puede adoptar el convenio arbitral afirmando: «Artículo 10. […] Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente […]». El Decreto Ley n.º 1071 lo define de esta manera, en su artículo 13, inciso 1: «El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes

274 Estas precisiones forman parte de la presente obra y no del texto original de este acápite, publicado por el doctor Ricardo Vásquez y Mario Castillo Freyre en el año 2006.

275 Cantuarias y Aramburú, comentando el derogado artículo 1909 del Código Civil, sostienen que entre las características del compromiso arbitral está: «b) En segundo término, este acuerdo debe celebrarse necesariamente una vez que haya surgido un conflicto entre las partes. Como consecuencia de esto, la ley exige que se precisen los términos exactos de la controversia». CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

276 Cantuarias y Aramburú señalan: «En muy simples palabras el término «convenio arbitral» no hace más que reconocer que la suscripción de un acuerdo de arbitraje celebrado tanto antes como después de que surja la controversia, es suficiente para que las partes puedan recurrir al arbitraje directamente sin necesidad de otorgar ningún otro contrato». *Idem*, p. 128.

deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza».

El hecho es que el así llamado acuerdo arbitral nada nos dice a quienes estamos imbuidos en el quehacer cotidiano de los arbitrajes. El convenio arbitral, conforme a la doctrina y la legislación expuesta no es más que un contrato de arbitraje en toda la regla al que, para variar, se le escamotea el nombre de contrato de arbitraje. Cuando este «adopta la forma de una cláusula incluida en un contrato» no estamos más que en presencia de una cláusula arbitral a través de la cual se contrata un arbitraje. Cuando el susodicho convenio se expresa mediante un «acuerdo independiente» bien podemos estar ante un contrato de arbitraje sobre controversia producida en el caso de un conflicto de intereses *ex ante* el contrato de arbitraje, o bien ante un hipotético contrato universal de arbitraje. Las cosas, pues, por su nombre o, al menos, por el que mejor exprese su realidad.

Con esto damos fin a este acápite en el cual hemos tratado de develar el complejo dominio contractual del arbitraje, exorcizando una vieja doctrina plagada de entelequias a través de la claridad de las posibilidades que nos señala el mundo real.

CAPÍTULO V
EN CUANTO A LAS MATERIAS ARBITRABLES

Como sabemos, el arbitraje es un método de solución de controversias cuya característica fundamental es que dichas controversias son resueltas por un tercero imparcial.[277]

El arbitraje tiene ciertos límites y, a entender de Caivano,[278] ellos son de dos órdenes. El primero son limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico y están dirigidas a las partes, ya que implican una restricción a la autonomía de la voluntad de las mismas. De esta manera no todas las personas pueden someter a decisión de los árbitros todas las cuestiones que deseen. El segundo son las limitaciones que las propias partes imponen y que están dirigidas a los árbitros. Se derivan, precisamente, de lo que ellas pactaron en cada caso: quiénes se sometieron a arbitraje y para qué materias.

Por su parte, Zuleta[279] señala que referirse al arbitraje en razón de la materia implica, entonces, determinar el alcance que las partes le dieron al pacto arbitral, bien para limitarlo a determinadas controversias, o bien para extenderlo a todas las controversias que deriven de la relación jurídica o que tengan relación con la misma.

---

277 Las siguientes líneas se basan en el artículo elaborado por Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya que lleva como título «Aproximaciones en torno al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado», el cual fue publicado en el *Manual de arbitraje en contratación pública (Primera parte)*. Asociación Civil Derecho & Sociedad - Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Católica San Pablo - Asociación Iberoamericana de Derecho Privado - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 70, pp. 13-42.

278 CAIVANO, Roque. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2, p. 116.

279 ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005, p. 223.

Dentro de tal orden de ideas, para que un arbitraje pueda llevarse a cabo, respecto de determinadas materias y personas, debe examinarse el acuerdo arbitral y verificar varios presupuestos. Este acuerdo debe ser:[280]

- Válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje (arbitrabilidad objetiva).

- Válido en sentido personal: las personas que otorgaron el acto deben haber tenido capacidad para someterse a juicio de árbitros (arbitrabilidad subjetiva).

- Obligatorio en sentido material: debe haber identidad entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquéllas para las cuales el arbitraje se pactó (alcance objetivo).

- Obligatorio en sentido personal: debe haber identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes han sido parte en el acuerdo arbitral (alcance subjetivo).

En lo que respecta a las materias arbitrables, el curso legislativo de ambos sectores no ha sido el mismo. Podemos decir que en materia de arbitraje comercial se han ido ampliando las materias arbitrables, pasando de regular el tema bajo criterios negativos, es decir, bajo criterios que establecían prohibiciones para arbitrar en determinadas materias, a criterios positivos, los mismos que pasan por permitir el arbitraje en todas las controversias, salvo prohibición de leyes especiales. Esto lo podemos observar claramente en el artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1071.

A mayor precisión, para comprender mejor cuáles son las materias arbitrables según la normativa vigente consideramos conveniente incluir

280 CAIVANO, Roque. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». *Op. cit.*, p. 117.

en este acápite las ideas desarrolladas en un trabajo escrito con el profesor Ricardo Vásquez Kunze.[281]

Al respecto, se debe señalar que las disquisiciones teóricas sobre la naturaleza y la definición del arbitraje no tendrían sentido práctico si es que se soslayara el tema de su validez. Y el eje de ésta es, sin duda, la respuesta a la pregunta: qué arbitrar. Pues el ejercicio del sentido común nos dice que no todo es arbitrable en la medida que si todos los conflictos suscitados o por suscitarse entre los miembros de una sociedad dada lo fuesen, estaríamos ante el impresionante espectáculo de un Estado sin función jurisdiccional alguna. Y de ser tal situación posible, lo sería solamente bajo un nuevo concepto de Estado que hoy se nos escapa.

De ahí que, para determinar la validez y eficacia del arbitraje como medio de solución legal de controversias en la sociedad, es necesario esclarecer qué tipo de conflictos pueden sustraerse a la jurisdicción soberana del Estado.

Y es aquí donde se manifiesta en todo su poder el papel del Estado en la institución arbitral, pues el arbitraje como medio de solución de controversias existe por obra y gracia del Estado. Es el Estado el que permite la sustracción de los particulares a su jurisdicción y es el Estado el que determina a través de la ley las hipótesis bajo las que esa sustracción es válida, así como las hipótesis en que aquélla no lo es.

Son esas hipótesis el objeto del presente acápite, son esos conflictos que la ley discrimina —ya sea en pro del arbitraje ya sea a favor de la

---

281 El presente acápite se basa en el artículo denominado como: «Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?», escrito por Mario Castillo Freyre, Ricardo Vásquez Kunze y Rita Sabroso Minaya. Véase en: *Actualidad Jurídica*, agosto 2008, n.º 177, pp. 31-35. Asimismo, las ideas del presente acápite han sido consideradas en el capítulo IV titulado como «¿Qué arbitrar?» del volumen 1 de la Biblioteca de Arbitraje. Véase en: CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*. *Op. cit.*, pp. 73-95.

jurisdicción estatal— el problema que deberemos resolver aquí. Un problema que desacertadamente la doctrina conoce como «materia arbitrable».

Y decimos desacertadamente porque ¿qué cosa es materia arbitrable? ¿Son acaso las grandes clasificaciones que el derecho hace sobre ciertos temas? ¿Se refiere quizás el término a las ramas del derecho? ¿Al derecho de familia, al derecho civil, al derecho penal, al derecho administrativo o a los así llamados derechos humanos que, de acuerdo al mandato de la ley caerían o no bajo la órbita del arbitraje? ¿Alude tal vez a que la materia del arbitraje son los conflictos o controversias? ¿Es posiblemente el objeto de un conflicto? En buena cuenta y cerrando el párrafo con la misma interrogante de su inicio, ¿qué cosa es materia arbitrable?

Puestas así las cosas, materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca —el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión— son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta qué arbitrar y qué no.[282]

---

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

Así, pues, la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras palabras, la ley otorga a las personas la facultad de disponer que en caso de un conflicto de interés jurídico tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa de cada Estado nacional —y no de la doctrina jurídica— saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado, pues aunque los derechos arbitrables son, por lo general, muy similares en el derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad.[283]

1. LIBRE DISPOSICIÓN Y PATRIMONIALIDAD

Así, cabe recordar que, tradicionalmente, han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje, a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y, (ii) el criterio patrimonial.[284]

Hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito, porque el concepto en sí mismo no nos dice nada. En derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que está en función

---

sí resulta lógico y posible es encontrar derechos particulares unidos a otros diferentes. GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 90.

283 Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, comentando la dificultad del tema de la materia arbitrable, señalan que éste es «[…] uno de los temas de más difícil análisis, ya que […], no existe país en el mundo que haya podido plasmar en una norma legal, qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía. Y la razón estriba en la dificultad de poder determinar cuáles son las materias que interesan únicamente a los particulares y cuáles son de interés público». Véase: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 189 y 190.

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

de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,[285] comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988 que establece que «mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*».

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

Por su parte, Campos Medina[286] sostiene que si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen.

Continúa dicho autor afirmando que hay quienes sostienen que esta teoría de la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho

---

285 GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 89.

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

material, mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable las partes deben, además, no tener impedimento legal para someterla a arbitraje.

En efecto, según Perales Viscasillas,[287] la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de someter su disputa a arbitraje, es decir, que esta fórmula de solución de litigios no les esté vedada, como sucedería si existiese una norma concreta en la legislación mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje. En este caso, el Estado estaría literalmente prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, la citada autora señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.[288]

Por su parte, Campos Medina[289] señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

---

287 PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 131.

288 *Idem,* p. 139.

289 CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». *Op. cit.*, p. 320.

2. CRITERIO POSITIVO Y CRITERIO NEGATIVO

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

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

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann[290] dice que respecto a los temas o controversias arbitrables —criterio positivo— es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas —criterio negativo—, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho, todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrarse.

---

290 LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *Op. cit.*, pp. 61-68.

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

3. MATERIA ARBITRABLE EN LA ANTERIOR LEY GENERAL DE ARBITRAJE, LEY N.º 26572

En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de arbitrabilidad estaba regulado por el artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, precepto que acogía la teoría de la libre disposición y el criterio negativo.

En efecto, el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establecía lo siguiente:

> **Artículo 1.- Disposición general**
>
> Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:
>
> 1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
>
> 2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
>
> 3. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Como se puede apreciar, el criterio positivo se encuentra claramente expresado en el primer párrafo del citado artículo 1 de la ahora derogada Ley.

Sobre este extinto artículo, lo primero que habría que acotar es que, en nuestro criterio, no son las controversias las que pueden ser dispuestas libremente por las partes, porque ¿cómo se puede disponer de una controversia? De lo que se puede disponer es de derechos y, en todo caso, del derecho de llevar una controversia (sobre determinados derechos) a un tribunal arbitral. De ahí que nosotros creemos que la facultad de libre disposición a la que se refiere el primer párrafo del artículo 1 de la ley antigua bajo comentario (y a la que se refiere el inciso 1 del artículo 2 de la actual Ley de Arbitraje, que analizaremos en el siguiente punto del presente acápite) sólo puede aludir a derechos. Así, pues, en la ley anterior, la redacción del texto legal era desafortunada, hubiera sido más propio, en todo caso, expresar: «Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre derechos que las partes tienen la facultad de *disponer libremente* [...]».

Ahora bien, los efectos jurídicos de someter a arbitraje controversias sobre derechos que las partes pueden disponer a su guisa son evidentes si nos atenemos a la norma. Extinguen o previenen la posibilidad de procesos judiciales ordinarios.

En tal sentido, la pregunta de fondo es, obviamente, cuáles son esos derechos sobre los que las partes tienen la facultad de libre disposición y que, llegado el caso de una controversia, podrían ser llevados a arbitraje. Y aquí nada más cierto que aquello de que la excepción hace la regla, pues sin la excepción, a saber, las cuatro prohibiciones explícitas que el artículo 1 de la derogada Ley General de Arbitraje contenía sobre los derechos que no pueden ser sometidos a arbitraje bajo ninguna circunstancia, no estaríamos en capacidad de saber que todos los derechos

—menos los que caen en la esfera de los cuatro vetos— pueden disponerse libremente y, por ende, ser sometidos a arbitraje dado un conflicto sobre ellos.

Como se pude apreciar, el criterio negativo pretendía definir, a través de las cuatro prohibiciones, qué derechos pueden arbitrarse en el Perú en caso de conflicto bajo el amparo de la antigua Ley General de Arbitraje.

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

Así que no sean derechos arbitrables los que versan sobre el estado y la capacidad de las personas, por ejemplo, tal como lo sancionaba la primera prohibición de la hoy derogada Ley General de Arbitraje, obedecería filosóficamente al argumento de que algunos de tales derechos participan de los así llamados derechos de la personalidad y, por tanto, propios de la «naturaleza humana». De ahí que los conflictos que sobre estos derechos se susciten no puedan ser objeto de arbitraje.

Las mismas líneas argumentales servían para justificar las tres prohibiciones siguientes de la derogada Ley General de Arbitraje, que están destinadas a resguardar la soberanía del Estado nación. Así es porque existirían cosas que sólo el Estado debe hacer, funciones que sólo el Estado debe cumplir porque pertenecen a su «naturaleza», que no se deben contradecir privadamente. De este modo, atentaría contra la soberanía del Estado que sus súbditos dispongan sobre derechos que no les pertenecen por «naturaleza» y que, por el contrario, pertenecen a la «naturaleza» del Estado. La tutela jurisdiccional es uno de ellos.

Lo cierto es que esto es muy discutible si no falso. La propiedad, pues es ésta la que justifica en última instancia la facultad de disponer o no de un derecho determinado, es así también un derecho, y los derechos —cualquier derecho— sólo existen por la ley. Es la ley, y no la naturaleza entendida como se quiera entender, la que sanciona quiénes tienen derecho a hacer qué cosa en un orden jurídico determinado. Luego, es la ley la que determina quiénes pueden disponer de lo que es suyo o propio, entendiendo que lo que es suyo o propio lo es porque la ley dice que lo es.

Tan es cierto que no existen —jurídicamente hablando— funciones, atribuciones, facultades o derechos «naturalmente propios» de las cosas que en la derogada Ley General de Arbitraje algunas de las mismas cuatro excepciones a lo libremente disponible estaban plagadas, a su vez, de excepciones. El arbitraje mismo es una excepción legal a lo que se suele considerar uno de los derechos propios de la «naturaleza» del Estado, a saber: su función jurisdiccional.

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

Llegados a este punto, es útil advertir lo poco de jurídico que pueden tener los comentarios que generalmente se estilan en las obras y tratados legales sobre el arbitraje en lo que corresponde al análisis del criterio negativo de la mal llamada materia arbitrable, es decir, de lo que está prohibido arbitrar en un orden jurídico dado. En efecto, cuando se emite un juicio de valor sobre la pertinencia o impertinencia, sobre la razón o sin razón, sobre lo correcto o lo incorrecto de alguno o todos los contenidos de los criterios negativos, cuando el jurista se

pronuncia a favor o en contra de su procedencia total o parcial lo hace emitiendo una opinión de política jurídica y no una de derecho, como tal vez el mismo jurista suele creer.

No es una opinión jurídica encontrar al Estado más o menos competente para tomar conocimiento exclusivo sobre tales y cuales temas, o, mejor dicho, sobre tales o cuales derechos controvertidos. Tampoco lo es encontrar más o menos conveniente que los particulares decidan sobre esto o aquello.

Pues es poco, en verdad, lo que de derecho se puede decir allí, tal vez, apenas, las concordancias legales que apoyan tácita o explícitamente tal o cual prohibición en los cuerpos legales vigentes. Pero casi nada más.

La atingencia jurídica fundamental es, en nuestra opinión, la ambigüedad que destilaban las cuatro prohibiciones de la derogada Ley General de Arbitraje, teniendo en cuenta que, precisamente, su claridad era requisito indispensable para determinar el criterio opuesto, a saber, el positivo, por el que se permitía arbitrar todos los derechos que no estén especificados en las cuatro prohibiciones y que, por tanto, se supone de libre disposición. Resulta para nosotros bastante obvio que el sentido de la ambigüedad era dar margen a las excepciones, haciendo de las prohibiciones una coladera por donde lo que se supone eran derechos inarbitrables terminaban en la jurisdicción arbitral.[291]

4. MATERIA ARBITRABLE EN LA VIGENTE LEY DE ARBITRAJE, DECRETO LEGISLATIVO N.º 1071

En la actual Ley de Arbitraje, la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 del artículo 2, precepto que establece lo siguiente:

---

291 Al respecto, nos remitimos a CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*. *Op. cit.*, pp. 83-95.

Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.

2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlado por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

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

En efecto, de manera novedosa,[292] la Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral a través de una ley, de un tratado o de un acuerdo internacional (como, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones - APPRI y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión - TBI o BIT, así como los multilaterales en los que por remisión o pacto se establezca el arbitraje como medio de solución de controversias).

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

A entender de Yáñez Velasco,[293] desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador, en un principio, o el intérprete de la ley, con

---

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

293 YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 160.

posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como de libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el derecho en toda cuestión imaginable, lo que aboca al absurdo y al inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matices de alguno de esos temas o materias.

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

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

De ahí la necesidad de pensar seriamente sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar[294] y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la fenecida Ley General de Arbitraje.

De ahí que si bien en un mundo donde el *statu quo* de los conceptos y las realidades jurídicas tiene poca fluidez y estos son renuentes

294 Ver: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (director). *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, volúmenes 3 y 4, 2007.

al cambio, el criterio negativo tenía sentido; en el mundo volátil de la globalización, el tal criterio no tiene ninguno, pues si lo tuviera, el mismo criterio negativo no estuviera agujereado de tantas excepciones.

Por lo tanto, es signo de los tiempos que el criterio positivo, esto es, el que todo derecho que las normas jurídicas (o los tratados internacionales) estipulen como disponible sea arbitrable, es correcto.

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

En este sentido, la Ley de Arbitraje en actual vigencia ha dado el «gran salto adelante», pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente). Así, la ley se convierte en el alfa y omega del quehacer arbitral, descartando las antiguallas jusnaturalistas por medio de las cuales se pretendía que la «naturaleza de las cosas» era la medida de lo que podía o no ser arbitrado.

La obligada conclusión de esto es muy simple: el arbitraje ha triunfado en toda regla y es a través de la santidad de la ley que su imperio se va haciendo universal en el derecho. Así, pues, lo que antes todavía se exceptuaba por escrito desaparece, dejando paso a la permisividad de este mecanismo alternativo de administración de justicia que cada vez empieza a ser, en virtud de la ley, menos alternativo si nos atenemos al espíritu de las leyes.

No ha ocurrido lo mismo en sede de contratación estatal, pues hay materias que tradicionalmente han merecido límites legales, como es el caso de los adicionales de obra y, más recientemente, el enriquecimiento sin causa.

No puede decirse que en materia de contratación estatal la ley antes haya sido notoriamente más restrictiva en lo que respecta a las materias arbitrables. Diríamos que la ley en vigencia sólo es algo más restrictiva que las normas anteriores.[295]

A continuación, procederemos a desarrollar cuál es el tratamiento de la materia arbitrable en la Ley General de Contrataciones Públicas.[296]

5. MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY GENERAL DE CONTRATACIONES PÚBLICAS: CRITERIO POSITIVO Y CRITERIO NEGATIVO

Como cuestión previa, corresponde iniciar el tema efectuando una breve mención a cómo estaba regulado el tema de la materia arbitrable en la anterior Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.° 30225.

En el numeral 45.1. de la derogada Ley de Contrataciones del Estado, se establecía lo siguiente:

---

295 Cabe recordar que el artículo 45.1, tercer párrafo, de la Ley n.º 30225 establecía: «La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, por parte de la entidad o de la Contraloría General de la República, según corresponda, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente ley o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo».

296 Cabe precisar que en el primer párrafo del artículo 52 de una anterior Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo n.º 1017, se regulaba el tema de las controversias que eran susceptibles de ser sometidas a arbitraje de la siguiente manera: «Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes […]».

> 45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. [...]. Las controversias sobre la nulidad del contrato sólo pueden ser sometidas a arbitraje.

En principio, cualquier controversia sobre los aspectos señalados por el citado numeral 45.1 constituía materia arbitrable, por lo que resultaba ser una norma bastante amplia.

Sin embargo, el artículo 45 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado también contemplaba un criterio negativo, cuando en el numeral 45.4 establecía lo siguiente:

> 45.4. La decisión de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no puede ser sometida a conciliación, ni arbitraje, ni a la Junta de Resolución de Disputas. Las pretensiones referidas al enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de éstas, no pueden ser sometidas a conciliación, arbitraje, ni a otros medios de solución de controversias establecidos en la presente norma o el reglamento, correspondiendo en su caso, ser conocidas por el Poder Judicial. Todo pacto en contrario es nulo. (El resaltado es nuestro).

Actualmente, el artículo 76 de la Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.º 32069, regula los mecanismos de solución de controversias. Cabe precisar que en la citada norma, el tema de materia arbitrable se encuentra regulado en los artículos 76 y 84, empleando el criterio positivo y negativo.

El numeral 84.4. del artículo 84 de la Ley General de Contrataciones Públicas establece:

> 84.4. El arbitraje que verse sobre las controversias respecto a la validez, nulidad, resolución, terminación o ineficacia del contrato es solicitado en un plazo máximo de treinta días hábiles desde la notificación de los actos que son materia de controversia.

El artículo 76 de la Ley General de Contrataciones Públicas, aprobada mediante Ley n.º 32069, prescribe:

> **Artículo 76.- Mecanismos de resolución de controversias**
>
> [...]
>
> 76.3. No pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas, conciliación o arbitraje, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República. Estos supuestos son de competencia del Poder Judicial.
>
> 76.4. Las controversias relacionadas a prestaciones adicionales aprobadas por la entidad sí pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas o a arbitraje.

Por lo tanto, de la revisión de la normativa antes indicada se puede advertir claramente que la Ley General de Contrataciones Públicas emplea tanto el criterio positivo como el negativo para regular el tema de la materia arbitrable.

Ahora bien, resulta importante efectuar una mención especial acerca de la posibilidad de someter a arbitraje las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República y el enriquecimiento sin causa, tema que ha sido estudiado en anteriores trabajos escritos por el autor.

6. SOBRE LAS DECISIONES DE LA ENTIDAD O DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DE APROBAR O NO LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES ADICIONALES[297]

Los presupuestos adicionales representan un incremento del monto contractual que se deriva de mayores bienes y servicios o de mayores trabajos (en el caso del contrato de obra) no considerados en el contrato original.

Campos Medina[298] señala que los trabajos adicionales de obra, o simplemente los adicionales de obra, generan costos inicialmente no previstos para la entidad propietaria y, por tanto, representan un desafío de especial complejidad para el derecho. Recordemos que en la contratación del Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudica los contratos.

Al respecto, Linares Jara señala que, en general, las distintas legislaciones sobre contratación pública recogen la problemática de los adicionales, aunque es bastante claro que los niveles de flexibilidad para la aplicación de dicha figura difieren, así como también la perspectiva a partir de la cual se aborda su definición y requisitos constitutivos.

---

297 La presente sección se basa en el artículo «El arbitraje y los adicionales de obra», escrito por Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. (CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «El arbitraje y los adicionales de obra». En *Derecho PUCP*, junio 2011, n.º 66, pp. 319-333) y en el artículo «Aproximaciones en torno al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado», escrito por Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. (CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Aproximaciones en torno al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado». *Op. cit.*, pp. 13-42.).

298 CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». En *Arbitraje On Line*, 2004, n.º 4, p. 1.
http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ ant/4/voz_arbitro1.htm

Como sabemos, el artículo 41 de una antigua Ley de Contrataciones del Estado[299] se encargaba de desarrollar el tema de los adicionales, reducciones y ampliaciones, en los siguientes términos:

> **Artículo 41.- Adicionales, reducciones y ampliaciones**
>
> Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25 %) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.
>
> Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15 %) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

---

299 Cabe señalar que la Quinta Disposición Final de la hoy derogada Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto (Ley n.º 28411) establecía:
«Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal, con aprobación del titular de entidad mediante la resolución correspondiente, o en el caso de empresas, incluyendo aquellas bajo el ámbito de Fonafe, por Acuerdo del Directorio de la empresa, y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el quince por ciento (15 %) del monto total del contrato original.
Para el caso de las obras adicionales que superen el quince por ciento (15 %) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos, la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento.
Cuando se trate de la ejecución de obras adicionales en el marco de un proyecto de inversión pública, cuya viabilidad se haya visto afectada, el órgano competente deberá proceder a la verificación de la misma».
Cabe señalar que la citada disposición final fue modificada por la única disposición complementaria modificatoria de la anterior Ley de Contrataciones del Estado».

> En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50 %) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago […].
>
> La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República […]. (El subrayado es nuestro).

Asimismo, el artículo 34 de la ahora derogada Ley de Contrataciones del Estado, Ley n.° 30225, se encargaba de desarrollar el tema de las «Modificaciones al contrato», estableciendo —en los numerales 34.3, 34.4 y 34.5— los porcentajes máximos del monto del contrato para la competencia y procedimiento en torno a la aprobación de prestaciones adicionales.

A mayor precisión, en los citados numerales del artículo 34 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado se señalaba lo siguiente:

> **Artículo 34.- Modificaciones al contrato**
>
> […]
>
> 34.3. Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad puede ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes, servicios y consultorías hasta por el veinticinco por ciento (25 %) del mon-

> to del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.
>
> 34.4. Tratándose de obras, las prestaciones adicionales pueden ser hasta por el quince por ciento (15 %) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados. Para tal efecto, los pagos correspondientes son aprobados por el Titular de la Entidad.
>
> 34.5. En el supuesto que resulte indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores al perfeccionamiento del contrato o por causas no previsibles en el expediente técnico de obra y que no son responsabilidad del contratista, mayores a las establecidas en el numeral precedente y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50 %) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad puede decidir autorizarlas, siempre que se cuente con los recursos necesarios. Adicionalmente, para la ejecución y pago, debe contarse con la autorización previa de la Contraloría General de la República. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emite previa al pago. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince (15) días hábiles, bajo responsabilidad, para emitir su pronunciamiento. Dicha situación debe ponerse en conocimiento de la Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República del Congreso de la República y del Ministerio de Economía y Finanzas, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad. Alternativamente, la Entidad puede resolver el contrato, mediante comunicación escrita al contratista.

En ese sentido, el legislador optó por excluir expresamente —como materia arbitrable— las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República en torno a prestaciones adicionales, conforme se advierte de lo establecido en el numeral 45.4. del artículo 45 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado.

Al mismo tiempo, es pertinente anotar que el numeral 45.4 del artículo 45 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado estaba en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (Ley n.° 27785).

