



www.peruarbitraje.org

COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE



COMENTARIOS A LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE



TOMO I
(ARTS. 1º AL 73º)

Coordinadores

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Asistentes

RIDER ALI VERA MORENO
ORIALIZ CARLA ESPINOZA SOTO



www.peruarbitraje.org

Soto Coaguila, Carlos / Bullard González, Alfredo
Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje.

T. 1, 880 p. ; 24x17 cm.

ISBN: 978-612-45951-0-3

DERECHOS RESERVADOS:

DECRETO LEGISLATIVO N° 822

© Carlos A. Soto Coaguila, 2011

© Alfredo Bullard González, 2011

Primera edición: Enero 2011

Tiraje: 500 ejemplares.

© Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones - IPA, 2011

Calle Sevilla N° 156, Piso 2, Miraflores - Lima - Perú

Teléfono: (51 1) 221 7841

peruarbitraje@gmail.com

www.peruarbitraje.org

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2011-00642

I.S.B.N. 978-612-45951-0-3

Todos los derechos reservados

Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y del autor.

Printed in Perú

All rights reserved

No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

(COORDINADORES)

CARLOS A. SOTO COAGUILA

Abogado, Árbitro, y Profesor. Profesor visitante regular en los posgrados de Colombia, Argentina y Bolivia. Actualmente es consejero y Jefe del Grupo de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taíman & Olaya Abogados. Actúa como Presidente de Tribunal Arbitral, árbitro único, coárbitro y abogado en procesos arbitrales. Es miembro de las más importantes listas de árbitros, entre ellas, de la Corte de Arbitraje de Madrid, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje de Amcham-Perú y de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE. Asimismo, es miembro del Club Español de Arbitraje y del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI. También es Presidente del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE – IPA y Director la Revista Peruana de Arbitraje. Ha sido Asesor de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú, Secretario de la Comisión de Reforma del Código Civil y Asesor de la Comisión de Reforma de Código de Comercio. Ha publicado como director, coordinador y/o co-autor diversas obras, entre las que destacan: *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica; La Convención de Nueva York de 1958: Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales; El Arbitraje en el Perú y el Mundo; El Contrato en una Economía de Mercado; Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina; Transformación del Derecho de Contratos; Contratación Privada; Responsabilidad Civil y Derecho de Daños; Comercio Electrónico; Contratación Contemporánea. Contratos Modernos y Derecho del Consumidor; Contratación Contemporánea. Teoría General y Principios; El Código Civil del siglo XXI. (Perú y Argentina).*

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Abogado, Árbitro y Profesor. Socio fundador del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesionalmente, ha participado en diversas comisiones dentro de organismos del Estado, como por ejemplo, en la Comisión encargada de la Reforma del Código Civil y ha presidido la Comisión de Reforma de la Ley General de Arbitraje que elaboró el proyecto de la actual Ley de Arbitraje del Perú; ha sido miembro del directorio de la SUNARP, miembro de la Comisión Consultiva de Justicia del Ministerio de Justicia, Asesor de la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal, Consultor del Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transporte de Uso Público-OSITRAN y del Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones-OSIPTel. Dentro del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual-INDECOPI, ha ocupado cargos como Presidente de la Sala de Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual y Miembro de la Comisión de Protección al Consumidor, entre otros. Es árbitro de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Cámara de Comercio de Lima y otros centros arbitrales. Se desempeña como Profesor de Análisis Económico del Derecho, Derecho Civil, Arbitraje y Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, tanto a nivel de pregrado como a nivel de maestría; asimismo, ha sido Profesor Visitante en la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Argentina y en la Universidad de Puerto Rico. Es autor y coautor de diversas obras, tales como *La Relación Jurídica Patrimonial. Reales vs. Obligaciones; Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales*; así como de diversos artículos publicados en importantes revistas de nuestro medio y del extranjero.

(CO-AUTORES)

ADRIÁN SIMONS PINO

Socio del Estudio Rebaza, Alcazar & De las Casas - Abogados Financieros.

ALBERTO MONTEZUMA CHIRINOS

Socio del Estudio Montezuma Abogados.

ALEJANDRO FALLA JARA

Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

ALEXANDER CAMPOS MEDINA

Socio del Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados.

ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ

Socio del Estudio Osterling Abogados.

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA

Socia del Estudio Echeopar Abogados.

ANIBAL QUIROGA LEÓN

Socio del Estudio Anibal Quiroga León Abogados.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Consejero del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

CARLOS RUSKA MAGUIÑA

*Presidente de Marc Perú, Asociación para la Prevención y
Solución de Conflictos.*

CAROLINA DE TRAZEGNIES THORNE

Secretario del Consejo Directivo de OSINERGMIN.

CECILIA O'NEILL DE LA FUENTE

Profesora de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

*Director del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia
Universidad Católica del Perú.*

DELIA REVOREDO MARSANO DE MUR

Ex Magistrada del Tribunal Constitucional.

EDUARDO FERRERO COSTA
Socio del Estudio Eche copar Abogados.

ENRIQUE FERRANDO GAMARRA
Socio del Estudio Osterling Abogados.

ENRIQUE PALACIOS PAREJA
Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados.

EUGENIA ARIANO DEHO
Profesora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

FAUSTO VIALE SALAZAR
Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados.

FELIPE OSTERLING PARODI
Socio Principal del Estudio Osterling Abogados.

FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico.

FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA
Socio del Estudio Fernando de Trazegnies.

FERNANDO MELÉNDEZ FERNÁNDEZ
Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

FERNANDO VIDAL RAMÍREZ
Socio del Estudio Rodríguez-Mariátegui & Vidal.

FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA
Socio del Estudio García-Calderón, Vidal, Montero & Asociados.

GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA
Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados.

HUÁSCAR EZCURRA RIVERO
Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

HUGO MOROTE NÚÑEZ
Socio del Estudio Rosselló Abogados.

HUGO SOLOGUREN CALMET
Consultor Privado - Árbitro.

ÍTALO CARRANO TARRILLO
Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA
Socio del Estudio Echecopar Abogados.

JORGE AVENDAÑO VALDEZ
Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados.

JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA
Socio del Estudio Santistevan de Noriega & Asociados.

JORGE VEGA SOYER
Socio del Estudio Vega & Asociados Abogados.

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS
Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados.

JULIO CÉSAR GUZMÁN GALINDO
Profesor de la Academia de la Magistratura.

JULIO CÉSAR PÉREZ VARGAS
Socio del Estudio Payet, Rey, Cauvi Abogados.

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA
Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA
Socio del Estudio Osterling Abogados.

LUIS PIZARRO ARANGUREN
Socio del Estudio Pizarro, Botto & Escobar Abogados.

MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA
Socio del Estudio Aramburu, Camino, Boero Abogados.

MARCIAL RUBIO CORREA
Rector de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL
Socia del Estudio Echecopar Abogados.

MARTÍN MEJORADA CHAUCA
Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados.

NATALE AMPRIMO PLÁ
Socio del Estudio Amprimo Abogados.

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO
Socio del Estudio Sparrow, Hundskopf & Villanueva Abogados.

PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO
Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

PEDRO FLORES POLO
Presidente del Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

RICARDO LUQUE GAMERO
Socio de Hernández & Cía. Abogados.

ROGER RUBIO GUERRERO
Secretario General del Centro de Arbitraje de AmCham Perú.

ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA
Jueza Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
Socio del Estudio Ehecopar Abogados.

SOSCHANA ZUSMAN TINMAN
Socia del Estudio Shoschana Zusman T.

“WHY FIX WHAT IS NOT BROKEN?”

Esta frase en inglés que titula esta presentación (y que se puede traducir “*¿Por qué arreglar lo que no esta roto?*”) se usa comúnmente por los anglosajones para referirse a una situación en la que se sugiere que no deben hacerse cambios si algo esta funcionando bien. Finalmente, por qué complicarnos si las cosas están caminando. ¿Qué tiene que ver esta frase con la Ley Peruana de Arbitraje aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071?

El arbitraje en el Perú es un fenómeno digno de estudio. Antes, arbitrar era una actividad extraña y excepcional en el país. Había pocos arbitrajes y los que había, usualmente mostraban poco conocimiento de la institución y estaban muy marcados por reglas procesales de estilo judicial. Nadie podía imaginar lo que ocurriría en poco más de una década.

En 1996 todo empezó a cambiar. El Congreso aprobó la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (en adelante “la antigua Ley”). El proyecto seguía en lo básico la Ley Modelo de UNCITRAL. Si bien la aprobación por el Congreso generó algunas inconsistencias, mantuvo en general un estándar internacionalmente más que aceptable, lo que queda demostrado por el hecho de que dicha Ley funcionó, y con creces. Quizás el avance más significativo fue la eliminación de la nefasta distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Bajo el antiguo sistema, para poder formalizar y poner en práctica un arbitraje, se requería dos actos jurídicos, uno antes de surgido el conflicto (cláusula compromisoria) y otro después (compromiso arbitral).

La calidad de la antigua Ley de 1996 se debió principalmente al aporte de Fernando Cantuarias, quien había regresado de sus estudios en el extranjero con la idea fija (y con una vehemencia y constancia incansables para ponerla en práctica) que el arbitraje podía ayudar al desarrollo del país y que el camino estaba en seguir el estándar UNCITRAL. Curiosamente, el mismo Fernando Cantuarias integraría la Comisión encargada de la redacción de la nueva Ley (que derogaría la que él mismo ayudó a forjar) y que tuvo la suerte de presidir uno de los

directores de este libro. Y entonces la pregunta se torna relevante: ¿Por qué arreglar y ajustar una Ley que venía funcionando bien?

En primer lugar, no bastó dar una ley para cambiar las cosas. Pasaron muchas otras cosas en estos 14 años.

De virtualmente no arbitrarse, se paso a arbitrar de manera muy intensa. Hoy los arbitrajes se cuentan por miles. Y no es sólo un tema de cantidad, sino también de calidad. Los peruanos hoy arbitramos no sólo mucho, sino bien. Hemos aprendido poco a poco a despegarnos de la rigidez de las normas procesales judiciales y hemos comprendido al arbitraje como algo diferente, más flexible y dinámico. Estamos enterrando poco a poco y con esfuerzo, a los antiguos dinosaurios arbitrales, cargados de un ADN procesalista, para hacerlos evolucionar hacia un nuevo “organismo arbitral” que, como diría Charles Darwin, ha tenido una mayor capacidad de adaptación a los tiempos modernos. Y eso determina la supervivencia de los más hábiles. Las exigencias del comercio y del tráfico económico, convierten a las especies procesales en bastante débiles para resistir en el medio ambiente en el que tienen que desenvolverse. Ello se esta dando por la mutación de las prácticas arbitrales hacia los usos y costumbres internacionalmente aceptados. Así, a un estándar legislativo UNCITRAL, le fuimos sumando una práctica arbitral con estándares más modernos, dinámicos y efectivos para una justicia rápida y especializada. Esa práctica local sumaría en la nueva Ley una serie de innovaciones que son originalmente peruanas y que han permitido incluso mejorar el estándar UNCITRAL en varios aspectos.

Hoy ninguna controversia comercial importante en el Perú se resuelve fuera del arbitraje. Los convenios arbitrales en estos contratos son la regla. El viejo y anquilosado “proceso civil”, como único medio para resolver controversias contractuales comerciales, es una especie en extinción. Y es bueno que sea así. En su lápida, al lado del “Que en Paz Descanse”, figura el nombre de “su homicida”: se llama arbitraje. Y figuran también las armas que se uso: la eficiencia y la eficacia, la especialidad y la confidencialidad, un sentido de justicia más ajustado a la realidad y, sobretudo, el sentido común.

Y es que la pregunta es obvia ¿Por qué la justicia estatal, que recibe un importante subsidio estatal, debe dedicarse a resolver problemas empresariales, cuyo valor patrimonial perfectamente puede ser asumido por los litigantes? Esos fondos provienen de nuestros impuestos y las tasas que pagan los litigantes no reflejan, a diferencia de los honorarios y gastos arbitrales, el costo real del aparato judicial. ¿Por qué distraer recursos que podrían dedicarse a atender juicios de alimentos o procesos penales, en controversias que las

partes pueden resolver a su propio costo y sin subsidios? En otras palabras ¿Por qué sobrecargar a un ya abarrotado Poder Judicial con costos que las empresas pueden atender y resolver mediante la vía arbitral?

El problema ha sido resuelto por la competencia. A pesar del subsidio, el arbitraje viene derrotando al proceso civil en temas comerciales. Y ello ocurre por que su ADN tiene mejor capacidad de adaptación. Tiene la curiosa virtud de que la demanda por solución de controversias genera automáticamente su propia oferta de árbitros y arbitraje, algo que en el ámbito judicial (en términos generales) se traduce en colas, demoras y reducción de calidad de los juicios y sobre todo de los fallos. Mientras que la oferta de arbitrajes es regulada por el mercado, la oferta judicial es regulada por el ineficiente y absurdo sistema de presupuesto público y asignación del gasto estatal. Finalmente, el proceso judicial parte de una visión estatista, mientras el arbitraje parte de una visión privatista. Esa diferencia hace toda la diferencia.

Y es que el arbitraje (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes. Es consecuencia de un orden espontáneo que surge de la interacción de los individuos y no de un sistema de planificación central. Ese orden no es derivado de un mandato público, sino de individuos, interactuando y contratando libre y espontáneamente. Es esa espontaneidad la que explica su gran ventaja. En efecto, si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y pedían que otros comerciantes resolvieran su caso. No había ley ni mecanismo regulatorio que los obligaría. El proceso era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales. Tenía que ver más con formas de hacer negocios que con leyes, formalismos y frases en latín.

Si se negaban a cumplir el laudo, la sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. Los abogados no teníamos “vela en el entierro”. No había anulación ni ejecución de laudo, lo que hoy las leyes de arbitraje asumen erradamente como consustanciales al arbitraje.

Con el tiempo los abogados contraatacamos. Por ejemplo, alrededor de 1920 en Estados Unidos, por *lobbys* de los colegios de abogados se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos, entonces la participación de abogados se incrementó dramáticamente. La representación con abogados frente a los Tribunales Arbitrales de la *American Arbitration Association* (AAA) se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91%

en 1947⁽¹⁾. El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* [282 U.S. 30 (1930)] en el que se declaró como contraria a las normas antimonopolio, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o cumplir el laudo (calificándolo como boicot o negativa de trato concertada)⁽²⁾.

Lo cierto es que tomo varios años para que el arbitraje se recuperara del golpe que le dio la competencia desleal del proceso civil. Pero su regreso vino con fuerza y con nuevos bríos. Las leyes y las prácticas arbitrales vieron la necesidad de recuperar la espontaneidad perdida. Leyes y prácticas más flexibles, que refuerzan la autonomía privada, son claros síntomas de la mejoría del arbitraje, de su renovado ADN y de su inacabable fuerza de adaptación a lo nuevo.

En el Perú, el proceso competitivo ha seguido una línea clara desde el año 1996. Y los resultados no pueden ser más promisorios para el futuro del arbitraje. Los Centros Arbitrales han proliferado. Sólo en Lima existen al menos 6 con actividad permanente, varios con un número apreciable de casos. El arbitraje es el tema más común de conferencias y seminarios y ya se organizan, de manera regular, dos Congresos Internacionales de Arbitraje todos los años, a los que concurre un número apreciable de asistentes extranjeros, y un Curso especializado sobre Arbitraje de Inversión desde 2007. El Perú cuenta con la Revista Peruana de Arbitraje, la cual tiene una calidad internacionalmente reconocida, sin contar la cantidad enorme de publicaciones (libros y artículos en revistas de Derecho) que muestran el interés por escribir y por leer que existe en el país sobre el tema. Mención especial merece el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, que preside uno de los directores de esta obra, que desde hace años promueve la difusión del arbitraje en el Perú y América Latina, y al Perú como sede de arbitrajes internacionales. A todo ello debemos sumar que la asignatura de Arbitraje es una asignatura obligatoria en varias universidades, y en las que todavía es electiva, el interés de los estudiantes es mayor a tal punto que las autoridades deben abrir más horarios para el curso.

El Poder Judicial, contra todo pronóstico y a contramano de lo que ha ocurrido en otros países, es sumamente respetuoso del arbitraje. La cantidad de anulaciones está por debajo del 2% de los laudos impugnados. El Tribunal Constitucional, a diferencia de lo que ocurre en otros países de Latinoamérica, ha dado un respaldo decidido y firme

(1) BENSON, Bruce, "Arbitration" en *Encyclopedia of Law and Economics* (<http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf> p. 169).

(2) *Ibid.*; p. 170.

y ha declarado que los árbitros pueden rechazar de manera directa las injerencias de terceros en un arbitraje, incluyendo en el rechazo, decisiones judiciales o administrativas. Y ha señalado con claridad que no caben acciones de amparo contra las decisiones de los árbitros, salvo cuando haya terminado el proceso de anulación y sólo si existiera una grosera violación de derechos constitucionales. Si bien han existido algunas decisiones lamentables de dicho organismo que van en contra de la línea anotada, esperamos que sean sólo algunos deslices y no una tendencia que revierta todo lo avanzado.

Más sorprendente aún, el Estado, usualmente enemigo del arbitraje, ha sido un aliado y un cómplice abierto de su desarrollo. Ya son cuatro gobiernos seguidos los que han incorporado el apoyo al arbitraje como parte de su política de promoción de inversiones y de reforma de la administración de justicia. Ello se refleja no sólo en el apoyo decidido a las reformas legales, sino a una voluntad inequívoca de someterse a arbitraje como cualquier particular. A la decisión de incorporar convenios arbitrales en los contratos de estabilidad jurídica, de privatización, de concesión y, en general, en cualquier contrato vinculado a la inversión, se suma la obligación legal que tiene cualquier entidad del Estado, de nivel nacional, regional o municipal, de colocar cláusulas arbitrales en todos sus contratos de adquisición de bienes y servicios, incluidos los contratos de obras públicas.

Son muchos más los signos de la robusta salud con la que el arbitraje se viene desarrollando y creciendo. A los peruanos nos queda claro que el arbitraje ha venido para quedarse y ya no es posible pasar por una escuela de Derecho sin aprender qué es arbitrar, y no es posible pasar por los negocios sin tener identificado un abogado que pueda asesorarnos en un arbitraje.

La pregunta obvia es entonces si todo estaba tan bien, para qué cambiar la Ley. *“Why fix what’s not broken?”*

Esa es la pregunta que el Estado Peruano se hizo cuando decidió, mediante Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, conformar una Comisión para la revisión de la antigua Ley (que sólo tenía 10 años). La misma pregunta se hizo la Comisión. Y la respuesta fue “Si algo funciona bien, hay que hacer que funcione mejor”.

Los países compiten entre sí para atraer inversiones y generar estabilidad jurídica. El desarrollo de marcos institucionales adecuados es indispensable. Conformarnos con lo que tenemos es sentarse a esperar que otros nos superen. El Perú decidió entrar a la competencia, lo que implicaba no dejar de avanzar. Por ello quiso cambiar una buena ley por otra superior. El cambio ya no es para comenzar a arbitrar. El cambio es para poder arbitrar aún más y mejor.

La Comisión cumplió sus labores en el plazo que se había establecido y entregó en junio del 2006 un proyecto de ley de reformas urgentes a la Ley de Arbitraje vigente en ese entonces. Sin embargo, la Comisión comunicó al Ministro que, sin perjuicio de que su misión oficial estaba cumplida, seguiría reuniéndose ya sin mandato público, pero motivada por la necesidad de mejorar el arbitraje, a fin de trabajar en un proyecto de reforma integral. La Comisión, ahora sin membrete oficial pero con el mismo entusiasmo, y en un acto de espontaneidad muy afín a la naturaleza del arbitraje, ofreció entregar ese proyecto de reforma integral al Ministerio de Justicia una vez que estuviera culminado.

El Presidente de la Comisión recibió el encargo de mantener informado a los distintos Ministros de turno y al Congreso de la República de este esfuerzo. Ello fue cumplido pero, como suele pasar en este tipo de cosas, el azar también cumplió su rol.

Un día la hija de uno de los directores de este libro tuvo un accidente deportivo que le causó una lesión que requería de atención médica. Mientras estaba en la emergencia de la clínica se encontró con la Dra. Rosario Fernández, en ese entonces Ministra de Justicia, cuya hija había sufrido una lesión similar. Mientras esperaban para que les tomaran los rayos X respectivos, comentaron una llamada telefónica en la que habían discutido sobre la existencia del proyecto y la Comisión informal. La Ministra en ese momento se preguntó si entre las facultades delegadas legislativamente por el Congreso al Ejecutivo para la aprobación de Decretos Legislativos para la implementación del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos no estaría contemplada la posibilidad de hacer reformas en el arbitraje.

Y efectivamente era así, pues el TLC contemplaba el compromiso de hacer mejoras en los sistemas arbitrales a fin de mejorar el cumplimiento de las obligaciones entre los nacionales de ambos países. El único problema es que quedaba alrededor de un mes para que las facultades vencieran. Afortunadamente, el trabajo estaba muy avanzado lo que permitió tener un proyecto listo en el breve término que se tenía.

Es así como el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje o Ley de Arbitraje. La reforma se dio en un contexto de promoción de las inversiones y con la finalidad de crear una atmósfera más favorable a los inversionistas y empresas que deseen hacer negocios en el Perú, pues efectivamente se dio en el marco de la implementación del TLC con los Estados Unidos.

Los negocios traen controversias. Con el crecimiento dinámico de los negocios y la inversión extranjera, era claro que las cortes ordinarias no podrían soportar la nueva demanda. Confiar en el arbitraje es

confiar en un sistema que va generando su propia oferta en respuesta a la demanda de solución de conflictos. Y todo ello sin necesidad de invertir en recursos públicos.

Como lo señala la propia Exposición de Motivos Oficial de la nueva Ley de Arbitraje:

“En este orden de ideas, los cambios que se proponen en la nueva ley están dirigidos a aumentar la competitividad del Perú como sede de arbitrajes, de manera que pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón a la existencia de un marco legal seguro y predecible, ajustado a estándares internacionales. (...) Se espera también, de otro lado, que estas nuevas reglas de juego consoliden y afiancen una cultura arbitral en los operadores del sistema, abogados, árbitros, instituciones arbitrales y jueces, por cuanto una sincronización adecuada de estos operadores garantiza un desarrollo óptimo de la institución”.

En otras palabras, la nueva norma tiene principalmente dos objetivos. En primer lugar, mantener los éxitos alcanzados en el arbitraje doméstico y, en segundo lugar, extender dichos éxitos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes.

Para ello la nueva Ley de Arbitraje ha usado como fuentes diversas normas y experiencias internacionales. A la experiencia nacional en los últimos años se ha añadido la experiencia comparada. Se ha querido dar una Ley moderna pero que no suene extraña al que viene de afuera. Se ha tomado en cuenta, entre otras, las legislaciones arbitrales de España (una de sus fuentes principales de inspiración), Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza, Holanda, Francia y Estados Unidos y los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y, de manera especial, se ha considerado la versión 2006 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL / CNUDMI), así como los recientes documentos de trabajo sobre la revisión de su Reglamento de Arbitraje. Asimismo, se ha tenido en cuenta la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convención de Ginebra), la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) y la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 (Convención de Washington).

Como lo señala la Exposición de Motivos, la reforma ha buscado principalmente:

- a. Consolidar el carácter inevitable del arbitraje. Para ello se reforzó su carácter autónomo, 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 ello se fortaleció la competencia de los árbitros, se priorizó un control *ex post* del laudo por medio del recurso de anulación y se evitó el uso de recursos o intervenciones *ex ante* al laudo, dirigidas a evadir la obligación de someterse a arbitraje.
- b. Restringir la necesidad de acudir a los jueces ordinarios en temas como la designación de árbitros y la resolución de recusaciones mediante una regulación que evite distorsiones o manipulaciones. En este sentido, se propuso 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 complejos y extensos.
- c. Flexibilizar las normas que regulan el convenio arbitral, en la línea de la versión 2006 de la Ley Modelo UNCITRAL, permitiendo la prueba de la existencia del convenio por cualquier medio, protegiéndolo con reglas supletorias que permitan corregir defectos en el mismo e incorporando una novedosa regulación sobre partes no signatarias.
- d. Mejorar la regulación de las correcciones, aclaraciones e integraciones del laudo e incluir un nuevo supuesto denominado “exclusión”, para retirar del laudo aquellos extremos no sometidos a decisión de los árbitros.
- e. Mejorar la regulación del recurso de anulación, teniendo en cuenta que si bien, en términos generales, ha sido bien comprendido en sus alcances por las Cortes, se ha detectado en los últimos años su uso inadecuado en algunos casos con el fin de mediatizar la eficacia del arbitraje.
- f. Mejorar la regulación de las medidas cautelares para reforzar no sólo las facultades de los árbitros en este aspecto, sino para evitar conflictos entre las medidas dictadas en sede arbitral con las dictadas en sede judicial.
- g. Mejorar la regulación de la ejecución del laudo para favorecer su cumplimiento, debiendo sólo suspenderse ante la pendencia del recurso de anulación en la Corte Superior y siempre que se constituya una garantía adecuada. En el caso de reconocimientos y

ejecución de laudos extranjeros, la nueva Ley tiene un régimen más favorable a la ejecución que el recogido en la Convención de Nueva York.

La nueva Ley ha recibido comentarios más que positivos de distintos expertos nacionales y extranjeros. Varios la han calificado entre las leyes más modernas del mundo, y no sólo por su reciente promulgación sino por la calidad de su texto. Otros la consideran una Ley Modelo UNCITRAL mejorada. Pero sus méritos no la convierten en una norma exenta de errores y que sin duda puede ser mejorada.

Esta es quizás la primera obra omnicompreensiva que comenta y estudia su texto. Se ha realizado un enorme esfuerzo para poder contar con los comentarios de los mejores expertos peruanos en el tema. La técnica utilizada es de comentarios exegéticos, artículo por artículo, lo que nos ha permitido contar con 103 comentarios que cubren aproximadamente 2,000 páginas, realizados por 55 comentaristas.

Los comentarios recorren el texto de la ley, aplaudiendo sus aciertos, denunciando sus errores, anotando sus vacíos y mostrando las yuxtaposiciones. Pero cuando uno termina la lectura de los distintos comentarios que integran esta obra, el balance que se arroja es muy positivo a favor de la Ley. El inventario de las “innovaciones arquitectónicas” de la norma no oculta las grietas que se han detectado en sus columnas y paredes, ni los posibles defectos de construcción. Pero al final se concluye que los cimientos son sólidos, la perspectiva interesante y la obra esta bastante bien acabada.

En esta obra, también se incluye como anexo la legislación arbitral más importante. Así, el lector podrá encontrar el texto oficial de la nueva Ley Peruana de Arbitraje de 2008 (Decreto legislativo N° 1071) y su Exposición de Motivos, la legislación arbitral en Contrataciones con el Estado ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, la legislación sobre Arbitraje Popular, la Ley Modelo UNCITRAL (reformada en el 2006), los Reglamentos Arbitrales de los principales Centros de Arbitraje en el Perú (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima – CCL, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Americana del Perú – AmCham y Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú) y el Reglamento Arbitral de la CCI.

No podemos sino agradecer el esfuerzo y dedicación de los 55 autores. La calidad de esta obra es mérito de ellos. El único aporte de los directores fue saber escoger a las personas correctas y el resultado muestra que hicimos bien esa parte de nuestra labor. Les agradecemos también su paciencia durante los más de 10 meses de trabajo, solicitando los comentarios, pidiendo ajustes y esperando los resulta-

dos. Esperemos que la obra cubra tanto las expectativas de los autores como de los lectores.

También queremos agradecer de manera especial al doctor Rider Vera Moreno, que actuó como asistente de los directores, solicitó el material a los autores y uniformizó todo el material para su publicación. Nuestro agradecimiento a todo el equipo de trabajo del INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE, en particular, a los doctores Viviana Torres Carrasco, Orializ Espinoza Soto, Jhon Jara Cano, Milton Salinas Lázaro, Estefanía Iglesias Bobadilla, Alexa Estacio Morales y Cindy Periche Hidalgo. Asimismo, deseamos expresar, nuestro agradecimiento al INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE por la pulcra edición que hoy se entrega a la comunidad arbitral del Perú y el mundo.

Es difícil comentar qué tan bueno es un jugador sin verlo jugar. De la misma manera es difícil comentar sobre los méritos y defectos de una Ley sin ver su aplicación. Su novedad ha impedido a los autores de los comentarios ver con claridad los resultados de la prueba ácida a la que la realidad somete a los textos legales. Será importante ver como la Ley se desenvuelve en la práctica y por eso esta obra llama ya a nuevas ediciones que recojan lo que la práctica nos muestre. Pero los primeros indicios parecen positivos.

Los que creemos en el arbitraje, podemos ver el futuro de éste en el Perú con optimismo. No conformes con que las cosas iban andando bien, buscamos que nos vaya mejor. La nueva Ley ha recibido buenos comentarios por que ajustándose a la Ley Modelo UNCITRAL, se ha atrevido a proponer mejoras. Y sin duda es ya un referente internacional.

Los nadadores se prueban en el agua y las leyes de arbitraje, arbi-trando. Habrá que ver qué pasa con la Ley, pero como parece indicar el contenido de este libro, esta Ley no sólo no se ahogara, sino que llegará nadando bastante lejos.

Lima, diciembre de 2010.

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

Presidente de la Comisión Técnica

que redactó la nueva Ley de Arbitraje

Miembro del Grupo Latinoamericano de la CCI

Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje

Miembro del Grupo Latinoamericano de la CCI.

Jefe del Área de Arbitraje del Estudio Muñiz, Ramírez,

Pérez-Taiman & Olaya Abogados.

ABREVIATURAS

AAA	American Arbitration Association
AmCham	Cámara de Comercio Americana del Perú
CC	Código Civil peruano
CCI/ICC	Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce)
CCL	Cámara de Comercio de Lima
CEA	Club Español del Arbitraje
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIADI/ICSID	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (International Centre for Settlement of Investment Disputes)
CIETAC	Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China
CNP	Convención de Panamá
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional del Comercio (United Nations Commission for the Unification of International Trade Law)
CNY	Convención de Nueva York
CPC	Código Procesal Civil peruano
IBA	International Bar Association
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual
IPA	Instituto Peruano de Arbitraje
LA	Ley Peruana de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071 del 28 de junio de 2008)

LCIA	Corte de Arbitraje Internacional de Londres (London Court of International Arbitration)
LGA	Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572 del 5 de enero de 1996. Ley derogada por la Ley Peruana de Arbitraje de 2008)
LGS	Ley General de Sociedades (Ley N° 26887 del 9 de diciembre de 1997)
LM	Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional
LPC	Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Supremo N° 006-2009-PCM del 30 de enero de 2009)
NAF	National Arbitration Forum
OSCE	Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado
OSIPTEL	Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones
OSITRAN	Organismo Supervisor de la Inversión en la Infraestructura de Transporte de Uso Público
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
RPA	Revista Peruana de Arbitraje
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
SCTR	Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo
SEPS	Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud
SOAT	Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito
SUNARP	Superintendencia Nacional de los Registros Públicos
TBI/BIT	Tratado Bilateral de Inversión (Bilateral Investment Treaty)
TC	Tribunal Constitucional
TLC	Tratado de Libre Comercio
TUO	Texto Único Ordenado
UIT	Unidad Impositiva Tributaria
UPC	Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas

ÍNDICE GENERAL

TOMO I

“WHY FIX WHAT IS NOT BROKEN?”	XIII
Por <i>Alfredo Bullard González y Carlos Alberto Soto Coaguila</i>	

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ART. 1º — ÁMBITO DE APLICACIÓN	1
Por <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	
1. Aplicación Territorial de la Ley de Arbitraje.....	1
2. Efectos de la territorialidad.....	3
2.1. Las partes no podrán designar un ordenamiento extranjero para que rija su arbitraje en el Perú.....	3
2.2. Posibilidad de que se pueda aplicar contractualmente una ley foránea. Su falta de necesidad e inconveniencia.....	3
2.3. El criterio territorial determina el carácter interno o extranjero del laudo	5
3. Aplicación extraterritorial.....	5
4. Carácter Supletorio de la Ley de Arbitraje.....	7
ART. 2º. — MATERIAS SUSCEPTIBLES DE ARBITRAJE	7
Por <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	
1. La Arbitrabilidad.....	8
2. El Estado como parte en el arbitraje internacional.....	17
ART. 3º.— PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN ARBITRAL	20
Por <i>Fernando de Trazegnies Granda</i>	
1. Introducción	21
2. Autonomía e independencia	21

	Pág.
2.1. Antecedentes.....	21
2.2. Las malas interpretaciones	22
2.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional	23
2.3.1. <i>Hábeas corpus</i>	23
2.3.2. Recurso de amparo.....	25
2.4. La defensa de la autonomía y la nueva Ley de Arbitraje.....	26
2.4.1. Los beneficios de las ejecutorias constitucionales	26
2.4.2. La nueva Ley de Arbitraje	27
2.5. Prudencia en el control constitucional	28
3. La competencia del tribunal arbitral	30
3.1. Introducción.....	30
3.2. Tratamiento del problema	30
3.2.1. Kompetenz-Kompetenz.....	30
3.2.2. Ventajas y desventajas del principio	32
ART. 4º. — ARBITRAJE DEL ESTADO PERUANO	34
Por Jorge Santistevan de Noriega	
1. Introducción	35
2. El Estado y el régimen general arbitral previsto en la LA.....	37
2.1. Reglas de la Ley de Arbitraje que habilitan a las entidades del Estado a someterse a arbitraje	37
2.1.1. Arbitrabilidad objetiva (<i>ratione materiae</i>) aplicable al arbitraje con el Estado: los contratos, la ley y los convenios o acuerdos internacionales	37
2.1.2. Regla especial sobre coherencia y actos propios aplicable al Estado: la inevitabilidad de los efectos de un convenio arbitral válido	40
2.1.3. Arbitrabilidad objetiva (<i>ratione materiae</i>) entre entidades del Estado: los contratos o convenios celebrados entre ellas	41
2.1.4. Arbitrabilidad subjetiva (<i>ratione personae</i>) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?.....	41
2.1.5. Arbitrabilidad subjetiva (<i>ratione personae</i>) del Estado y arbitraje nacional o internacional	43
2.2. Confidencialidad de las actuaciones arbitrales en las que participa el Estado pero publicidad obligatoria de los laudos aplicable a todos los arbitrajes con el Estado	44
2.3. Ejecución de laudos contra el Estado en materia de arbitraje de inversiones.....	45
3. El régimen arbitral especial de la Ley de Contrataciones con el Estado (D. Leg. N° 1017).....	46