En efecto, los artículos 22 y 23 de la referida ley orgánica establecen lo siguiente:

> **Artículo 22.- Atribuciones**
>
> Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes: […]
>
> *k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública,* y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras*, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento. […]
>
> **Artículo 23.- Inaplicabilidad del arbitraje**
>
> *Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra* y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, *no podrá ser objeto de arbitraje*, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 1 de la Ley n.º 26572, Ley General de Arbitraje.
>
> Asimismo, *tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley*, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General. (El resaltado es nuestro).

Como podemos apreciar, en atención a que en el contrato de obra pública media el interés del Estado, se ha establecido una competencia especial para la Contraloría General de la República en lo relativo a los presupuestos adicionales que superen el porcentaje establecido en la normativa.

Mediante la Directiva n.º 010-2023-CG/VCST («Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra»), aprobada a través de la Resolución de Contraloría n.º 268-2023-CG, se regula el servicio de control previo de las prestaciones adicionales de obra que ejerce la Contraloría General de la República cuando la entidad, luego de la aprobación de una PAO (Prestación Adicional de Obra) que supere el quince por ciento (15 %) del monto del contrato original de la obra hasta un máximo del cincuenta por ciento (50 %) del monto, solicita a la Contraloría la autorización previa a su ejecución y pago, y en el caso de las PAO con carácter de emergencia, la autorización previa al pago, conforme lo prevé la normativa de contrataciones aplicable.[300]

En esta directiva se señala expresamente que «para los fines del control gubernamental, se considera prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original». En ese sentido, el presupuesto adicional de obra es el «mayor costo originado por la ejecución de prestaciones adicionales de obra».

Ahora bien, el artículo 64 de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas establece las siguientes reglas para la aprobación de prestaciones adicionales.

> **Artículo 64.- Reglas para la aprobación de prestaciones adicionales**
>
> 64.1. En caso de bienes, servicios y consultorías de obras, la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar, ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el

300 Numeral 6.3. de la Directiva n.º 010-2023-CG/VCST (Servicio de Control Previo de las Prestaciones Adicionales de Obra) emitida por la Contraloría General de la República. Cabe precisar que, anteriormente, mediante la Directiva n.° 01-2007-CG/OEA (Autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra) se regulaba la potestad de control previo externo que ostenta la Contraloría General de la República en aquellos adicionales de obra que excedan el 15 % del contrato original.

25 % del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, puede reducir bienes, servicios, consultorías u obras hasta por el mismo porcentaje.

64.2. Tratándose de obras bajo el sistema de entrega de solo construcción, la autoridad de la gestión administrativa puede autorizar la ejecución y el pago de prestaciones adicionales hasta por el 15 % del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados.

64.3. En el supuesto referido en el párrafo anterior, se contemplan las siguientes excepciones, cuyas condiciones se establecen en el reglamento:

a) El titular de la entidad puede autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales de obras mayores al 15 % y hasta un máximo del 30 % del monto originalmente contratado, restándole los presupuestos deductivos vinculados, siempre que se cuente con los recursos necesarios.

b) El titular de la entidad podrá autorizar la ejecución y pago de prestaciones adicionales mayores al 30 % hasta un máximo de 50 %, previa autorización de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista.

64.4. La Contraloría General de la República cuenta con un plazo máximo de quince días hábiles en primera instancia y treinta días hábiles para resolver el recurso de apelación, bajo responsabilidad, para emitir el pronunciamiento referido en el párrafo 64.3. En el caso de adicionales con carácter de emergencia, dicha autorización se emite previamente al pago.

64.5. En caso de aprobarse adicionales de obra por deficiencias en el expediente técnico, se debe informar al Tribunal de Contrataciones Públicas y a la Contraloría General de la República, a fin de que inicien los procesos administrativos que correspondan de acuerdo con sus competencias.

64.6. En el supuesto de que la entidad contratante se niegue a corregir vicios, errores u omisiones en el expediente técnico, o demore en darle solución, mediante la aprobación de prestaciones adicionales, reducción de prestaciones o la modificación de las especificaciones erróneas, según corresponda, se informará al Tribunal de Contrataciones Públicas y la Contraloría General de la República a fin de que inicien los procesos administrativos que correspondan de acuerdo a sus competencias.

64.7. En el caso de obras que utilicen contratos estandarizados de ingeniería y construcción de uso internacional, se rigen por lo dispuesto en los propios contratos. Las modificaciones que incidan en el monto contractual no pueden exceder el 50 % del valor del presupuesto de obra consignado en el expediente técnico aprobado o del monto del contrato de obra, de acuerdo con las condiciones establecidas en el reglamento.

64.8. Los mecanismos diferenciados de adquisición a los que hace referencia el artículo 44 de esta Ley, para contratar tecnologías sanitarias para el diagnóstico y tratamiento de enfermedades raras y huérfanas, y de enfermedades de alto costo se encuentran exceptuados de los límites establecidos en los párrafos precedentes; y se sujetan a las disposiciones de los respectivos contratos.

64.9. El reglamento establece las condiciones para la autorización, ejecución y pago de las prestaciones adicionales de la supervisión de la obra.

Uno de los principales argumentos para dicha exclusión es que las decisiones que se emiten con relación a las prestaciones adicionales no pueden ser materia de arbitraje, ya que con ello se podría estar modificando los montos autorizados por el organismo de control. Los recursos invertidos por el Estado no son de libre disposición por las partes contratantes.

Otro de los argumentos para prohibir el arbitraje cuando se trata de controversias derivadas de las decisiones de la Contraloría General de la

República sobre adicionales de obra, es la imposibilidad de arbitrar aspectos relativos al *ius imperium* del Estado.

Al respecto, Ortega Piana[301] señala que resulta obvio que, en lo referente a la aprobación de adicionales, no está comprometido *ius imperium* alguno, por lo que no encuentra razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje en estos casos.

Dicha posición es compartida por Campos Medina,[302] quien sostiene que en el arbitraje para el pago de los trabajos adicionales no se discute en forma alguna el *ius imperium* del Estado, por lo que en modo alguno la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República podría prohibirlo.

El referido autor señala que nada —en un eventual laudo arbitral favorable al contratista— podría modificar alguna consecuencia de la decisión de la Contraloría al interior de la administración pública (su auténtico ámbito de aplicación).

Por ejemplo, si en abuso de su competencia una entidad ordena la ejecución de una obra a pesar de no contar con el presupuesto respectivo, el funcionario encargado será responsable frente al Estado por esto. Pero la Contraloría General de la República no está facultada para modificar ni denegar los derechos de un contratista nacidos del contrato de obra, mucho menos puede convertir una prestación pactada como onerosa en gratuita. Por lo tanto, si el contratista reclama y obtiene un laudo favorable que sólo hace respetar sus derechos en el contrato en cuestión, cómo puede esto infringir el *ius imperium* del Estado.[303]

---

301 ORTEGA PIANA, Marco Antonio. «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública». En *Advocatus*, 2002, n.º 7, p. 434.

302 CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». *Op. cit.,* p. 2.

303 *Idem,* p. 4.

Por otro lado, Cantuarias[304] señala que el argumento de que a través del arbitraje se podría modificar los montos autorizados por la Contraloría General de la República carece de sustento, ya que la decisión de dicho organismo de control también podría ser modificada por el Poder Judicial.

Así, Emilio Cassina[305] señala que recurrir a la vía judicial significa un largo proceso que recorre dos duras instancias y es factible de casación por la Corte Suprema, lo que —a su vez— irrumpiría con la finalidad de incluir una cláusula de solución de controversias en la contratación pública; a saber: la de proveer una rápida solución, como es el arbitraje.

En efecto, lamentablemente la decisión del Poder Judicial demorará varios años (dados los problemas que todos conocemos) y será tomada por jueces que poca experiencia tienen en esta materia.

Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones y, en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que las prestaciones adicionales también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse, por ejemplo, como en su momento lo propusieron algunos autores,[306] que la Contraloría General de la República intervenga en los procesos arbitrales cuando estos adicionales estén en discusión.

---

304 CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». En *Derecho* & *Sociedad*, 2003, n.º 21, p. 287.

305 *Idem*, p. 286.

306 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 190. Al respecto, nos parece interesante la propuesta de Cantuarias, quien señalaba que si lo que reclama la Contraloría General de la República es no poder defender —en sede arbitral— su evaluación técnica del adicional (ya que no forma parte del convenio arbitral), lo más conveniente hubiese sido una norma expresa que le permitiera participar en los procesos arbitrales como tercero coadyuvante, exclusivamente para defender sus decisiones. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». *Op. cit.,* p. 287.

Pues bien, el criterio negativo empleado por el legislador no sólo se centró en las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, sino que también incorporó en dicha exclusión a las pretensiones sobre enriquecimiento sin causa que se deriven u originen en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o en su aprobación parcial.

Finalmente, y sin perjuicio de todo lo anterior, debemos señalar que, ante una situación de esta naturaleza, los tribunales arbitrales se podrían declarar incompetentes, tanto a pedido de una de las partes vía excepción de incompetencia como de oficio.[307]

7. LA ARBITRABILIDAD DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA[308]

A efectos del presente acápite, nos centraremos en la arbitrabilidad objetiva y, en específico, en la figura del enriquecimiento sin causa como materia arbitrable según la Ley General de Contrataciones Públicas.[309]

En el caso del enriquecimiento sin causa, lo que ha ocurrido es una reacción del Estado frente a un cierto abuso de la institución por parte de quienes contratan con el Estado y luego acuden al arbitraje.

Decimos esto pues el enriquecimiento sin causa es una figura absolutamente excepcional que debe ser aplicada en casos muy contados y que reviste diversos requisitos de necesaria concurrencia, entre ellos el de subsidiariedad.

---

307 Recordemos que el artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece las causales de anulación del laudo cuando indica: «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: […] e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional […]».

308 El presente acápite se basa en CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Aproximaciones en torno al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado». *Op. cit.*, pp. 13-42, y en CASTILLO FREYRE, Mario. «El arbitraje comercial y el de la contratación pública. ¿En qué y por qué son diferentes?»., *Op. cit.*, pp. 585-624.

309 Ley General de Contrataciones Públicas, Ley n.° 32069.

A continuación, procederemos a desarrollar los conceptos generales del enriquecimiento sin causa y su regulación en la Ley General de Contrataciones Públicas.

Sobre la regulación del enriquecimiento sin causa en la normativa actual cabe recordar en este punto que, a través del numeral 76.3. del artículo 76 de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, se ha establecido que «no pueden ser sometidas a la junta de prevención y resolución de disputas, conciliación o arbitraje, las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido o pago de indemnizaciones o cualquier otra de similar naturaleza que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas por parte de la Contraloría General de la República. Estos supuestos son de competencia del Poder Judicial».

Tomando como premisa la actual regulación normativa, procederemos a traer a colación los conceptos generales sobre el enriquecimiento sin causa y el enriquecimiento sin causa como materia no arbitrable en la normativa de contratación pública.

7.1. Conceptos generales sobre el enriquecimiento sin causa

Como señalan Castillo Freyre y Molina Agui,[310] la doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son —precisamente— todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma, pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado.

310 CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. «Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa». En *Jus Doctrina & Práctica*, 2009, n.º 2, p. 185.

Así, Von Tuhr[311] señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento.[312]

En ese mismo sentido, Llambías[313] afirma que el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución denominada acción *in rem verso*, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado —sin justa causa— una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.

Por su parte, Ludwig Enneccerus[314] señala que el fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello con lo que injustificadamente se enriqueció.

A esta pretensión la denomina *condictio*, y precisa que la misma podrá dirigirse contra el enriquecido, no por el solo hecho de enriquecerse, sino que tendrán que verificarse los requisitos que «por lo regular y universalmente se asignan a esta figura jurídica: la obtención de una ventaja patrimonial que supone un enriquecimiento para quien lo consigue y un empobrecimiento para quien lo pierde, cuando dicho fenómeno se produce sin causa o injustificadamente, a pesar de lo que el derecho, por razones de seguridad o de otro orden imperioso, se ve forzado a reconocer y concederle determinados efectos jurídicos».[315]

---

311 VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Reus, 1934, tomo I, p. 299.

312 *Idem*, p. 323.

313 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

314 ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, segunda edición, volumen segundo, p. 583.

315 *Idem*, p. 585.

Al respecto, nosotros sostenemos que para que proceda la acción de *in rem verso*, no es necesario que el hecho por el cual una persona se enriquece a costa de otra tenga carácter ilícito. Esto, debido a que «el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado»,[316] mientras que el enriquecimiento sin causa puede prescindir de esos elementos.

Así, pues, «la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado, más que a sancionar enriquecimientos inmorales o ilegítimos».[317] Esto toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es «causa eficiente de la obligación de indemnizar»,[318] por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido.

Por su parte, el artículo 1954 del Código Civil define el enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo.

Entonces, cabe preguntarnos ¿cuáles son los requisitos para que proceda el enriquecimiento sin causa?

Llambías[319] enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes:

i. El enriquecimiento del demandado.

ii. El empobrecimiento del demandante.

---

316 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «El pago indebido y el enriquecimiento sin causa». En *Actualidad Jurídica*, 2002, tomo 99, p. 11.

317 FÁBREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Panamá: Editora La Estrella, p. 58.

318 OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 11.

319 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 380.

iii. La relación causal entre esos hechos.

iv. La ausencia de causa justificante del enriquecimiento.

v. La carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Con relación al primer requisito, Von Tuhr[320] señala que el enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. Es decir, luego de tal comparación, debería verificarse que ha habido una mejora —o que se ha evitado una alteración negativa a través de una disminución— en el patrimonio del sujeto enriquecido.

Se presupone así que el enriquecimiento se produce porque el patrimonio receptor ha aumentado como consecuencia de un beneficio de carácter patrimonial o que, a lo menos, surta efectos patrimoniales. Esta definición de enriquecimiento supera —y es la aceptada contemporáneamente— toda discusión acerca de si el enriquecimiento tiene que ser necesariamente patrimonial.

De otro lado, cuando nos referimos a la ventaja que adquiere el enriquecido, aludimos —en estricto— a una ventaja real y efectiva, es decir, a aquélla que se ha verificado en el patrimonio y no a aquellas ventajas que carecen de ese contenido o que no son cuantificables. Hemos de entender que la ventaja adquirida no tiene que cosificarse u objetivarse, sino que también comprende aquellas situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, pues —como tales— forman la parte activa del patrimonio. Esto significa que el enriquecimiento (y correlativo empobrecimiento) puede derivarse tanto de dinero, otros bienes, créditos, deudas y demás situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y correlativas de desventaja.[321]

---

320 VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 300.

321 CASTILLO FREYRE, Mario y MOLINA AGUI, Giannina. *Op. cit.,* p. 191.

Enneccerus[322] señala que entre los modos de adquirir ventajas y que en consecuencia pueden llevar al enriquecimiento se tienen: (i) la adquisición de un derecho; (ii) la obtención de la posesión; (iii) la obtención de la posibilidad de disponer sobre un objeto; y, finalmente, reconoce que hay enriquecimiento cuando se ahorran gastos y disminuciones del patrimonio.

Por su parte, Von Tuhr[323] sostiene que el patrimonio puede enriquecerse o bien a través de un aumento o bien a través del cuidado de su no disminución. Dentro del primero señala que se encuentra la posibilidad de afectar o bien el activo, a través de la incorporación en el patrimonio de nuevos derechos o incrementando el valor de los mismos, o bien el pasivo, a través de la cancelación del mismo sin fundamento jurídico alguno que lo justifique. Respecto de la segunda forma de enriquecimiento, se tiene que ésta se produce cuando en circunstancias normales se hubiera tenido que efectuar un desembolso, pero finalmente éste no se realiza.

Se afirma también que los modos de adquirir ventajas son incontables, ya que ellas pueden consistir tanto en la adquisición de un derecho, o en el aumento o incremento del valor de un bien que se ha adquirido (*lucrum emergens*), como también puede uno enriquecerse negativamente (*damnum cesans*), cuando la ventaja consiste en el no empobrecimiento por «la extinción» de una obligación o carga a la que un patrimonio estaba adscrito.[324]

En esa misma línea de pensamiento, Delia Revoredo[325] afirma que el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir,

322 ENNECCERUS, Ludwig. *Op. cit*., pp. 586-587.

323 VON TUHR, Andreas. *Op. cit.,* p. 300.

324 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa.* Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 83.

325 REVOREDO MARSANO, Delia. «Enriquecimiento sin causa». En *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios.* Lima: Okura Editores, 1985, tomo IV, pp. 778- 779.

como ventaja patrimonial obtenida ya sea activamente, como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente, como el ahorro de un gasto inminente.

Compartiendo la idea expuesta por los autores citados, Gustavo de los Ríos Wools señala[326] que el requisito del incremento patrimonial es esencial y que este incremento puede presentarse en dos situaciones: (i) cuando se obtiene un lucro o ganancia efectiva; o, (ii) cuando se obtiene un ahorro evitando un gasto o una deuda.

Núñez Lagos,[327] al hablar de los modos de enriquecimiento, distingue un enriquecimiento positivo y un enriquecimiento negativo, señalando que en el primero se comprende no sólo el ingreso de nuevas cosas corporales, sino la transformación de las que había, mientras que el segundo lo entiende como una disminución del pasivo, es decir, como una disminución del patrimonio que le ha sido evitado.

Con relación al segundo de los elementos, Llambías[328] señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción por enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante.

La doctrina no es del todo pacífica cuando se refiere al empobrecimiento como un elemento necesario para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa, pues a decir de unos la persona que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido, por lo que para ese sector de la doctrina es necesario que «a un enriquecimiento, le corresponda cualitativamente y no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio».[329]

---

326 DE LOS RÍOS WOLLS, Gustavo. «El enriquecimiento sin causa». En *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra, 2008, volumen I, pp. 544-545.

327 Citado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *Op. cit.*, p. 83.

328 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 385.

329 ORAMAS GROSS, Alfonso. El *enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Bogotá: Nomos, 1988, p. 78.

Nosotros no compartimos este punto de vista, pues debe haber plena correspondencia en todas las características del enriquecimiento y del empobrecimiento.

Coincide la doctrina en señalar que el empobrecimiento puede producirse tanto con la pérdida efectiva de bienes y derechos.

Al respecto, Castillo Freyre y Molina Agui[330] consideran que debería agregarse expresamente que la imposición de situaciones jurídicas subjetivas de desventaja en favor de otros, sin causa alguna que justifique la misma, también produce un empobrecimiento. No obstante, la omisión de un pronunciamiento expreso por parte de la doctrina, ello se puede entender claramente de la unión de los conceptos de patrimonio, enriquecimiento y empobrecimiento.

Es del mismo parecer Delia Revoredo[331] cuando señala que el empobrecimiento debe entenderse también en sentido amplio, esto es que la ventaja no tiene que provenir necesariamente del patrimonio del empobrecido, sino que bastará con que sea a expensas suyas.

De igual modo, resulta preciso señalar que no siempre el enriquecimiento equivale cuantitativamente al empobrecimiento, pues existen supuestos en los que (i) el enriquecimiento es mayor que el empobrecimiento, caso en el cual sólo deberá restituirse el monto empobrecido, habida cuenta de que dar más sería amparar un enriquecimiento sin causa a favor del empobrecido; y (ii) casos en los que el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento, donde también sólo debería restituirse por el monto enriquecido, pues lo contrario sería otorgar carácter sancionador al enriquecimiento sin causa, como lo reconoce Oramas Gross,[332] quien en el último supuesto hace una excepción respecto de las sumas de dinero, pues en este caso el enriquecido deberá realizar la

330 CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. *Op. cit.,* p. 195.
331 REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit*., p. 778.
332 ORAMAS GROSS, Alfonso. *Op. cit*., pp. 79 y 101.

restitución de la suma de dinero en igual cantidad que la que ingresó a su patrimonio enriquecido.

Para algunos autores como Fábrega,[333] la presencia del empobrecimiento es necesaria, pues éste es el fundamento de la acción y el objeto de la institución. Así, a decir del citado autor, si el empobrecimiento que sufre una persona repugna a la equidad, cuando ese empobrecimiento aparece en el patrimonio de otra persona, esa lesión a la equidad y al sentimiento de justicia y derecho resulta doblemente impresionante; de modo tal que la acción se dirige fundamentalmente a proteger el patrimonio de la persona cuyo patrimonio ha sido injustamente, o sin causa alguna, lesionado.

Los dos primeros requisitos del enriquecimiento sin causa son fundamentales, ya que en la mayoría de procesos, cuando se pretende una indemnización por enriquecimiento sin causa, se llega a probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante. Además, y esto también es usual, se llega a demostrar el tercer requisito del enriquecimiento sin causa que es la relación causal entre esos hechos, es decir, entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante. Pero los problemas se empiezan a presentar cuando existe, como es obvio, la necesidad de demostrar que se trata de un enriquecimiento carente de causa justificante de ese enriquecimiento; y, en quinto lugar, que existe carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Así, cuando existe un desplazamiento patrimonial real y efectivo de dinero u otros bienes, generalmente el derecho se encarga de brindar a los perjudicados, otras acciones reguladas de manera positiva en nuestra legislación en vez de la demanda por enriquecimiento sin causa. En efecto, para tales casos el derecho ha previsto otros remedios legales como, por ejemplo, la restitución y la repetición.

---

333 FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op. cit.*, pp. 57-59.

Con respecto al último de los cinco elementos señalados, la doctrina mayoritaria sostiene que este carácter subsidiario hace referencia a que la acción de *in rem verso* sólo puede ser ejercida cuando el derecho positivo no brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos.

Así, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa constituye uno de sus requisitos de procedencia, ello de conformidad con el artículo 1955 de nuestro Código Civil que establece: «La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».

Como se puede apreciar, la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio sufrido.

Según Delia Revoredo,[334] esta acción sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto, a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa.

El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción, no tiene opción para elegir entre los dos precedentes.

En la misma línea, Llambías[335] afirma:

> (a) Si el empobrecido ha dejado prescribir […] la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa. […] El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficaz para proteger su interés.

334 REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.,* pp. 778-779.
335 LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 397.

(b) Si el empobrecido no ha podido ejercer útilmente otra acción que tuviera en resguardo de su interés, por carencia de prueba documental, tampoco podrá articular la acción *in rem verso*.

(c) Si el empobrecido ha deducido sin éxito otra acción que tuviera, distinta de la *in rem verso*, no puede marginarse de esa cosa juzgada adversa, para entablar esta última acción.

La razón siempre es la misma: el empobrecido carece de la acción de *in rem verso* cuando ha dispuesto de otra acción para prevenir su daño.

Por su parte, Julien Bonnecase[336] señala que la Corte de Grenoble consideró que la acción de *in rem verso*:

> Procede en todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona se enriquezca sin causa legítima y a costa del de otra persona, y cuando ésta última no goce de ninguna acción derivada de un contrato, cuasi contrato, delito o cuasi delito, para obtener lo que se le debe; pero que no puede substituirse durante un juicio, por una acción diferente originalmente fundada en una obligación contractual.

Al respecto, cabe preguntarnos ¿qué significa esto?

Si la ley concede a la parte perjudicada por el empobrecimiento alguna otra acción que pueda interponer contra o con respecto a su contraparte, lo que dice la ley —a través del citado artículo 1955 del Código Civil— es que tiene que recurrir a esas pretensiones o acciones para tratar de hacer valer sus derechos.

Eso significa que la ley peruana, al igual que la generalidad de la doctrina de la tradición jurídica romano-germánica y de los códigos civiles extranjeros, cuando trata acerca del enriquecimiento sin causa, le ha dado carácter supletorio, es decir, le ha dado naturaleza subsidiaria.

---

336 BONNECASE, Julien. *Elementos del derecho civil. Derecho de obligaciones*. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II, pp. 313-314.

Dentro de tal orden de ideas, el enriquecimiento sin causa es, tal vez, la última puerta a la que se puede recurrir como perjudicado o empobrecido para tratar de lograr justicia.

7.2. El enriquecimiento sin causa como materia no arbitrable en la Ley General de Contrataciones Públicas

Antes de que el legislador optara por la exclusión expresa del enriquecimiento sin causa como materia arbitrable, existían opiniones contrapuestas.

Imaginemos que la entidad ordenaba al contratista ejecutar un determinado adicional de obra que superaba el 15 % del monto originalmente pactado.

Como sabemos, para ello la entidad requería —tal como es también hoy en día— contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República a efectos de la ejecución y pago del referido adicional.

Sin embargo, la entidad —sin dicha autorización previa— ordenaba al contratista y éste ejecutaba el adicional. En tal sentido, la Contraloría General de la República, obviamente, no aprobaba el adicional y la entidad no le pagaba al contratista.

Como nos imaginamos, el contratista demandaba a la entidad por enriquecimiento sin causa, fundamentándose en pronunciamientos que, por ejemplo, existían del propio OSCE.[337]

---

337 Así, por ejemplo, en la Opinión de Gerencia Técnica Normativa del Consucode n.º 64-2002-GTN, se señalaba lo siguiente:
«Consulta: ¿De qué manera puede regularizarse los adicionales que se hubiesen ejecutado sin resolución que aprueba los adicionales y qué sucede con las contraprestaciones?
Opinión: En el caso de prestaciones adicionales, éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutados, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, lo que *no significa que la entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella*, a favor del contratista. El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas no enerva la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios» (el resaltado es nuestro).

La entidad, ante dicha demanda, argumentaba que el enriquecimiento sin causa no debía ser resuelto por la vía arbitral, sino que debía ser materia de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que se trataría de un tema extracontractual.

Sobre el particular, Arrarte y Paniagua[338] señalaban que nada obsta a que las partes se puedan enriquecer indebidamente, por ejemplo, al beneficiarse con prestaciones ejecutadas y respecto de las cuales no existió acuerdo sobre el precio. Lo mismo podría ocurrir en los casos en que los contratos sean declarados nulos, pese a lo cual existen prestaciones que fueron ejecutadas y que deben ser pagadas o resarcidas.

Al respecto, y en primer lugar, debemos tener presente que existen diversas teorías que tratan de explicar el enriquecimiento sin causa, a saber:[339]

i. Aquéllas que asimilan el enriquecimiento sin causa a alguna otra fuente de las obligaciones (o también llamados cuasicontratos, como la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual).

ii. Aquéllas que postulan que el enriquecimiento sin causa es una fuente de obligaciones propia e independiente.

iii. Aquéllas que señalan que el enriquecimiento sin causa es en realidad un principio que informa el ordenamiento jurídico en general.

Campos Medina[340] sostiene que el enriquecimiento sin causa no es una fuente autónoma de obligaciones, sino más bien un principio abstracto que informa al derecho civil en general y que ha sido convertido en norma positiva (ya sea una sección específica del Código Civil o no),

338 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 197.
339 CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». *Op. cit.,* p. 311.
340 *Idem*, p. 314.

expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece.