	Pág.
3.1. Normas especiales sobre arbitraje ¿administrativo?	46
3.2. Incorporación de pleno derecho de la cláusula de solución de controversias que habilita al arbitraje	47
3.3. Prevalencia de las normas de derecho público	48
3.4. Publicidad de los laudos.....	49
4. Conclusiones.....	49
ART. 5º.—ARBITRAJE INTERNACIONAL	51
<i>Por Fernando Cantuarias Salaverri</i>	
1. A modo de introducción	52
2. Criterios de Internacionalidad	54
2.1. La Ley de Arbitraje ha eliminado el término “comercial” contenido en la Ley Modelo de UNCITRAL	54
2.2. ¿Cuándo un arbitraje con sede en el Perú será internacional? ...	55
2.2.1. Domicilios en Estados diferentes	55
2.2.2. Domicilios en un mismo Estado diferente al Perú	56
2.2.3. Partes domiciliadas en el Perú pero cuya relación jurídica no está relacionada con el Perú.....	56
2.2.4. Determinación del domicilio en caso una parte tenga más de uno.....	59
ART. 6º.—REGLAS DE INTERPRETACIÓN	60
<i>Por Felipe Osterling Parodi</i>	
1. Introducción	60
2. Cambios introducidos por el artículo 6º de la Ley de Arbitraje	64
3. Ventajas del artículo 6º de la LA para el desarrollo del arbitraje en el Perú	73
4. Consideraciones Finales	73
ART. 7º. — ARBITRAJE AD HOC E INSTITUCIONAL	74
<i>Por Paolo del Aguila Ruiz de Somocurcio</i>	
1. Arbitraje <i>Ad hoc</i> vs. Arbitraje institucional.....	75
1.1. Introducción.....	75
1.2. Alcances del Arbitraje Institucional	75
1.3. Alcances del Arbitraje <i>Ad hoc</i>	77
1.4. Rasgos y Comparaciones.....	78
a) Composición del Tribunal Arbitral.....	78
b) Previsión normativa.....	79
c) Flexibilidad vs. Formalismo.....	81

	Pág.
d) Supervisión de Conductas	82
e) Costos del Arbitraje	83
f) Soporte Institucional	84
2. El papel de las Instituciones Arbitrales	85
2.1. Introducción	85
2.2. Funciones y Garantías	86
2.3. El papel del Ministerio de Justicia	88
3. Regulación Supletoria	89
3.1. Tipo de arbitraje en defecto	89
3.2. Cláusulas patológicas	90
3.3. Declinación a la administración del arbitraje	91
4. Administración y reglamento aplicable	93
ART. 8º.—COMPETENCIA EN LA COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL ..	94
<i>Por Fernando Meléndez Fernández</i>	
1. Introducción	95
1.1. Justificación	96
1.2. Rol del Poder Judicial en el proceso arbitral	99
1.2.1. Rol de apoyo o de colaboración	100
1.2.2. Rol de control	100
2. Reglas de Competencia para la intervención de la autoridad judicial	101
2.1. Competencia para la actuación de pruebas	102
2.1.1. Competencia por el territorio	102
2.2. Competencia para la adopción de medidas cautelares	103
2.2.1. Competencia por la materia	103
2.2.2. Competencia por el territorio	103
2.3. Competencia para la ejecución forzosa del laudo	104
2.4. Competencia para conocer del recurso de anulación del laudo	105
2.4.1. Competencia funcional	105
2.4.2. Competencia por la materia	105
2.4.3. Competencia por el territorio	106
2.5. Competencia para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros	106
2.5.1. Competencia funcional	106
2.5.2. Competencia por el territorio	106

	Pág.
ART. 9º.— FORMALIDAD DE DOCUMENTOS EN LA COLABORACIÓN Y CONTROL JUDICIAL	107
<i>Por Fernando Meléndez Fernández</i>	
1. Introducción	107
2. Justificación.....	108
ART. 10º.— REPRESENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA	111
<i>Por Alfredo Bullard González</i>	
1. Introducción	112
2. El Convenio Arbitral, Naturaleza Contractual y Consecuencias de Defectos en la Representación.....	115
3. Las Facultades del Gerente General y de los Administradores Equivalentes para Pactar Arbitraje	121
3.1 La protección de la confianza en los actos celebrados por representación.....	121
3.2 El convenio arbitral como un acto ordinario vinculado al objeto social.....	125
3.3 Sobre la pertinencia de los artículos 74º y 75º del Código Procesal Civil	129
4. La Facultad para Pactar Arbitraje Bajo el Poder para Celebrar un Contrato	131
5. La Consistencia del Artículo 10º con la Jurisprudencia Arbitral Internacional	135
ART. 11º.— RENUNCIA AL DERECHO A OBJETAR	136
<i>Por Huáscar Ezcurra Rivero</i>	
1. Introducción	136
2. ¿Cómo trata la jurisprudencia la renuncia al derecho a objetar?	141
ART. 12º.— NOTIFICACIONES Y PLAZOS	143
<i>Por Fernando Vidal Ramírez</i>	

TÍTULO II

CONVENIO ARBITRAL

ART. 13º.— CONTENIDO Y FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	147
<i>Por Carlos Alberto Soto Coaguila</i>	
1. Introducción	149
2. Adiós a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral.....	150

	Pág.
3. El convenio arbitral: contrato suficiente para arbitrar	154
4. El convenio arbitral es un contrato y, por lo tanto, crea obligaciones para las partes	155
5. El consentimiento como requisito de validez y existencia del convenio arbitral	155
6. Capacidad jurídica de las partes para celebrar convenios arbitrales (arbitrabilidad subjetiva)	158
7. Contenido del convenio arbitral (arbitrabilidad objetiva).....	160
7.1. Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias.....	164
7.2. Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir	165
7.3. Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.....	166
8. Formalidad del convenio arbitral: “debe constar por escrito”, pero no se sanciona con nulidad su inobservancia	167
9. Principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral	169
10. El convenio arbitral incorporado como una cláusula del contrato ..	171
11. El convenio arbitral celebrado en documento separado del contrato.....	173
12. Otros supuestos de convenios arbitrales que la nueva LA considera como “escritos”	174
12.1. Convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico).....	174
12.2. Convenio arbitral por aplicación del silencio como declaración de voluntad	177
12.3. Convenio arbitral por referencia.....	179
13. Convenio arbitral en el arbitraje internacional.....	181
14. Efectos del convenio arbitral	182
14.1. Efecto positivo del convenio arbitral	182
14.2. Efecto negativo del convenio arbitral.....	183
15. Modificación o extinción del convenio arbitral. Relación entre el convenio arbitral y el “acta de instalación” en el arbitraje doméstico peruano (acta de misión en los arbitrajes CCI)	185
16. Interpretación del convenio arbitral. Reglas de la teoría general del contrato que se aplican a los convenios arbitrales.....	187
16.1. Reglas Generales para la Interpretación de los Contratos.....	188
16.1.1. Interpretación de la voluntad declarada	189
16.1.2. El principio de la buena fe en la interpretación de los contratos.....	189

	Pág.
16.1.3. Interpretación sistemática	191
16.1.4. Interpretación finalista.....	192
16.1.5. Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o es- tándar	192
A) Regla de la prevalencia.....	193
B) Regla de la cláusula más beneficiosa	194
C) Regla <i>contra stipulatorem</i>	194
17. Convenios arbitrales defectuosos o patológicos.....	195
18. Importancia de la aplicación del principio de conservación del contrato (<i>favor negotii</i>) a los convenios arbitrales.....	198
ART. 14º.—EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL	200
Por <i>Alfredo Bullard González</i>	
1. Introducción	201
2. Solo Participan los Invitados a la Fiesta: El Carácter Contractual del Convenio Arbitral.....	203
3. Los Alcances del Artículo 14º como Herramienta de Naturaleza Con- tractual.....	206
4. Elementos para la Aplicación del Artículo 14º	212
4.1 Consentimiento.....	212
4.2. Buena Fe	213
4.3. Participación Activa y Determinante	213
4.4. Negociación, Celebración, Ejecución y Terminación del Contra- to	213
4.5. Pretender Derivar un Beneficio del Contrato	214
5. Casos de Aplicación del Artículo 14º	214
5.1. Incorporación por Referencia.....	216
5.2. Representación y Agencia	216
5.3. <i>Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de Actos Propios</i>	217
5.4. Levantamiento del Velo Societario/Grupos de Sociedades	220
5.5. Contrato a Favor de Tercero	227
5.6. Acción Oblicua	228
5.7. Cesión, Novación y Subrogación	229
6. La Aplicación del Artículo 14º a Arbitrajes Extranjeros.....	230
ART. 15º.—RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES	231
Por <i>Cecilia O'Neill de la Fuente</i>	
1. Aciertos y tareas pendientes	233

	Pág.
2. El legislador impertinente: las relaciones jurídicas estándares y el artículo 1398º del Código Civil.....	234
3. Tan lejos y tan cerca. Lejos del Código Civil. Cerca de la Ley de Protección al Consumidor	237
4. Soluciones eficientes de disputas sin la injerencia del Estado	239
4.1. El Arbitraje de Consumo en España	239
4.2. La Defensoría del Cliente Financiero en el Perú	240
5. El justo medio: difundir el arbitraje y conocer lo que se firma	241
5.1. Conocimiento con diligencia ordinaria	242
5.2. Presunción de conocimiento del convenio arbitral	243
5.3. Diferencia con la Ley anterior.....	244
6. El arbitraje “obligatorio” en otras jurisdicciones: Norteamérica y Europa	245
6.1. Estados Unidos.....	246
6.2. Europa.....	248
6.3. Canadá.....	248
7. Argumentos principales contra el arbitraje en las relaciones jurídicas estándares	250
7.1. Altos costos.....	250
7.2. Debido proceso	251
7.3. Falta de transparencia	252
7.4. Riesgo de resultados inconsistentes	252
7.5. Falta de reciprocidad entre las partes.....	252
7.6. Desbalance institucional y el efecto del juego repetido.....	253
7.7. Eficiencia procesal y el efecto del juego repetido.....	253
7.8. Falta de protección a las acciones de clase	254
8. Única objeción preocupante. Los “arbitrajes de clase”	254
ART. 16º.—EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL.....	260
<i>Por Adrián Simons Pino</i>	
1. El Convenio Arbitral: Sus efectos positivos y negativos.....	262
1.1. Efectos positivos del convenio arbitral.....	262
1.2. Efectos negativos del convenio arbitral.....	262
1.2.1. Efectos negativos en sentido amplio.....	263
1.2.2. Efectos negativos en sentido estricto	263
2. Materialización del efecto negativo del convenio arbitral: La excepción de convenio arbitral.....	263
2.1. Aspectos Procesales Vinculados a la Excepción	263

	Pág.
2.1.1. Excepciones Dilatorias.....	264
2.1.2. Excepciones Perentorias	264
2.2. Contenido Procesal de la Excepción de Convenio Arbitral.....	264
3. Actividad de las partes y el juez respecto de la excepción de convenio arbitral.....	266
3.1. Actividad de las Partes	266
3.2. Actividad del juez.....	267
3.2.3. Pluralidad de pretensiones	269
3.2.4 Criterio del elemento preponderante	269
4. Incidencias procesales respecto de la postulación de la excepción de convenio arbitral	270
4.1. Trámite de la excepción	270
4.2. Régimen recursivo	270
4.3. Patología Procesal	271
5. Consideraciones finales	272
ART. 17º.—DERIVACIÓN DE CONTROVERSIDAD JUDICIAL A ARBITRAJE	272
<i>Por Javier de Belaunde López de Romaña</i>	
1. Introducción	273
2. Antecedentes Normativos.....	273
3. Presupuestos para que opere la derivación a arbitraje	274
4. La formalización de la derivación a arbitraje	274
5. Pretensiones susceptibles de derivación a arbitraje.....	275
6. La derivación a arbitraje a instancia de parte	276
7. Oportunidad en la que procede la derivación al arbitraje	276
8. Derivación total y parcial de la materia controvertida	276
9. La derivación a arbitraje y los actos procesales ya realizados.....	277
ART. 18º.—RENUNCIA AL ARBITRAJE.....	278
<i>Por Javier de Belaunde López de Romaña</i>	
1. Introducción	278
2. Antecedentes normativos	279
3. Respecto de la renuncia expresa y tácita al arbitraje	280
4. Respecto de renuncia total o parcial al arbitraje.....	280
5. La oportunidad en que puede plantearse la renuncia al arbitraje	281
5.1. La renuncia al arbitraje previa a la controversia.....	281
5.2. La renuncia al arbitraje en el proceso judicial	281
5.3. La renuncia al arbitraje en el proceso arbitral	282

TÍTULO III

ÁRBITROS

ART. 19º.—NÚMERO DE ÁRBITROS.....	283
<i>Por Natale Amprimo Plá</i>	
ART. 20º.—CAPACIDAD.....	288
<i>Por Guillermo Lohmann Luca de Tena</i>	
1. Personas naturales.....	288
2. Capacidad de ejercicio	290
3. Incompatibilidad. Remisión	292
4. Nacionalidad.....	293
5. Requisitos adicionales.....	294
ART. 21º.—INCOMPATIBILIDAD	294
<i>Por Guillermo Lohmann Luca de Tena</i>	
1. Antecedentes	295
2. Análisis	295
ART. 22º.—NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS	296
<i>Por Fernando Cantuarias Salaverri</i>	
1. El requisito de ser abogado para poder actuar como árbitro.....	297
2. Reconocimiento de la libertad que tienen las partes para acordar que sean ellas mismas o un tercero quien designe a los árbitros	299
3. Procedimiento de nombramiento de árbitros residual	300
4. Imposibilidad de revocar la designación de un árbitro.....	301
ART. 23º.—LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO	301
<i>Por Fernando Cantuarias Salaverri</i>	
1. Libertad para configurar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros, pero respetando el principio de igualdad	303
2. Diferentes métodos para la designación de los árbitros y el método supletorio dispuesto en el artículo bajo comentario	305
2.1. Arbitraje institucional	306
2.2. Arbitraje <i>ad hoc</i>	308
ART. 24º.—INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO	310
<i>Por Enrique Ferrando Gamarra</i>	

	Pág.
ART. 25º.—NOMBRAMIENTO POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO.....	316
<i>Por Roger Rubio Guerrero</i>	
1. Nombramiento por las Cámaras	318
2. Supuestos	320
3. Órgano de designación	320
4. Requisitos	321
5. Procedimiento	322
6. Condiciones	323
ART. 26º.—PRIVILEGIO EN EL NOMBRAMIENTO	325
<i>Por Natale Amprimo Plá</i>	
ART. 27º.—ACEPTACIÓN DE LOS ÁRBITROS	329
<i>Por Natale Amprimo Plá</i>	
ART. 28º.—MOTIVOS DE ABSTENCIÓN Y DE RECUSACIÓN	333
<i>Por Fernando de Trazegnies Granda</i>	
1. Introducción	334
2. Las causales de recusación dentro de la ley vigente	336
3. Las recusaciones básicas.....	336
4. Los conflictos de interés.....	340
5. Criterios institucionales	341
6. Precisando el conflicto de interés	342
7. Los principios generales	343
8. Las Listas	345
9. La Lista Roja No Dispensable	347
10. La Lista Roja Dispensable	349
11. La lista naranja.....	351
12. La Lista Verde.....	354
13. El Código de Ética de la Cámara de Comercio de Lima	354
14. La noción de conflicto de interés como concepto vivo	355
ART. 29º.—PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN	356
<i>Por Enrique Palacios Pareja</i>	
1. Introducción	358
2. El Procedimiento de Recusación.....	358
2.1. ¿Desde cuándo procede la recusación?.....	358
2.2. ¿Hasta cuándo procede la recusación?	359

	Pág.
2.3. El laudo dictado por árbitro incurso en causal de recusación. El recurso de anulación sustentado en ello.....	360
3. La Justificación de la recusación	361
4. El trámite	362
ART. 30º.—REMOCIÓN	364
Por <i>Enrique Palacios Pareja</i>	
1. Introducción	365
2. Los motivos de la remoción. El árbitro renuente	365
3. El procedimiento. La decisión sobre la remoción es inimpugnable. Oportunidad.....	367
ART. 31º.—ÁRBITRO SUSTITUTO	368
Por <i>Enrique Palacios Pareja</i>	
ART. 32º.—RESPONSABILIDAD	369
Por <i>Fernando de Trazegnies Granda</i>	
1. Naturaleza de la responsabilidad del árbitro y plazo de prescripción	370
2. Factores de atribución y causas de daño	373
3. Pluralidad de árbitros.....	377
4. Inalterabilidad del laudo.....	379
5. Nulidad y responsabilidad	379
6. Sugerencias	381

TÍTULO IV

ACTUACIONES ARBITRALES

ART. 33º.—INICIO DEL ARBITRAJE	382
Por <i>Franz Kundmüller Caminiti</i>	
ART. 34º.—LIBERTAD DE REGULACIÓN DE ACTUACIONES	391
Por <i>Franz Kundmüller Caminiti</i>	
ART. 35º.—LUGAR DEL ARBITRAJE	396
Por <i>María del Carmen Tovar Gil</i>	
1. Introducción	397
2. Importancia del lugar del arbitraje - <i>Lex Arbitri</i>	399
2.1. Materias Arbitrales.....	399
2.2. Validez del Convenio Arbitral	399

	Pág.
2.3. Autonomía de los árbitros e intervención de la autoridad judicial	401
2.4. Normas Supletorias	401
2.5. Efectos del laudo	402
3. Factores a tomar en cuenta para la elección del lugar.....	403
3.1. La actitud estatal frente al arbitraje en el país seleccionado	403
3.2. Facilidades para la Ejecución del Laudo.....	404
3.3. Ubicación del objeto de controversia y proximidad a las pruebas.....	405
ART. 36º.—IDIOMA DEL ARBITRAJE	405
<i>Por María del Carmen Tovar Gil</i>	
1. Introducción	406
2. Los problemas relacionados con la elección del idioma.....	407
2.1. El problema del idioma predeterminado.....	407
2.2. El Lenguaje inicial del arbitraje	409
2.3. El idioma de los árbitros	409
2.4. Pluralidad de idiomas.....	410
2.5. Idioma de Comunicación.....	411
3. Factores a tener en cuenta en la elección del idioma	412
3.1. Predominio de un idioma en la relación contractual	412
3.2. Accesibilidad del idioma	412
3.3. Dominio del idioma.....	414
3.4. Idioma de la ley	414
3.5. Facilidad para traducir	414
ART. 37º.—REPRESENTACIÓN.....	414
<i>Por Hugo Morote Núñez</i>	
1. Introducción	415
2. La representación procesal y el arbitraje como estructura procesal flexible.....	416
3. Los cambios en la Ley de Arbitraje y el fortalecimiento de la autonomía arbitral	417
4. A modo de conclusión.....	422
ART. 38º.—BUENA FE.....	422
<i>Por Roxana Jiménez Vargas-Machuca</i>	
1. Introducción	423
2. El principio de la buena fe y la buena fe procesal.....	426

	Pág.
2.1. La buena fe	426
2.2. La buena fe procesal	430
3. Buena y mala fe procesal.....	432
4. El abuso procesal	440
5. A modo de conclusión.....	442
ART. 39º.—DEMANDA Y CONTESTACIÓN.....	447
<i>Por Fausto Viale Salazar</i>	
1. Introducción	448
2. Conceptos de Pretensión y Resistencia	449
3. Demanda y Contestación a la Demanda	450
4. Medios Probatorios	451
5. Modificación o Ampliación de la Demanda o de la Contestación	452
6. Consolidación de Arbitrajes o Realización de Audiencias Conjuntas	453
ART. 40º.—COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	454
<i>Por Roger Rubio Guerrero</i>	
1. Antecedentes	455
2. Competencia sobre fondo y forma.....	457
3. <i>Iura novit curia</i> internacional.....	460
4. <i>Iura novit curia</i> nacional.....	465
5. Conclusiones.....	468
ART. 41º.—COMPETENCIA PARA DECIDIR LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	470
<i>Por Roger Rubio Guerrero</i>	
1. <i>Competence-Competence</i> y separabilidad del convenio arbitral	471
2. Tratados, leyes y reglamentos.....	472
3. Jurisprudencia internacional.....	477
4. <i>Competence-Competence</i> positivo	478
5. <i>Competence-Competence</i> negativo.....	480
6. Formulación de las excepciones	481
7. Decisiones de Competencia	482
8. Jurisprudencia nacional.....	485
ART. 42º.—AUDIENCIAS.....	492
<i>Por Shoschana Zusman Tinman</i>	
1. Introducción	494
2. La oralidad: ¿“principio procesal” deseable?	494

	Pág.
3. Evaluación crítica de las audiencias típicas	496
3.1. Audiencia de instalación	496
3.2. Audiencia de conciliación	496
3.3. Audiencia de saneamiento procesal	497
3.4. Audiencia de fijación de puntos controvertidos.....	498
3.5. Audiencia de informes orales	501
4. La “libertad de audiencias” del artículo 42º de la LA	502
5. Algunos aspectos que aclarar	504
5.1. ¿Cuál es el momento en que corresponde definir si se celebra- rán o no audiencias?	504
5.2. ¿Es aplicable la regla de “libertad de audiencias” a la prueba pe- ricial?	505
5.3. ¿Es aplicable la regla de “libertad de audiencias” a la prueba tes- timonial?	506
5.4. ¿Permite la LA la realización de audiencias virtuales?	507
5.5. ¿Cómo se entiende la expresión “por medio de representantes” contenida en el artículo 42º de la LA?.....	507
5.6. ¿Qué significa que las audiencias deban ser “privadas”?	508
5.7. ¿Permite el artículo 42º que las partes soliciten la realización de audiencias en cualquier estadio del proceso?	509
6. Algunas recomendaciones para la audiencia de informe oral	510
6.1. La preparación del informe oral	510
6.2. Principios y técnicas para maximizar el impacto del informe oral.....	510
7. Para terminar: todo depende de la actitud (y calidad) de los árbitros ..	511
ART. 43º.—PRUEBAS	511
<i>Por Lorenzo Zolezzi Ibárcena</i>	
1. Consideraciones generales	512
2. Libertad de la prueba	512
3. Comparación del artículo 43º con el equivalente de la ley de arbitraje anterior	514
4. Oportunidad en la presentación de la prueba	514
5. La pertinencia	516
6. La actuación de la prueba.....	516
7. La valoración de la prueba.....	519
8. Reflexión final	521

	Pág.
ART. 44º.—PERITOS	522
<i>Por Huáscar Ezcurra Rivero</i>	
1. Introducción	523
2. El rol del perito y los límites de la prueba pericial	525
3. Credibilidad e imparcialidad del perito de parte	528
ART. 45º.—COLABORACIÓN JUDICIAL	530
<i>Por Lorenzo Zolezzi Ibárcena</i>	
1. Consideración de orden general	531
2. Incisos 1 y 2	532
2.1. Actuación de pruebas que puede requerir un apremio corporal	533
2.2. Otro apremio aparte del corporal: la multa	533
2.2.1. Falta de reconocimiento de documentos por terceros	533
2.2.2. Incumplimiento de exhibición	534
2.2.3. Retardo o no concurrencia a audiencia de los peritos	534
3. Inciso 3. Procedencia de la prueba	534
4. Inciso 4. Concurrencia del tribunal arbitral a la actuación practicada ante el juez	535
5. Cuestiones probatorias	535
6. Plazo para la actuación por el juez	536
7. Documento que acredita la existencia del arbitraje	536
8. El juez llamado	537
ART. 46º.—PARTE RENUENTE	537
<i>Por Alberto J. Montezuma Chirinos</i>	
1. Introducción	538
2. Del apartado A	542
3. Del Apartado B	543
4. Del apartado C	544
ART. 47º.—MEDIDAS CAUTELARES	545
<i>Por Ana María Arrarte Arisnabarreta</i>	
1. Introducción	548
1.1. Potestad cautelar arbitral en doctrina	548
1.2. La potestad cautelar arbitral en el Perú	549
2. Requisitos para la concesión de medidas cautelares arbitrales	549
3. Oportunidad y dictado de las medidas cautelares arbitrales	550
4. Finalidad y tipos de medidas cautelares arbitrales	551

	Pág.
4.1. Medidas cautelares para preservar elementos de prueba	551
4.2. Tipos de medidas cautelares arbitrales	552
5. Sobre el procedimiento cautelar arbitral	552
6. Medidas cautelares judiciales, vinculadas al arbitraje	553
6.1. Límite de la competencia judicial para dictar medidas cautelares destinadas a garantizar la eficacia de un laudo	553
6.2. Impugnación y variación de las medidas cautelares judiciales ..	555
7. Caducidad de las medidas cautelares judiciales.....	556
ART. 48º.—EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL	557
<i>Por Ana María Arrarte Arisnabarreta y</i>	
<i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	
1. Introducción	559
2. Sobre los márgenes de actuación del Tribunal Arbitral, en la ejecución de las medidas cautelares que dicte.....	559
2.1. Límites del Tribunal Arbitral e interacción con el Poder Judicial	559
2.2. Actos de ejecución que el Tribunal Arbitral puede realizar, en materia cautelar.....	560
3. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales extranjeros.....	562
3.1. Problemas identificados en esta materia	562
3.2. La Ley de Arbitraje peruana de 2008	563
ART. 49º.—RECONSIDERACIÓN	564
<i>Por Ricardo Luque Gamero</i>	
1. Introducción	565
1.1. Antecedentes legislativos	566
1.2. Un simple cambio de nombre.....	567
2. Aspectos de Procedimiento	569
2.1. Concepto.....	570
2.2. Requisitos Formales.....	571
2.3. Requisitos Sustantivos	574
3. Renunciabilidad	576
4. Ámbito de Aplicación en Arbitrajes de Conciencia o Equidad.....	578
5. A manera de conclusión	578

	Pág.
ART. 50º.—TRANSACCIÓN.....	578
<i>Por Jorge Avendaño Valdez</i>	
1. Noción de transacción	579
2. En materia arbitral la transacción debe resolver la controversia	580
3. Solicitud de ambas partes.....	580
4. Efectos	581
5. Continuación del proceso respecto de lo que no fue objeto de acuerdo.....	582
ART. 51º.—CONFIDENCIALIDAD	582
<i>Por Guillermo Lohmann Luca de Tena</i>	
1. Antecedentes	583
2. Análisis	584
2.1. Los asuntos sujetos a reserva	585
2.2. Los sujetos obligados.....	586
2.3. Las excepciones.....	586
2.4. La responsabilidad.....	587

TÍTULO V

LAUDO

ART. 52º.—ADOPCIÓN DE DECISIONES	588
<i>Por Julio César Guzmán Galindo</i>	
1. Introducción	588
2. Funcionamiento del tribunal arbitral	589
3. Procedimiento para la adopción de decisiones colegiadas	589
3.1. El principio de la mayoría	590
3.2. La facultad decisoria del presidente árbitro	592
4. Obligación de votar	595
5. La facultad del presidente árbitro para decidir cuestiones de procedimiento	596
6. Consideraciones finales	597
ART. 53º.—PLAZO PARA LAUDAR	598
<i>Por Fernando Vidal Ramírez</i>	

	Pág.
ART. 54º.—LAUDOS.....	598
<i>Por Fernando Cantuarias Salaverry</i>	
1. A modo de introducción	599
2. Definición de laudo	600
3. Clases de laudo según la ley de arbitraje.....	602
4. Supuestos en los que resulta conveniente emitir laudos parciales	605
5. Efectos del laudo. Recursos	606
ART. 55º.—FORMA DEL LAUDO.....	607
<i>Por Alfonso Rebaza González</i>	
1. El carácter escrito del laudo	608
2. Votación de los árbitros y firma del laudo.....	610
ART. 56º.—CONTENIDO DEL LAUDO	611
<i>Por Alfredo Bullard González</i>	
1. Introducción	611
2. Motivación y autonomía privada.....	613
3. El alcance del deber de motivar	618
4. ¿Y cuál es el remedio a un laudo no motivado?	627
5. ¿Y cuál es el remedio a un laudo defectuosamente motivado? ...	631
6. ¿Y qué ocurre si las partes pactaron un laudo adecuadamente motivado?	631
7. Fecha del laudo y lugar del arbitraje	632
ART. 57º.—NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	636
<i>Por Fernando de Trazegnies Granda</i>	
1. Arbitraje de derecho o arbitraje de conciencia	637
2. Las normas aplicables al fondo de la controversia	638
2.1. El arbitraje nacional.....	638
2.2. El arbitraje internacional.....	641
2.3. Exclusión del reenvío.....	642
3. Leyes internacionales aplicables	643
3.1. Tratados	643
3.2. Controversias internacionales no sujetas a Tratado alguno .	645
3.3. La aplicación del derecho internacional	646
3.4. El Perú y el derecho internacional económico consuetudinario.....	655

	Pág.
ART. 58º.—RECTIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y EXCLUSIÓN DEL LAUDO	659
<i>Por Manuel Diego Aramburú Yzaga</i>	
1. Rectificación, Interpretación, Integración y Exclusión	660
1.1. Introducción	660
1.2. Rectificación del Laudo	662
1.3. Interpretación	664
1.4. Integración	666
1.5 Exclusión	667
2. Consideraciones finales	669
ART. 59º.—EFECTOS DEL LAUDO	669
<i>Por Manuel Diego Aramburú Yzaga</i>	
1. Introducción	670
2. Efectos del Laudo Arbitral	670
ART. 60º.—TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES	673
<i>Por Hugo Sologuren Calmet</i>	
1. Terminación de las actuaciones	674
1.1. Introducción	674
1.2. Funciones del árbitro una vez que termina el arbitraje	674
1.3. Terminación de las actuaciones por orden del tribunal arbitral	677
2. Conclusiones	679
ART. 61º.—CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES	679
<i>Por Hugo Sologuren Calmet</i>	
1. Conservación de las actuaciones	680
1.1. Introducción	680
1.2. ¿Qué hacer con las actuaciones arbitrales luego del arbitraje?	681
1.3. Custodia de las actuaciones por las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales	682
1.4. Conservación hasta resolverse en definitiva el recurso de anulación	682
2. Conclusiones	684

TÍTULO VI

ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

ART. 62º.—RECURSO DE ANULACIÓN	684
<i>Por Juan Luis Avendaño Valdez</i>	
ART. 63º.—CAUSALES DE ANULACIÓN	690
<i>Por Juan Luis Avendaño Valdez</i>	
1. Artículo 63, inciso 1), apartado a)	693
2. Artículo 63º, inciso 1) apartado b).....	695
3. Artículo 63, inciso 1), apartado c).....	703
4. Artículo 63, inciso 1), apartado d)	705
5. Artículo 63, inciso 1), apartado e)	707
6. Artículo 63, inciso 1), apartado f).....	711
7. Artículo 63, inciso 1), apartado g)	713
8. Artículo 63, incisos 2), 3) y 4).....	714
9. Artículo 63, incisos 5) y 6).....	715
10. Artículo 63, inciso 7)	716
11. Artículo 63, inciso 8)	717
ART. 64º.—TRÁMITE DEL RECURSO.....	720
<i>Por Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	
1. Del plazo de la Interposición.....	722
2. Del Contenido del Recurso de Anulación	723
3. Garantía de Cumplimiento	725
4. De la Suspensión de las Actuaciones Judiciales y del Recurso de Casación.....	727
ART. 65º.—CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN	728
<i>Por Gonzalo García-Calderón Moreyra</i>	
ART. 66º.—GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO	739
<i>Por Martín Mejorada Chauca</i>	
ART. 67º.—EJECUCIÓN ARBITRAL	744
<i>Por Alfredo Bullard González</i>	
1. Introducción	744
2. ¿Por qué los árbitros tendrían problemas para ejecutar un laudo? El uso de la <i>coertio</i>	748

	Pág.
3. Tipos de ejecución por árbitros	752
4. Requisitos de forma para el pacto de ejecución por los árbitros.	753
5. Alcances del acuerdo para ejecutar.....	755
6. ¿Qué tipo de actos puede llevar a cabo un árbitro durante la etapa de ejecución	760
7. La facultad discrecional de dejar de ejecutar.....	760
8. El arbitraje de ejecución	762
ART. 68º.—EJECUCIÓN JUDICIAL	763
<i>Por Julio César Pérez Vargas</i>	
1. Introducción	764
2. El laudo arbitral como título ejecutivo	765
3. Requisitos de procedencia de la solicitud.....	766
4. Competencia para la ejecución de un laudo	767
5. Procedimiento, oposición e impugnación	767
5.1. Oposición	767
5.2. Impugnación.....	770
6. El particular caso de los arbitrajes CIADI y lo laudos expedidos en tal sede	771
7. ¿Qué se debe entender por recursos que entorpezcan la ejecución del laudo?.....	772
8. ¿Hasta qué punto pueden intervenir los terceros en un proceso de ejecución de laudo arbitral?	773
9. Respecto del plazo de prescripción para la ejecución del laudo arbitral.....	774

TÍTULO VII

COSTOS ARBITRALES

ART. 69º.—LIBERTAD PARA DETERMINAR COSTOS	775
<i>Por Alejandro Falla Jara</i>	
1. Introducción	775
2. Importancia de la autonomía de la voluntad de las partes.....	776
3. Remisión a Reglas de Organizaciones Arbitrales e intervención del tribunal arbitral.....	779
4. Consideraciones finales.....	784

	Pág.
ART. 70º.—COSTOS	784
<i>Por Carolina de Trazegnies Thorne</i>	
1. Introducción	785
2. ¿Pueden las partes pactar en contra?	787
3. Oportunidad de fijación de los costos	787
4. Conceptos incluidos y la problemática de los costos de defensa	788
4.1. ¿Dónde está la diferencia?	792
4.2. ¿Qué es lo razonable?	794
4.3. ¿Bajo los mismos criterios?	797
5. El “cajón de sastre”	798
6. Apreciaciones finales	798
ART. 71º.—HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL	800
<i>Por Jorge Vega Soyer</i>	
ART. 72º.—ANTICIPOS	804
<i>Por Jorge Vega Soyer</i>	
ART. 73º.—ASUNCIÓN O DISTRIBUCIÓN DE COSTOS	809
<i>Por Huáscar Ezcurra Rivero</i>	
1. Introducción	809
2. ¿Podría el tribunal arbitral apartarse de la regla de que los costos los asumirá la parte vencida?	811
3. ¿Qué se consideran costos razonables?.....	816
4. Comentarios finales	818

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1º — Ámbito de aplicación.

1. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Perú sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria.

2. Las normas contenidas en los apartados 1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 8º, en los artículos 13º, 14º, 16º, 45º, apartado 4 del artículo 48º, 74º, 75º, 76º, 77º y 78º de este Decreto Legislativo, se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.

COMENTARIO ⁽¹⁾

SUMARIO: 1. Aplicación territorial de la Ley de Arbitraje. 2. Efectos de la territorialidad. 2.1. Las partes no podrán designar un ordenamiento extranjero para que rija su arbitraje en el Perú. 2.2. Posibilidad de que se pueda aplicar contractualmente una ley foránea. Su falta de necesidad e inconveniencia. 2.3. El criterio territorial determina el carácter interno o extranjero del laudo. 3. Aplicación extra-territorial. 4. Carácter supletorio de la Ley de Arbitraje.

1. APLICACIÓN TERRITORIAL DE LA LEY DE ARBITRAJE

El primer inciso de este artículo sigue el criterio territorial dispuesto por la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial

(1) Por **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

Internacional⁽²⁾, limitando así el ámbito de aplicación de la Ley de Arbitraje a los arbitrajes cuyo lugar se encuentre dentro del territorio peruano⁽³⁾.

En otras palabras, cuando las partes —o en su defecto los árbitros— designen como lugar del arbitraje una sede ubicada dentro del territorio peruano, por ese solo hecho será de aplicación la Ley de Arbitraje, salvo que, sobre el particular, exista algún tratado o acuerdo internacional aplicable⁽⁴⁾, siempre y cuando resulte ser más favorable al arbitraje⁽⁵⁾.

La determinación del lugar del arbitraje no debe confundirse con la posibilidad que tienen las partes y los árbitros de acordar reunirse en cualquier otra localidad geográfica para celebrar audiencias o reuniones⁽⁶⁾.

En efecto, el artículo 35.2⁽⁷⁾ de la Ley de Arbitraje expresamente autoriza al tribunal arbitral para que, previa consulta con las partes, pueda reunirse en cualquier otro lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas, o para llevar a cabo deliberaciones. Obviamente, la ley de estas otras localidades geográficas no tendrá efecto legal alguno, ya que se tratarán de lugares elegidos simplemente por comodidad o conveniencia⁽⁸⁾.

(2) Artículo I.1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional se ubica en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook-s.pdf>. Consulta: 23 de junio de 2009.

(3) Ver comentario al artículo 35.1 de la LA, sobre la determinación del lugar del arbitraje y sus consecuencias.

(4) Nos estamos refiriendo esencialmente a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) y al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI, 1965). Sobre el particular, leer a: CANTUARIAS SALAVE-RRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, UPC, Lima, 2007, ps. 42/62 y 566/796.

(5) Ver comentario al artículo 78º de la LA, acerca de cuándo una disposición de la LA resulta más favorable que la Convención de Nueva York. En el caso del arbitraje ante el CIADI, la LA jamás resultará aplicable, aun cuando el lugar del arbitraje esté situado en el Perú.

(6) CRAIG, W. Laurence; William W. PARK & Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ra edición. New York: Oceana Publications, Inc./ICC Publishing, 2000, p. 187.

(7) Ver el comentario al artículo 32.2 de la LA.

(8) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, p. 39.

2. EFECTOS DE LA TERRITORIALIDAD

MANTILLA-SERRANO⁽⁹⁾ explica que el lugar del arbitraje “opera como un vínculo jurídico que permite [...] definir el marco jurídico en el que se desarrollará el procedimiento arbitral, definir los jueces que serán normalmente competentes para ciertas funciones de apoyo judicial al arbitraje, y conferirle una ‘nacionalidad’ al laudo que se dicte”.

La determinación del lugar del arbitraje dentro del territorio peruano generará, pues, diversas e importantes consecuencias, varias de las cuales trataremos resumidamente a continuación:

2.1. Las partes no podrán designar un ordenamiento extranjero para que rija su arbitraje en el Perú

En efecto, esta imposibilidad se desprende del propio artículo 1.1 de la Ley de Arbitraje, cuando establece que “[e]l presente Decreto Legislativo se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional”.

Además, como bien indica GÓMEZ JENE⁽¹⁰⁾, “[e]sta férrea interpretación se deduce no sólo de una interpretación literal del precepto⁽¹¹⁾, sino también del tenor de la norma que lo informa. En efecto, el artículo 1.2 de la LM establece que ‘las disposiciones de la presente Ley..., se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de ese Estado’. Y como unánimemente interpreta la doctrina, la imperatividad de la *lex loci* que este precepto proclama supone, implícitamente, la imposibilidad de designar una ley extranjera para regir el procedimiento arbitral. La misma unanimidad existe entre los comentaristas de aquellos países que de forma reciente han adoptado la citada Ley Modelo”.

2.2. Posibilidad de que se pueda aplicar contractualmente una ley foránea. Su falta de necesidad e inconveniencia

El artículo 34.1 de la Ley de Arbitraje establece que “[l]as partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones”⁽¹²⁾.

(9) *Ibíd.*, ps. 157/158.

(10) GÓMEZ JENE, Miguel, “Artículo 1º. Ámbito de aplicación”. En: ARIAS LOZANO, David (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2005, p. 24.

(11) Si bien el autor se refiere al artículo 1º de la Ley española de Arbitraje de 2003, sus comentarios resultan plenamente aplicables a la Ley peruana de Arbitraje de 2008.

(12) Ver comentario al artículo 34º de la LA.

Es en base a este reconocimiento amplio a la autonomía de la voluntad, que las partes pueden incorporar a su contrato las disposiciones de una legislación arbitral extranjera.

Sin embargo, tratándose de un supuesto de incorporación contractual⁽¹³⁾, obviamente las disposiciones de la ley foránea que vayan en contra de lo dispuesto en las normas imperativas de la Ley de Arbitraje peruana (*lei loci arbitri*) resultarán inaplicables.

Ahora bien, en la realidad, en nuestra opinión no existe razón ni justificación alguna para que las partes de un arbitraje cuyo lugar sea el Perú consideren la conveniencia de incorporar a su pacto arbitral una legislación arbitral extranjera.

La razón es muy simple: La Ley de Arbitraje peruana es una ley liberal, cuya regulación cumple largamente con los estándares internacionales⁽¹⁴⁾.

Además, acordar como lugar del arbitraje el Perú e incorporar contractualmente al mismo tiempo una legislación de arbitraje extranjera resulta altamente inconveniente y causante de innumerables problemas.

En efecto, imaginemos que las partes acuerdan arbitrar en el país pero incorporan a su pacto arbitral la Ley de Arbitraje de España. Pues bien, por ejemplo, en un arbitraje *ad hoc* en el que falla el sistema de designación de los árbitros, ¿habrá que recurrir a la Cámara de Comercio de la sede del arbitraje como postula el artículo 23º de la Ley de Arbitraje peruana⁽¹⁵⁾ o habrá que acudir al juez español conforme al artículo 15º de la Ley española de 2003?⁽¹⁶⁾ El mismo escenario se presenta respecto de la recusación de árbitros.

Estos y muchos otros problemas, invitan a no recomendar a las partes el pactar el arbitraje en un país pero incorporando la legislación de arbitraje de otro país. En el fondo, si uno no está conforme con la ley de arbitraje del lugar dónde las partes quieren llevar adelante sus actuaciones, lo recomendable será pactar otro lugar.

(13) GÓMEZ JENE, Miguel, *Artículo 1º. Ámbito de aplicación*, *op. cit.*, p. 25.

(14) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, "La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, ps. 43/84.

(15) *Ibíd.*, ps. 61/62.

(16) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, *op. cit.*, ps. 96/109.

2.3. El criterio territorial determina el carácter interno o extranjero del laudo

El artículo 56.1 de la Ley de Arbitraje establece que el laudo se considera dictado en el “lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35º”. Este último establece que las partes —y en su defecto los árbitros— determinan libremente el lugar del arbitraje⁽¹⁷⁾.

Pues bien, una vez que las partes o, en su defecto, los árbitros, han determinado como lugar del arbitraje el territorio peruano, el laudo que se emita (sea éste nacional o internacional)⁽¹⁸⁾ estará sujeto al recurso de anulación ante el Poder Judicial peruano⁽¹⁹⁾.

En cambio, un laudo emitido en un lugar del arbitraje distinto al Perú será considerado un laudo extranjero⁽²⁰⁾. Este laudo podrá ser reconocido y ejecutado en el Perú conforme a lo dispuesto en la Convención de Nueva York de 1958 y los artículos 74º al 78º de la Ley de Arbitraje, en todo aquello que sea más favorable al Tratado.

3. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL

El segundo inciso de este artículo se refiere a las excepciones al principio de territorialidad en la aplicación de la Ley de Arbitraje.

En efecto, serán de aplicación aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del territorio peruano, las siguientes disposiciones:

- El inciso 1) del artículo 8º, en conjunción con el artículo 45º, referidos a la colaboración judicial en la actuación de pruebas.

- El inciso 2) del artículo 8º, conjuntamente con el artículo 48.4, referidos al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales extranjeros.

- El inciso 5) del artículo 8º, conjuntamente con los artículos 74º al 78º, referidos al reconocimiento de laudos extranjeros.

- El inciso 6) del artículo 8º, referido a la colaboración judicial en la ejecución de laudos extranjeros.

(17) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, op. cit., ps. 298/304.

(18) Ver comentario al artículo 5º de la LA. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, op. cit., ps. 159/197.

(19) Ver comentarios a los artículos 62º al 65º de la LA.

(20) Ver comentario al artículo 74º de la LA.

- Los artículos 13º y 14º, que regulan el contenido, la forma y la extensión del convenio arbitral.

- El artículo 16º en conjunto con el artículo 78º, acerca de la excepción de convenio arbitral.

Respecto del primer supuesto, destacamos que la aplicación conjunta de los artículos 8.1 y 45º de la Ley de Arbitraje a arbitrajes cuyo lugar se encuentre en el extranjero, habilita a que cualquiera de las partes o el tribunal arbitral pueda solicitar directamente al juez peruano la colaboración judicial para la actuación de pruebas. El Perú, junto con España y Alemania, es uno de los pocos países que habilita esta posibilidad en favor del arbitraje comercial internacional.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por árbitros cuyo lugar del arbitraje se encuentre en el extranjero, también destacamos que la Ley de Arbitraje habilita la posibilidad de que dicha medida cautelar pueda hacerse valer en el país, siguiendo para el efecto el procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, con algunas particularidades que serán tratadas al analizar el artículo 48.4 de la Ley de Arbitraje⁽²¹⁾.

Por otro lado, cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio peruano y se inicie un proceso judicial ante nuestro Poder Judicial, será de aplicación el artículo II de la Convención de Nueva York y, en base a lo dispuesto en el artículo 78.3 de la Ley de Arbitraje, el análisis de la excepción de convenio arbitral deberá realizarse, considerando los artículos 13º, 14º y 16.4 de la Ley de Arbitraje⁽²²⁾.

En el tema del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, será de aplicación la Convención de Nueva York de 1958 y los artículos de la Ley de Arbitraje (74º al 78º), estas últimas en todo aquello que sea más favorable como, por ejemplo, el artículo 76.1 de la Ley de Arbitraje que solo exige la presentación del original o de la copia del laudo, a diferencia de lo que dispone el artículo IV de la Convención de Nueva York que exige tanto el laudo como el convenio arbitral⁽²³⁾.

Por último, el artículo 8.6 de la Ley de Arbitraje identifica la autoridad judicial que conocerá de la ejecución de un laudo extranjero.

(21) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, *La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad*, op. cit., ps. 70/71.

(22) *Ibíd.*, ps. 46/50.

(23) *Ibíd.*, ps. 81/83.

4. CARÁCTER SUPLETORIO DE LA LEY DE ARBITRAJE

La última parte del numeral 1) del artículo bajo comentario, establece que de existir leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, “las normas de este Decreto Legislativo serán de aplicación supletoria”.

Esta disposición consagra la vocación general de la Ley de Arbitraje, estableciendo el marco general de actuación de cualquier arbitraje que cuente con reglas particulares.

La norma también reconoce el principio según el cual la ley especial prima sobre la general.

En el caso peruano, existen una serie importante de regulaciones específicas en materia arbitral, destacando las disposiciones de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, respecto de las cuales la Ley de Arbitraje suple muchos de los vacíos y lagunas con las que cuenta dicha legislación.

Además, la Ley de Arbitraje resulta aplicable, entre otros, a los arbitrajes en materia laboral.



Art. 2º. —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 controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral.

COMENTARIO ⁽²⁴⁾

SUMARIO: 1. *La arbitrabilidad.* 2. *El Estado como parte en el Arbitraje Internacional.*

(24) Por FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

1. LA ARBITRABILIDAD

El inciso 1 del artículo bajo comento, trata de lo que se denomina la “arbitrabilidad objetiva”, es decir, acerca de las cuestiones que pueden ser resueltas mediante arbitraje.

Para estos efectos, al igual que su predecesora (la Ley General de Arbitraje de 1996), utiliza como criterio principal el de la disponibilidad, como también lo hacen muchas otras legislaciones⁽²⁵⁾.

Como bien señalan LORCA NAVARRETE y SILGUERO ESTAGNAN⁽²⁶⁾, “[l]os términos poder de disposición - libre disposición son [...] aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas, esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el Ordenamiento reconoce y ampara, en tanto se ejercite sobre el ámbito que previamente le señala y que es el representado por los propios intereses de las partes negociales o, en términos negativos, en tanto no recaiga sobre materia sustraída a la autoregulación de los particulares, ya de todos -indisponibilidad absoluta-, ya de aquellos que dictan *lex privata* sobre asuntos que solo pueden ser reglamentados con los negocios celebrados por otros -indisponibilidad relativa”.

Al igual que MANTILLA-SERRANO⁽²⁷⁾, compartimos plenamente su opinión, acerca de que “[e]sta referencia a derechos disponibles es lo suficientemente amplia como para abarcar cuestiones contractuales y extracontractuales⁽²⁸⁾, con o sin contenido patrimonial. La Ley de Ar-

(25) VÁRADY, Tibor; John J. BARCELÓ III & Arthur T. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, West Group, Minnesota, 1999, p. 220, “Countries following the civil-law tradition have often turned to legislation to mark the borderline between what is -and is not- arbitrable. The touchstone in this legislation is often the distinction between claims that are, and those that are not, within the free disposition of the parties”. En ese sentido, ver: Artículo 3º de la *Arbitration Law* de Israel (1974), artículo 1º de la Ley de Arbitraje de Suecia (1999), artículo 1º del Código Judicial Belga (según modificación de 1998), artículo 2º de la Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación de Paraguay, artículo 3(1) de la Ley de Arbitraje de Guatemala (1995), artículo 1º de la Ley de Arbitraje del Brasil (1996) y, artículo 28º de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras (2000), entre muchas otras.

(26) LORCA NAVARRETE, Antonio María y Joaquín SILGUERO ESTAGNAN, *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994, p. 38.

(27) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, ps. 45/46.

(28) CRAIG, W. Laurence; William W. PARK & Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª edición. New York: Oceana Publications/ICC Publishing, 2000, p. 65, “Since the very mechanism of arbitration is created by contract, and

bitraje se inscribe así en la tendencia mundial de ampliar al máximo el ámbito de las materias arbitrables y por ello evita enumerar una lista de materias no susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje”⁽²⁹⁾.