Al respecto, De la Cámara y Díez-Picazo[341] consideran que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del derecho) y, en tanto ello, no puede decirse que el enriquecimiento sin causa esté limitado a una fuente específica de obligaciones.

Una primera aproximación superficial nos podría hacer pensar que el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual, en la medida que el acuerdo de voluntades constituye, precisamente, la causa que justifica el enriquecimiento. De hecho, ésta fue una posición bastante difundida en la doctrina antigua.[342]

Sin embargo, Manuel Rebollo[343] señala que existen supuestos en los que el contrato no constituye fuente de la obligación de pagar ciertas prestaciones, sino que dicha obligación surge, en cambio, de la prohibición de enriquecerse sin causa. Así, por ejemplo, nos podemos encontrar ante prestaciones del contratista distintas a las que estaba obligado en virtud del contrato —y del correcto ejercicio del *ius variandi*—, ello ya sea por el actuar espontáneo del contratista o por una orden nula sin virtualidad para vincular a la Administración.

En consecuencia, y habiendo quedado claro que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el derecho en general, podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato.

---

341 Citados en *idem*, p. 313.

342 *Ibidem*.

343 REBOLLO PUIG, Manuel. «El enriquecimiento injusto de la administración pública». Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 270.

Ahora bien, el inciso 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo n.° 1071 (Ley de Arbitraje) establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición.

En tal sentido, el enriquecimiento sin causa es, *per se*, materia arbitrable, al ser de libre disposición, e incluso por tener contenido patrimonial.

Sin embargo, hay quienes sostienen que el enriquecimiento sin causa constituye en nuestro sistema jurídico una fuente de obligaciones distinta al contrato (convenio arbitral), por lo que no podría constituir materia arbitrable.

Al respecto, se debe precisar que el hecho de que el escenario natural del arbitraje sean las relaciones contractuales no implica —en lo absoluto— que el arbitraje esté restringido a tales relaciones contractuales.

En efecto, el inciso 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que «el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza [...]». (el resaltado es nuestro).

Sobre este tema, Arrarte y Paniagua[344] señalan que la respuesta a si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no dependía del tenor del convenio arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, antes de que existiera la exclusión expresa contemplada en el numeral 76.3 de la Ley General de Contrataciones Públicas, correspondía analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporaban en el contrato a efectos de determinar si ellas excluían al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto

344 ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.,* p. 195.

es que podíamos afirmar que —para el caso en concreto— una pretensión de enriquecimiento sin causa no podía ser conocida por el tribunal arbitral dado que —precisamente— existía dicha exclusión.

A modo ilustrativo, analicemos el siguiente modelo de cláusula arbitral (siempre partiendo de la premisa de que nos encontramos en un escenario previo de una anterior Ley de Contrataciones del Estado):

> Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquéllas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, Ley n.º 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley.

Como podemos apreciar, en dicho convenio arbitral hay dos límites; a saber: (i) un límite temporal (desde la celebración del contrato); y (ii) un límite respecto de las materias arbitrables (cualquier controversia, excepto aquéllas referidas en el artículo 23 de la Ley n.º 27785).

Dentro de tal orden de ideas, si las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgían después de la celebración del contrato y en tanto el enriquecimiento sin causa no se había excluido en nuestro ejemplo, sí estábamos frente a una materia arbitrable.

No podemos olvidar que la intención de las partes al pactar el arbitraje es la de evitar acudir al Poder Judicial, por lo que no tendría mucho sentido interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial (cuando no han excluido expresamente algunas materias propias de la etapa de ejecución de contratos).

En tal sentido, el enriquecimiento sin causa sí se encontraba comprendido dentro del convenio arbitral que hemos citado, a manera de ejemplo.

Por otro lado, consideramos pertinente referirnos a la Sentencia de Casación n.º 825-2006, de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ya que —entre otros puntos— en dicha sentencia se admitió que el enriquecimiento sin causa era materia arbitrable, reforzando —de esta manera— el razonamiento elaborado en los puntos precedentes.[345]

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se pronunció sobre el recurso de casación interpuesto por el Consorcio Cosapi-Translei contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil Sub Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda de anulación de laudo.

En el cuarto considerando de la Sentencia de Casación se señalaba que la resolución que declaró fundada la demanda de anulación de laudo, consideraba: «[...] la pretensión de enriquecimiento ilícito es, por definición, extraña a la relación contractual que pueda existir entre las partes, por tal motivo los convenios que puedan afectar a ésta no resultan aplicables a aquélla». Asimismo, la resolución de primera instancia señalaba: «[...] al sustentar su competencia en un convenio arbitral que no lo facultaba para resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, el Árbitro Único ha lesionado el derecho a un debido proceso […]».

Sin embargo, el considerando octavo de la Sentencia de Casación señalaba lo siguiente:

---

345 El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera. Cosapi-Translei demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de las obras realizadas, como consecuencia de trabajos de emergencia. Dichas obras fueron ordenadas por la entidad, pero al superar cierto porcentaje, se requería la aprobación de la Contraloría General de la República. Dicha aprobación nunca se presentó y, por ende, la entidad nunca pagó al demandante por las referidas obras. En tal sentido, el argumento de Cosapi-Translei consistió en que la entidad se había enriquecido sin causa, a costa del demandante. Mediante laudo de fecha 7 de julio de 2005, el árbitro único declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa era una controversia de índole contractual, sobre la cual las partes tienen libre disposición.

> **Octavo**: [...] además, el artículo 53 de la Ley 26850 establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación y arbitraje y estando a que en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obra se preveía que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7 del artículo 73 y el inciso 4 del artículo 1 de la Ley 26572; que a mayor abundamiento, la Sala Superior ha infringido el artículo 61 de la Ley de Arbitraje que establece que no es revisable el fondo de la controversia, no obstante que *fluye del laudo arbitral el pronunciamiento de que la pretensión del pago de trabajos en vía de enriquecimiento indebido sin causa es arbitrable*; en este aspecto Provías Departamental no formuló oposición a la decisión de que se arbitre el enriquecimiento sin causa, por lo que hubo convalidación tácita, (sic) de que la materia fuera sometida a arbitraje [...] (el resaltado es nuestro).

Como se puede apreciar, la referida Sala de la Corte Suprema —al analizar si realmente existió causal de anulación de laudo, por haberse pronunciado sobre el enriquecimiento sin causa en sede arbitral— llegó a la conclusión de que ello no implicaba estar incurso en la causal del inciso 7 del artículo 73 ni del inciso 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, ya que —a entender de la Corte Suprema— el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.

Ahora bien, cabe precisar que la posición de la referida sala de la Corte Suprema no significaba que existiera unanimidad de criterios, ya que, por ejemplo, en la Sentencia de Casación n.º 500-2007, de fecha 13 de junio de 2007, dicha sala señaló que el enriquecimiento sin causa no era materia arbitrable,[346] al declarar improcedente la casación interpuesta contra la Sentencia n.º 25, de fecha 18 de septiembre de 2006, emitida

[346] El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera: Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S. A. demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de obras adicionales que superaban el porcentaje establecido en la Ley para la autorización de la Contraloría General de la República. En tal sentido, la demandante exigía el pago de dichos adicionales por concepto de enriquecimiento sin causa. Mediante laudo de fecha 15 de diciembre de 2005, el tribunal arbitral declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.

por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente n.º 268-2006.[347]

En efecto, en el vigésimo sexto considerando de la sentencia de primera instancia (emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial) se concluyó:

> [...] en primer lugar, que el convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que [sic] se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que de aquel [sic] se colige que las materias que podrían someterse a arbitraje son las relacionadas directamente con el Contrato, por lo que siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al Contrato que unió a las partes no se encontraba inmersa [sic] dentro del Convenio Arbitral celebrado. (El resaltado es nuestro).

Como se puede apreciar, la referida Sala de la Corte Superior —al analizar si realmente existió causal de anulación de laudo, por haberse pronunciado sobre el enriquecimiento sin causa en sede arbitral— llegó a la conclusión de que el enriquecimiento sin causa no constituía materia arbitrable.

Pues bien, dichas opiniones contrapuestas se han superado con la exclusión expresa contemplada por el citado numeral 76.3. del artículo 76 de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas, disposición que tenía su antecedente en el numeral 45.4. del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.[348]

En el fondo, podemos estar o no de acuerdo con dicha exclusión; sin embargo, consideramos que siempre es mejor que se haya establecido un único criterio.

---

347 Dicha sentencia declaró fundada la demanda de anulación de laudo arbitral, declarando inválido el laudo arbitral emitido y restableciendo la competencia del Poder Judicial.

348 Cabe precisar que el antecedente normativo de esta disposición se puede encontrar en el numeral 45.4. del artículo 45 del Texto Único ordenado de la Ley n.º 30225, aprobado por el Decreto Supremo n.º 082-2019-EF.

Entendemos que el legislador tenía la opción de guardar silencio sobre el enriquecimiento sin causa derivado u originado en las decisiones de la entidad o de la Contraloría General de la República sobre prestaciones adicionales, pero ello hubiese implicado seguir manteniendo presente la discusión relativa a su procedencia o improcedencia tanto a nivel doctrinario como a nivel de laudos arbitrales y a nivel judicial (en los casos de anulación de laudos).Asimismo, entendemos que la decisión del legislador a favor de esta opción (que excluye la figura bajo comentario) no ha sido fácil.

En efecto, en el último párrafo del artículo 56 del Proyecto de Ley de Contrataciones del Estado n.º 1490/2007-PE, se establecía que «el ejercicio de la acción por enriquecimiento indebido se hará prevalecer en sede judicial»; sin embargo, dicho extremo del Proyecto de Ley no prosperó y el Decreto Legislativo n.º 1017 (anterior Ley de Contrataciones) no lo incorporó. Es recién con la hoy derogada Ley n.º 30225 que ya el tema resulta claro.

Ahora bien, se debe precisar que el numeral 76.3. del artículo 76 de la Ley General de Contrataciones Públicas (antes regulado en el numeral 45.4 del artículo 45 de la hoy derogada Ley de Contrataciones) —al ser una norma restrictiva— no puede ser aplicado por analogía, es decir, la exclusión únicamente se refiere a la figura del enriquecimiento sin causa derivado u originado en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o en la aprobación parcial de prestaciones adicionales por parte de la Contraloría General de la República.

Ello implica que si hoy en día un contratista demanda enriquecimiento sin causa derivado u originado en otro tema relativo a la ejecución del contrato, se deberá analizar el alcance objetivo del convenio arbitral para determinar si tal pretensión es o no materia arbitrable. Y en los casos en que los tribunales sean competentes para conocer tales pre-

tensiones, para que ellas se declaren fundadas será necesario que se cumpla con los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa.

En ese sentido, lo que ha querido el Estado al no hacer arbitrables las pretensiones por enriquecimiento sin causa no es cercenar derechos, sino inducir a que quienes litiguen contra él puedan obtener fallos favorables de los tribunales arbitrables en cuanto a pretensiones con específico amparo legal y no de manera subsidiaria.

Por lo demás, la vía para reclamar una indemnización por enriquecimiento sin causa estará expedita en los tribunales de jurisdicción ordinaria.

Entendemos también que se recurrirá a un juicio para reclamar por este concepto únicamente en caso no haya prosperado el reclamo de las demás pretensiones relacionadas con estos montos en un proceso arbitral.

De esta forma, los tribunales ordinarios tal vez puedan juzgar mejor si se aplica o no al caso la subsidiariedad de la pretensión por enriquecimiento sin causa contemplada en el artículo 1955 del Código Civil.

Es verdad que el camino se le hace más largo al contratista, pero también es verdad que contratar con el Estado y la ejecución de dichos contratos se rige por una normativa especial que tiene que cumplirse.

Por lo expuesto en los acápites precedentes podemos indicar que el criterio negativo empleado por el legislador en el numeral 76.3. del artículo 76 de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas no sólo se centró en las decisiones de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, sino que también incorporó en dicha exclusión las pretensiones sobre enriquecimiento sin

causa que se deriven u originen en la falta de aprobación de prestaciones adicionales.

CAPÍTULO VI
EN CUANTO A LAS CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS[349]

Como sabemos, el elemento indispensable para activar el arbitraje luego de surgida una controversia es la previa existencia de un convenio arbitral.

Los convenios arbitrales suelen formar parte de los contratos que rigen las relaciones obligacionales entre las partes; sin embargo, aunque poco frecuentes, también se presentan casos en los cuales el convenio arbitral constituye un documento independiente del contrato que rige esa relación entre ambas partes, o incluso hay casos en los cuales recién se celebra el convenio arbitral luego de surgida una controversia, sea que ésta se derive de una relación contractual o extracontractual.

Dentro de tal orden de ideas si para ir a arbitraje se requiere de la necesaria celebración de un convenio arbitral, va implícito que, una vez surgida la controversia, la claridad del referido convenio será determinante a efectos de que tal controversia pueda dilucidarse sin la existencia de un conflicto procesal previo a la propia controversia, el mismo que, probablemente, se presentará cuando estemos ante una cláusula arbitral defectuosa.

Las cláusulas arbitrales defectuosas son aquellas que no reflejan un convenio arbitral lo suficientemente claro como para evitar más de una interpretación sobre el texto y alcances del propio convenio. La doctrina las conoce con el nombre de cláusulas arbitrales patológicas o convenios arbitrales patológicos.

---

349 Las consideraciones relativas a cláusulas arbitrales patológicas corresponden a la obra que escribí con el doctor Alonso Bedoya Denegri sobre la materia. Véase: CASTILLO FREYRE, Mario y Alonso BEDOYA DENEGRI. *Cláusulas arbitrales patológicas*. *Op. cit*.

Dejamos constancia de que el título del presente acápite es «Cláusulas arbitrales patológicas» y no «Convenios arbitrales patológicos», pues en muchos de ellos se identificarán elementos de jurisdicción arbitral, pero también judicial, situación que configura, sin duda, una cláusula arbitral patológica, la misma que, incluso, podría no llegar a ser considerada, en estricto, como un convenio arbitral si es que primara la jurisdicción judicial. En fin, sobre este tema la casuística es infinita. Finalmente, la costumbre ha hecho que el tema reciba la primera de las denominaciones y no la segunda. En ese sentido, hacemos honor a la tradición.

1. EL CUIDADO EN LA REDACCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

A lo largo del presente estudio sobre el tema vamos a apreciar diversas situaciones en las que el convenio arbitral dificulta la labor de las partes en la resolución del conflicto y, especialmente, la labor de la parte demandante, que es, claro está, la que quiere hacer valer sus derechos ante el probable incumplimiento de la contraria.

En tal sentido, una primera recomendación es que cuando se redacte un convenio arbitral, quien lo haga no se limite a copiar y pegar los alcances de un convenio arbitral anterior que se tome como modelo. Esta recomendación, que se extiende, en realidad, a todas las cláusulas de un contrato, permitirá que quien redacte el convenio arbitral medite acerca de su contenido y alcances a efectos de que el convenio refleje todo aquello que ha querido incluir en él.

La experiencia vivida enseña que la poca o nula meditación de tales cláusulas hace que se deriven infinidad de problemas, algunos de los cuales serán analizados en las siguientes páginas.

El profesor Fréderic Eisemann[350] acuñó el término «cláusula patológica» en 1974. Según Eisemann, la cláusula de arbitraje o convenio arbitral tiene cuatro elementos esenciales:

i. Producir consecuencias obligatorias para las partes.

ii. Excluir la intervención de los tribunales estatales (Poder Judicial) en la solución de las controversias, al menos antes de la emisión del laudo.

iii. Otorgar poderes a los árbitros para resolver las controversias que puedan surgir entre las partes.

iv. Permitir la puesta en marcha de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones de eficiencia y rapidez, a la emisión de un laudo susceptible de ejecución judicial.

La doctrina extranjera enseña que los principales defectos o patologías en las cláusulas arbitrales versan sobre inconsistencias, inoperabilidad e incertidumbre.

Estos vicios en la redacción del convenio arbitral pueden conllevar, en algunas oportunidades, a que el convenio arbitral sea inoperativo o incapaz de ser cumplido, tornando inútil el arbitraje y forzando a las partes a remitirse al Poder Judicial.

2. LA INCONSISTENCIA ES LO ÚNICO EN QUE LOS HOMBRES SON CONSISTENTES

Cuando hay alguna inconsistencia en el convenio arbitral, la corte nacional o Poder Judicial intentará dar un significado en orden de otorgar

350 EISEMANN, Fréderic. «La clause d'arbitrage pathologique». En *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Torino: Uniones Tipografico - Editrice Torinese, 1974.

efecto a la real intención de las partes (lo cual es sustraerse de la jurisdicción ordinaria e irse al arbitraje).

El problema con este enfoque reside en que se pondrá a prueba el respeto del arbitraje por el poder judicial. En jurisdicciones más sofisticadas como la inglesa, la estadounidense o la suiza, las cortes nacionales (Poder Judicial) remiten la disputa a arbitraje, ya que se pretende ejecutar la real intención de las partes de arbitrar.

Después de todo, las cortes nacionales se encuentran obligadas en mérito de la Convención de Nueva York a «[…] reconocer el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas […]».[351]

El problema radica cuando el Poder Judicial no tiene mayor conocimiento acerca de la Convención de Nueva York e ignora su obligación de ejecutar y reconoce el acuerdo de las partes, centrándose en vicios como la inconsistencia del convenio arbitral para adjudicarse la jurisdicción de la resolución en disputa y truncar el inicio o consecución del arbitraje.

Claro ejemplo de un convenio arbitral inconsistente sería cuando, por ejemplo, se indica que la ley aplicable y jurisdicción será la ley peruana y las disputas se resuelvan ante la jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales del Perú, pero más abajo se hace referencia a que cualquier disputa se resolverá mediante arbitraje, de acuerdo a las reglas de la Cámara de Comercio de Lima.

En este caso, nos podemos preguntar ¿cuál era la real intención de las partes: ir al Poder Judicial o al arbitraje?

---

351 Convención de Nueva York. Artículo II.1.

Un conocido caso internacional sobre un convenio arbitral inconsistente es el del proceso Braes of Doune Wind Farm vs. Alfred McAlpine.[352] La cláusula relevante indicaba lo siguiente:

> 20.2.2. (C) Este acuerdo de arbitraje está sujeto a la ley de Inglaterra y la sede de arbitraje será Glasgow, Escocia. Cualquier referencia al arbitraje se considerará una referencia al arbitraje de acuerdo a la Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996 o con cualquier nueva promulgación estatutaria.
>
> […]
>
> En caso de controversias derivadas del Contrato [de Venta], las partes acuerdan que debe ser competencia del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de Zürich en Lugano. El idioma del arbitraje será el italiano. La ley aplicable será la ley suiza.

Otro proceso de relevancia es el conocido caso de Fiona Trust & Holding Corp vs. Privalov.[353]

Veamos el tenor del convenio arbitral:

> 41. (a) Este acuerdo se interpretará y las relaciones entre las partes se determinarán de conformidad con las leyes de Inglaterra.
>
> (b) Cualquier disputa que surja bajo este acuerdo será decidida por los tribunales ingleses a cuya jurisdicción las partes acuerdan por el presente.
>
> (c) No obstante lo anterior, pero sin perjuicio del derecho de cualquiera de las partes de embargar o mantener el embargo de cualquier propiedad marítima, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación por escrito de la elección a la otra parte, optar por que se remita dicha disputa […] a arbitraje en Londres, un árbitro será designado por los propietarios y el otro por los fletadores.

---

352 Braes of Doune Wing Farm (Scotland) Ltd. vs. Alfred McAlpine Business Services Ltd [2008] EWHC 426 (TCC) per Akenhead J.

353 Fiona Trust & Holding Corp vs. Privalov [2007] UKHL 40.- House of Lords Judgement TDM I (2009), www.transnational-dispute-management.com

> El arbitraje tendrá lugar en Londres de acuerdo con la Asociación Marítima de Árbitros de Londres, de acuerdo con las disposiciones de la Ley de Arbitraje de 1950, o cualquier modificación estatutaria o nueva promulgación de la misma por el momento en vigor.
>
> Cualquiera de las partes perderá su derecho a realizar tal elección sólo si:
>
> > (a) recibe de la otra parte una notificación por escrito de la disputa que (1) declara expresamente que ha surgido una disputa de esta carta; (2) específica la naturaleza de la disputa; y (3) se refiere expresamente a esta cláusula 41 (c); y
> >
> > (b) no notificar la elección de someter la controversia a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de recepción de dicha notificación de controversia […].

La inconsistencia surgió cuando los demandantes (armadores) alegaron que ocho acuerdos de fletamento celebrados con los demandados (tres fletadores) se habían obtenido mediante soborno y afirmaron haber resuelto válidamente los acuerdos de fletamento sobre esa base.

Cada contrato de fletamento estaba sujeto a la ley inglesa y contenía una cláusula de arbitraje que estipulaba que cualquier disputa bajo la carta se decidía en los tribunales ingleses, pero que otorgaba a cualquiera de las partes el derecho a elegir que dicha disputa fuera arbitrada según las reglas de la Asociación de Árbitros Marítimos de Londres.

Por otra parte, los demandados iniciaron un arbitraje en Londres. Los demandantes respondieron iniciando acciones judiciales de conformidad con el artículo 72 de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, para restringir el procedimiento arbitral.

Esta solicitud se hizo sobre la base de que, al haberse resuelto los contratos de fletamento, los demandados también habían renunciado a los acuerdos de arbitraje contenidos en ellos y, por lo tanto, no podía haber arbitraje.

Los demandados solicitaron una suspensión de la acción judicial a favor del arbitraje, de conformidad con el artículo 9 de la Ley de Arbitraje.

En primera instancia, la suspensión fue denegada y el tribunal otorgó una orden judicial, restringiendo el proceso de arbitraje. Los demandados apelaron. El tribunal de apelación revocó la decisión de primera instancia.

La posición de partida, al considerar si esta disputa debe resolverse por referencia a una cláusula de resolución de disputas en particular, es la conocida presunción de «una parada», formulada por primera vez por Lord Hoffman en el caso Fiona Trust:

> En mi opinión, la construcción de un convenio arbitral debe partir del supuesto de que las partes, como empresarios racionales, probablemente, hayan tenido la intención de que cualquier disputa que surja de la relación que han entablado o que pretenden entablar sea decidida por el mismo tribunal.[354]

En Fiona Trust, la Cámara de los Lores tuvo que considerar si una disputa relacionada con la rescisión de un acuerdo entraba dentro del alcance de una cláusula de arbitraje dentro de ese acuerdo.

Había claras inconsistencias en la redacción de la cláusula de arbitraje, incluso en cuanto a su alcance. Pero gracias a la presunción de Lord Hoffmann, la cláusula se interpretó de modo que incluyera la disputa.

Las partes habían elegido el arbitraje como el foro para las disputas que surjan en virtud de su acuerdo y la cláusula debe interpretarse en consecuencia, a menos que el lenguaje indique claramente que ciertas disputas estaban destinadas a ser tratadas de manera diferente.

---

354 Fiona Trust and Holding Corporation and Others vs. Yuri Privalov and Others under name of Premium Nafta Products Ltd (20th Defendant) & Others vs. Fili Shipping Co. Ltd. (14th Claimant) & Others [2007] UKHL 40.

La presunción de Fiona Trust se ha seguido, hasta cierto punto, en circunstancias en que las partes han celebrado dos o más acuerdos relacionados que contienen cláusulas de jurisdicción o competencia.

3. INOPERATIVIDAD

El artículo II.3 de la Convención de Nueva York señala a la letra: «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*».

Como es sabido, el principio de separabilidad del convenio arbitral hace que la nulidad del contrato principal no acarree la invalidez del convenio arbitral.

En esa línea de pensamiento, para que un acuerdo de arbitraje sea considerado inoperativo se deberá constatar que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable como, por ejemplo, en caso las partes que lo suscribieron hubiesen carecido de capacidad legal para suscribir el convenio arbitral o si se evidenció algún tipo de fraude en dicha cláusula.

Es necesario establecer las diferencias entre la cláusula inoperativa y la cláusula ineficaz o inaplicable.

La primera versa sobre cuándo la cláusula arbitral ha dejado de tener efectos legales, como bien lo plantean Redfern y Hunter, en caso las partes del convenio arbitral no cumplan con el tiempo límite establecido en la cláusula para remitirse a arbitraje o cuando las partes, por su consentimiento, han decidido revocar el convenio arbitral.

En cuanto a la inaplicabilidad del convenio arbitral, esto obedece a factores más prácticos, que suelen presentarse en la realidad como, por ejemplo, cuando se nomina una institución arbitral inexistente o se hace

referencia al nombramiento de un árbitro en el mismo convenio arbitral, cuando quizá ese árbitro ya falleció.

Para ilustrar mejor el tema de una cláusula arbitral inoperativa, tenemos el caso Albion Energy Ltd. vs. Energy Investments Global BRL.[355]

La disputa surgió de un Acuerdo de compraventa por la venta de acciones entre Albion Energy Ltd. (Albion) como vendedor y Energy Investments Global BRL (EIGL) como comprador.

El acuerdo dispuso que EIGL pagaría las acciones en cuotas. Además de Albion y EIGL había otras cuatro partes en el acuerdo, incluido el propietario de Albion, un señor Buckingham. El acuerdo contenía una cláusula de jurisdicción judicial exclusiva, que disponía lo siguiente:

> Las Partes se someten a la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Inglaterra y Gales con respecto a cualquier reclamo, disputa o asunto (ya sea contractual o no contractual) que surja de o en conexión con este acuerdo (incluida su formación).

EIGL pagó las dos primeras cuotas del acuerdo, pero se negó a pagar la tercera cuota de US$ 33,3 millones. Alegó que tenía reclamaciones legales contra el señor Buckingham y Albion, lo cual le daba derecho a retener el pago en virtud del acuerdo de compraventa.

Tras la correspondencia de los abogados, Albion y EIGL acordaron que EIGL pagaría incondicionalmente 20 millones de dólares americanos a Albion y que los 13,3 millones de dólares restantes se mantendrían en depósito en garantía, de conformidad con un acuerdo de depósito en garantía.

---

355 Albion Energy Ltd vs. Energy Investments Global BRL [2020] EWHC 301 (Comm) (14 February 2020). Consultado en: http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2020/301.html.

Las partes del acuerdo de depósito en garantía fueron Albion, EIGL y el señor Buckingham (pero no las otras tres partes del contrato de compraventa).

El contrato de depósito en garantía estipulaba que las partes intercambiarían información, intentarían resolver la disputa y no iniciarían los procedimientos antes de una fecha específica.

El acuerdo de depósito en garantía estipulaba expresamente que el pago en depósito en garantía se realizaba sin perjuicio de los derechos legales de las partes en virtud del contrato de compraventa.