En todo caso, con carácter general, no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje las siguientes cuestiones:

a. Cuestiones que atentan contra la moral o las buenas costumbres. CRAIG, PARK & PAULSSON⁽³⁰⁾ informan de la existencia de antecedentes arbitrales y judiciales que han negado expresamente la arbitrabilidad de disputas que atentan contra la moral o las buenas costumbres.

b. Reclamaciones referidas a delitos o faltas. Todo tema referido al juzgamiento por actos u omisiones que conlleven alguna sanción de tipo penal escapa al conocimiento de los árbitros, y son de competencia exclusiva de los tribunales de justicia⁽³¹⁾.

Esto no significa que las partes no puedan arbitrar controversias vinculadas a ilícitos penales pero que estén expresamente referidas al tema de la reparación civil⁽³²⁾.

c. Cuestiones referidas al estado y la capacidad civil de las personas.- Este es otro tema que generalmente está reservado al conocimiento del Poder Judicial, por tratarse de cuestiones no disponibles.

since the judicial sanction of tortious conduct does not contemplate a contractual relationship between plaintiff and defendant, claims based on alleged torts are generally not arbitrated. That does not, however, necessarily mean that they may never be arbitrated. One may perfectly well conceive a special submission to arbitration, for example, by two insurance companies connected by no contractual relationship before the occurrence of an accident involving their respective insured parties”.

(29) El artículo 2.1. de nuestra LA es prácticamente idéntico al artículo 2.1. de la Ley de Arbitraje española de 2003.

(30) CRAIG, W. Laurence; William W. PARK & Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª ed., ICC Publications, París, 1990, p. 58. Los casos son: 2930/1982 y 2730/1982 de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y Northrop Corp. c. Triad International Marketing S.A., 811 F. 2d 1265 (9th Cir., 1987).

(31) ROCA MARTÍNEZ, José María, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 122, “[...] no pueden ser objeto de arbitraje las materias propias del derecho penal, ni siquiera cuando se trate de delitos privados, pues el ejercicio del *ius puniendi* corresponde al Estado de forma exclusiva y está garantizado penal y procesalmente, no pudiendo imponerse pena alguna si no es a través del procedimiento y por el órgano legalmente establecido para ello; una cosa es que la perseguibilidad de determinados hechos punibles dependa de la actuación del ofendido y otra que tales cuestiones puedan someterse a arbitraje”.

(32) *Ibid.*, p. 122, “Lo que sí puede someterse a arbitraje es la acción civil derivada del hecho punible, es decir, es susceptible de solución arbitral la controversia que pueda surgir sobre las consecuencias civiles del delito, pero no sólo de los delitos privados, sino de cualquier delito”.

REQUEJO⁽³³⁾ se refiere a este tema de la siguiente manera:

“Se puede sostener, en vía de principio, que descansando la institución del arbitraje en la autonomía con que el Ordenamiento faculta a las partes para integrar los términos de las relaciones jurídicas que tengan a bien establecer entre sí, debe excluirse la posibilidad de arbitraje sobre todas aquellas cuestiones respecto de las cuales carecen las partes de facultades dispositivas por afectar a su estatuto personal, esto es, al marco normativo unilateralmente impuesto por el Estado al objeto de prefigurar la situación jurídica de los individuos habilitados para actuar en el ámbito del Ordenamiento. Así, con Chillón Medina y Merino Merchan, no serán susceptibles de arbitraje las siguientes cuestiones:

- a) Situación jurídica de la persona;
- b) Nacionalidad;
- c) Adopción;
- d) Incapacidad e interdicción;
- e) Domicilio y vecindad civil;
- f) Cuestiones relativas a la representación y defensa del ausente;
- g) Patria potestad, paternidad, filiación y alimentos;
- h) Cuestiones que rigen al matrimonio;
- i) Tutela;
- j) Emancipación; y,
- k) Cuestiones relativas a derechos políticos y honoríficos, exenciones y privilegios”.

d. Integración y modificación de contratos.- Para muchas legislaciones el arbitraje es entendido como un mecanismo alternativo al Poder Judicial, aplicable exclusivamente en la solución de conflictos entre las partes respecto de una relación jurídica determinada.

Siguiendo este criterio, se establece que cuando “[...] el tercero interviene en la determinación de un elemento esencial del negocio o de su contenido [...] [o cuando] el tercero integra la relación (o una de las relaciones) que el negocio perfecto ya ha creado [...]”⁽³⁴⁾, no estamos

(33) REQUEJO PAGES, Juan Luis, “La nueva configuración del arbitraje”. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Volumen V, Civitas, Madrid, 1988-1989, p. 56.

(34) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G. *El Arbitraje, Para Leer el Código Civil*, Volumen V, 2ª ed., Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 50.

ante la presencia de un árbitro sino ante lo que se conoce comúnmente como arbitrador⁽³⁵⁾.

Estaremos ante un “arbitrador”, por ejemplo, en aquéllos casos en los que las partes acuerden que sea un tercero el que determine el precio del bien objeto de una compra-venta. Verifiquemos que aquí la intervención del tercero no se da para resolver una disputa, sino para completar o integrar un contrato incompleto. Siendo esto así, se dice que no puede considerarse que la actividad del tercero sea arbitral, ya que ésta presupone dos cosas: a) la previa existencia de una relación jurídica, y, b) la existencia de una controversia respecto de dicha relación jurídica.

De la misma manera, se considera que la intervención de un tercero para modificar algunas estipulaciones de un contrato (por ejemplo, el precio de un producto o las condiciones de entrega) no es un arbitraje, ya que la función de este tercero no es la de solucionar una disputa entre las partes, sino la de cumplir con una delegación amistosa para modificar las condiciones de un contrato sobre el cual no existe conflicto.

La consecuencia fundamental de esta distinción entre “árbitros” y “arbitradores”, es que mientras en el primer caso los árbitros emitirán una resolución definitiva (cosa juzgada), en el segundo caso lo decidido por el “arbitrador” podrá ser materia de discusión ante el Poder Judicial o, de existir pacto, ante un tribunal arbitral⁽³⁶⁾.

Si bien CRAIG, PARK & PAULSSON⁽³⁷⁾ explican que países como los Estados Unidos de América, Argelia, Israel, Suecia, Holanda e Inglaterra permiten a los árbitros conocer de estos temas, nosotros consideramos que el Perú⁽³⁸⁾ forma parte de los Estados que lo prohíben, como es el caso de Bélgica y España.

e. Patentes y marcas.- Generalmente las controversias referidas a la validez de las patentes, marcas y demás derechos similares no pueden someterse al arbitraje, ya que estamos ante la presencia de un mono-

(35) DIEZ PICAZO y Luis PONCE DE LEÓN. *El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos*, Bosch, Barcelona, 1957, ps. 59/89.

(36) DERAINS, Yves, “France”. En: *The Yearbook on Commercial Arbitration*, Volumen VI, 1981, p. 7, “The most important consequence of the distinction is that the award is directly enforceable, while the decision of the third party is no more than a contractual obligation”.

(37) CRAIG, W. Laurence; FUMINAR, William W. Park & Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, tercera edición, *op. cit.*, ps. 114/115.

(38) Sobre este particular, leer a: LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *op. cit.*, ps. 50 y ss.

polio⁽³⁹⁾, aunque existen casos como los de Estados Unidos de América y Bélgica, en los que se permite que las partes arbitren este tipo de cuestiones⁽⁴⁰⁾.

No sucede lo mismo tratándose de conflictos exclusivamente referidos a la interpretación y/o ejecución de contratos privados sobre cesión de patentes, marcas y demás derechos similares⁽⁴¹⁾. En ese sentido se expresó la Corte Suprema de Italia, en los seguidos por la empresa Scherk AG de Liechtenstein contra la empresa italiana Societé des Grandes Marques (1977), en el que la Corte expresamente resolvió que las pretensiones referidas a la validez de una marca quedaban dentro del ámbito de actuación del Poder Judicial, mientras que los conflictos derivados de la interpretación y/o ejecución de contratos de cesión de marcas podían ser válidamente arbitrados⁽⁴²⁾.

Nosotros entendemos que esta es también la situación imperante en el Perú.

(39) DI PIETRO, Domenico & Martin PLATTE, *Enforcement of International Arbitration Awards: The New York Convention of 1958*, Cameron May, Londres, 2001, p. 93, "The granting of a trade mark or a patent is a monopoly right and a prerogative of the State. Disputes regarding the granting of such rights between the State and the applicant (vertical relationship), are, therefore, not capable of settlement by arbitration. The ICC's Final Report on Intellectual Property Disputes and Arbitration, states that:

"The existence, extent, meaning and application of such rights could legally only be definitively investigated, reviewed, [...] revoked or confirmed by the authority which issued or granted the right [...] This had the effect that rights and entitlements to intellectual property, and the legal issues which flowed from those rights, could not usefully be referred to or considered by an arbitration tribunal"

(40) DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, "Arbitraje y Contratos Internacionales sobre Propiedad Industrial en el Derecho Español". En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Volumen VIII, 1992, p. 44, "Tal regulación específica en torno a la arbitralidad de las controversias sobre validez de patentes aparece, además del ordenamiento de EE.UU., en el de Bélgica [...]"

(41) *Ibid.*, ps. 28/30, "Al determinar qué controversias pueden ser objeto de arbitraje, se ha venido distinguiendo entre los litigios sobre la validez de los derechos de propiedad industrial, los relativos a la violación de los mismos y los surgidos de los contratos relativos a su explotación [...]; siendo estos últimos [...] aquellos contratos a través de los cuales se transmite de forma plena un derecho de propiedad industrial (cesión), como aquellos que únicamente transmiten el ejercicio de facultades comprendidas en los citados derechos (licencia) [...] [los que pueden someterse a arbitraje]"

(42) CRAIG, W. Laurence; William W. PARK & Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª ed., op. cit., p. 88. Para un análisis puntual de varias legislaciones acerca de la posibilidad de arbitrar cuestiones referidas a derechos intelectuales, recomendamos leer: *ICC Commission on International Arbitration*, "Final Report on Intellectual Property Disputes". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volumen 9, N° 1, 1998, ps. 37/45.

f. Reestructuración Patrimonial.- Generalmente los Estados basados en razones de interés público, reservan en favor de su Poder Judicial el conocimiento de cualquier controversia relacionada a este tema⁽⁴³⁾.

La justificación de esta actitud de impedir el acceso al arbitraje de controversias cuando una de las partes del convenio arbitral ha sido declarada o se encuentra en trámite de insolvencia o quiebra, se encuentra ilustrada en el caso *In Re Braniff Airways, Inc.*⁽⁴⁴⁾, en el que la Corte de Quiebras norteamericana se negó a diferir al arbitraje una disputa surgida entre *Braniff Airways Inc.* y otra empresa aérea, por cuanto, en su opinión, el Código de Quiebras pretende centralizar todas las disputas de esta área tan especializada y compleja en la Corte de Quiebras⁽⁴⁵⁾.

En el caso del Perú, la Ley 27809 —Ley General del Sistema Concursal— y sus modificatorias permite la utilización de la vía arbitral, pero solo para resolver las controversias que se deriven de los Planes de Reestructuración, de los Convenios de Liquidación y de los Acuerdos Globales de Refinanciación⁽⁴⁶⁾.

g. Controversias referidas a la Libre Competencia.- En el Perú, el Decreto Legislativo N° 1034 —Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas—, reserva a favor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) la persecución y sanción de las conductas anticompetitivas⁽⁴⁷⁾. Una vez culminada la vía adminis-

(43) STERK, Stewart E., "Enforceability of agreements to arbitrate: An examination of the public policy defense". En: *Cardozo Law Review*, Volumen 2, N° 2, 1981, p. 533, "The public policy doctrine has been invoked to avoid enforcement of arbitration clauses when one of the parties to the contract has become involved in bankruptcy proceedings".

(44) 33 B.R. 33 (Bankr. N.D. Tex. 1983).

(45) O'NEILL, P., "Recent developments in International Commercial Arbitration: An American Perspective". En: *Journal of International Arbitration*, Volumen 4, N° 1, 1987, p. 17. Sin embargo, se recomienda revisar el caso *Mitsubishi c. Soler Chrysler-Plymouth Inc.* (473 U.S. 614, 1985), en el que la Corte Suprema Federal norteamericana dispuso remitir a las partes a un arbitraje con sede en el Japón, aun cuando una de ellas se encontraba en proceso de reestructuración patrimonial.

(46) Artículo 73(1) de la Ley General del Sistema Concursal.

(47) STERK, Stewart E., "Enforceability of agreements to arbitrate: An examination of the public policy defense", *op. cit.*, ps. 593/594, "[...] antitrust laws are designed not to protect either of the contracting parties from overreaching by the other, but instead to promote competition in the economic system. Arbitrators cannot be expected to sacrifice the most equitable resolution of the dispute between the parties in favor of the economic needs of society as expressed in the antitrust laws. This is not because arbitrators are any less capable or unbiased than judges or because they have fewer

trativa, se podrá recurrir a la vía judicial en acción contenciosa-administrativa.

Por su parte, el artículo 49º del mencionado dispositivo legal establece que “[agotada] la vía administrativa, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de conductas declaradas anticompetitivas [...] y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios”.

Con honestidad, nos parece absurdo lo dispuesto en la citada norma. En efecto, nadie discute que el INDECOPI debe perseguir y sancionar las conductas anticompetitivas. Pero, ¿por qué esperar la decisión del INDECOPI para que algún interesado pueda reclamar una indemnización por daños y perjuicios? ¿Cuál es el problema de que dos partes privadas puedan acordar arbitrar una controversia referida a esta materia, ya que la decisión, en todo caso, no afectará las facultades y decisiones a las que arribe el INDECOPI y solo vinculará a las partes del arbitraje? ¿Por qué, aun después de que el INDECOPI se ha pronunciado, solo cabe acudir al Poder Judicial y no al arbitraje?

En nuestra opinión, aquí el Perú debería seguir, por ejemplo, a la legislación arbitral sueca⁽⁴⁸⁾, que permite a los árbitros que se pronuncien sobre los efectos civiles de las reglas de libre competencia, pero solo con efectos entre las partes.

h. Controversias referidas al Derecho Laboral.- No siempre es posible someter al arbitraje cuestiones referidas al Derecho Laboral, ya que se considera que las disposiciones laborales al proteger a los empleados y obreros convierten a estos derechos en no disponibles y, por lo tanto, su conocimiento corresponde al Poder Judicial.

resources at their disposal, but because the task of arbitration is inconsistent with the purposes and functions of the antitrust laws”.

(48) HOBÉR, Kaj, “Arbitration Reform in Sweden”. En: *Arbitration International, The Journal of LCIA Arbitration International*, Volumen 17, N° 4, 2001, p. 357, “[...] a new important provision is found in the third paragraph of section 1, where it is said that the arbitrators may rule on the civil law effects of competition laws as between the parties. In Sweden, as in many other jurisdictions, it has been debated whether and to what extent anti-trust issues are arbitrable. The clear position taken by the Swedish legislator in the Act is that such issues are arbitrable, in so far as the relationship between the parties to the dispute is concerned. It is thus important to remember that the relevant anti-trust authorities retain jurisdiction over anti-trust issues which are not inter partes, but which involve the public interest”. El último párrafo de la Sección 1 de la Ley de Arbitraje de Suecia de 1999, dispone que: “Arbitrators may rule on the civil law effects of competition law as between the parties”.

En todo caso, son cada vez más los Estados (como es el caso del Perú) que habilitan la vía arbitral para la solución de controversias laborales, aunque debemos de aclarar que alrededor de los procesos arbitrales laborales las legislaciones suelen tejer un entramado de disposiciones de orden público que muchas veces convierten al arbitraje en una especie de “proceso judicial”, utilizan la vía arbitral como parte de una estrategia mayor de incentivo a la solución pacífica de las controversias laborales y, además, reducen dramáticamente la autonomía de la voluntad de las partes en aras de proteger lo que los laboristas llaman la parte “débil” de la relación laboral; es decir, los trabajadores.

De esta manera, consideramos que el Arbitraje Laboral se nutre de principios y disposiciones diferentes a los que están presentes en la Ley de Arbitraje, razón por la cual las similitudes entre uno y otro son escasas.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Ley de Arbitraje, este dispositivo legal será de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan el mal llamado “Arbitraje Laboral”⁽⁴⁹⁾.