La cláusula de resolución de disputas en el acuerdo de custodia estipulaba:

> Cualquier disputa o diferencia (ya sea contractual o no contractual) que surja de o en conexión con el acuerdo de depósito en garantía (incluyendo sobre su existencia, validez, interpretación o terminación) será referida y finalmente resuelta por arbitraje [en Londres bajo las Reglas de la CCI].

Vemos, pues, que el caso refiere a una demanda de sentencia sumaria en el Tribunal Superior de Inglaterra, presentada por el vendedor de acciones contra el comprador por un pago pendiente adeudado en virtud del contrato de compraventa.

El contrato contenía una cláusula de jurisdicción exclusiva de los tribunales ingleses.

No obstante, después de que se ejecutó el acuerdo (y antes de que comenzara la demanda judicial), las partes acordaron retener el pago en disputa en custodia para intentar resolver la disputa.

El contrato de custodia contenía una cláusula de arbitraje, que preveía el arbitraje de la CCI con sede en Londres.

La pregunta relevante ante el tribunal era si el convenio arbitral en el contrato de cuenta en garantía podía primar sobre la cláusula de jurisdicción del contrato de compraventa.

Si lo hiciera, la demanda judicial del vendedor se habría iniciado en violación del convenio arbitral y sería suspendida por el tribunal en virtud del artículo 9 de la Ley Inglesa de Arbitraje.

El tribunal determinó, después de analizar los documentos contractuales, que el convenio arbitral en el contrato de cuenta en garantía no reemplazaba la cláusula de jurisdicción en el contrato de compraventa.

Por lo tanto, la corte inglesa se negó a suspender los procedimientos judiciales en virtud de la ley de arbitraje de ese país.

Por otro lado, tenemos una decisión distinta de la corte en Queensland. El caso Queensland en Bulkbuild Pty Ltd. vs. Fortuna Well Pty Ltd. & Ors, versa sobre la decisión de la Corte Suprema de Queensland[356] y brinda orientación sobre si un convenio arbitral es «incapaz del ejecutarse» en el contexto de la Ley de Arbitraje Comercial de 2013 de Australia.

El caso involucró un contrato de construcción de diseño y construcción, que incluía una cláusula de resolución de disputas en que las partes acordaron someter las disputas a arbitraje.

El demandante (Bulkbuild) inició una acción en el Tribunal Supremo de Queensland contra, entre otros, el propietario, en virtud del contrato de construcción (Fortuna).

[356] Bulkbuild Pty Ltd vs. Fortuna Well Pty Ltd. & Ors [2019] QSC 173. Consultado en: https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2019/173

Por su lado, Fortuna solicitó una orden de suspensión del proceso entablado en su contra sobre la base de que el contrato contenía un convenio arbitral válido.

El artículo 8 de la ley establece que mientras exista un convenio arbitral que no sea nulo o sin efecto, inoperante o incapaz de ejecutarse, el tribunal debe remitir a las partes a arbitraje.

Bulkbuild argumentó que el acuerdo era «incapaz de ser cumplido» a efectos de la sección 8 de la Ley de Arbitraje. La reclamación de Bulkbuild contra Fortuna surgió de cuestiones de hecho similares a su reclamación contra un segundo y tercer demandado en el mismo procedimiento.

Como resultado, Bulkbuild sostuvo que habría un riesgo de diferentes determinaciones fácticas si su reclamo contra Fortuna fuera determinado por arbitraje, pero sus reclamos contra los otros acusados determinados por un tribunal judicial.

El juez Bowskill dio poca importancia a este argumento, encontrando que tener dos procedimientos separados que involucren circunstancias fácticas similares sería un «mero inconveniente» que no haría que un convenio arbitral «no pudiera ser ejecutado».

El juez también se refirió a las circunstancias en las que un convenio arbitral puede ser «incapaz de ejecutarse» según la sección 8 de la ley, que refiere: cuando hay lenguaje contradictorio en el contrato que indica una intención de litigar (en lugar de arbitrar); si un árbitro específico se indica en un contrato que en el momento de la disputa ha fallecido o no está disponible; y si el convenio arbitral es en sí mismo demasiado vago, confuso o contradictorio para ser ejecutado.

Este caso destaca que la perspectiva de conclusiones fácticas inconsistentes en diferentes foros de resolución de disputas no es suficiente para hacer que un convenio arbitral sea «incapaz de ejecutarse».

4. INCERTIDUMBRE

Este tipo de patologías van por el extremo en el que no se puede evidenciar la real voluntad de las partes puesto que la imprecisa redacción del convenio arbitral es susceptible de generar incertidumbre sobre lo que las partes realmente quisieron acordar.

Un ejemplo de esto se puede apreciar en el fraseo que, a título de ejemplo, citamos a continuación: «En el caso de cualquier disputa no resuelta, el asunto se remitirá a la Cámara de Comercio Internacional». El problema con la cláusula anterior es que no se hace referencia al mecanismo de resolución de disputa. ¿Será arbitraje o quizá mediación?

Otro ejemplo: «En caso de disputa, las partes se comprometen a someterse a arbitraje, pero en caso de litigio, el Tribunal de la Seine tendrá jurisdicción exclusiva».[357]

El problema con todas las cláusulas o convenios arbitrales patológicos radica en que, dependiendo del vicio en la redacción de los mismos, en el peor escenario lo que podrá ocurrir es que la cláusula sea tan defectuosa que no pueda ser ejecutada como un convenio arbitral y como consecuencia de ello el único con jurisdicción sea el Poder Judicial.

Como se ha mencionado, todo dependerá de qué tan sofisticadas sean las cortes nacionales de cada país y el grado de una cultura en favor del arbitraje.

---

357 Ver CRAIG, Laurence; PARK, William y PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration.* Oceana, 2000, tercera edición, p. 128.

A modo de ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos de América ha razonado en general que:

> […] la invalidez de una disposición dentro de un convenio arbitral no invalida necesariamente sus otras disposiciones […] [No existe] vínculo mágico entre las disposiciones de arbitraje que evite que se separen entre sí; por tanto, en estos casos sólo se procede a separar las disposiciones inválidas o patológicas del convenio arbitral y se ejecutan las demás provisiones.[358]

Dentro de este tipo de patologías también podemos considerar aquellas cláusulas o convenios que son calificados como asimétricos.

Cuando ambas partes dentro de una relación contractual y arbitral tienen indiferentemente la potestad de iniciar un arbitraje se puede considerar una cláusula simétrica, toda vez que ambas partes cuentan con un mismo derecho.

Pero no resultan pocas las veces en que los convenios arbitrales no son equitativos para ambas partes y, por el contrario, otorgan distintos beneficios y obligaciones para cada una de ellas.

El caso clásico es donde sólo una de las partes tiene derecho a someter las disputas a arbitraje, pero la otra debe litigar.

Tales cláusulas asimétricas se utilizan con frecuencia en transacciones financieras, donde una parte desea ser demandada sólo en el foro de su elección (como su jurisdicción de origen), pero a la inversa desea la flexibilidad, para hacer cumplir la seguridad y perseguir activos contra la otra parte, siempre que sea posible.

Desde luego que la ejecución y el reconocimiento de cláusulas asimétricas ha probado ser un desafío continuo en diversas jurisdicciones.

---

358 BORN, Gary, Treatise, p. 915.

En algunas jurisdicciones, existe la percepción de que se apartan del principio fundamental del acuerdo entre las partes, por ejemplo, en China, tales cláusulas están prohibidas.

Sin duda, al elaborar una cláusula de este tipo hay que ser conscientes de las posibles dificultades y contingencias que se presentarían si se tratase de ejecutar o forzar un juicio o un arbitraje.

A continuación, podemos apreciar distintos resultados para cláusulas similares, dependiendo de la jurisdicción.

El Tribunal de Apelación de Singapur confirmó hace pocos años la validez de una cláusula asimétrica en Dyna-Jet Pte Ltd. contra Wilson Taylor Asia Pacific Pte Ltd.[359] La cláusula disponía que en la elección de una de las partes (Dyna-Jet), ella tenía la potestad de remitirla a arbitraje. Por lo tanto, la cláusula no sólo era asimétrica y «carecía de reciprocidad», sino que era opcional, en el sentido de que dependía de una elección realizada por Dyna-Jet. Esta fue la primera vez que el tribunal de apelación se pronunció sobre la validez de un convenio arbitral asimétrico, según la ley de Singapur. Manteniendo la decisión del Tribunal Superior, el tribunal de apelación sostuvo que la cláusula de resolución de disputas era un convenio arbitral válido.

El tribunal sostuvo que al establecer la validez del convenio arbitral es «indiferente» que la cláusula de arbitraje sea asimétrica y que el arbitraje de una disputa futura sea completamente opcional, en lugar de imponer a las partes una obligación inmediata de arbitrar sus disputas.

De una manera similar, los tribunales ingleses tienen la posición de que las cláusulas asimétricas son ejecutables y totalmente válidas.

---

359 Court of Appeal - Civil Appeal n.º 71 of 2016 (Suit n.º 1234 of 2015) Sundaresh Menon CJ, Judith Prakash JA, Steven Chong JA, 17 April 2017.

El caso NB Three Shipping contra Harebell Shipping[360] se refería a una solicitud para suspender el procedimiento de arbitraje en virtud de una cláusula asimétrica.

El propietario del buque tenía derecho a recurrir al arbitraje, pero el fletador sólo podía recurrir a la jurisdicción judicial. Morison J. señaló que la cláusula otorgaba «mejores derechos» a los armadores, pero se negó a suspender el arbitraje.

En Francia ocurrió algo similar en el caso Apple,[361] en el que la Corte de Casación aclaró su posición. El tribunal dio efecto a una cláusula que ofrecía una elección bastante limitada al beneficiario de la opción, es decir, entre los tribunales irlandeses el tribunal de la sede corporativa del revendedor (Francia) o «cualquier jurisdicción donde se produzca un daño [al revendedor]».

El tribunal llegó a su conclusión sobre la base de que tal cláusula era previsible, ya que la opción permitía identificar las jurisdicciones ante las cuales se podía entablar la acción.

A la luz de esta última decisión, la mayoría de académicos y profesionales opinan que las cláusulas asimétricas son válidas según la ley francesa, siempre que la elección ofrecida al beneficiario de la opción sea objetivamente limitada y predecible.

En contrapartida, tenemos el caso de la India. La regla general en esta jurisdicción es que debe existir una reciprocidad en un acuerdo de arbitraje.

El Tribunal Superior de Nueva Delhi sostuvo que una cláusula de arbitraje asimétrica no es válida (Union of India contra Bharat Engi-

360 NB Three Shipping Ltd vs. Harebell Shipping Ltd. England and Wales High Court (Commercial Court) (13 October, 2004).

361 Cour de cassation, civile, Chambre civile 1, 7 octobre 2015, 14-16.898, Publié au bulletin.

neering Corporation ILR 1977 Delhi 57). No obstante, el Tribunal Superior de Calcuta confirmó posteriormente la validez de una cláusula de arbitraje asimétrica (New India Assurance Co. Ltd. contra Central Bank of India & Ors).[362] El Tribunal Superior de Calcuta se negó expresamente a adoptar el razonamiento del Tribunal Superior de Nueva Delhi y sostuvo que una cláusula de arbitraje asimétrica constituye un convenio arbitral válido desde el principio, aunque sólo puede ser ejecutado por la parte con la opción de arbitrar.

Como se puede apreciar respecto de las cláusulas patológicas en general, su ejecución o validez variará de una jurisdicción a otra.

Es imposible aplicar un criterio unánime, pues mucho dependerá de qué tanta relevancia y autonomía tenga el arbitraje como jurisdicción autónoma en cada región.

Sin duda, legislaciones más sofisticadas y con una mayor cultura arbitral tenderán a validar y a respetar el acuerdo de las partes, aun cuando éste pudiera ser asimétrico. Pero en otras jurisdicciones más formalistas y con cierta reticencia a aceptar el arbitraje, lo más probable es que este tipo de cláusulas no prosperen y terminen siendo declaradas inválidas.

Algunos tribunales, como los de India y China, se sienten incómodos con la propuesta de una falta de reciprocidad entre las partes o que una de las partes pueda estar en desventaja al elegir un foro de resolución de disputas.

Otros países, como Inglaterra y Francia suelen tener una visión más permisiva, dando a las partes más libertad para elegir cómo resolver sus

362 Calcutta High Court New India Assurance Co. Ltd. vs. Central Bank Of India And Ors. on 23 August, 1984.

disputas y estando más dispuestos a permitir la asimetría entre los derechos de las partes.[363]

Se trata de un tema sumamente discutible, por cierto.

5. NO POR MUCHO MADRUGAR SE AMANECE MÁS TEMPRANO

No cabe duda de que la vocación del arbitraje es que los procesos de esta naturaleza tengan una duración menor de aquélla que ostentan los procesos judiciales. Es, precisamente, la rapidez uno de los puntos característicos y diferenciales del arbitraje con respecto a los casos de la jurisdicción ordinaria.

No obstante, es también sabido que en no pocos casos los procesos arbitrales prolongan más de lo previsto su duración en el tiempo. Es así que en algunos casos tenemos arbitrajes que duran cinco, seis o siete años, es decir, más o menos lo mismo que un proceso judicial.

¿Y cuáles son los factores que conducen a que se prolongue la duración de un proceso arbitral? Consideramos que la primera causa obedece a cuando la parte demandada asume una actitud hostil en el proceso.

Generalmente, estas situaciones se presentan cuando el demandado necesita prolongar el proceso porque sabe que no le asiste la razón y, en tal sentido, echará mano de cuanto recurso o argumento tenga a su alcance. De esta forma, recusará infinita y sucesivamente a todos y cada uno de los árbitros e interpondrá recurso de reconsideración sobre cuanta resolución expida el tribunal arbitral. Es evidente que, en estos casos, la actitud hostil de una de las partes hará que el proceso tome una duración mucho más considerable de la debida.

---

363 Petit, Sherina, Chung Katie, Panov Andrey, Robert Marc, Grant Benjamin, Nosherwan H Vakil, Advocate, High Court Bombay, Norton Rose Fullbright Asymmetric Arbitration Agreements. International Report 2017- Issue 9.

Otra de las razones por las cuales los procesos arbitrales terminan durando más de la cuenta es el ofrecimiento de numerosos medios probatorios que no resultan de actuación inmediata, tales como declaraciones testimoniales, declaraciones de parte y, sobre todo, pericias. La elaboración de las pericias requiere, a menudo, de lapsos bastante considerables, siendo usual que con respecto a una materia de orden técnico cada parte presente una pericia a cuyo efecto deberá programarse la referida audiencia de sustentación de informes periciales en la que los peritos, además de ser examinados por las partes y por el tribunal, procederán a debatir entre ellos.

Pero la materia pericial prolongará sobre todo la duración de los procesos arbitrales, cuando el tribunal se vea en la obligación de ordenar una pericia de oficio, lo que suele ocurrir cuando el colegiado no ha despejado sus dudas y no ha hecho fe de alguna de las pericias ofrecidas y actuadas por las partes. La sola ubicación y designación de un perito que no tenga conflicto de intereses con las partes determinará el empleo de semanas y hasta meses.

Otro motivo fundamental que contribuye en muchos casos a la demora de los arbitrajes es el débil compromiso de los árbitros que decidirán la disputa. No es inusual que una vez comenzado el arbitraje y llegada la hora de llevar a cabo las audiencias nos encontremos con que uno de los árbitros no tiene disponibilidad de tiempo debido a una recargada agenda.

Que los tres árbitros, en caso estemos ante un tribunal arbitral colegiado, se pongan de acuerdo suele ser una labor muy complicada, más aún si los árbitros son de distintos países, lo cual implicará que deban comprar pasajes de avión, hacer reservas de hoteles y coordinar con mucha anticipación las diligencias.

Adicionalmente, no han sido pocos los casos en que los árbitros demoren injustificadamente el progreso del proceso arbitral y, finalmente, emitan un laudo en un plazo desproporcionado. Felizmente, hoy en día la mayoría de instituciones arbitrales sancionan la inactividad de los árbitros.

Pero en el ámbito de los arbitrajes *ad hoc*, al no tener una institución que fiscalice la labor de los árbitros, resulta mucho más común su poca diligencia.

Ahora bien, este fenómeno de la duración desproporcionada de algunos arbitrajes ha producido que existan abogados que opten por intentar solucionarlo de la manera menos positiva, estableciendo convenios arbitrales con plazo máximo de duración del proceso.

El plazo máximo, de por sí, conlleva un riesgo muy grande en la medida que si tenemos una parte hostil, ella podrá hacer todo lo posible para que el tribunal no logre laudar dentro del plazo y, por tanto, para que se configure una causal de anulación de laudo arbitral.

Y peores son los casos en los cuales en el convenio arbitral se establecen plazos máximos tan breves que resultan incompatibles con la aplicación del propio reglamento arbitral al que se someten las partes. Por ejemplo, si las partes pactan un arbitraje institucional en la Cámara de Comercio de Lima y, por tanto, se aplicarán al mismo las normas del reglamento arbitral de dicha institución, lo primero que tendrán que hacer quienes redacten el contrato y el convenio arbitral será fijarse en que si desean establecer un plazo máximo de duración para el arbitraje, éste deba calzar dentro de las normas del propio centro de arbitraje elegido.

En una oportunidad me correspondió ser árbitro en un proceso en el cual las partes habían convenido que el arbitraje tendría una duración máxima de noventa días calendario, incluida la notificación del laudo,

pero no se habían percatado en que si consideraban los plazos del reglamento arbitral del centro de arbitraje escogido, la duración mínima del proceso se prolongaría a ciento cincuenta días hábiles. Obviamente, el tema terminó con la recusación de los árbitros por haber excedido el plazo de noventa días, negándose la parte demandada a aplicar el reglamento que las propias partes escogieron y que no establecía un plazo máximo de duración para el proceso.

En este caso, no nos cabe duda de que quienes redactaron el convenio arbitral no habían leído el reglamento de ese centro de arbitraje ni, mucho menos, habían realizado el cómputo de los plazos respectivos, de lo contrario no habrían redactado ese convenio arbitral patológico.

También suele ocurrir en este tipo de convenios arbitrales que se acuerde expectativas poco realistas en la redacción de los mismos, cuando el procedimiento se divide en una serie de etapas a las que se asigna un breve período de tiempo para su realización. Se trata de una cuestión doblemente preocupante, pues por un lado es el tiempo y, por otro, el desenvolvimiento de las etapas específicas.

Sabemos que el arbitraje a nivel mundial es considerado como el método de solución de controversias más rápido, sobre todo cuando se le compara con el litigio ordinario; sin embargo, esto no significa que las partes obtendrán una resolución inmediata de su disputa.

Sólo en circunstancias especiales, como cuando se necesita medidas provisionales para proteger bienes o derechos intelectuales, y para evitar retrasos en los proyectos de construcción se aceptan plazos estrechos.

Con respecto a aquellos acuerdos arbitrales que imponen etapas específicas a ser aplicadas al potencial proceso arbitral, es decir, aquellos con un cronograma estricto para presentar los escritos, formas de conducir la presentación de documentos, audiencias, etc., tales convenios arbitrales se consideran contraproducentes, pues significaría que a los

árbitros no se les permitirá usar su discreción mientras dirigen el proceso, tal como se indicó en el caso antes citado.

El siguiente es un ejemplo de una cláusula de arbitraje con expectativas poco realistas:

> El demandante nombrará a su árbitro cuando inicie el procedimiento. El demandado entonces nombrará a su árbitro dentro de los siete (7) días, y los dos así nombrados nombrarán al tercer árbitro, quien actuará como presidente, dentro de los siete (7) días de la selección del segundo árbitro. Las audiencias comenzarán dentro de los quince (15) días posteriores a la selección del tercer árbitro y no concluirán más de tres días después. El árbitro emitirá su laudo dentro de los siete (7) días posteriores a la conclusión de las audiencias.[364]

Un potencial resultado de una cláusula patológica como aquella que acabamos de transcribir puede terminar tornando inoperativo el acuerdo de arbitraje, considerando las ridículas expectativas de las partes al redactar el convenio arbitral. Lógicamente, no habrá tribunal arbitral que sea capaz de cumplir con esos plazos vejatorios y lo más probable es que las partes terminen litigando ante el Poder Judicial.

6. MÁS VALE MALO CONOCIDO QUE BUENO POR CONOCER

Cuando dos partes celebran un contrato que incluye un convenio arbitral, ellas se encuentran en perfecta armonía, pues, por lo general, están iniciando una relación contractual sobre la que han depositado sus mejores expectativas y, claro está, cada una de las partes tiene fe en el cumplimiento de las obligaciones de la contraria.

Dentro de ese espíritu de armonía resulta frecuente que los contratantes decidan establecer en el convenio arbitral los nombres de las per-

---

364 TOWNSEND, John. «Arbitration clauses: Avoiding the seven deadly sins». En *Dispute Resolution Journal*, febrero-abril 2003, volumen 58, p. 32.

sonas que, de producirse una controversia, eventualmente desempeñarían el cargo de árbitros. De más está decir que escogerían de consenso a todos los miembros del tribunal y que, incluso, indicarían quién ejercería el cargo de presidente. En tales casos se aprecia también que en algunos supuestos las partes no sólo designan a los miembros del futuro tribunal arbitral, sino que también acuerdan los nombres de quienes podrían suplirlos si se produjera su no aceptación.

No somos partidarios de este tipo de convenios arbitrales, debido a varias razones.

La primera de ellas consiste en que necesariamente va a mediar un lapso entre la celebración del convenio arbitral y el surgimiento de la controversia (inicio del arbitraje), lo que determinará el riesgo latente de que alguno de los designados muera o resulte incapacitado o, claro está, la eventualidad de que no acepte desempeñar el cargo de árbitro.

Todas estas situaciones desequilibrarían la lógica de un convenio arbitral de estas características e, incluso, podrían llevar a la situación en que la lista de árbitros y sus eventuales suplentes resulte incompleta.

Pero, además, las partes que celebran el convenio arbitral deberían ser conscientes de que la confianza y cercanía que tienen con quienes designan como árbitros de manera preliminar no necesariamente se va a mantener en el futuro, específicamente, al momento en que surja la controversia.

Podría ocurrir, en estos casos, que el tiempo haya distanciado la relación entre una de las partes y uno de los futuros árbitros o que, por el contrario, dicha relación se haya tornado mucho más cercana de lo debido.

Dentro de tal orden de ideas, nuestro consejo es que los convenios arbitrales no incluyan nombre alguno de los futuros árbitros que tendrán que resolver las controversias que surjan entre las partes.

Un importante caso que puede ilustrarnos sobre este tipo de patologías en el convenio arbitral es el famoso proceso Jivraj vs. Hashwani. El mismo involucraba un acuerdo de *joint venture* que estipualaba en su cláusula de arbitraje que los árbitros debían ser miembros de la comunidad Ismaili.

Cuando surgieron disputas, el señor Hashwani notificó al señor Jivraj su intención de nombrar a un árbitro que no perteneciera a la comunidad Ismaili. Jivraj solicitó a la corte judicial inglesa que tal nombramiento debía declararse inválido, de acuerdo con los términos originales del convenio arbitral.

Luego, Hashwani solicitó una sentencia que validara el nombramiento sobre la base de que tal requisito, aunque legal en el momento en que se firmó el acuerdo, constituía discriminación religiosa, en el contexto de un empleador que determina a quién debe ofrecer empleo bajo la Ley de Igualdad en el Empleo.

La Corte Suprema inglesa decidió que los árbitros no eran empleados, a los efectos de la Ley de Igualdad en el Empleo y concluyó que los árbitros son proveedores independientes de servicios que no están en una relación de subordinación con la persona que recibe los servicios y, como «adjudicadores cuasijudiciales», el propósito es «la resolución imparcial de la disputa entre las partes de acuerdo con los términos del convenio».

Por tanto, la cláusula arbitral, según la Corte Suprema inglesa, sí era considerada válida. Ahora bien, independientemente de los criterios que utilizó la Corte de Apelaciones y, finalmente, la Corte Suprema, es evi-

dente que el limitar la elección de un árbitro a que necesariamente pertenezca a una religión en particular (que no tenga numerosos creyentes) es casi igual que el supuesto que ya hemos analizado consistente en señalar en el convenio arbitral a un árbitro con nombre y apellido. Los efectos pueden ser igual de nocivos para el inicio de un arbitraje.

En el caso que venimos tratando, de no haberse redactado una cláusula tan cerrada respecto a los requisitos y cualidades de los árbitros no se hubiera perdido varios años ante la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema de Inglaterra.

7. A LO SEGURO, SEGURO

Uno de los aspectos más importantes que debe revestir el convenio arbitral es el de decidir si el arbitraje será institucional o *ad hoc*.

Si fuese *ad hoc*, resultará claro que el proceso será administrado, probablemente, en las oficinas del presidente del tribunal arbitral o en algunas otras que puedan brindar este servicio y que, para tal efecto, disponga el propio tribunal.

En caso se opte por el arbitraje institucional lo recomendable es que las partes designen una institución arbitral que tenga trayectoria en el tiempo y que ésta sea sólida y honesta.

Si bien nadie es dueño del futuro, resulta razonable pensar que centros de arbitraje de larga y seria trayectoria seguirán teniendo existencia en similares términos. Obviamente, podría ocurrir lo contrario, sea porque pongan fin a sus actividades o porque se tuerza el recto actuar de sus funcionarios. No obstante debemos asumir que una situación de estas características resultaría poco probable, pero no imposible.

En ese sentido, sería arriesgado colocar en un convenio arbitral institucional la mención de un centro de arbitraje recién creado habida

cuenta de que ello sería una completa apuesta al futuro, un salto al vacío, finalmente.

No son pocos los ejemplos de centros de arbitrajes que se crean y desaparecen en pocos años o que sólo siguen existiendo en el aspecto meramente formal.

Del mismo modo, existen centros de arbitraje que han sido creados con las mejores intenciones, pero donde la falta de una sólida institucionalidad ha hecho que devengan en organismos altamente contaminados por prácticas que deberían ser ajenas al arbitraje.

Lo anterior suele suceder mucho en el Perú donde, lamentablemente, el aumento del número de centros de arbitraje en los últimos años ha sido de manera exponencial.

Esto no ocurre en el mundo de los arbitrajes internacionales, puesto que las instituciones arbitrales serias son pocas y además son reconocidas en cada región.

A modo de ejemplo, en Europa y Asia las principales instituciones arbitrales son la Cámara de Comercio Internacional (CCI) con sede en París, el Centro Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC), entre otros pocos.

Vemos que cada país cuenta con un centro de arbitraje insignia que representa a toda una región, pero en el Perú tenemos que por ciudad o región existen diversas instituciones arbitrales.