Vinculado al tema de la “arbitrabilidad objetiva” y qué materias no pueden ser sometidas a arbitraje, bien vale la pena recordar que la arbitrabilidad de una controversia y la existencia de normas imperativas de la ley aplicable al fondo, son dos temas que no deben de confundirse. En efecto, como bien explica DÍEZ-HOCHLEITNER⁽⁵⁰⁾, “nada tiene que ver que una materia no sea de libre disposición o, si se prefiere, que no sea transigible, con que esté sometida a normas imperativas. Así, muchas disputas contractuales surgen precisamente en relación con una norma imperativa del Código Civil (por ejemplo, normas so-

(49) Sobre el particular, leer a: LOVATÓN PALACIOS, David, “Resolución extrajudicial de conflictos jurídicos de trabajo. El caso peruano”. En: *Congreso Internacional de Derecho Procesal del Trabajo, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cusco, 1997, ps. 344 y ss.; ELÍAS MANTERO, Fernando, “¿Es conveniente el arbitraje para la solución de conflictos laborales jurídicos?” En: *LEGAL express*, publicación mensual de Gaceta Jurídica, nro. 5, Lima, mayo de 2001, p. 5; TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “La Conciliación y Arbitraje Laborales”. En: *LEGAL express*, publicación mensual de Gaceta Jurídica, Número 5, Lima, mayo de 2001, p. 8; y, TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge y Alfredo Luis SALVADOR VARGAS, “El Arbitraje Individual en materia Laboral”. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 30, Lima, 2001, ps. 111/112.

(50) DÍEZ-HOCHLEITNER, Javier, “La Nueva Ley Española de Arbitraje”, documento presentado en el *Second Annual Conference “International Commercial Arbitration in Latin America: The ICC Perspective”*. *International Chamber of Commerce*. Miami, 2004, ps. 9/10.

bre vicios de consentimiento, prohibición del pacto comisorio, arbitrio de una parte, etc.) y nadie pone en duda su arbitrabilidad”.

Además, la Ley de Arbitraje dispone que resulta arbitrable toda materia “que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

Este agregado a la libre disponibilidad es por demás relevante, porque así se abre las puertas a que la ley pueda disponer que materias que no son de libre disponibilidad puedan, sin embargo, ser objeto de arbitraje. Tal es el caso, por ejemplo, de los arbitrajes respecto a convenios de estabilidad jurídica y a contratos de concesión pública, entre otros⁽⁵¹⁾.

Por su parte, como bien indican CASTILLO FREYRE, VÁSQUEZ KINZE y SABROSO MINAYA⁽⁵²⁾, la referencia a tratados o acuerdos internacionales tiene que ver con los “Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones —APPRI; y, en general, [con] todos los Tratados Bilaterales de Inversión —TBI o BIT—; así como los multilaterales en los que por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje”.

Una última disposición de la Ley de Arbitraje que ayudará a ampliar aún más las materias arbitrables, es la Cuarta Disposición Complementaria, que a la letra dispone lo siguiente: “A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que exista de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes”. Esta disposición simplemente aclara que si alguna norma legal se refiere únicamente a los jueces, pero se trata al mismo tiempo de una materia de libre disposición, pues las partes podrán someterla a arbitraje⁽⁵³⁾.

Por otro lado, cuando se esté frente a un arbitraje internacional⁽⁵⁴⁾, la visión pro arbitraje de nuestra Ley de Arbitraje regula en su artículo 13.7⁽⁵⁵⁾ lo siguiente: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de

(51) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, UPC, Lima, 2007, ps. 832/880.

(52) CASTILLO FREYRE, Mario; Ricardo VÁSQUEZ KINZE y Rita SABROSO MINAYA, “Nueva Ley de Arbitraje: ¿cuáles son las materias arbitrables?”. En: *Actualidad Jurídica*, Tomo 177, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 35. Leer además a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, op. cit., ps. 881/891.

(53) Ver comentario a esta Disposición Complementaria de la LA.

(54) Ver comentario al artículo 5º de la LA.

(55) Ver comentario al artículo 13º de la LA.

arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.

Como bien afirma MANTILLA-SERRANO⁽⁵⁶⁾ respecto a una norma similar contenida en la Ley de Arbitraje de España, esto implica “la consagración del principio *in favorem arbitrabilitatis* expresado a través de una regla de conflicto, también aplicable a la validez del convenio arbitral, que opera en virtud de puntos de contacto alternativos y que confirma, también en materia de arbitraje internacional, el criterio extensivo y amplio que debe darse a la arbitrabilidad bajo el nuevo régimen español [y peruano] del arbitraje”.

Por último, como bien explica MANTILLA-SERRANO⁽⁵⁷⁾, la norma bajo comentario indirectamente es guía respecto de la “arbitrabilidad subjetiva” (es decir, respecto de quienes pueden acudir al arbitraje), ya que “[a]l hacer referencia a materias disponibles, es obvio que solo podrán acudir al arbitraje aquellas personas, físicas o morales, que puedan disponer libremente de sus derechos y, particularmente, de la materia objeto del arbitraje, lo cual inmediatamente excluye a los incapaces y a todo aquél que se encuentre en una situación de *capitis diminutio*”⁽⁵⁸⁾.

2. EL ESTADO COMO PARTE EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Como bien informa MONTTOYA⁽⁵⁹⁾, en el ámbito del arbitraje internacional se considera que una “[...] vez que el Estado o sus administraciones públicas han suscrito una cláusula de arbitraje, se han comprometido con carácter internacional y en forma irrevocable”.

Para estos efectos, la doctrina internacional considera contrario al principio fundamental de la buena fe⁽⁶⁰⁾, que un Estado acepte el ar-

(56) MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje, op. cit.*, p. 47.

(57) *Ibíd.*, ps. 47/48.

(58) En el caso del Estado peruano, serán de aplicación el artículo 4º de la LA y las leyes especiales que regulan su actuación en arbitrajes. Sobre este tema, leer a: 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*, Tomo 177, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, ps. 19/29.

(59) MONTTOYA ALBERTI, Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco, Lima, 1988, p. 72.

(60) RAGNWALDH, Jacob, “A State’s Plea to decline Arbitration —the inapplicability of the internal law of the State—”. En: *Revue des Affaires Internationales*, N° 1, 1998, p. 25, aclara que este principio se aplica por cuanto: “It is not the incapacity or the lack of power to enter into an arbitration clause which is contrary to international

bitraje y luego invoque su legislación interna para atacar su validez⁽⁶¹⁾. Esta posición es también la asumida por tribunales arbitrales⁽⁶²⁾ y judiciales⁽⁶³⁾, así como por algunos tratados⁽⁶⁴⁾.

public policy, but rather the act by a State to conclude such an agreement without revealing its incapacity or lack of power to do so and subsequently invoking its internal law in order to escape from its contractual obligation to arbitrate”.

(61) DELAUME, Georges R., “*The Finality of Arbitration Involving States: Recent Developments*”. En: *Arbitration International*, Volumen 5, Nº 1, 1989, p. 26. El autor comparte también la opinión de que un Estado no puede repudiar un acuerdo arbitral en base a supuestas omisiones formales o sustantivas que se debieron observar según la legislación de ese país, y agrega que “[...] an impressive number of precedents show that such belated tactics have little chance of success. Even in cases in which it was shown that not all the procedures required under the State’s own law had been fully satisfied, arbitral tribunals have consistently held that the State involved had a duty to disclose in good faith the situation to the other party and that failure to do so estopped the State from subsequently challenging the validity of its undertaking”.

(62) SILVA ROMERO, Eduardo, “La distinción entre Estado y administración y el arbitraje resultante de los contratos del Estado”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Nº 1. Bogotá, 2004, p. 158, “[...] un Estado, e incluso una emanación del mismo —entidad pública—, luego de haber consentido libremente durante la negociación de un contrato a la inclusión en el mismo de una cláusula compromisoria, no podría, en caso de litigio, controvertir la competencia del tribunal arbitral y alegar, a que su derecho interno —constitucional o administrativo, por ejemplo— le prohibía someter los litigios en que se vea implicado al arbitraje. La jurisprudencia arbitral internacional parece ser unánime en el sentido de afirmar que una actitud del Estado —o de su emanación—, como la antes señalada, sería claramente contraria al inveterado principio de la buena fe”. Leer además a: ROBINE, Éric, “The Evolution of International Commercial Arbitration over these past years (1990-1995)”. En: *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Nº 2, 1996, ps. 160 y ss.; y, HANOTIAU, Bernard, “The Law Applicable to the Issue of Arbitrability”. En: *Revue de Droit des Affaires Internationales*, Nº 7, 1998, ps. 757/761.

(63) Así, por ejemplo, MALINTOPPI, Loretta, “ICC Arbitral Jurisprudence on State Contracts”, documento presentado en la Conferencia El Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: la perspectiva de ICC, la Corte Internacional de Arbitraje de ICC. Miami, 2003, p. 2, afirma que: “Los tribunales Franceses han sistemáticamente sostenido que en derecho internacional un Estado no puede atacar la validez de una cláusula arbitral o la posibilidad de que un litigio sea arbitrado basándose en su legislación interna (*Ministère tunisien de l’équipement c/Société Bec Frères, Cour d’appel de Rouen 1ère Ch. C, 24 February 1994... Société Gatoil c/ National Iranian Oil company, Cour d’appel de Paris 1ère Ch. Suppl., 17 December 1991...*)”.

(64) Como es el caso, por ejemplo, de la Convención europea sobre inmunidad del Estado y su Protocolo adicional (Basilea, 1972), el cual en su artículo 12(1) dispone lo siguiente: “Cuando un Estado Contratante haya convenido por escrito en someter a arbitraje una controversia que haya surgido o pueda surgir en un asunto civil o comercial, dicho Estado no podrá invocar inmunidad con respecto a la jurisdicción de un tribunal de otro Estado Contratante en cuyo territorio o de acuerdo con cuya legislación ha tenido lugar o tendrá lugar el arbitraje con respecto de cualquier procedimiento relativo a:

a) la validez o interpretación del acuerdo de arbitraje,

El inciso 2) del artículo 2º de la Ley de Arbitraje bajo comento, se encuentra inspirada en la doctrina y jurisprudencia descrita y en lo dispuesto en el artículo 2.2. de la Ley de Arbitraje de España de 2003⁽⁶⁵⁾, el cual, a su vez, consideró lo dispuesto en el artículo 177.2 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado suiza⁽⁶⁶⁾.

Como bien señala MANTILLA-SERRANO⁽⁶⁷⁾, “nos encontramos en presencia de una regla material que otorga preeminencia al convenio arbitral sobre las disposiciones nacionales, aun imperativas o de orden público interno o nacional, aplicables a la parte estatal”, y alcanza “tanto al Estado mismo como a cualquiera de sus subdivisiones políticas o administrativas, así como a toda sociedad controlada directa o indirectamente por el Estado, sus divisiones o subdivisiones, o por sus emanaciones. También se aplica a las empresas o aun las organizaciones de las cuales el Estado o sus entidades sean parte”. Además, “cubre cualquier alegación relativa a restricciones para celebrar el convenio arbitral o a la inarbitrabilidad de la controversia que encuentren fundamento en el derecho nacional de la parte estatal”⁽⁶⁸⁾.

Por su parte, como bien apunta Díez-Hochleitner⁽⁶⁹⁾, a partir de esta disposición, se generan tres consecuencias capitales:

“En primer lugar, una vez convenida una cláusula de sumisión a arbitraje, el Estado no podrá invocar su inmunidad de jurisdicción en caso de verse demandado en un procedimiento arbitral internacional.

En segundo lugar, tampoco podrá el Estado ampararse en la inmunidad de ejecución para evitar en todo caso la ejecución de laudos dictados en su contra. El Estado únicamente resultará inmune a la ejecución de un laudo en la medida en que tal ejecución vaya destinada a trabar activos públicos que han sido destinados al servicio de una función soberana [...] Por contra, el Estado no podrá excepcionar tal inmunidad respecto de la ejecución de los laudos que persigan la traba de bienes

b) el procedimiento de arbitraje,

c) la anulación del laudo, a menos que el acuerdo de arbitraje prevea otra cosa”.

(65) El texto de nuestra Ley es idéntico al de la ley española.

(66) Traducción libre: Artículo 177(2).- “Si una parte del acuerdo de arbitraje es un Estado, una empresa dominada o una organización controlada por este, dicha parte no puede invocar su propio derecho para oponerse a la arbitrabilidad de un litigio o su capacidad para ser parte de un arbitraje”.

(67) MANTILLA-SERRANO, *Ley de Arbitraje*, op. cit., p. 48.

(68) *Ibíd.*, p. 49.

(69) Díez-Hochleitner, Javier, “La Nueva Ley Española de Arbitraje”, op. cit., ps. 5/6.

con los que el Estado en cuestión opera mercantilmente en el tráfico internacional⁽⁷⁰⁾.

Finalmente, el Estado tampoco podrá hacer uso de su Derecho interno para pretender sustraerse del arbitraje y de las previsiones contenidas en el convenio arbitral, en particular en materia de procedimiento y de ley aplicable”.

Por último, cabe aclarar que todo lo dicho aquí resultará de plena aplicación al Estado peruano cuando participe en arbitrajes internacionales⁽⁷¹⁾.



Art. 3º.—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.

COMENTARIO ⁽⁷²⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Autonomía e independencia. 2.1. Antecedentes. 2.2. Las malas interpretaciones. 2.3. La jurisprudencia

(70) Ver además: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, op. cit., ps. 781/796.

(71) Ver comentario a los artículos 4º y 5º de la LA.

(72) Por **FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA**: Socio del Estudio Fernando de Trazegnies. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

del Tribunal Constitucional. 2.3.1. Hábeas corpus. 2.3.2. Recurso de amparo. 2.4. La defensa de la autonomía y la nueva Ley de Arbitraje. 2.4.1. Los beneficios de las ejecutorias constitucionales. 2.4.2. La nueva Ley de Arbitraje. 2.5. Prudencia en el control constitucional. 3. La competencia del tribunal arbitral. 3.1. Introducción. 3.2. Tratamiento del problema. 3.2.1. Kompetenz-Kompetenz. 3.2.2. Ventajas y desventajas del principio.

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tercero es de una importancia fundamental en la Ley. Sin exageraciones, puede decirse que es la piedra angular o el sólido cimiento sobre el que se construye todo el sistema arbitral.

Como puede apreciarse de su lectura, el artículo deja perfectamente en claro la autonomía de la jurisdicción arbitral respecto de la jurisdicción judicial y la independencia frente a todo tipo de autoridad (incisos 1, 2 y 4). Por otra parte, otorga al tribunal arbitral, de manera plena, las facultades para decidir sobre su propia competencia, determinar la marcha del proceso y pronunciar el laudo.

Examinaré separadamente estos dos pilares del arbitraje.

2. AUTONOMÍA E INDEPENDENCIA

2.1. Antecedentes

Las reglas contenidas en los incisos 1, 2 y 4 del artículo comentado constituyen una novedad, pues no se encontraban en forma expresa en la antigua Ley General de Arbitraje de 1996 (en adelante LGA).

La Constitución peruana de 1993 reconoce —por vía negativa— la existencia de una verdadera jurisdicción arbitral independiente cuando establece que “No existe ni puede establecerse jurisdicción arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”⁽⁷³⁾. Y, como consecuencia de ello, se garantiza que “Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley”⁽⁷⁴⁾. Y, acto seguido, extiende el alcance de la jurisdicción arbitral no sólo a la solución de los conflictos entre particulares, sino también a aquellas controversias en que inter-

(73) Constitución peruana de 1993, artículo 19º, inciso 1, párrafo segundo.

(74) Constitución peruana de 1993, artículo 62º, primer párrafo, *in fine*.

venga el Estado y las demás personas de Derecho Público: “Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”⁽⁷⁵⁾.

2.2. Las malas interpretaciones

Como podemos ver, el legislador constitucional peruano había sido muy cuidadoso en lo que se refiere a la independencia del arbitraje con respecto al Poder Judicial. La anterior Ley de Arbitraje no consideró necesario reiterar estos conceptos, atendiendo a que se encontraban en la propia Constitución. Sin embargo, aprovechando esta ausencia de una norma en la ley específica, algunos litigantes que se habían sometido a la jurisdicción arbitral intentaron bloquear los procesos arbitrales utilizando para ello intervenciones del Poder Judicial.

El caso emblemático —que, por reacción, contribuyó a dejar claros los principios constitucionales— fue el de dos compañías mineras, en la que una de ellas —la llamaremos “Empresa A” — reclamaba por un incumplimiento de contrato incurrido por la otra compañía a la que llamaremos “Empresa B”. Como existía un pacto arbitral, la demanda se interpuso por esta vía.

El demandado —la “Empresa B” — no cumplió con designar a su árbitro, en un afán de retardar la iniciación del procedimiento. Por consiguiente, conforme a las reglas del arbitraje, ese árbitro fue designado por la Sociedad Nacional de Minería. La, “Empresa B” recusó a este árbitro con el insólito argumento de que su padre había sido, alguna vez en el tiempo, director de una tercera compañía minera, en la que también era director el actual abogado de la “Empresa A”. El tribunal arbitral consideró que ésta no era una razón suficiente para descalificar al árbitro. Entonces el demandado planteó al tribunal arbitral que declarara nula su propia resolución, agregando el argumento de que el árbitro cuya recusación habían solicitado trabajó en el Estudio Jurídico de su padre. El árbitro contestó que hacía 10 años que no formaba parte del Estudio de Abogados de su padre; y, al mismo tiempo, por una cuestión de dignidad, renunció a su condición de árbitro. El tribunal arbitral declaró que tal pedido de nulidad interpuesto por la “Empresa B” carecía de fundamento; y, por otra parte, declaró improcedente la renuncia del árbitro.