Un caso ilustrativo a este respecto ocurrió en Argentina. Las partes habían acordado arbitrar sus disputas bajo el Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Cuando surgió una disputa, dicho centro se encontraba inoperativo y la institución se negó a arbitrar.

El tribunal judicial dictaminó que, dado que las partes habían elegido una institución arbitral (en el momento inaccesible), el convenio arbitral no era ejecutable en absoluto y la disputa que debía resolverse en la corte (Poder Judicial argentino).[365]

Una situación similar sería solucionada en el Perú, considerando que el arbitraje tendría naturaleza *ad hoc*, ello en virtud de lo dispuesto por el artículo 7 inciso 3 de la Ley de Arbitraje. Pero para llegar a este puerto, el camino puede resultar muy largo, tal como será analizado por nosotros en el siguiente acápite de este trabajo.

8. INFORMARSE PRIMERO, ESCRIBIR DESPUÉS

Aunque parezca mentira, una de las dificultades que hemos podido apreciar de manera reiterada en la práctica arbitral es aquella donde quienes redactan el contrato, específicamente el convenio arbitral, no tienen el menor cuidado en colocar de manera adecuada el nombre del centro de arbitraje escogido, ya sea porque lo tomaron de algún documento en donde estaba mal escrito, sea porque no tienen idea del tema o porque, simplemente, apelaron a la memoria y ella los traicionó.

Recordamos mucho un caso en el cual el convenio arbitral decía que las partes se sometían a las reglas y administración del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En un caso como éste, queda claro que no existe centro de arbitraje alguno con ese nombre, pues hay uno que es el de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC PUCP) y hay varios pertenecientes a distintas Cámaras de Comercio.

---

365 TRIBUNAL CIVIL DE APELACIONES DE BUENOS AIRES. *Fernández Gallardo vs. Morales, 27 de agosto de 1999*. En *Revista Jurisprudencia Argentina*, 16 de agosto de 2000.

En ese sentido, el referido convenio arbitral patológico ofrecía un grave problema para el inicio del arbitraje, pues la futura parte demandante nunca iba a poder solicitar el inicio del proceso a una institución que coincidiera con el nombre escogido por los contratantes, y queda claro que si la parte demandante escogía el centro de arbitraje de la PUCP, la parte demandada podría efectuar las articulaciones procesales administrativas correspondientes ante el mismo para deducir su incompetencia. Lo propio hubiera ocurrido si el demandante hubiese escogido el centro de arbitraje de alguna Cámara de Comercio.

Se podrá decir que en estos casos resultaría de aplicación la norma pertinente de la Ley de Arbitraje que señala que en caso el centro de arbitraje escogido no exista se entenderá que el arbitraje es *ad hoc*. Concretamente, el inciso 3 del artículo 7 establece: «En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es *ad-hoc*. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes».

Pero la aplicación de la citada norma legal no se produciría de manera automática, pues aunque así lo quisiese la futura parte demandante al solicitar el arbitraje, queda claro que la parte emplazada podrá recurrir a todas las articulaciones procesales del caso para dilatar lo más posible el inicio de un proceso que ella no ha iniciado y que, de seguro, no le conviene.

Dentro de tal orden de ideas, no sería raro que la demora causada al proceso arbitral por la cláusula patológica pueda ser de varios meses o incluso de un año.

9. UNO MÁS UNO, DOS

En la vida profesional también hemos apreciado convenios arbitrales defectuosos en lo que respecta al número de árbitros indicado en ellos.

Como sabemos, lo más usual es que los convenios arbitrales señalen que el número de árbitros será de tres, estableciendo que cada una de las partes designará un árbitro y que los dos árbitros escogidos elegirán al presidente del tribunal.

No obstante, aunque en menor medida, también hay convenios arbitrales que establecen tribunales arbitrales unipersonales, para lo cual ambas partes tendrían que ponerse de acuerdo en la designación del árbitro único o, en su defecto, el mismo será designado por el órgano administrativo de la correspondiente institución arbitral.

Pero todo ello no significa que deba darse como valor entendido el que los tribunales serán de tres árbitros o de un árbitro, ya que la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que los tribunales estén compuestos por cualquier número de árbitros, incluidos los números pares.

Así, se nos viene a la memoria un convenio arbitral en el cual sólo se estableció que cada parte designaría a un árbitro, pero no se dijo más.

En ese sentido, la parte demandante consideraba que entre los dos árbitros deberían elegir al presidente y, por tanto, que se trataría de un tribunal de tres.

No obstante, la parte demandada sostenía que el tribunal debía ser sólo de dos árbitros, pues las partes no habían establecido la existencia de un tercer miembro del tribunal. Pero el artículo 19 del Decreto Legislativo n.º 1071, establece que a falta de acuerdo o en caso de duda, los tribunales serán de tres árbitros, norma que sería aplicable al caso.

Recordamos que en el mencionado proceso, felizmente, el problema no llegó a mayores, dado que los dos árbitros persuadieron a la futura parte demandada de la pertinencia de que el tribunal arbitral esté compuesto por tres árbitros, lo que finalmente ocurrió.

Ahora bien, claro está que las partes tienen toda la libertad de decidir que su tribunal estará compuesto por un número par de árbitros, lo que significa que bien podrían pactar que el futuro tribunal sólo tenga dos miembros.

Y ello estaría bien, pero deberían adoptar las previsiones para que ambos árbitros sean designados por una institución arbitral, de manera tal que la designación de los mismos no pase por las manos de cada una de las partes.

Decimos esto en la medida que, conforme a las reglas de la propia Ley de Arbitraje, uno de esos dos árbitros deberá ser el presidente del tribunal y, no olvidemos, conforme al artículo 52 de la propia ley, el presidente del tribunal tiene determinadas prerrogativas por sobre sus otros integrantes, tales como que, en caso de empate, su voto puede definir el sentido del laudo, más allá de las facultades inherentes de dirección cotidiana del proceso que le otorga la propia ley.

En este sentido, resultaría necesario que de ser par el número de árbitros ellos no sean designados directamente por las partes, pues en ese caso, necesariamente, uno de ellos sería el presidente, lo que significaría que una de las partes habría salido beneficiada de manera indirecta —al menos en el terreno formal— con la conformación del tribunal.

10. LO QUE ABUNDA, SÍ DAÑA

A lo largo de los años hemos podido apreciar también que el celo de los abogados encargados de redactar los convenios arbitrales se extiende a

las calificaciones que deberán reunir los miembros del futuro tribunal arbitral.

En ese sentido, recordamos mucho un convenio arbitral que establecía lo siguiente:

> […] Los miembros del tribunal arbitral deberán contar, necesariamente, con las siguientes calificaciones:
>
> - Tener título de abogado;
> - Ser doctor en derecho;
> - Tener más de cuarenta y cinco años;
> - Haber egresado de las universidades X, Y o Z;
> - Ser conciliador acreditado por el Minjus; y
> - Acreditar un conocimiento avanzando del idioma inglés.

No cabe duda de que en la redacción del convenio transcrito, los abogados de las partes se esmeraron en resaltar las calificaciones que de manera conjuntiva deberían reunir los futuros miembros del tribunal, pero dudamos mucho que hayan reflexionado seriamente sobre los alcances de su contenido.

En primer lugar, debemos decir que el referido arbitraje era nacional y de derecho, y ambas partes eran empresas constituidas en el Perú por socios fundamentalmente peruanos.

Siendo un arbitraje comercial, nacional y de derecho, la propia Ley de Arbitraje establece que los árbitros deberán ser abogados, de manera tal que resultaba redundante señalar que los árbitros deberían tener el título de abogado, pero si se quiere ser generoso, tampoco estaba mal efectuar dicha precisión.

El segundo requisito pactado era que los árbitros tuviesen el grado académico de doctor en derecho, situación que, a nuestro entender innecesariamente, reducía de manera notable el ámbito de las personas que podían ser designadas árbitros, ello teniendo en cuenta que sólo una minoría de abogados ostenta el grado de doctor en derecho. El referido grado podrá ser muy importante para asuntos de orden académico, pero no resulta necesario a efectos de resolver una controversia en arbitraje.

Así, las futuras partes litigantes desaprovecharán una magnífica oportunidad de escoger como árbitros a profesionales muy capaces y entendidos en la materia controvertida y que no tengan el grado de doctor en derecho.

El tercer requisito, vale decir, el de tener más de cuarenta y cinco años, puede haber sido colocado en razón a la experiencia vivida en la profesión, pero el tener determinada edad no significa que se haya ejercido de una manera más intensa o prolongada la profesión de abogado. Podríamos tener a alguien de treinta años que ejerza la profesión hace seis, como a alguien de cuarenta y cinco que la ejerza hace uno o que nunca la haya ejercido.

En cuarto lugar, el convenio arbitral establecía que los árbitros deberían haber egresado de cualquiera de tres universidades, que se señalaba taxativamente. Entendemos que se procedía de esta manera para distinguir a los profesionales egresados de esas casas de estudios por tener determinado prestigio; sin embargo, el prestigio de las universidades no garantiza, necesariamente, la idoneidad del profesional egresado de sus aulas. Por lo demás, esa restricción ponía fuera del abanico de posibilidades a una serie de profesionales muy capaces y conocedores de la materia en controversia, a quienes nunca se les podría designar como árbitros por un requisito inútilmente incluido en el convenio arbitral.

En quinto lugar, el convenio arbitral exigía que los árbitros fueran conciliadores acreditados por el Ministerio de Justicia (hoy, Ministerio

de Justicia y Derechos Humanos), requisito evidentemente inútil en la medida que de lo que se trataba era de designar a tres árbitros y no a tres conciliadores. Lo que se iba a desarrollar era un arbitraje, no una conciliación. El incluir este requisito ponía en evidencia que quienes redactaron el convenio arbitral ni siquiera tenían clara la distinción entre un arbitraje y una conciliación.

Finalmente, como sexto requisito, el convenio arbitral establecía que los futuros árbitros deberían acreditar un conocimiento avanzado del idioma inglés.

No cabe duda de que este último requisito constituía un despropósito, por varias razones.

En primer lugar, porque ambas partes eran empresas peruanas, al igual que sus principales accionistas y directivos; en segundo lugar, porque se trataba de un arbitraje nacional y de derecho, lo que implica que el proceso se desarrollará en idioma español; en tercer lugar, aun en el supuesto en que los árbitros designados supieran inglés, el convenio arbitral exigía que acreditaran el conocimiento avanzado de dicha lengua, preguntándonos de qué manera fehaciente se comprobaría el conocimiento avanzado del inglés, situación por demás ambigua.

Como podrá apreciarse fácilmente, el reunir de manera conjuntiva los seis requisitos establecidos en este convenio arbitral, determinaba que el universo de profesionales susceptibles de ser designados como árbitros fuese tan pequeño o incluso inexistente, que al final la parte interesada en llevar adelante el proceso tendrá, de seguro, serios inconvenientes para siquiera poder designar a su propio árbitro.

Tanta relevancia ha tomado el exceso de las calificaciones de los árbitros en el arbitraje que en las directrices de la IBA para redactar una cláusula arbitral válida se menciona que no es aconsejable especificar en dicha cláusula las calificaciones requeridas de los árbitros.

Por lo general, las partes están en una mejor posición en el momento de una disputa para saber si se requiere experiencia y, de ser así, cuál, y cada una permanece libre en ese momento para nombrar un árbitro con las calificaciones deseadas.

La especificación de los requisitos de calificación en el convenio arbitral también puede reducir drásticamente el grupo de árbitros disponibles. Además, una parte que tenga la intención de retrasar el procedimiento podrá recusar a los árbitros sobre la base de los requisitos de calificación.

11. QUIEN ROMPE, PAGA

Resulta también frecuente apreciar en los convenios arbitrales determinadas especificaciones en relación a las costas y costos. Una de ellas está recogida en la siguiente cláusula:

> […] quien solicite el inicio del arbitraje asumirá las costas y los costos del proceso.

El artículo 56, inciso 2 de la Ley de Arbitraje establece que «El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73».

Por su parte, el artículo 73 señala lo siguiente:

> **Artículo 73.- Asunción o distribución de costos**
>
> 1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Cuando el tribunal arbitral ordene la terminación de las actuaciones arbitrales por transacción, desistimiento, declaración de incompetencia o por cualquier otra razón, fijará los costos del arbitraje en su decisión o laudo.

3. El tribunal arbitral decidirá también los honorarios definitivos del árbitro que haya sido sustituido en el cargo, de acuerdo al estado de las actuaciones arbitrales, en decisión definitiva e inimpugnable.

La regla general es que las partes no pacten en su convenio arbitral algo relativo a la asunción de los gastos del proceso. Excepcionalmente, lo hacen y una de las formas en que se suele pactar es establecer que quien solicita el arbitraje pague todo, y nótese que pagar todos los gastos implica no sólo asumir el cien por ciento de los honorarios de los árbitros y del centro de arbitraje o secretario arbitral, sino también asumir la integridad de los honorarios profesionales de los abogados que defiendan a la parte contraria, además de los costos de las pericias y demás elementos a los que haya recurrido para su defensa.

Esta situación, si bien leonina, no es contraria a ley, dado que el propio artículo 73, antes citado, establece en su inciso 1 la regulación de los costos del arbitraje, señalando que tales disposiciones regirán a falta de acuerdo de las partes.

En ese sentido, el acuerdo de partes al respecto constituirá un elemento insalvable para el tribunal arbitral, el mismo que no podría hacer otra cosa que respetar tal acuerdo, por más perjudicial que el mismo resulte con respecto a la parte demandante.

Incluso se llegaría al absurdo de que el demandante, una vez ganado el proceso, tenga que pagar al demandando los gastos en que incurrió, a pesar de que este demandado hubiese sido vencido en toda la línea.

Dentro de tal orden de ideas, recomendamos no celebrar convenios arbitrales de estas características, los mismos que, por razones obvias,

son disuasivos a efectos de exigir el justo cumplimiento de los derechos que asisten a la parte fiel de un contrato.

12. LA ESCALERA AL CIELO

Cuando nos referimos a los convenios arbitrales, en verdad deberíamos hacer alusión a las cláusulas de solución de controversias, pues muchas de ellas no sólo regulan el tema de eventuales arbitrajes, sino también incluyen disposiciones relativas a otros medios de solución de controversias permitidos por la ley, como es el caso de las juntas de prevención y resolución de disputas, la conciliación y la denominada conciliación decisoria.

No nos vamos a referir de manera expresa a la junta de prevención y resolución de disputas (*dispute boards*), pues su inclusión en las leyes de contratación con el Estado data de hace pocos años y no ofrece inconvenientes con respecto al arbitraje.[366]

366 CASTILLO FREYRE, Mario. «Presentación de la obra Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos. "Un nuevo amigo del arbitraje: el Dispute Board"». En *Entre el derecho civil y el arbitraje*. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 35, pp. 477-485:
«Señor doctor César Guzmán Barrón Sobrevilla, Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú;
Señor doctor Roberto Hernández García, coordinador de la obra que hoy presentamos;
Señores doctores Alexander Campos, Jaime Gray y Jerry Brodsky;
Estimados colegas y amigos,
Hace menos de dos meses, César me llamó por teléfono y me preguntó si la *Biblioteca de Arbitraje* de mi Estudio estaría dispuesta a publicar este libro.
De inmediato le contesté que sí, que lo haríamos con mucho gusto, a pesar del breve lapso que mediaba entre esa fecha y aquélla en la cual se debía presentar la obra.
Como saben quienes hoy nos acompañan, la Biblioteca —hasta el día de hoy— había publicado exclusivamente temas de orden arbitral.
Nuestros veintidós primeros volúmenes sólo habían estado dedicados a materias de este orden.
En ese sentido, uno se podría preguntar por qué integrar una obra sobre *dispute boards*, como el volumen 23 de la *Biblioteca de Arbitraje*.
¿Acaso se trata de un cuerpo extraño en la Colección?
Tal vez la respuesta más adecuada sea aquélla que pasa por entender que los *Dispute Boards* no constituyen algo ajeno o, peor todavía, un enemigo del arbitraje, sino que ambos pueden convivir en perfecta armonía.

Digo esto, pues, si bien los dos son medios alternativos de resolución de conflictos, no se trata de instrumentos excluyentes sino complementarios, en aras de la búsqueda de una adecuada ejecución de los contratos y, finalmente, de la obtención del bien común.

Hoy, además, los *dispute boards* ya están instalados de manera oficial en la reciente Ley n.° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (todavía no vigente), publicada en el diario oficial *El Peruano* el día 11 de julio de 2014, como un medio al que las partes pueden recurrir en la contratación de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el futuro reglamento de la ley, teniendo carácter vinculante las decisiones de las juntas de resolución de disputas.

En primer término, debemos precisar que los *dispute boards* no serán aplicables a toda la contratación estatal, pues sólo lo serán cuando las partes así lo acuerden en el contrato, además de reunir los requisitos que establezca el reglamento —como acabamos de señalar— en lo que respecta al valor referencial de las obras.

Es evidente que, dada su naturaleza, los *dispute boards* no son pertinentes para los contratos a través de los cuales el Estado se provee de bienes y servicios, a los cuales tienen que aplicarse, para la solución de sus controversias, ya sea la conciliación o el arbitraje.

Similares consideraciones podemos hacer extensivas a la contratación privada, en la cual las partes siempre han tenido la posibilidad de pactar la presencia de juntas de resolución de disputas, mecanismo relativamente moderno que —con el paso de los años— ha ido adquiriendo presencia en el mundo y que en nuestro país ya ha tenido algunas experiencias notorias y exitosas, aunque cuantitativamente aún poco significativas.

Por lo demás, es evidente que el medio arbitral peruano, más allá de los recelos iniciales que pueda tener con respecto a los *dispute boards*, debería ir comprendiendo que resulta imposible negar las ventajas que ellos tienen como un medio de solución de controversias que acompaña la ejecución misma de la obra y cuyas decisiones son expeditivas e inmediatas.

El arbitraje, dada su naturaleza y por consistir necesariamente en un proceso, con una serie de formalidades y etapas, no puede competir en celeridad con los *dispute boards*, así como tampoco podría evitar la frustración en la ejecución de una obra, cuando lo que se esté discutiendo sean materias en las cuales la solución inmediata del problema o del impasse, será indispensable para la continuación del propio cumplimiento de las obligaciones contractuales.

Es claro también que al no tener los *dispute boards* naturaleza confrontacional, ellos conducen a soluciones mucho más rápidas.

No obstante, los *dispute boards*, cuyo éxito deseamos y auguramos en el Perú, tendrán necesariamente que convivir con el arbitraje y no deberán ser vistos como un sustituto de este medio de solución de controversias.

Entendemos que ése es el sentido del artículo 45 de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, en la medida que el tratamiento de los *dispute boards* se da conjuntamente con la conciliación y el arbitraje.

En segundo lugar, comprendemos que los *dispute boards* ayudarán mucho a que las obras públicas en el Perú comiencen y terminen en tiempo oportuno y que esas pequeñas, medianas o grandes controversias sobre temas puntuales, se solucionen in situ y lo antes posible.

Pero, independientemente de que las decisiones de las juntas de resolución de disputas, tendrán carácter obligatorio, ello no representará obstáculo alguno para que cualquiera de los contratantes que se hubiese sentido disconforme con la resolución del problema por parte de la referida junta, pueda —dentro de los plazos de ley— acudir al arbitraje, para que allí se brinde definitiva solución jurídica a la controversia.

Con esto no estamos señalando que las decisiones de la junta de resolución de disputas no deban estar arregladas a derecho o que deban ser de carácter meramente técnico. Decimos esto, en la medida que la propia ley establece un marco de seguimiento y apego indispensable a la legislación en materia de contratación pública y a la Constitución Política del Perú, no sólo

para el arbitraje y la conciliación, sino para cualquier otro medio de solución de controversias, incluidos los *dispute boards*.

Por otra parte, esta necesaria convivencia entre los *dispute boards* y el arbitraje está marcada por el carácter jurisdiccional que el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política reconoce expresamente al arbitraje, junto con la justicia ordinaria y la justicia militar, al señalar que no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.

En el Perú, pues, no hay una cuarta jurisdicción constitucionalmente reconocida, con lo que se puede deducir fácilmente que los *dispute boards* o juntas de resolución de disputas, sólo tienen en nuestro país el carácter de medio alternativo de resolución de conflictos de naturaleza infra constitucional.

No resulta necesario desarrollar la afirmación anterior, pues ella resulta evidente; pero sí es importante subrayar que la resolución de disputas en los *dispute boards* no constituye lo que el marco constitucional peruano entiende como un proceso jurisdiccional, en sentido estricto, y con todos los alcances que con respecto al mismo ha ido delineando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En ese sentido, los *dispute boards* contienen procedimientos de resolución de disputas, que no alcanzarán la categoría de procesos y —mucho menos— tendrán carácter jurisdiccional.

Pero, a pesar de no constituir un proceso jurisdiccional, sino un procedimiento de orden legal y contractual, las juntas de resolución de disputas deberán observar de manera rigurosa todas las disposiciones constitucionales y la jurisprudencia que el propio Tribunal Constitucional peruano ha dispuesto sobre el respeto al debido proceso, cuya violación constituye —a juicio del máximo intérprete de la Constitución de nuestro país— obstáculo formal insalvable en cualquier procedimiento.

Por otra parte, nos parece muy bien que la nueva Ley de Contrataciones del Estado haya establecido que las resoluciones de las juntas de resolución de disputas tendrán carácter vinculante.

Esto, obviamente, no significa que tales decisiones no sean recurribles frente a instancia alguna, pues, como hemos señalado, la parte que se sienta disconforme con ellas podrá acudir al arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, el recurrir a un proceso arbitral no deberá representar obstáculo alguno para que la decisión de la junta se cumpla rigurosamente, de manera tal que en el proceso se analizará si, de acuerdo a derecho, la decisión de la junta fue o no correcta.

Expresado esto, queda en evidencia que el *dispute board* cumple su función agilizando el desarrollo de la obra, pero la función del *dispute board* en la solución concreta de los problemas que ella presente, se debe circunscribir a aquello que por su propia naturaleza está destinado a resolver, vale decir, que no puede entenderse al *dispute board* como sustituto del arbitraje. Decimos esto pues, más allá de no ser jurisdicción constitucional, emitida que esté la decisión que adopte la junta, aún no habrá habido un proceso de jerarquía jurisdiccional propiamente dicho, en donde se ventile controversia alguna.

Hemos podido conocer datos estadísticos que demuestran que en aquellos países en los cuales ya existe experiencia en *dispute boards*, cuando la parte que no se considera satisfecha ha recurrido a arbitraje, es abrumadoramente mayoritario el número de casos en los cuales los tribunales arbitrales han confirmado lo decidido por las juntas de resolución de disputas.

Sin embargo, creemos peligrosa la afirmación que —entre líneas— algunas veces se deduce de estos datos, a través de la cual se concluye que por tal razón el arbitraje resultaría prácticamente inútil cuando previamente se hubiere desarrollado un *dispute board*.

La utilidad o inutilidad del arbitraje deberá ser decidida con absoluta libertad por las partes contratantes, ya que cada quien es libre de recurrir o no a la justicia arbitral, más aún si ella está

respaldada por el convenio arbitral celebrado por las partes y por la Constitución Política, lo que conduce a que sea la vía contractual, legal y constitucionalmente idónea para poner fin a esa controversia.

De esta manera, no puede pensarse que el litigante que recurra al arbitraje deba ser calificado a priori como un litigante malicioso o alguien que quiera entorpecer «el recto camino de la justicia».

Digo esto, habida cuenta de que las juntas sólo solucionan disputas; y, si administran justicia, ella carece de relevancia jurisdiccional, dado que la Carta Política de 1993 no les reconoce tal categoría.

Así las cosas, y mientras la decisión de la junta de resolución de disputas tenga carácter vinculante, tal como lo establece la ley; y, en el entendido de que esas decisiones pueden ser ejecutadas forzosamente (lo que deberá ser reglamentado cuidadosamente), el arbitraje no deberá ser apreciado como un enemigo del *dispute board*, sino como necesario complemento del mismo.

Queda claro, entonces, que sería ilegal e inconstitucional la creación de cualquier barrera de orden patrimonial, para el acceso al arbitraje, que se pensara instaurar en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Pensamos que cualquier barrera de acceso al arbitraje resultaría no sólo inútil, sino también prejuiciosa e inconstitucional.

Inútil, porque la decisión de la junta de resolución de disputas sería de cumplimiento obligatorio, razón por la cual el futuro arbitraje, hasta antes del laudo, no afectaría dicha decisión (materia que también debería ser objeto de cuidadoso tratamiento en el reglamento de la Ley).

Sería prejuiciosa, porque esa barrera de acceso a la justicia —como ya hemos señalado—, partiría de la idea previa de que quien recurre al arbitraje lo hace única y exclusivamente con propósitos tinterillescos.

Y es obvio, que una norma como ésta sería inconstitucional, ya que, en los hechos, constituiría no sólo un despropósito, pues hasta podría convertirse en una barrera infranqueable para el acceso a la tutela jurisdiccional.

Pero más allá de esto, resultaría necesario pensar que ninguna parte estará dispuesta a arriesgar montos dinerarios destinados a pagos de honorarios arbitrales, como a la administración del proceso y a los servicios de sus propios abogados, sin considerar que tiene una real posibilidad de revertir la decisión emitida por la junta de resolución de disputas.

Sólo un contratista que esté fuera de sus casillas podría actuar de esa manera.

Ahora bien, por el lado de las entidades del Estado, resulta evidente que siempre debería estar abierta la posibilidad de recurrir a hacer valer sus pretensiones en un proceso arbitral. Caso contrario, estaríamos concluyendo —de manera apriorística— que los *dispute boards* son tribunales de justicia, a la par que jurisdicción y última instancia. Y es claro que no lo son.

Naturalmente, toda esta mecánica procesal y de interrelación entre los *dispute boards* y el arbitraje deberá ser abordada con seriedad y responsabilidad, tanto por parte de los particulares como del propio Estado.

En lo personal, estimo que esta futura relación de convivencia deberá ser manejada con la mayor apertura, tanto por parte de los promotores del arbitraje, como por parte de los promotores de los *dispute boards*.

Soy optimista con respecto a esa convivencia.

Creo que cada uno de estos medios de resolución de conflictos tiene su espacio natural y deben apreciarse y valorarse las ventajas y virtudes que cada uno tiene por sobre el otro y que hacen que ambos deban ser vistos de manera necesariamente complementaria y no excluyente.

En cambio, sí hemos podido ver los problemas ocasionados por algunas cláusulas de resolución de controversias que combinan el trato directo, la conciliación, la conciliación decisoria y el arbitraje como mecanismos escalonados de solución de controversias.

Para ilustrar el tema vamos a transcribir una de estas cláusulas:

> […] En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria.
>
> Si las partes no logran llegar a un acuerdo en trato directo dentro de un periodo de veinte días hábiles, deberán iniciar un proceso conciliatorio ante el Centro de Conciliación X.

Quiero que me disculpen por haberme extendido en estas palabras sobre la relación entre los *dispute boards* y el arbitraje, pero estimo que —como director de la Biblioteca de Arbitraje y editor de la obra— era mi deber hacerlo.

Nuestra *Biblioteca de Arbitraje*, saluda con afecto a este nuevo amigo, el *dispute board*, cuyo tratamiento, bondades y utilidad serán permanentemente reconocidos en sus páginas y en futuros volúmenes.

Para finalizar, quiero agradecer a César Guzmán-Barrón por su permanente amistad y por creer en nuestra Biblioteca, dado que este volumen comparte los sellos de ambas instituciones: el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y mi estudio de abogados.

Esta comunión ya se ha dado en diversas obras que integran la serie y, Dios mediante, se seguirá manteniendo en otros títulos de muy próxima aparición.

Y el segundo agradecimiento, a la par que felicitación, es para el doctor Roberto Hernández García, destacadísimo abogado y experto en contratación pública y derecho de la construcción, por el valioso trabajo escrito que se incluye en esta obra, la misma que lleva por título «*Dispute boards* en Latinoamérica: experiencias y retos» y por la muy destacada coordinación de la misma; ya que el libro que hoy presentamos reúne también excelentes aportes de Jaime Gray Chicchón y Jonnathan Bravo Venegas, Jerry Brodsky, Carlos Peñate Guzmán, Gilberto José Vaz y Pedro Augusto Gravatá Nicoli, Juan Eduardo Figueroa Valdés y Gustavo Paredes Carbajal, todos ellos abogados líderes en el estudio y promoción de los *dispute boards*.

Además, esta obra incluye como anexo, el Reglamento de la Junta de Resolución de Disputas de la Universidad Católica, hasta la fecha, único en su tipo en el Perú, el mismo que obedece a la fe que César Guzmán-Barrón siempre tuvo en torno a los *dispute boards* y a la invariable promoción que ha venido haciendo de los mismos, entendiéndolos como aliados y complementarios del arbitraje.

Bienvenidos, *dispute boards*.

Muchas gracias.

Lima, julio del 2014».

> En caso las partes no logren un acuerdo conciliatorio, deberán iniciar, en un plazo de veinte días hábiles, un procedimiento de conciliación decisoria ante el Centro de Arbitraje Y.
>
> Si alguna de las partes no estuviese conforme con esta decisión, podrá recurrir a arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con su Reglamento Arbitral.

El primer aspecto que quisiéramos resaltar es el relativo a cuál es la necesidad de establecer mecanismos escalonados de solución de controversias.

Como dijimos al comienzo del análisis de este punto, nuestras consideraciones excluirán a los *dispute boards*, habida cuenta de que sí sería correcto, a la par que ineludible, que si se pacta la existencia de una junta de prevención y resolución de disputas para que solucione las controversias que se deriven en la propia ejecución de la obra, si las partes tuvieran algún reclamo subsistente con respecto a lo resuelto por la referida junta, tal reclamo tendría que resolverse en arbitraje, si estuviéramos frente a una obra pública o, si se tratara de una obra privada y fuera el caso, en el propio Poder Judicial o en arbitraje, según disponga la cláusula de solución de controversias.

Decimos esto porque las juntas de prevención y resolución de disputas no constituyen jurisdicción, dado que la Constitución Política del Perú, en su artículo 62, sólo establece que la jurisdicción será la ordinaria (judicial), la arbitral y la militar.

En ese sentido, lo resuelto por una junta siempre podrá ser recurrido ante el fuero ordinario o el arbitral, dependiendo de si existe o no convenio arbitral para tal efecto.

Dejando de lado las juntas de prevención y resolución de disputas, veamos los otros medios alternativos de solución de controversias a que

nos hemos referido, concretamente: el trato directo, la conciliación y la denominada conciliación decisoria.

En materia comercial, cuando existe un conflicto, las partes suelen negociar directamente la posibilidad de solucionarlo, de modo tal que de seguro harán sus mejores esfuerzos en lograr ese objetivo dentro del amplio marco que ofrece la posibilidad de tratar el problema fuera de un centro de conciliación.

Resulta evidente que si una cláusula de solución de controversias contempla la necesidad de un trato directo, es muy probable que las partes ya hayan tenido ese trato directo de manera informal, es decir, no habiendo invocado de manera expresa el trato directo contemplado en la cláusula de solución de controversias.

Con esto queremos decir que si las negociaciones fracasan y ellas llegan a un punto muerto en el cual una de las partes se siente insatisfecha con sus pretensiones económicas, es probable que recurra a invocar la etapa de trato directo en la solución de controversias cuando en la práctica ya no hay nada más que conversar, pues en los tratos que han tenido lugar fuera del marco de la cláusula las partes concluyeron que no se podía llegar a una solución directa.

En ese sentido, queda en evidencia que la etapa formal de trato directo contemplada en la cláusula de solución de controversias terminará siendo un saludo a la bandera, dado que los contratantes se limitarán al cumplimiento de las formalidades establecidas en la misma para pasar a la siguiente etapa.

Es así que cuando una cláusula de solución de controversias establece como primer escalón el trato directo, se genera un problema, pues resulta obvio que si las partes han llegado a un estado cercano a la controversia, es porque, en verdad, han agotado las conversaciones. De ahí

que, en la inmensa mayoría de casos, resulta inútil el que se establezca que recurran, de manera obligatoria, a un trato directo.

Además, se obligará a la parte interesada en demandar a seguir determinadas formalidades como citar a su contraria por carta notarial, esperarla a una reunión a la que probablemente no va a asistir, delimitar aquellos puntos que serían materia de ese trato directo a efectos de que ulteriormente no se cuestione la competencia, no sólo del futuro tribunal arbitral, sino de cualquier otro órgano que conozca previamente el caso, etc., etc., etc.

Una vez frustrado el mecanismo del trato directo, la parte interesada en demandar todavía no lo podrá hacer, pues deberá subir a un segundo escalón de esa larga escalera. Así, tendrá que solicitar una conciliación.

Como sabemos, la conciliación, introducida en la legislación peruana en los primeros años de la década de 1990, no ha tenido el éxito que se esperaba.

Las estadísticas demuestran, que ella fundamentalmente, ha sido exitosa en temas de orden familiar, mas no así en controversias contractuales o comerciales.

Menos aún, en materia de contratación estatal, pues dada la situación de control a que están sujetos los funcionarios públicos resulta muy difícil o casi imposible para ellos conciliar los intereses del Estado con aquellos de los contratistas.

Debemos decir que en todos los años de práctica arbitral sólo hemos apreciado un caso que se solucionó por conciliación, lo que ocurrió apenas instalado el tribunal.

Y la siguiente etapa contemplada en ese convenio arbitral patológico será la conciliación decisoria.

El mecanismo de conciliación decisoria no resulta muy frecuente en nuestro país, pero sí se encuentra contemplado en los reglamentos de uno de los más importantes centros de arbitraje de Lima. Consiste en que el centro designa a una persona (generalmente abogado) que recibe el nombre de conciliador decisor, a quien las partes le alcanzarán una síntesis de sus pretensiones y argumentos a la par que el material probatorio respectivo y luego de escucharlas en audiencia única, el conciliador decisor tendrá un plazo de treinta días hábiles para emitir su decisión.

Se podría decir que el esquema de la conciliación decisoria es muy similar al del arbitraje, pero con un plazo absolutamente abreviado y con notorias limitaciones en cuanto al acervo probatorio, fundamentalmente en lo que respecta a las pruebas que no son de actuación inmediata.

Pero la decisión del conciliador decisor resulta impugnable por las mismas razones que se podría impugnar aquello que decida una junta de prevención y resolución de disputas.

Decimos esto dado que la conciliación decisoria, al no ser en estricto un arbitraje, no constituye jurisdicción (argumento del citado artículo 62 de la Constitución política del Perú).

Esto significa que la o las partes que no se sienta(n) conforme(s) con lo resuelto por el conciliador decisor podrá(n) solicitar un arbitraje para que allí se ventile su controversia.

Como hemos sostenido reiteradas veces en público y en privado, la combinación de conciliación decisoria y ulterior arbitraje es algo así como un arbitraje pactado en dos instancias, pues al fin y al cabo el conciliador decisor va a emitir una decisión que será recurrible a una «especie de instancia superior» (el tribunal arbitral).

Esto en la práctica es así, pero teórica y formalmente no lo es, pues ambos son medios diferentes de solución de controversias, a pesar de que en los hechos es lo más parecido a una doble instancia arbitral.

Sin duda, un tema para reflexionar.

Como se puede percibir de lo expuesto, estas cláusulas escalonadas terminan siendo bastante engorrosas para la parte que quiere concretar un reclamo frente a otra y tratar de buscar justicia.

En primer lugar, los plazos de cada procedimiento o etapa se extienden demasiado en el tiempo de manera inútil, pues siempre se va a poder recurrir finalmente al arbitraje.

Por lo demás, hay que considerar que estas cláusulas escalonadas de solución de controversias encarecen notablemente la solución de la propia controversia y terminan siendo una especie de larga escalera innecesaria para buscarle solución.

En ese sentido, somos partidarios de que las cláusulas de solución de controversias se limiten a contemplar el arbitraje como único medio de solución de controversias, más allá de las juntas de prevención y resolución de disputas que, como hemos señalado, no constituyen un obstáculo práctico.

Además, estas cláusulas presentan otro problema muy grave consistente en que, por lo general, ellas establecen plazos muy breves (de 15, 20, 30 días) para pasar al medio siguiente previsto para la solución de la controversia, y aquí siempre se presentará la discusión relativa a si el no cumplimiento oportuno de tales plazos representa la caducidad del derecho.

Vieja y eterna discusión respecto a la naturaleza jurídica de tales plazos, vale decir si los mismos son resolutorios o de caducidad, ya que si

se tratara de este último supuesto podría entenderse que colisionarían con lo dispuesto por el artículo 2004 de Código Civil cuando señala: «Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario».

Y por si fuera poco, en este último caso surgirá la discusión relativa a si la norma transcrita en realidad lo que señala es que no hay otros plazos de caducidad sino aquellos previstos en la ley o si lo que está señalando es que los plazos de caducidad previstos por la ley no pueden ser modificados, interpretación esta última que aceptaría la convivencia de los plazos de caducidad establecidos por la ley y de aquellos otros creados por las partes en defecto de establecimiento de caducidad legal.

Al respecto, el autor de la presente obra ha esbozado los siguientes comentarios sobre lo establecido en el artículo 2004 del Código Civil.[367]

13. LA LEY, SÓLO LA LEY

Los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario. La norma es muy clara. No obstante, creemos de importancia reparar en que la redacción del artículo 2004 no es exactamente igual a la del artículo 2000, relativo a la prescripción («Sólo la ley puede fijar los plazos de prescripción»).

Esta falta de concordancia ha llevado a diversas interpretaciones en el sentido de que ambos artículos podrían estar señalando normas de sentido diferente.

Pero ello no es así.

---

367 En las siguientes líneas se ha procedido a citar el análisis desarrollado por el autor Mario Castillo Freyre sobre el artículo 2004 del Código Civil peruano, el cual regula el carácter exclusivamente legal de los plazos de caducidad. Véase en: CASTILLO FREYRE, Mario (con la participación de Giannina MOLINA AGUI). *Prescripción y caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 2025, pp. 311-312.

En primer lugar, ambas normas establecen, en un caso, que la ley fija los plazos de prescripción y, en otro, que la ley fija los plazos de caducidad.

No creemos que la expresión «Sólo la ley» contenida en el artículo 2000 pueda conducir a interpretar que los plazos de caducidad regulados expresamente por norma legal podrían ser variados por pacto. Ello sería absurdo, pues desnaturalizaría por completo los plazos de caducidad.

Entonces, en primer lugar, tantos los plazos de prescripción como los de caducidad son fijados por ley y cuando ella los establece las partes no pueden variarlos por contrato.

No obstante, debemos puntualizar que cuando las partes pactan plazos para ejercer una facultad o atribución, como sería el caso en que hubiesen convenido quince días para el ejercicio de una opción de compra, vencido el plazo, caducará el derecho de opción. En supuestos como éste, resulta claro que las partes han pactado un plazo de caducidad para la opción y ella no atenta contra norma legal alguna, pues no estamos frente a un plazo relativo al ejercicio de una pretensión procesal, sino a un plazo relativo a una atribución o potestad, materia perfectamente compatible con la normativa legal de prescripción y caducidad.

Finalmente, debemos señalar que no conocemos de alguna norma especial que faculte a los contratantes a establecer plazos de prescripción distintos a los establecidos por la normativa general. De ahí el sentido del artículo 2000 cuando indica: «Sólo lay puede fijar los plazos de prescripción».

14. ¿LEY EN SENTIDO ESTRICTO O GENERAL?

Otra discusión muy frecuente en torno al establecimiento de los plazos de prescripción y de caducidad es la relativa a si ellos solamente podrán ser fijados por ley en sentido estricto, vale decir, la ley aprobada por el

Congreso de la República o si pueden ser establecidos por otras normas legales.

No existe debate en que tales plazos pueden ser establecidos por leyes o normas legales de idéntica jerarquía a la ley, como es el caso de los decretos legislativos (facultades delegadas por el Congreso al Poder Ejecutivo. Es más, el propio Código Civil es un decreto legislativo, el 295) o por decretos supremos de urgencia.

La discusión se centra en si los plazos de prescripción y de caducidad podrían ser establecidos por normas de inferior jerarquía, como sería el caso de un reglamento de ley.

En verdad no encontramos problema alguno al respecto en la medida que lo dispuesto en el reglamento no desnaturalice o contradiga lo establecido en la ley que está reglamentando.

Por ejemplo, sería válido el establecimiento de plazos de prescripción por reglamento en tanto la ley haya señalado de manera expresa que los plazos de prescripción serán establecidos en el reglamento respectivo. Lo propio ocurriría con los plazos de caducidad.

Ahora bien, en las cláusulas escalonadas de solución de controversias todos los días se presenta este tipo de problemas y las soluciones de los tribunales arbitrales son de lo más diversas, no existiendo tampoco un único criterio interpretativo en la doctrina y práctica arbitral peruanas, situación que empeora el tema.

Dentro de tal orden de ideas, pensamos, con base en todo lo expuesto, que las cláusulas escalonadas de solución de controversias deberían desaparecer, salvo en lo que respecta a las juntas de prevención y resolución de disputas.

15. ¿ARBITRAJE PARA TODO EL MUNDO?

Constituye práctica habitual en el mundo del arbitraje el fomentar la inclusión de convenios arbitrales en todo el ámbito de la contratación.

En sede de contratación pública ello es así en virtud de lo establecido por las sucesivas leyes de contratación estatal que rigen en el Perú a partir del 1 de enero de 1998.

Y en materia comercial, no cabe duda de que el arbitraje ha penetrado en los más diversos sectores de la actividad empresarial.

En los últimos años, lo propio ha ocurrido en contratos más menudos tales como la compraventa de un inmueble destinado a casa habitación o el arrendamiento del mismo.

Es, precisamente, sobre el arbitraje en los contratos de arrendamiento que versarán las siguientes líneas.

En teoría no existe inconveniente alguno en pactar un convenio arbitral dentro de un contrato de arrendamiento, pues al mismo le serán de plena aplicación todas las consideraciones comunes a los convenios arbitrales y los contratos.

No obstante, los problemas se presentarán en la etapa de surgimiento de la controversia, pues si el arrendatario no abandona el inmueble en el plazo pactado para la finalización de la relación contractual, el arrendador deberá demandar en arbitraje dicha desocupación.

Y, como todos sabemos, conforme a las disposiciones relativas al convenio arbitral contenidas en el artículo 13 de la ley de la materia, sólo serán partes en el proceso arbitral aquellas que hayan celebrado el convenio, razón por la cual tanto la solicitud de arbitraje como la demanda se deberán dirigir exclusivamente contra el arrendatario o sus herederos,

si fuese el caso, pero no contra terceras personas que, eventualmente, pudieran estar ocupando el inmueble conjuntamente con el arrendatario o en vez del arrendatario.

Esta situación determina que en caso de resultar victorioso el arrendador en el referido proceso arbitral, el laudo tenga que ejecutarse única y exclusivamente contra la parte que ha perdido (el arrendatario).

Dentro de tal orden de ideas, resulta claro que el arrendatario, en la inmensa mayoría de casos, no desocupará voluntariamente el inmueble una vez conocido el laudo arbitral.

También resulta claro que no sería viable solicitar al tribunal arbitral que ejecute el laudo en caso tuviere facultades para tal efecto.

Decimos esto dado que, ante la reticencia del arrendatario, el tribunal arbitral no podría ordenar el empleo de alguna medida de fuerza, dado que los tribunales de esta naturaleza carecen de la *coertio* propia de los jueces de la jurisdicción ordinaria.

Lamentablemente, muchos de estos casos terminan ventilándose ante la autoridad judicial, al amparo de lo dispuesto en el Código Procesal Civil, como procesos sumarísimos, toda vez que el arbitraje no operará frente a aquellos terceros que están en posesión del inmueble arrendado.

Tanto en el ámbito nacional como en el internacional, la autonomía de las partes en el arbitraje es la razón más convincente para que las partes celebren un acuerdo de arbitraje, en lugar de optar por un litigio judicial.

No obstante, la utilidad del arbitraje puede verse obstaculizada por varios factores, uno de los cuales es el orden público.

La Convención de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros (también conocida como la Convención de Nueva York) establece la arbitrabilidad y el orden público como bases para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros para los estados signatarios, permitiendo así que los tribunales nacionales utilicen su propia discreción al determinar el alcance de estos laudos arbitrales extranjeros.

Dicho de otra manera, la arbitrabilidad choca o colisiona con el concepto de orden público, el cual puede ser definido, en términos muy generales, como todo aquello que viene impuesto por la autoridad a las personas y que actúa como límite a su libertad.

La arbitrabilidad separa los tipos de controversias que pueden resolverse mediante arbitraje y las que corresponden, en exclusiva, al dominio de los tribunales judiciales. Cuando pensamos en las cuestiones que no se pueden arbitrar es posible que las partes no hayan acordado someter la disputa específica a arbitraje (fuera del alcance del acuerdo de arbitraje), o que el asunto no pueda someterse a arbitraje en absoluto.

Nos referimos a estos últimos que se denominan asuntos «no arbitrables». Las disputas no arbitrables han incluido disputas relacionadas con legislación de libre competencia, derecho de familia, derecho penal, propiedad intelectual, regulaciones de valores, derecho administrativo, etc.

Cuando se plantea el tema no arbitrable estará involucrada la intervención del Poder Judicial para que sea el que tenga competencia y jurisdicción exclusiva de resolver la disputa, dado que esos asuntos están relacionados a un interés y orden público.

Un caso emblemático que refleja este problema en el arbitraje internacional es el caso Mitsubishi Motors contra Soler Chrysler.[368]

---

368 Mitsubishi Motors Corporation vs. Soler Chryslyer- Plymouth, Inc, n.°. 83-1569, 83-1733.

En 1979, Soler se incorporó en San Juan, Puerto Rico, y se convirtió en distribuidor de la marca Chrysler-Plymouth, con negocios en el distrito de Pueblo Viejo del suburbio cercano de Guaynabo. Chrysler y Mitsubishi Motors constituyeron un *joint venture* y celebraron un contrato de distribución que contenía cláusulas de arbitraje que requerían que cualquier disputa bajo el amparo de ellas fuera arbitrada en Japón, bajo las reglas de la Asociación Japonesa de Arbitraje Comercial (JCAA). El objetivo del acuerdo era introducir en el mercado puertorriqueño los autos pequeños que fabricaba Mitsubishi.

Al ver que otros fabricantes de automóviles japoneses permitían a sus concesionarios en Puerto Rico hacer el transbordo del exceso de inventario a América Latina y los Estados Unidos de América, Soler Chrysler solicitó hacer lo mismo. Mitsubishi se negó, diciendo que los vehículos estaban personalizados para el mercado puertorriqueño, carecían de calentadores y sus motores no podían funcionar con la gasolina con plomo de menor grado que se vendía en muchos países latinoamericanos en ese momento.

Soler comenzó los procedimientos judiciales en los tribunales de los Estados Unidos de América, alegando que el acuerdo de distribución infringía la Ley Sherman de los Estados Unidos de América sobre las leyes de libre competencia; por otro lado, Mitsubishi solicitó la suspensión del procedimiento judicial en los Estados Unidos de América sobre la base del acuerdo de arbitraje. Soler, por su parte, afirmó que se trataba de normas obligatorias de los Estados Unidos de América que no resultan aplicables, según la legislación suiza, en Japón (ley aplicable y sede del arbitraje).

Este caso planteó varias cuestiones a tratarse, pero a efectos de este trabajo se puso en duda si la disputa respecto a la libre competencia y antimonopolio podía ser resuelta por un tribunal arbitral o si, en mérito de ser una disputa sobre orden público cuyo resultado era de interés general, debía ser resuelta por la corte nacional.

Como abogados consideramos que siempre debemos estar seguros de que las materias puedan ser arbitrables bajo la jurisdicción en donde se planee ejecutar el contrato o donde la ejecución del futuro laudo pueda tener implicancias. Por ejemplo, el Código Civil francés en su artículo 2060 indica: «No se puede celebrar acuerdos de arbitraje en asuntos de estatus y capacidad de las personas, en aquellos relacionados con el divorcio y la separación judicial o en controversias relativas a organismos e instituciones públicas y, en general, en todos los asuntos relacionados con las políticas públicas».

Con lo cual, resulta evidente que no sería aconsejable suscribir una cláusula arbitral sobre temas de familia bajo la legislación francesa, pues un posible convenio arbitral sobre dicha materia sería considerado patológico e inejecutable.

16. CONVENIOS ARBITRALES ÓMNIBUS

En la vida profesional hemos podido apreciar la existencia de convenios arbitrales verdaderamente extensos. Ahí donde lo normal es que un convenio arbitral tenga uno, dos o tres párrafos, a veces encontramos algunos convenios que tienen una, dos o tres páginas.

En una ocasión, un cliente nos formuló una consulta acerca de la interpretación de los alcances del convenio arbitral que había pactado con otra parte y, realmente, fue muy difícil desentrañar los límites, alcances y precisiones del mismo, dado que lo que ocurría era que en el afán de entrar a precisarlo todo, las partes comenzaron a repetir materias en el propio convenio arbitral, de manera que aquello que resultaba claro en el tercer párrafo del mismo ya no lo era en el párrafo dieciocho.

Esto dejaba entrever que las partes se esmeraron en buscar una excesiva erudición y que, precisamente, por no ser eruditas en la materia se terminaron contradiciendo de manera flagrante.

El convenio arbitral debe ser lo más simple posible, para que no ofrezca problemas de interpretación o contradicción.

En este caso, lo que abunda sí puede dañar.

La Cámara de Comercio de Lima propone:

> Todas las controversias, derivadas o relacionadas con este contrato o convenio serán resueltas de forma definitiva mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje del Centro Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

El Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP) plantea:

> Las partes acuerdan que todo litigio y controversia resultante de este contrato o relativo a este se resolverá mediante el arbitraje organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú de conformidad con sus reglamentos y directivas vigentes, a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el laudo que se emita en el proceso será inapelable y definitivo.

La Cámara de Comercio Peruano Americana (AmCham Perú) indica:

> Las controversias que se deriven de este contrato o que tengan relación con él, incluidas las relativas a su existencia, validez, eficacia, ejecución o terminación, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, bajo la organización y administración del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú, conforme a su Estatuto y Reglamento, a los cuales las partes se someten incondicionalmente. El laudo será definitivo e inapelable.

Por su parte, el Colegio de Ingenieros del Perú - Consejo Departamental de Lima plantea:

> Las controversias de cualquier índole o materia que surjan entre las Partes derivadas, relacionadas o vinculadas con el contrato celebrado entre ellas o relacionadas con el acto jurídico que en él se contiene, incluyendo aquellas que surjan del convenio arbitral, serán resueltas mediante un proceso arbitral que se encontrará bajo la administración y organización del Centro de Arbitraje del Consejo Departamental de Lima del Colegio de Ingenieros del Perú, sometiéndose las Partes en forma absoluta e incondicional al Reglamento de Arbitraje de dicho Centro.

Con respecto al Sistema Nacional de Arbitraje, corresponde señalar que la Decimoprimera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de la Ley n.° 32069, Ley General de Contrataciones Públicas, aprobado por Decreto Supremo n.° 009-2025-EF, establece lo siguiente:

> **DECIMOPRIMERA. Disposiciones transitorias en temas de arbitraje**
>
> […]
>
> 1. Desde la entrada en vigencia de la Ley y el Reglamento, el OECE no presta el servicio de organización y administración de arbitrajes respecto a nuevas solicitudes. Los procesos arbitrales a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje que hubieran iniciado antes siguen siendo organizados y administrados por el OECE hasta su finalización, conforme a la normativa que resulte aplicable.

En ese sentido, si bien desde la entrada en vigencia de la nueva Ley General de Contrataciones Públicas y su Reglamento, el OECE no presta el servicio de organización y administración de arbitrajes respecto a nuevas solicitudes, consideramos relevante cuál era la cláusula que se tomaba en consideración en el Sistema Nacional de Arbitraje:

Cláusula del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (SNA-OSCE):

> Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, se-

> rán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecidos en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento.

De otro lado, la Cámara de Comercio Internacional (CCI o ICC) propone:

> Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.

El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC):

> Cualquier disputa, controversia o reclamo que surge de o en conexión con este contrato, o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, será finalmente resuelto por arbitraje de acuerdo con las Reglas de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

El Centro Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA):

> Cualquier disputa que surja de o en conexión con este contrato, incluidas las relativas respecto a su existencia, validez o terminación, será referida y finalmente resuelta por arbitraje bajo las Reglas de LCIA, las cuales se considerarán incorporadas por referencia en esta cláusula. El número de árbitros será [uno/tres]. La sede o el lugar legal del arbitraje será [Ciudad y/o País]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será […]. La ley que regirá el contrato será la ley sustantiva de […].

El Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR):

> Cualquier controversia o reclamo que surja de o esté relacionado con este contrato, o el incumplimiento del mismo, será determinado por arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de acuerdo con sus Reglas de Arbitraje Internacional.

La Cámara de Arbitraje Nacional e Internacional de Milán:

> Todas las disputas incluidas las de naturaleza no contractual, que surjan de, o relacionadas con este acuerdo, se resolverán mediante arbitraje de conformidad con las Reglas de la Cámara de Arbitraje de Milán (las Reglas), por un árbitro único/tres árbitros, designados de conformidad con las Reglas, que se consideran incorporadas por referencia en esta cláusula.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) Centro de Arbitraje y Mediación:

> Cualquier disputa, controversia o reclamo que surja de, o en relación con este contrato y cualquier enmienda subsecuente de este contrato, incluyendo, sin limitación, su formación, validez, efecto vinculante, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación, así como las reclamaciones contractuales, se remitirán y determinarán finalmente mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OMPI. El tribunal arbitral estará integrado por [un árbitro único] [tres árbitros]. El lugar del arbitraje será [especifica lugar]. El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será [especificar el idioma]. La disputa, controversia o reclamación se decidirán de conformidad con la ley de [especificar jurisdicción].

El Centro Arbitral Internacional de Viena:

> Todas las disputas o reclamaciones que surjan de o en conexión con este contrato, incluidas las disputas relacionadas con su validez, incumplimiento, terminación o nulidad, se resolverán finalmente de conformidad con las Reglas de Arbitraje (Reglas de Viena) del Centro Internacional de Arbitraje de Viena (VIAC) de la Cámara Económica Federal de Austria por uno o tres árbitros designados de conformidad con dicho Reglamento.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o Uncitral):

> Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de o esté relacionada con este contrato, o el incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, se resolverá mediante arbitraje de conformidad, con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Y, finalmente, el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC):

> Cualquier disputa, controversia, diferencia o reclamo que surja de o se relacione con este contrato, incluyendo la existencia, validez, interpretación, ejecución, incumplimiento o terminación del mismo o cualquier disputa sobre obligaciones extracontractuales que surjan de o estén relacionados con él será referida y finalmente resuelta con él será referida y finalmente resuelta por arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) bajo las Reglas de Arbitraje Administradas de HKIAC vigentes cuando se envía el Aviso de Arbitraje. La ley de esta cláusula de arbitraje será [ley]. La sede de arbitraje será [Ciudad]. El número de árbitros será [uno/tres]. El procedimiento de arbitraje se llevará a cabo en [idioma].

En definitiva, al momento de redactar un convenio arbitral, pecar por exceso puede ser contraproducente y habrá que sopesar la calidad de la cláusula arbitral por sobre la cantidad y contenido de la misma. Como bien dice un viejo refrán: «A veces menos es más».

17. MATERIAS TÉCNICAS VERSUS MATERIAS JURÍDICAS

La Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que el arbitraje sea de derecho o de conciencia.

Es claro que el arbitraje de derecho tendrá que basarse en el ordenamiento jurídico en tanto el arbitraje de conciencia versará, fundamentalmente, en el leal saber y entender del tribunal arbitral que conozca el caso.

Si bien es cierto, la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071), reduce notoriamente la importancia y tratamiento del arbitraje de conciencia, no deja de regularlo y es perfectamente factible que las partes pacten un arbitraje de estas características.

Dentro de tal orden de ideas es necesario decir que la experiencia vivida nos enseña que en aquellos casos en los que se pacta arbitraje de conciencia tal arbitraje no está circunscrito al leal saber y entender de un neófito, es decir, de una persona que las partes hayan designado como árbitro, única y exclusivamente por la confianza que tienen en él.

El grueso de casos de arbitrajes de conciencia está conformado por arbitrajes en los cuales las partes designan a un experto en la materia controvertida, es decir en la ciencia de aquello que resulta discutido en el proceso, de tal manera que el laudo arbitral, si bien será de conciencia, se basará fundamentalmente en temas de orden técnico, razón por la cual el laudo será un laudo de conciencia y no de derecho.

En ese sentido, es necesario precisar que los árbitros en estos casos casi nunca serán abogados, sino expertos en la materia técnica en controversia.

El tema aparentemente no ofrece dificultad, pero el mismo se complica cuando el convenio arbitral establece que para las controversias de orden técnico se designará, por ejemplo, a un ingeniero especialista en energía eléctrica y que para controversias en materia jurídica, se constituirá un tribunal arbitral compuesto por abogados.

En apariencia, el asunto no debería ofrecer mayores problemas.

No obstante, los inconvenientes se presentan cuando la materia controvertida no versa estrictamente sobre uno u otro rubro, sino sobre ambas, es decir, sobre aspectos técnicos y también de orden jurídico. En

estos casos, son frecuentes las desavenencias entre las partes con respecto a la forma como se debe constituir el tribunal arbitral.

En ese sentido, la experiencia enseña el evitar convenios arbitrales de este tipo, de tal manera que éstos deberían limitarse a establecer que la controversia se resuelva a través de un arbitraje de derecho, situación que solucionaría cualquier problema al respecto, en la medida que el laudo sería redactado por abogados y se ajustaría al ordenamiento jurídico; y, por otra parte, para laudar, el tribunal arbitral tendría plenas facultades a efectos de ordenar la realización de pericias técnicas de oficio, elaboradas por especialistas en la materia técnica controvertida, más allá de aquellas pericias de ese orden que las propias partes pudieran aportar.

Lo que queremos decir es que no resulta adecuado dividir la naturaleza del proceso arbitral entre cuestiones técnicas y cuestiones netamente jurídicas, dado que esta división es de fantasía en la medida que resulta casi imposible encontrarnos frente a controversias de orden técnico que no lleven acompañadas otras de naturaleza jurídica y viceversa.

Al igual que los ancianos tribales, los reyes y los primeros jueces, los árbitros de conciencia pueden confiar en los principios de equidad, su experiencia y el buen sentido común para alcanzar un resultado que sea justo y razonable sin atascarse en detalles que no son realmente parte de la disputa.

No obstante, resolver una disputa con base en la equidad o conciencia puede llegar a ser arbitrario, ya que el leal saber y entender de un árbitro que se separa de la interpretación de la ley puede no tener límites e inclusive puede terminar laudando de manera desproporcionada, favoreciendo una parte sobre otra, porque él así lo consideró.

En palabras de Fernando de Trazegnies: «[…] si hay desproporción, no hay justicia, si no hay justicia no hay equidad y si no hay equidad no hay razón».[369]

18. ¿UNA PERICIA PUEDE SER UN LAUDO?

En una oportunidad, me correspondió ser árbitro en una controversia en la cual la parte demandante pretendía que el tribunal arbitral de derecho dejara sin efecto una pericia que las partes habían encargado de común acuerdo a un experto extranjero.

La parte demandada dedujo excepción de cosa juzgada, habida cuenta de que estimaba que la pericia había puesto punto final a la controversia técnica existente entre las partes.

En buena cuenta, el problema surgió a raíz de que no se había especificado en el acuerdo jurídico de las partes, la naturaleza de la pericia, lo que llevaba al demandante, a sostener que ella tenía un mero carácter de opinión técnica, en tanto que la demandada sostenía que se trataba de un verdadero laudo arbitral.

Para mí fue muy claro el tema desde el principio, habida cuenta de que la Décimo Tercera Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

> **DÉCIMO TERCERA.- Procedimiento pericial**
>
> Este Decreto Legislativo será de aplicación, en lo que corresponda, a los procedimientos periciales en que las partes designan terceras personas para que resuelvan exclusivamente sobre cuestiones técnicas o cuestiones de hecho. La decisión de los peritos tendrá carácter vinculante para

369 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». *Op. cit*, La ponencia fue presentada el 24 de abril de 1996 en el Auditorio de la Cámara de Comercio de Lima, en el marco del seminario «Alcances y perspectivas de la nueva Ley General de Arbitraje», organizado por Ius et Veritas y el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

> las partes y deberá ser observada por la autoridad judicial o tribunal arbitral que conozca de una controversia de derecho que comprenda las cuestiones dilucidadas por los peritos, salvo pacto en contrario.

Como puede apreciarse de la lectura de la Décimo Tercera Disposición Complementaria antes citada, es claro que la Ley de Arbitraje otorga a la decisión de los peritos carácter vinculante, en razón de lo cual sólo cabe interpretar que la Ley de Arbitraje concede a estas decisiones el carácter de laudo, a pesar de no decirlo expresamente.

Esto es así puesto que, de acuerdo a la Constitución Política del Perú, la jurisdicción sólo puede ser ordinaria, arbitral o militar, en razón de lo cual para que la decisión del perito revista carácter inmutable sólo cabe interpretar que ella es considerada como un laudo arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que cuando las partes pacten que la decisión del perito pondrá fin a la controversia, establezcan de manera expresa que el procedimiento revestirá la naturaleza jurídica de un arbitraje de conciencia a efectos de no generar discusión acerca de su naturaleza jurídica.

En el caso que comentamos, el laudo arbitral fue objeto de una demanda de anulación, habiendo quedado firme al declarar infundada la demanda la Corte Superior de Justicia de Lima, en interpretación correcta y ajustada plenamente a derecho.

19. MATERIAS ARBITRABLES Y OTRAS QUE NO LO SON

Existen convenios arbitrales que establecen de manera muy puntual determinadas materias que podrán ser objeto de procesos arbitrales y otras que necesariamente serán conocidas por la jurisdicción ordinaria.

En principio, tales cláusulas no deberían ofrecer mayor problema, siempre y cuando se establezca de manera clara el ámbito de unas y otras.

Un caso emblemático, por ejemplo, sería aquél en el cual se establezca en un contrato de usufructo que todas las controversias se resolverán en arbitraje, salvo las relativas al desalojo del bien. Ahí el tema es claro, pero no lo es cuando las partes establecen ámbitos vagos para un supuesto y para otro, de tal manera que cuando surge el conflicto, las partes no tendrán la precisión del caso para proceder de manera adecuada.

No está de más decir que cláusulas de esta naturaleza pueden conllevar problemas muy serios que determinen que el inicio de la etapa judicial o arbitral se encuentre plagada de incidentes procesales que concluyan en el inútil alargamiento de la controversia.

También podemos encontrar dentro de estas cláusulas aquellas que hacen referencia a una materia que no es arbitrable de acuerdo a la legislación de arbitraje. Partiendo de la Ley de Arbitraje peruana, el artículo 2 numeral 1 limita las materias arbitrables sólo a aquellas que versen sobre controversias en materias de libre disposición.

Es por ello que hay que tener especial cuidado cuando delimitamos la materia que será sujeta a arbitraje, puesto que, a modo de ejemplo, cualquier disputa que verse sobre casos penales, asuntos relacionados a la insolvencia y quiebra, algunos aspectos de derechos de propiedad intelectual, divorcio, entre otras materias, no podrían ventilarse en la vía arbitral y, por ende, ese tipo de disputas sólo podrían ser conocidas por el Poder Judicial (al menos, por ahora).

20. LA EXISTENCIA DE DOS JURISDICCIONES ARBITRALES DIFERENTES

Sobre todo, en los arbitrajes celebrados con inversionistas extranjeros con el Estado peruano, las partes suelen pactar cláusulas arbitrales escalonadas, según el monto de la controversia.

Así, por ejemplo, suele pactarse que si la controversia versara sobre un reclamo menor a cinco millones de dólares el proceso se tramitará como un arbitraje nacional y de derecho ante determinado centro de arbitraje peruano; en tanto que si el mismo versare sobre una suma igual o mayor a la cantidad señalada, se tramitará ante un centro de arbitraje extranjero.

En teoría, el referido convenio arbitral no debería ofrecer dificultad alguna, dado que las jurisdicciones estarían, en apariencia, adecuadamente definidas.

No obstante, los problemas son más frecuentes de lo pensado, habida cuenta de que en muchas ocasiones los montos inicialmente controvertidos varían de manera notable durante el desarrollo de la controversia, de modo tal que, fácilmente, pueden superar los topes establecidos para un arbitraje nacional y así pasar a ser, necesariamente, objeto de una jurisdicción distinta, como es el caso del Ciadi en materia de arbitraje de inversión.

Como resulta claro, el proceso podría tener algunas objeciones procedimentales por parte del demandado, las mismas que hagan que demore más de la cuenta por cuestiones de esta naturaleza.

21. SEDE ARBITRAL POCO APARENTE

Hemos podido apreciar, en materia de arbitraje en contratación pública, contratos en los cuales las partes pactan que la sede arbitral estará ubicada en la provincia donde tiene su sede la entidad contratante.

Es evidente que habrá casos en los cuales tal situación no ofrecerá problema alguno, ya que se tratará de plazas que ofrezcan un medio arbitral mediana o altamente desarrollado, con árbitros que tengan experiencia en la materia y que puedan ser nombrados y desempeñar tal función en el proceso.

Pero habrá otros casos en que la sede arbitral carecerá de todo lo mencionado, además de cualquier infraestructura aparente para el desarrollo del proceso arbitral.

En ese sentido, el problema se presenta porque los árbitros, en estos casos, serán personas que radiquen en otras ciudades y que no tengan siquiera dónde alojarse en la ciudad sede del arbitraje.

En estos supuestos, para poder cambiar la sede del proceso se requerirá no sólo del acuerdo de los árbitros, sino de las propias partes, razón por la cual no será fácil convenir el cambio de sede.

Sin duda, se aconseja ante estas situaciones pactar de manera previa que en caso los árbitros radiquen en otras regiones, serán las partes o los árbitros quienes correrán con los viáticos de traslado y alojamiento. Resulta preferible fijar esto de antemano, ya que es posible que los árbitros no quieran correr con estos gastos (sobre todo cuando los honorarios arbitrales no son muy elevados) y, sin duda, se generaría mayores dilaciones y posibles renuncias o remociones al cargo.

Hemos apreciado que en materia de contratación pública esto suele ser algo recurrente y, como dice aquel adagio, «es mejor prevenir que lamentar».

Sin duda, esta constituye también una cláusula arbitral patológica.

22. SOMETIMIENTO OPTATIVO AL ARBITRAJE

No cabe duda de que una de las principales y más antiguas cláusulas patológicas es aquella cuya redacción puede dar a entender que el recurrir al arbitraje representa un camino, siendo el otro el de recurrir a la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido, lo ideal es que un convenio arbitral establezca que ante el surgimiento de cualquier controversia entre las partes, ésta se solucionará en arbitraje, pues aquí no existirá la menor duda de que en tal eventualidad aquel que tenga un reclamo deberá acudir a la vía arbitral para solucionarlo.

No ocurre lo propio cuando los convenios arbitrales emplean la expresión «podrá recurrir a arbitraje», la misma que resulta ambivalente, en la medida que también sería susceptible de interpretase como que podría no hacerlo, recurriendo a la jurisdicción ordinaria. Pero para nosotros es claro que una cláusula de esta naturaleza no sería ambivalente en la medida que quedaría en evidencia que se estaría contemplando el arbitraje como medio de solución de controversias.

No obstante, tal claridad no se presentaría si el convenio arbitral empleara la expresión «en caso de controversia cualquiera de las partes podrá recurrir al arbitraje o al Poder Judicial».

Pero, en estos casos, tampoco es que estemos frente a convenios arbitrales cuya redacción pueda terminar frustrando la solución de la controversia, en la medida que quedará claro que el interesado podrá recurrir a una vía o a otra.

Pero una cláusula arbitral de estas características podrá conducir a que algunas de las controversias entre las partes se diluciden en arbitraje y otras en el Poder Judicial.

Justamente, en estos escenarios es que puede ocurrir que la demandante recurra al arbitraje y la demandada se oponga o deduzca excepción de incompetencia. Lo propio podría ocurrir si el demandante no ha optado por el arbitraje, sino por el Poder Judicial, caso en el cual el demandado podría deducir excepción de convenio arbitral. En ese caso, tenemos que dos asuntos relacionados, inclusive sobre la misma materia, podrían terminar ventilándose en vías diferentes.

Lo peligroso acá es que se utilice este tipo de cláusula para dilatar el avance del arbitraje o litigio judicial. En este supuesto se aplica aquella expresión relativa a «¿qué viene primero, el huevo o la gallina?».

Incluso, si la demanda se tramitara en la vía arbitral, las pretensiones de la contraparte no necesariamente tendrían que tramitarse vía reconvención o, incluso, en un segundo proceso arbitral.

La alternativa brindada por la cláusula en mención determinaría que las pretensiones de la contraparte se puedan tramitar, incluso, en un proceso judicial, si es que ella decidiera recurrir a esta vía y no al arbitraje.

Esto determinará que las controversias entre los contratantes, seguramente, se dilucidarán en diversos procesos, tanto arbitrales como judiciales, de manera tal que se podrían presentar no sólo múltiples decisiones con respecto a los problemas surgidos entre ellas, sino también decisiones contradictorias; todo ello fruto de una redacción tal vez inadvertidamente defectuosa del convenio arbitral.

23. CONGELADOS EN EL TIEMPO

De vez en cuando aparecen convenios arbitrales en los que las partes, por precisar las normas aplicables a un futuro eventual arbitraje, señalan las leyes o reglamentos que constituirán las normas sustantivas o procesales que las partes o árbitros deberán aplicar al proceso.

En el Perú tendríamos que hacer una apreciación dual sobre el particular.

Por un lado, en materia de contrataciones del Estado, tal práctica no solamente resulta usual, sino además pertinente, pues la referida legislación establece que los procesos arbitrales se regirán por las normas legales que se encontraban en vigencia al momento del inicio del proceso

de contratación pública que dio lugar a la celebración del contrato que es objeto de reclamo en arbitraje.

En ese sentido, se aplicarán a la controversia tales normas sustantivas y procesales, no existiendo la menor posibilidad de que las partes pacten en contrario al tratarse de normas de carácter imperativo.

Situación distinta es la que se presenta en el arbitraje privado o comercial, ya que aquí habrá que distinguir entre normas sustantivas y procesales.

En materia sustantiva, es probable que para algunos casos se apliquen las normas vigentes al momento de la celebración del contrato como podría ser el supuesto en que se demande la nulidad del propio contrato, en tanto para otros supuestos se podría aplicar la norma vigente al momento de la situación jurídica que motiva la pretensión procesal, como podría ser el caso en el que se reclame la resolución de un contrato por incumplimiento.

Por otra parte, en materia procesal, los diferentes centros de arbitraje suelen establecer en sus reglamentos, que a los arbitrajes serán de aplicación los reglamentos arbitrales que se encuentren vigentes al momento en que se presente la solicitud de arbitraje.

Y esto tiene una razón de ser, pues los secretarios arbitrales y el propio centro se encuentran entrenados para la aplicación de los reglamentos vigentes y no para aplicar reglamentos ya derogados o pretéritos, salvo que se trate, obviamente, de procesos arbitrales en curso.

Además, la constante evolución de los reglamentos procesales y de las propias leyes de arbitraje hacen que siempre sea más adecuada la aplicación de normas procesales nuevas, y no de las antiguas, para lograr que tales procesos sean más eficientes.

No obstante, queda claro que si las partes hubiesen pactado que al futuro proceso arbitral se le aplicarán las normas vigentes al momento de la celebración del contrato, esos contratantes habrán hecho una especie de reserva de ley, lo que determinará que, en efecto, deban aplicarse las normas pactadas por las partes en el convenio arbitral.

Consideramos que esta sería la solución correcta dentro del marco de la libertad que tienen las partes en el arbitraje.

Más allá de la opinión que acabamos de formular, y en honor a la transparencia, debemos decir que en la práctica se suelen presentar casos de conflicto sobre el particular, de manera tal que, si alguna recomendación podemos dar al respecto, diríamos que es mejor evitar hacer reserva de ley en los convenios arbitrales de los arbitrales comerciales.

Adicionalmente, cuando hablamos de arbitrajes internacionales, el asunto se complica aún más. Tengamos en cuenta que en el arbitraje internacional hay más de una ley que regirá el arbitraje. Por un lado, tenemos la *lex arbitri* que, en buena cuenta, hace referencia a todas las leyes procesales aplicables al arbitraje. Por ejemplo, las reglas arbitrales de determinada institución arbitral, las normas imperativas y de orden público de la sede del arbitraje, lo cual significa el lugar jurídico donde el mismo se lleve a cabo y que involucra también la ley de arbitraje de la sede.

Adicionalmente, tenemos la *lex causae*, que vendría a ser la ley aplicable a los méritos de la disputa, la cual puede ser otra que la *lex arbitri*, ya que dependerá de la elección de las partes en su convenio arbitral o, en su defecto, la ley elegida por el tribunal arbitral.

Por ello, es importante tener presente estos conceptos al momento de elaborar el convenio arbitral y elegir la *lex arbitri* y *lex causae* adecuadamente.

24. ¿CENTRO O REGLAMENTO?

Ya en la actualidad este tema ofrece menos casos prácticos, pero los ofreció durante mucho tiempo, cuando en los convenios arbitrales se establecía que las partes se someterán a arbitraje y que para el mismo se aplicarán las reglas del centro de arbitraje X.

Nos ha correspondido ser abogados defensores en casos en los que se generaron incidentes de esta naturaleza, en donde alguna de las partes sostenía que el arbitraje debía ser de naturaleza *ad hoc*, con la aplicación de las reglas de ese centro de arbitraje en tanto que la otra parte sostenía que debía tratarse de un arbitraje institucional, administrado por el propio centro de arbitraje.

No obstante, tal discusión se ha venido disipando con el paso de los años en la medida que los reglamentos de los centros de arbitraje han venido estableciendo que en caso se pacte un convenio arbitral de estas características, el mismo se entenderá como un arbitraje institucional, es decir, administrado por el propio centro de arbitraje.

Pero a entender nuestro, aunque los reglamentos no hiciesen esta definición expresa, ella debería entenderse así, pues la aplicación de las reglas de un determinado centro de arbitraje implica su aplicación completa, vale decir, no sólo la del reglamento de arbitraje (lo que conlleva a que el arbitraje será uno administrado y no uno *ad hoc*). La asignación de un secretario del centro para que asista al tribunal, la competencia del consejo o corte superior de arbitraje, para conocer los problemas relativos a recusaciones, nombramientos supletorios de árbitros, remoción de los mismos, aranceles para la administración del proceso y honorarios de los árbitros, etc., etc., etc.

La aplicación de los reglamentos incluye, obviamente, el de aranceles y tasas, lo que implica que los honorarios de los árbitros estarán sujetos por estos aranceles y los pagos del secretario deberán ser hechos

por el respectivo centro de arbitraje, el cual cobrará directamente a las partes, las tasas administrativas y aranceles correspondientes.

25. CONVENIOS ARBITRALES POR REFERENCIA

Como se sabe, en arbitraje es posible que se pacten convenios arbitrales por referencia, es decir que en un segundo contrato, de alguna manera vinculado al primero, no se establezca un convenio arbitral redactado de manera expresa, sino que se haga referencia a un convenio arbitral contenido en otro contrato.

Por ejemplo, podríamos pensar en un contrato celebrado entre dos empresas, el mismo que contenga un convenio arbitral perfectamente redactado y que luego tales empresas celebren un segundo contrato que guarde relación con el primero.

Como es obvio, ese segundo contrato podría contener un convenio arbitral en toda forma, pero ocurre que las partes, para simplificar, establecen que cualquier controversia que se derive de la celebración o ejecución de ese segundo contrato, se regirá por el convenio arbitral contenido en el primer contrato.

En casos como éste, pensamos que no habría la menor duda de que el convenio arbitral primigenio regirá para cualquier controversia nacida, sea del primer contrato o del segundo.

Pero el tema no será tan claro si es que en el segundo contrato se hubiese establecido no un convenio arbitral por referencia, sino una cláusula que diga algo así como «para cualquier aspecto no regulado en el presente contrato, regirá lo dispuesto en el primer contrato».

En un caso como éste no quedaría claro que estemos frente a un convenio arbitral por referencia en la medida que la cláusula de remisión no ha hecho mención expresa del primer convenio arbitral y quedaría la

duda de si tal convenio arbitral debería entenderse comprendido dentro de los alcances de tal remisión.

En un caso como éste se podría argumentar a favor de las dos posiciones, lo que haría que, en relación al segundo contrato, nos encontremos frente a un supuesto convenio arbitral de carácter patológico.

Pero peor sería el escenario si es que el segundo contrato estableciera, para la solución de eventuales futuras controversias el recurrir al Poder Judicial, ello en el entendido de que el primer y el segundo contrato, sean contratos conexos, es decir, contratos que versen sobre relaciones jurídicas que mantengan una vinculación entre sí.

Una situación de estas características podría resultar caótica en la medida que ante el eventual surgimiento de una controversia las partes se encuentren en la mayor duda en torno a si deben recurrir al Poder Judicial o a la jurisdicción arbitral.

En otras palabras, probablemente habría controversia desde lo relativo a qué jurisdicción es la competente para solucionar la controversia.

Nos hemos limitado a señalar un ejemplo, pero como podrá comprender el lector, en el caso de convenios arbitrales por referencia y contratos conexos, así como en el caso de contratos principales y accesorios, el tema podría llegar a ser, a la par que caótico, de solución infinita en el tiempo.

26. CONVENIOS ARBITRALES DISTINTOS PARA RELACIONES JURÍDICAS CASI IDÉNTICAS

Otros convenios arbitrales patológicos son aquellos en que para dos contratos independientes celebrados entre dos partes idénticas y sobre objetos muy similares recogen textos distintos.

Para ilustrar voy a referirme a un caso real.

Se trata de un propietario que otorga en usufructo a una empresa los pisos 1 al 5 de un edificio de su propiedad, a cuyo efecto incluye un convenio arbitral con tribunal arbitral *ad hoc* y de tres miembros, en tanto en un segundo contrato posterior de idéntica naturaleza, en el que las mismas partes toman los pisos 6 al 10 del mismo edificio, se incluye un convenio arbitral con tribunal arbitral institucional y unipersonal.

Partamos de la idea de que el segundo contrato debió haber contenido un convenio arbitral por referencia al del primer contrato; y aun si eso no hubiese sido posible por una cuestión de orden normativo, debió contemplarse en el segundo contrato la existencia de un tribunal arbitral de tres miembros al igual que se hizo en el primer contrato.

Ello hubiere permitido que las partes, si se tratase de un convenio arbitral por referencia, solucionaran todas sus controversias ante un único tribunal arbitral de tres miembros y si no hubiese habido convenio arbitral por referencia, sino dos convenios arbitrales que contemplaran tribunales de tres árbitros, tales partes hubiesen podido designar como árbitros, en ambos procesos, a las mismas personas, lo que hubiese conducido, probablemente, a que esos árbitros de parte designen, en ambos casos, a una misma persona como presidente de ambos tribunales arbitrales.

Hoy en día los reglamentos arbitrales de las instituciones permiten la consolidación de casos que involucren a las mismas partes y donde la materia controvertida esté directamente vinculada a la otra.

Claro está que ambas partes deberán confirmar su anuencia y aceptación para que ambos procesos arbitrales se consoliden en uno solo y basta que una de las partes no esté de acuerdo para que esto no suceda. Es evidente que tampoco se podría recurrir a la figura de la acumulación en caso de fraude a la ley.

27. SEDE DE ARBITRAJE IMPROPIA

En caso nos encontremos ante un arbitraje internacional, como es sabido, las partes pueden escoger el país en el que se desarrollará el arbitraje y cuya legislación procesal resultará aplicable al caso, incluido el tema de un eventual recurso de anulación del laudo arbitral.

Entonces, es evidente que sería una cláusula patológica aquella en virtud de la cual se establezca como sede del arbitraje un país cuyos tribunales tiendan, por lo general, a anular laudos arbitrales o cuyos porcentajes de anulación resulten considerablemente mayores a los de otros países que pudieron ser escogidos como sede del tribunal arbitral.

Aunque sea duro decirlo, en un caso como éste no resultaría conveniente escoger al Perú como sede de un arbitraje internacional, pues, como ya hemos visto en esta obra, especialmente la Corte Superior de Justicia de Lima en los últimos años tiene una cada vez más acentuada tendencia a favor de la anulación de los laudos arbitrales.

28. COSTOS INCIERTOS

Como sabemos, cuando se trata de un arbitraje institucional, las partes, de una manera u otra, pueden prever a cuánto ascenderán los gastos arbitrales en materia de honorarios arbitrales y de administración del arbitraje.

Decimos esto en la medida que los diferentes centros de arbitraje tienen reglamentos de aranceles, en donde las partes podrán hacer sus cálculos sobre lo que costará el arbitraje, excepción hecha, claro está, de lo referido a los honorarios profesionales de los abogados que defiendan la causa.

No obstante, no ocurrirá lo propio cuando las partes hayan pactado que su arbitraje sea *ad hoc* y hayan omitido hacer referencia a la aplicación de cualquier tabla de aranceles de cualquier centro de arbitraje.

En estos casos, las partes se corren un riesgo, habida cuenta de que será el tribunal arbitral el único indicado para fijar los honorarios, tanto de los árbitros como del secretario arbitral y, en estos casos, como es natural presumir, tales honorarios serán más altos que si se tratara de un arbitraje institucional.

Esto era lo que ocurría en el Perú en materia de contratación pública antes de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) fijara, mediante las respectivas directivas, el monto de los honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral, dependiendo de la cuantía de la controversia

29. EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL

El Decreto Legislativo n.° 1071, actual Ley de Arbitraje, establece en su artículo 67 que las partes podrían convenir otorgar al tribunal arbitral facultades de ejecución de laudo.

Siendo evidente que tales facultades tendrán como límite la ausencia de *coertio*, prerrogativa propia de los tribunales de la justicia ordinaria, será perfectamente posible que en el convenio arbitral, en el acta de instalación o en un momento posterior, las partes otorguen tales facultades al tribunal, las mismas que tendrían que someterse a la aceptación del propio colegiado.

Dentro de tal orden de ideas, si el reglamento arbitral del centro de la institución designada para la administración del arbitraje ya estableciera esta facultad para los tribunales arbitrales, es evidente que las partes no tendrían que hacerlo de manera expresa.

Así, dentro de un marco legal como el peruano, podría considerarse como convenio arbitral patológico, aquél que no siendo complementado por el reglamento de una institución arbitral en materia de ejecución de laudo no establezca de manera expresa las facultades de ejecución de laudo por parte del tribunal arbitral.

Ello, pues, se estaría desperdiciando una valiosa oportunidad para intentar que la ejecución del laudo tenga una duración más corta de lo normal. Esto, naturalmente, si las partes lo hubieran querido, pues podría darse la situación contraria, caso en el cual el convenio no sería patológico.

30. CONVENIOS ARBITRALES QUE HAGAN REFERENCIA A DOS O MÁS CENTROS DE ARBITRAJE, MÁS CONOCIDOS COMO CLÁUSULAS ARBITRALES HÍBRIDAS

Como bien sabemos, el principio rector del arbitraje es la autonomía de las partes. Dicha autonomía está referida a la elección de las partes de sustraerse a la jurisdicción ordinaria e irse a la arbitral, así como también para elaborar un convenio arbitral a su medida.

Ahora bien, las cláusulas de arbitraje híbridas se basan en esta piedra angular o principio rector del arbitraje. En cierto tipo de cláusula de arbitraje híbrida, las partes colocan la administración del arbitraje en manos de una institución de arbitraje, utilizando las reglas de otra institución.

Por ejemplo, un arbitraje seguido ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pero aplicando los reglamentos de la Cámara de Comercio de Lima.

Esto suele minimizar el hecho de que los reglamentos de arbitraje son producto de un permanente esfuerzo de cada institución arbitral para brindar un servicio óptimo.

Teniendo en cuenta este punto de vista, junto con los fondos que se invierten en el desarrollo de dichas reglas y, hasta cierto punto, el recelo de cada institución de arbitraje, tratando de probar al mundo arbitral que es la institución idónea para administrar un proceso, ello conduce a pensar que las instituciones arbitrales tienen un fuerte incentivo para reservar la aplicación de sus reglas sólo para su propia institución.

En la casuística del arbitraje internacional, tenemos el caso puntual de un arbitraje con una cláusula arbitral híbrida, que disponía que los procedimientos serían administrados por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo («el SCC»), bajo las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje («las Reglas de la CCI»).

Otro caso de relevancia estuvo constituido por un arbitraje cuyo convenio arbitral disponía que el arbitraje fuera administrado por el Centro Internacional de Arbitraje de Singapore («SIAC»), bajo las Reglas de la CCI.

En ambos casos se trató de anular los laudos por contener cláusulas patológicas y aunque en ambos casos se preservó el arbitraje y su laudo, esto no ocurrió sin dificultades. Se consideró importante el hacer cumplir la voluntad inicial de arbitraje de las partes, quienes estaban de acuerdo con el punto de vista pro arbitraje y un proceder de buena fe.

31. REMEDIOS Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN ANTE UNA CLÁUSULA PATOLÓGICA

31.1. Compétence-compétence y separabilidad del convenio arbitral

Una cláusula de arbitraje clara y bien redactada asegura, o al menos fomenta, una resolución de disputas eficiente y destaca la clara intención de las partes de someter a arbitraje cualquier disputa que surja o éste relacionada con el acuerdo. Es decir, resulta evidente que las partes han

pactado sustraerse de la jurisdicción ordinaria del Poder Judicial. De hecho, el propósito central de una cláusula de arbitraje es comunicar claramente la intención de las partes de resolver todas las disputas finalmente a través del arbitraje sin recurrir a un tribunal de justicia sobre el fondo de la disputa.

Caso contrario estaríamos ante un acuerdo de carácter patológico. Sin duda, nos podríamos pasar páginas de páginas tratando de identificar todas y cada una de las patologías que se han encontrado en las cláusulas arbitrales, pero creemos necesario incidir más en los remedios que en los defectos. Por ello es mejor evitar estos defectos mediante una construcción cuidadosa antes de que surja una disputa o controversia.

Como resultado, cuando nos encontramos frente a una cláusula de arbitraje defectuosa o mal redactada, los tribunales judiciales deberán determinar, en última instancia (vía anulación de laudo), si las partes acordaron arbitrar la disputa a pesar de la mala redacción de la cláusula.

Enfatizamos el hecho de que son los tribunales nacionales quienes tendrán en última instancia esta potestad por cuanto de forma previa compete al mismo tribunal arbitral o institución arbitral el determinar esto.

Recordemos que el principio *competence-competence* que opera en el arbitraje nos indica que será el árbitro o tribunal arbitral el primer juez de su propia competencia., es decir, será el mismo árbitro quien resolverá sobre su propia jurisdicción o conflictos derivados del convenio arbitral (incluidas las excepciones y oposiciones al arbitraje). En esa línea, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje del Perú indica lo siguiente:

> El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio

> arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Por ello incidimos en que es el propio tribunal el que tiene competencia para revisar su propia competencia y esto incluye el aceptar jurisdicción o decidir si el convenio arbitral es operativo y ejecutable, a pesar de subsistir alguna patología.

Lógicamente, esto se debe tomar con pinzas, puesto que las patologías de los convenios arbitrales pueden ser leves (al mencionar una institución arbitral errónea, por ejemplo) o pueden ser más serias, como sería el caso de no revocar la jurisdicción del Poder Judicial, o tratar sobre una materia no arbitrable (por ejemplo, algún delito).

Por ello es que el tema se debe analizar caso por caso y no será posible generalizar o marcar una pauta para todos los supuestos.

Al referirnos al principio *compétence-compétence*, debemos recordar que el mismo tiene una perspectiva positiva y una negativa. La positiva va en línea con lo detallado en el párrafo anterior, en donde el árbitro decide sobre su competencia, pero no olvidemos la perspectiva negativa, que nos indica que el Poder Judicial o las cortes nacionales quedan inhibidas de pronunciarse sobre la propia competencia o jurisdicción del árbitro.

Nuestra Ley de Arbitraje también regula este tema en su artículo 16, al establecer: «[…] La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo […]. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral».

Sumado a lo anterior, no olvidemos que es la misma ley, la que además de darle competencia a los propios árbitros para decidir sobre su competencia y jurisdicción, la que permite que los árbitros conozcan el convenio arbitral (aun con las patologías), incluso si éste fuese nulo.

Recordemos que el convenio arbitral es autónomo e independiente del contrato principal, de modo tal que la nulidad del contrato principal no afectará la validez de la cláusula arbitral que será materia de evaluación y análisis por el propio árbitro.

En ese sentido, recordamos el texto del artículo 41.2 de la Ley de Arbitraje del Perú: «La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral».[370]

31.2. Interpretación de buena fe y principio pro arbitraje

Como se mencionó anteriormente, los tribunales de la justicia ordinaria siempre tendrán la última palabra respecto de las cláusulas patológicas. Ya sea porque de manera equivocada asumieron competencia para pronunciarse sobre la misma, antes del propio del tribunal arbitral; o al final del proceso arbitral, en donde ya se emitió un laudo arbitral y una de las partes (usualmente la perdedora) pretende anular el laudo invocando la inexistencia o patología del convenio arbitral.

En esta instancia serán los tribunales ordinarios los que deberán interpretar el convenio arbitral y analizar la real intención de las partes. Se colige que desde el momento en que las partes han pactado un convenio arbitral (con patologías incluidas), los tribunales del Poder Judicial deben

370 Ley de Arbitraje del Perú, Decreto Legislativo n.º 1071, artículo 41.2.

interpretar la real voluntad de las partes de someterse a un mecanismo de solución de controversias distinto al ordinario.

Somos de la posición de que al momento de interpretar una cláusula patológica, los jueces de la justicia ordinaria deberán analizar y advertir aquel extremo útil del convenio arbitral, sobre aquel extremo que adolece de patologías, y si es posible cercenar lo patológico de la cláusula, para que no invalide la verdadera intención de las partea.

En palabras de Fernández Rosas:

> No se trata de que el juez tenga obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar una revisión de la cláusula, lo cual implica que deba moverse en muchas ocasiones en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza, en el otro se halla una eventual *déni de justice*.[371]

Asimismo, es inevitable mencionar que según la Convención de Nueva York, en sus artículos II.2 y V.1.a, las formalidades necesarias para el convenio arbitral son las de constar por escrito, a cuyo análisis no ingresaremos, ya que la expresión «por escrito» ha sido ampliada por las diversas leyes contemporáneas (artículo 13 en el caso de la Ley de Arbitraje peruana); y, adicionalmente, que el convenio arbitral haya sido suscrito por personas capaces, de acuerdo a la ley a la que las partes se han sometido.

En resumidas cuentas, hay un requisito de validez formal: constar por escrito; y uno sustantivo: que haya sido suscrito por agentes capaces.

---

[371] FERNÀNDEZ ROSAS, José Carlos. *El convenio arbitral: entre la arbitrabilidad y el desatino*. Editorial Jurìdica de Chile, 2006, p. 72.

Adicionalmente, entran en juego el carácter de orden público y la arbitrabilidad, que son limitaciones a la validez del convenio arbitral pero mayores requisitos con respecto a la validez del convenio arbitral no existen en el arbitraje internacional.

En esa línea de pensamiento, cuando nos encontremos frente a deficiencias en las voluntades de las partes y existan ciertas patologías en el convenio arbitral, se le debe tratar de interpretar de tal manera que sea capaz de surtir los efectos que las partes quisieron darle. En buena cuenta, recurrir a la vía arbitral y no a la judicial.

En esa línea de pensamiento, nuestro Código Civil en su artículo 168 recoge la interpretación objetiva, que no es otra que la de interpretar el acto jurídico siguiendo la buena fe:

> **Artículo 168**.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe.

De igual manera, el artículo 1362 indica que los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según la buena fe:

> **Artículo 1362**.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los recursos procesales en el juicio arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

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

ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Advocatus*, 2007, n.° 16.

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

BARRIOS DE ANGELIS, Dante. *El juicio arbitral*. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Montevideo, 1956.

BERIZONCE, Roberto Omar. «El arbitraje institucional en Iberoamérica». En *Derecho PUCP*, 2000, n.° 53.

BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. «El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, junio-diciembre 2004.

BONNECASE, Julien. *Elementos del derecho civil. Derecho de obligaciones*. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. «El arbitraje comercial en México». En *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zublowsky*. Lima: Cultural Cuzco, 1989.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *El arbitraje en el derecho privado*. México D. F.: Imprenta Universitaria, 1963.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. «Procedimiento arbitral». En *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericano y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982

CABANELLAS, Guillermo. *Repertorio jurídico de locuciones, máximas y aforismos latinos y castellanos*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2000, segunda edición.

CAIVANO, Roque J. «Los métodos alternativos de resolución de conflictos en América Latina: logros y desafíos». *Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*, 2007, año 1, n.° 1, pp. 51-68.

CAIVANO, Roque. «Planteos de inconstitucionalidad en el arbitraje». En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.º 2.

CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos» En *Revista Peruana de Arbitraje*, 2006, n.° 3.

CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». En *Arbitraje On Line*, 2004, n.º 4, p. 1.
http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». En *Derecho* & *Sociedad*, 2003, n.º 21.

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

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus*. Lima, 2002, n.° 7.

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.

CARNACINI, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Algunas reflexiones para el afianzamiento del arbitraje del Perú». En *Entre el derecho civil y el arbitraje. Primera parte*. Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2016. pp. 269-289.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Algunas reflexiones para el afianzamiento del arbitraje del Perú». En Castillo Freyre, Mario; Sabroso Minaya, Rita;

CHIPANA CATALÁN, Jhoel y Laura CASTRO ZAPATA. *La Ley de Arbitraje. Análisis y comentarios a diez años de su vigencia*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018, pp. 13-22.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Arbitraje en la contratación estatal». En *Abogados*. Lima: Asociación Diálogo Jurídico, 2011, año xi, n.° 10.

CASTILLO FREYRE, Mario. *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje, volumen 2, Lima: Palestra Editores, 2007.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Discurso de presentación del *volumen 43 de la Biblioteca de Arbitraje, Arbitraje de inversión. El dinámico fenómeno jurídico visto a través de los tratados bilaterales de inversión*, escrito por Giancarlo Peralta Miranda». En *Entre el derecho civil y el arbitraje (segunda parte)*. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Católica San Pablo - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 50, pp. 237-244.

CASTILLO FREYRE, Mario. «El arbitraje comercial y el de la contratación pública. ¿En qué y por qué son diferentes?». En *Entre el derecho civil y el arbitraje*. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 35, pp. 585-624.

CASTILLO FREYRE, Mario. «El arbitraje con el Estado. Algunas consideraciones sobre el Anteproyecto de Ley para suprimir el arbitraje estatal». En *Boletín Oficial CAE*, 15 de marzo de 2022, n.° 2, p. 5. https://www.caeperu.com/noticias/pdf/boletin-oficial-CAE-edicion-N-002.pdf

CASTILLO FREYRE, Mario. «La confidencialidad en el arbitraje». En *Ponencias del Segundo Congreso Internacional de Arbitraje*. Lima: Palestra Editores - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2009, vol. 8, pp. 287-298.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Orígenes del arbitraje». En *Abogados*. Lima: Asociación Diálogo Jurídico, 2008, n.° 8.

CASTILLO FREYRE, Mario (con la participación de Giannina Molina Agui). *Prescripción y caducidad*. Lima: Gaceta Jurídica, 2025.

CASTILLO FREYRE, Mario. «Presentación de la obra Dispute Boards en Latinoamérica: experiencias y retos. "Un nuevo amigo del arbitraje: el Dispute Board"». En *Entre el derecho civil y el arbitraje*. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 35, pp. 477-485.

CASTILLO FREYRE, Mario. «¿Qué quieren hacer con el arbitraje? Las cada vez más complicadas relaciones entre el arbitraje y el Estado peruano». En *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2020-2022*, 2023, n.° 14.

CASTILLO FREYRE, Mario. «¿Resulta necesaria la creación de una Procuraduría General de la República?». En *Administración Pública & Control*, octubre 2016, año 3, n.° 34, pp. 51-55.

CASTILLO FREYRE, Mario y Alonso BEDOYA DENEGRI. *Cláusulas arbitrales patológicas*. Lima: Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Católica San Pablo - Asociación Iberoamericana de Derecho Privado - Biblioteca de Arbitraje Estudio Mario Castillo Freyre, 2021, volumen 92.

CASTILLO FREYRE, Mario y Giannina MOLINA AGUI. «Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa». En *Jus Doctrina & Práctica*, 2009, n.º 2.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «Aproximaciones en torno al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable en la Ley de Contrataciones del Estado». En *Manual de arbitraje en contratación pública*

(Primera parte). Asociación Civil Derecho & Sociedad - Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú - Universidad Católica San Pablo - Asociación Iberoamericana de Derecho Privado - Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 70, pp. 13-42.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. *Arbitraje en la contratación pública*. Lima: Palestra, 2009, Colección: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, volumen 7.

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «El arbitraje del Estado peruano». En *Ius Et Veritas*, 2011, vol. 21, n.° 43, pp. 140-149. https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12057

CASTILLO FREYRE, Mario y Rita SABROSO MINAYA. «El arbitraje y los adicionales de obra». En *Derecho PUCP*, junio 2011, n.º 66, pp. 319-333.

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

CASTILLO FREYRE, Mario; SABROSO MINAYA, Rita; MARTÍNEZ CÁRDENAS, Irene y Rosana ROSALES BÁSCONES. «Comentarios al proyecto de modificación de la Ley General de Arbitraje». En *Arbitraje y debido proceso*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2007, volumen 2.

CASTILLO FREYRE, Mario y Gina VARGAS HERRERA. «La defensa del arbitraje en contrataciones del Estado: a propósito del Proyecto de Ley n.º 2736/2022-PE». En *Actualidad Jurídica*, setiembre 2022, n.º 346, pp. 11-42.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Analizando el análisis. Autopsia del análisis económico del derecho por el derecho civil.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «Arbitraje: naturaleza y definición» En *Derecho PUCP*. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2007, año MMVI, n.° 59.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El juicio privado. La verdadera reforma de la justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, Cátedra Garrigues, 2006, volumen 1.

CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. «El dominio contractual en el arbitraje». En *Ius Et Veritas*, 2006, n.° 32, pp. 95-102.

CASTILLO FREYRE, Mario; Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «La otra justicia: fundamentos, desarrollo y avances legislativos del arbitraje en el Perú». En *Derecho PUCP*, junio 2009, n.° 62, pp. 87-99.

CASTILLO FREYRE, Mario; Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?». En *Actualidad Jurídica*, agosto 2008, n.º 177, pp. 31-35.

CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje mercantil internacional. Comentarios y legislación*. Tesis para optar el grado académico de bachiller en Derecho. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1954, tomo i.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000.

CÍRCULO DE ARBITRAJE CON EL ESTADO. *Proyecto de Ley que busca modificar la Ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado - Ley 30225*. 7 de febrero de 2022. https://www.caeperu.com/noticias/proyecto-de-ley-que-busca-modificar-la-ley-de-arbitraje-y-la-ley-de-contrataciones-del-estado.html?fbclid=IwAR2Un1e7rC21NQCwVPiTYaus8tFuXbvonMSwwPkMsiB56h_WifFxrzjIJSY

COLE, Tony; ORTOLANI, Pietro; KARACAN, Pinar y Stephanie TRINDADE CARDOSO. *Arbitration in the Americas: Report on a Survey of Arbitation Practitioners*. University of Leicester, 2018. https://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2018/04/Arbitration-in-the-Americas-Report-on-a-Survey-of-Arbitration-Practitioners.pdf

COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis (director). *El arbitraje en las distintas áreas del derecho*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores, volúmenes 3 y 4, 2007.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. *Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*. Bruselas: 2002.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. *El arbitraje en las contrataciones públicas durante el periodo 2003-2013*. Lima, Contraloría General de la República. Gerencia de Estudios y Gestión Pública. Departamento de Estudios. pp. 73-84. https://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf

CRAIG, Laurence; PARK, William y PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration.* Oceana, 2000, tercera edición.

CUEVA MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Cathedra*, 2001, n.° 8.

DE LOS RÍOS WOLLS, Gustavo. «El enriquecimiento sin causa». En *Libro homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra, 2008, volumen I.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*, 1996, n.° 12.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Los conceptos y las cosas: vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral». En *El arbitraje en el derecho latinoamericano y español. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewicz Zubkowski*. Lima: Cultural Cuzco, 1989.

DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. «Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas». En *ADR Resources. Arbitraje y Mediación*, 2006; p. 9. http://www.aryme.com/ getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32

DUNSHEE DE ABRANCHES, Carlos Alberto. «El acuerdo arbitral». En *El arbitraje comercial en Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 1982.

EISEMANN, Fréderic. «La clause d'arbitrage pathologique». En *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Torino: Uniones Tipografico - Editrice Torinese, 1974.

ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, segunda edición, volumen segundo.

FÁBREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Panamá: Editora La Estrella.

FELDSTEIN, Sara y Hebe LEONARDI. *El arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1998.

FERNÀNDEZ ROSAS, José Carlos. *El convenio arbitral: entre la arbitrabilidad y el desatino*. Editorial Jurìdica de Chile, 2006.

FREIXAS PUJADAS, Juan. «Consideraciones procesales sobre la transacción en el derecho romano». En *Revue International des Droits de l' Antiquité*, 1980.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Ius et Praxis*, 2001, n.° 32.

GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *El arbitraje internacional*. Lima: Cecosami, 2004.

GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzadi, 1998.

GUASP, Jaime. *El arbitraje en el derecho españo*l. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1956.

GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA, César y Rigoberto ZUÑIGA MARAVÍ. «Comentarios y reflexiones sobre el estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP "Tendencia del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales"». En *Arbitraje PUCP*, n.º 4, p. 97.
https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/10389

HARDT, Michael y Antonio NEGRI. *Imperio*. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2.ª reimpresión, 2002.

IGLESIAS, Juan. *Las fuentes del derecho romano*. Madrid: Editorial Civitas, 1989.

INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. *Proyecto de normas sobre arbitraje*. Lima: 1992.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Apuntes sobre la Ley General de Arbitraje n.° 26572». En *Advocatus*, 2001, n.° 4.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius Et Praxis*, 2003, n.º 34.

KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». En *Themis*, 1999, n.º 39

LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo iv-B.

LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El arbitraje*. Biblioteca para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, volumen v.

LP PASIÓN POR EL DERECHO. *El caso Mario Castillo Freyre. Entrevista a Milo Ruiz González.* https://lpderecho.pe/el-caso-mario-castillo-freyre-por-milo-ruiz-gonzalez/

MARTÍNEZ COCO, Elvira. «¿Qué debe hacer un árbitro frente a un contrato teñido de corrupción? Discurso de incorporación de la doctora Elvira Martínez Coco». En *Anuario de la Academia Peruana de Derecho 2023-2025*, 2025, n.° 15, pp. 149-160.

MONTES, Sandra; OLÓRTEGUI, Julio; RIVAS' Gino y Julio WONG. *Estudio de anulación de laudos 2022*. Cámara de Comercio de Lima, 2022, p. 17. https://www.arbitrajeccl.com.pe/wp-content/uploads/2024/04/Estudio-de-anulacion-de-laudos-2022.pdf

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001.

OGÁYAR, Tomás. *El contrato de compromiso y la institución arbitral*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

ORAMAS GROSS, Alfonso. El *enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Bogotá: Nomos, 1988.

ORTEGA PIANA, Marco Antonio. «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública». En *Advocatus*, 2002, n.º 7.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «El pago indebido y el enriquecimiento sin causa». En *Actualidad Jurídica*, 2002, tomo 99.

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

PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y convenio arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

PUGLIESE, Giovanni. *Il processo civile romano, II,* Milano: Guijarro, 1963.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. Vigésima Segunda Edición. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Harakiri». En *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/harakiri?m=form

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Lisonja». En *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/lisonja?m=form

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Pendejo». En *Diccionario de la lengua española*, https://dle.rae.es/pendejo?m=form

REBOLLO PUIG, Manuel. «El enriquecimiento injusto de la administración pública». Madrid: Marcial Pons, 1995.

REVOREDO MARSANO, Delia. «Enriquecimiento sin causa». En *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo iv.

ROUSSEAU, Juan Jacobo. *Obras selectas*. Colección Clásicos Inolvidables. Buenos Aires: Librería El Ateneo Editorial, 1959, 2.ª edición.

RUBIO GUERRERO, Roger. «Globalidad, integración y arbitraje (entrevista a Alejandro M. Garro)». *Thémis*, 2001, n.° 42.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «Arbitraje del Estado peruano». En AA. VV. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, tomo i.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. «El arbitraje con el Estado en la nueva Ley Arbitral y en el régimen especial de contratación con el Estado». En *Actualidad Jurídica,* 2008, n.° 177.

Townsend, John. «Arbitration clauses: Avoiding the seven deadly sins». En *Dispute Resolution Journal*, febrero-abril 2003, volumen 58.

TRIBUNAL CIVIL DE APELACIONES DE BUENOS AIRES. *Fernández Gallardo vs. Morales, 27 de agosto de 1999*. En *Revista Jurisprudencia Argentina*, 16 de agosto de 2000.

TULARD, Jean y otros. *Historia y diccionario de la Revolución Francesa*. Madrid: Ediciones Cátedra, 1989.

VALIÑO, Emilio. *Instituciones de derecho romano*. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.

VARGAS, Fernando. *Naturaleza jurídica del arbitramento civil*. Tesis para optar el grado académico de doctor en Ciencias Jurídicas. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1964.

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

VON TUHR, Andreas. Tratado de las obligaciones. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Reus, 1934, tomo i.

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

ZEGARRA PINTO, José. «Arbitraje de conciencia: ¿género del arbitraje de derecho?». En *Arbitraje on line*, 2005, año iii, n.° 5.

ZULETA JARAMILLO, Eduardo. «El arbitraje en razón de la materia. El arbitraje y la responsabilidad civil extracontractual». En *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis, 2005.

Tratado de Arbitraje - Tomo I
se terminó de imprimir en el mes de
noviembre del 2025, con FM Servigraf E.I.R.L.
Calle el Alhelí 108-B dpto. 201, Surquillo,
teléfono: 774-9972
Lima, Perú