Entonces la “Empresa B” acudió a un Juzgado Penal donde formuló una denuncia criminal contra el árbitro acusándolo de falsedad genérica y fraude procesal. Esta denuncia fue admitida por el Fiscal. Contra dicha resolución, el árbitro acusado interpuso una demanda de *hábeas corpus* ante el Tribunal Constitucional, porque consideró

(75) Constitución peruana de 1993, artículo 63º, tercer párrafo, *in fine*.

que existía la amenaza inminente de que se iniciara un proceso penal en su contra sobre la base de una denuncia violatoria de la Constitución y la legalidad; y que se podrían dictar medidas cautelares en su contra que afectarían su libertad o su patrimonio.

Adicionalmente a las gestiones judiciales antes expuestas, el mismo arbitraje dio lugar a otra controversia que comenzó nuevamente en el plano arbitral y que terminaría, como la primera, ante el Tribunal Constitucional.

En efecto, la “Empresa B” rechazó categóricamente la posibilidad de someterse al tribunal arbitral, a pesar de la existencia del convenio arbitral. Para ello, objetó también al Presidente de dicho tribunal y sostuvo que no tenía confianza en los árbitros. Sin embargo, el tribunal arbitral convocó a las partes para la audiencia de instalación y, en ausencia de la “Empresa B”, se dio comienzo al arbitraje.

En estas condiciones, la “Empresa B”, esto es, la demandada, basándose en la Convención Universal de los Derechos Humanos, decidió no participar en dicho arbitraje y planteó ante un juez de un distrito periférico de Lima un recurso de amparo solicitando que se declare, como medida cautelar, que los efectos del contrato celebrado con la “Empresa A” quedaban suspendidos hasta que se resolviera si ese contrato era nulo o no. El juez rechazó esta petición considerando que no había pruebas de una violación constitucional. La Corte Superior confirmó tal resolución pero además declaró improcedente la demanda. El demandado en el arbitraje y ahora demandante en el recurso de amparo —la “Empresa B”— presentó entonces un recurso de agravio constitucional contra la resolución de la Corte Superior ante el Tribunal Constitucional.

2.3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional

De esta manera, vinculados a la controversia arbitral entre estas dos compañías mineras, había dos casos pendientes en el Tribunal Constitucional cuya materia era sumamente importante para el futuro del arbitraje en el Perú. *Primo*, el *hábeas corpus* planteado por el árbitro impugnado a fin de evitar que se pudiera ordenar su detención. *Secundo*, el recurso de amparo planteado por el demandado, es decir, la “Empresa B”.

2.3.1. Hábeas corpus

En el primero de ellos, el Tribunal Constitucional declaró en su resolución que su intención era analizar cuidadosamente si tal intromi-

sión del Poder Judicial era justificable a fin de establecer un criterio jurisprudencial sobre este tema.

En este punto, el Tribunal Constitucional dijo claramente que el arbitraje es un procedimiento adecuado para resolver controversias, justificándose porque es rápido y eficaz. Y agregó que “La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre éstos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica”⁽⁷⁶⁾.

Por consiguiente, el arbitraje es una jurisdicción plena e independiente —sigue el Tribunal Constitucional— tan válida como el Poder Judicial, constituyendo una alternativa al proceso judicial. En el Perú, el arbitraje “se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía”⁽⁷⁷⁾, sin perjuicio de quedar obligado por el respeto a los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional agregó que “Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes”⁽⁷⁸⁾.

Basándose en consideraciones del Derecho Procesal Penal, el Tribunal Constitucional consideró que no existía una amenaza real para la libertad del árbitro porque el Fiscal no tiene la facultad de dictar medidas restrictivas de la libertad; y, por tanto, no concedió el *hábeas corpus*⁽⁷⁹⁾. Sin embargo, declaró categóricamente que el árbitro tenía derecho de plantear tal *hábeas corpus* si se llegaba a utilizar un proceso criminal para recortar su libertad y obstruir así su labor como árbitro, con el objeto indebido de convertir un caso civil en un caso penal. En tal situación, el Poder Judicial debía proteger al árbitro, de acuerdo con los reglamentos y consideraciones establecidas en dicha senten-

(76) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, IV, 4.

(77) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, IV, 11, *in fine*.

(78) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, IV, 12, *in fine*.

(79) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, IV, 40.

cia, que es obligatoria frente a todos los casos en los que la intención sea doblegar la autonomía y la independencia del proceso arbitral⁽⁸⁰⁾.

Una de las declaraciones más tajantes sobre la autonomía y la independencia de la jurisdicción arbitral se encuentra en esta sentencia del Tribunal Constitucional cuando dice: “Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la LGA), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria”⁽⁸¹⁾.

2.3.2. Recurso de amparo

En el segundo de los casos antes mencionados —el recurso de amparo interpuesto por la “Empresa B”- el Tribunal Constitucional insistió en que “El arbitraje constituye, por tanto, una alternativa al Poder Judicial para la solución de conflictos que versen sobre materia de carácter disponible por las partes”⁽⁸²⁾. Y agregó: “No es, pues, anómalo, que los justiciables opten por recurrir a esta vía cuando, por ejemplo, se discutan materias de considerable cuantía económica. Se trata, presumiblemente, de controversias que oponen en mayor medida a empresas, bajo la consideración de que el importante interés económico en discusión y las dilaciones en las que puede incurrir la jurisdicción ordinaria, franquean oportunamente el proceso arbitral”⁽⁸³⁾.

Consecuentemente con ello, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de la “Empresa B” que pretendía paralizar el proceso arbitral y dejarlo sin efecto.

En esta sentencia, este alto Tribunal recalcó que “bajo responsabilidad funcional, los órganos jurisdiccionales de la República deben dar cabal cumplimiento a los precedentes establecidos por este Colegiado”. Agregando seguidamente que “Es de provecho recordar que, de conformidad con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ‘Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios

(80) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, Nº 6167-2005-PHC/TC, Lima, IV, 48.

(81) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, Nº 6167-2005-PHC/TC, Lima, IV, 14.

(82) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, Nº 1567-2005-PA/TC, Lima, III, 12.

(83) *Ibíd.*

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”⁽⁸⁴⁾.

2.4. La defensa de la autonomía y la nueva Ley de Arbitraje

2.4.1. Los beneficios de las ejecutorias constitucionales

Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional marcó una línea definida y saludable de defensa de la autonomía y de la independencia del proceso arbitral frente a las intromisiones del Poder Judicial o de autoridades de cualquier orden.

De esta manera, pudo evitarse que el Perú resulte incluido en la advertencia que la comunidad internacional del arbitraje ha formulado contra “la tendencia creciente en los países del Tercer Mundo de paralizar los procedimientos arbitrales mediante mandatos del Poder Judicial”⁽⁸⁵⁾. La censura internacional contra estas prácticas tiene en cuenta particularmente las relaciones transnacionales de comercio y de inversión, considerando que se trata de prácticas nacionales para impedir a los extranjeros el ejercicio de sus derechos: “Una estrategia que cada día se usa más por las compañías de los países en desarrollo —especialmente aquellas que son de propiedad estatal— consiste en obtener medidas cautelares de los jueces y Cortes nacionales para impedir que los arbitrajes puedan desarrollarse. De esta forma, las Cortes locales que frustran el sistema del arbitraje internacional adoptando un proteccionismo judicial para las compañías locales y las entidades gubernamentales”, al punto de calificar estas acciones como terrorismo contra el arbitraje⁽⁸⁶⁾.

Evidentemente, es muy grave para un país tener tal mala fama internacional porque ello le bloquea la captación de inversión foránea y dificulta su comercio de importación y de exportación. Pero el problema no debe ser visto exclusivamente desde ese ángulo. También a nivel estrictamente nacional, quienes han sometido las controversias que pudieran surgir en una relación contractual a una solución arbitral, se encontrarán gravemente defraudados si se permite que los demandados en el procedimiento arbitral disparen desde todas las almenas judiciales que encuentren disponibles a fin de paralizar el

(84) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de Febrero de 2006, EXP, N° 1567-2005-PA/TC, Lima, III, 34.

(85) DOAK BISHOP, *Combatting arbitral terrorism: Anti-arbitration injunctions increasingly threaten to frustrate the international arbitral system*. Consulta: 27 de junio de 2009. <<http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop7.pdf>>

(86) *Ibid.*

arbitraje y atemorizar a los árbitros. Una tal situación crearía una gravísima perturbación en las relaciones económicas internas con serio perjuicio para el desarrollo económico del país.

Y es esto lo que ha comprendido el Tribunal Constitucional, desarrollando una esfera conceptual de protección a la autonomía del arbitraje basada en su carácter de jurisdicción alternativa a la judicial.

2.4.2. La nueva Ley de Arbitraje

La nueva Ley de Arbitraje ha tenido el buen tino de incluir en su texto una reafirmación expresa y clara de esta autonomía e independencia, conforme puede leerse en el artículo tercero que comento.

Aun cuando la calificación de jurisdicción alternativa que le otorga la Constitución del Estado al arbitraje y las contundentes razones del Tribunal Constitucional que tienen carácter de precedente obligatorio son suficientes para dejar en claro la situación, era de todas maneras conveniente que una nueva Ley de Arbitraje incorporara también normas específicas y categóricas en este sentido. Y es así como lo ha hecho en su Título Primero, entre sus Disposiciones Generales, a fin de reconocerle a la autonomía del arbitraje el carácter de principio fundamental del sistema arbitral.

Como consecuencia de ello, el control de los tribunales judiciales solo puede darse después de pronunciado el laudo si —y solamente si— alguna de las partes plantea un recurso de anulación ante la Corte Superior⁽⁸⁷⁾. Pero aún en este caso, la Corte Superior no puede pronunciarse —y está prohibida de hacerlo bajo responsabilidad— sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral⁽⁸⁸⁾. Por tanto, la Corte Superior no puede sustituirse al tribunal arbitral y pronunciar sentencia sobre el fondo. Si la nulidad obedece a que el convenio arbitral es inexistente o inválido por cualquier razón, será preciso iniciar un nuevo proceso, esta vez ante el Poder Judicial, como habría correspondido desde el principio. Pero, en cualquier otro caso de nulidad, es siempre a nivel arbitral que debe resolverse la controversia, sea con los mismos árbitros, sea conformando un nuevo tribunal arbitral cuando la nulidad obedezca a la participación de

(87) D. Leg. N° 1071 de 28 de Junio de 2008, que norma el arbitraje: artículo 62º, inc. 1.

(88) D. Leg. N° 1071 de 28 de Junio de 2008, que norma el arbitraje: artículo 62º, inc. 2.

éstos en el proceso subsanado que sea el problema materia de la anulación⁽⁸⁹⁾.

Obviamente, dado que el tribunal arbitral no tiene poder de coerción, éste puede siempre recurrir al Poder Judicial a título de ayuda para hacer cumplir las órdenes arbitrales, sea relativas a imposición de medidas cautelares o a la ejecución del laudo. Pero, en todos estos casos, la decisión que debe ser ejecutada ha sido pronunciada por el tribunal arbitral y el organismo del Poder Judicial que colabora en su ejecución no puede en forma alguna discutirla ni admitir recursos a la parte contraria que retarden el cumplimiento de lo ordenado por el tribunal arbitral.

2.5. Prudencia en el control constitucional

Como se puede apreciar, la Constitución, el Tribunal Constitucional y la ley han creado una barrera hermética que protege al arbitraje de intromisiones judiciales o de cualquier otro tipo que desvirtuarían su naturaleza.

Sin embargo, en los dos casos que ha conocido, el Tribunal Constitucional ha dejado abierta una puerta posterior que debe ser considerada con mucha prudencia en el futuro.

El argumento del Tribunal Constitucional es que, aun cuando no puede haber ninguna interferencia durante el arbitraje ya sea por la administración pública o por un juez o tribunal judicial e incluso ni siquiera por el Tribunal Constitucional mismo, no es legalmente posible garantizar de manera absoluta los laudos, sin ejercer algún tipo de control en lo que atañe a las bases de la organización jurídica del país. Y, desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional considera que la supervisión no puede limitarse a los aspectos formales del procedimiento (casos de anulación) sino que tiene que llegar hasta los derechos que están en el núcleo mismo de la controversia, en la medida que se refieran a derechos fundamentales establecidos por la Constitución. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha declarado que tiene la obligación de vigilar la garantía de los derechos fundamentales en cualquier tipo de circunstancias, incluyendo los laudos arbitrales.

Por consiguiente, después de que el laudo ha sido pronunciado y que las funciones del tribunal arbitral han terminado, las partes tendrían el derecho de presentar un recurso de amparo a través del Poder Judicial, para ser conocido finalmente ante el Tribunal Constitucio-

(89) D. Leg. N° 1071 de 28 de Junio de 2008, que norma el arbitraje: artículo 65º.

nal, si consideran que sus derechos fundamentales, garantizados por la Constitución, han sido violados.

Dentro de esa línea de razonamiento, nos encontramos que el Tribunal Constitucional peruano no admite la doctrina de que un laudo arbitral no puede ser revisado. Contra tal principio de irrevisabilidad esgrime el argumento de que la Constitución está por encima de cualquier otro sistema de normas legales y que dicho Tribunal tiene una función correctiva que no puede ser dejada de lado. Otro argumento usado por el Tribunal Constitucional para justificar esta revisión consiste en que la Constitución no admite el abuso del derecho y que el Tribunal Constitucional tiene el deber de otorgar una efectiva protección procesal que incluya tanto los aspectos procesales como los aspectos sustantivos o de fondo si estos entran en conflicto con los derechos fundamentales consagrados por la Constitución.

Todo esto suena muy razonable pero también encierra muchos peligros. Pienso que esta reserva de facultades jurisdiccionales hecha por el Tribunal Constitucional en materia no sólo de nulidades formales sino de decisiones sobre la substancia o méritos de la controversia, aun cuando es producto de la preocupación de proteger los derechos constitucionales en todas las situaciones, puede ser utilizada por litigantes perdedores de mala fe para evitar o cuando menos demorar y entorpecer la ejecución de las obligaciones impuestas por el laudo arbitral. De hecho, esta discusión constitucional posterior al laudo se situará en campos muy cercanos a los de una nueva discusión sobre el fondo del asunto, lo que ha sido prohibido por la Ley de Arbitraje en los casos de anulación de un laudo por el Poder Judicial.

En realidad, los derechos constitucionales deben ser protegidos también por los árbitros, examinándolos dentro de la situación concreta planteada por la controversia y a la luz de todas las pruebas presentadas en el arbitraje. Pero invocar esos derechos generales en otra esfera, cuestionando el análisis hecho por los árbitros y a pesar de que el laudo es, en principio, definitivo e inapelable, puede llevarnos a la situación de que todo laudo sea objetado aduciendo la violación de algún derecho fundamental. Si a ello agregamos que el abuso de derecho es una noción muy importante pero muy poco consistente por la dificultad que existe en su precisión conceptual por lo que debe ser usada con delicadeza, la situación se vuelve muy complicada. El Tribunal Constitucional puede verse abrumado por el hecho de que se convertirá en la última instancia de todos los casos arbitrales del Perú. Y aquellas partes honestas que han ganado el arbitraje pueden resultar defraudadas por el sistema arbitral, debido a que la última palabra respecto de los puntos controvertidos no pertenece los árbitros que ellas mismas han escogido sino al Tribunal Constitucional, con las

incertidumbres y las demoras que la adición de esa instancia pueda originar.

Esperemos que el Tribunal Constitucional sea muy severo respecto a este tipo de maniobras procesales, usando con parsimonia —si es que lo usa alguna vez— el poder de realizar un análisis y un pronunciamiento sobre la materia de fondo del arbitraje que se encuentra resuelta por los árbitros.

3. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3.1. Introducción

Una mención especial merece el inciso 3 del artículo tercero de la nueva Ley cuando otorga al tribunal arbitral la facultad de decidir acerca de su propia competencia.

Este es un tema importante porque constituye una de las más usuales puertas de acceso para burlar un proceso arbitral, que puede utilizar un demandado de mala fe: basta alegar que el convenio arbitral es nulo o que ha perdido su vigencia o que se refiere a un contrato distinto, para sostener que el tribunal arbitral no tiene competencia y promover consecuentemente el traslado de la controversia al Poder Judicial. Quizá una de las argumentaciones más perversas es la que sostiene que la materia de la controversia no está contemplada dentro del convenio arbitral, porque ello supone prácticamente discutir el fondo del asunto para dilucidar el tema de la competencia. De esta manera, si quien plantea esta estratagema recurre al Poder Judicial para que éste determine si el tribunal arbitral tiene competencia o no, prácticamente hay que argumentar sobre la base de todos los derechos y pruebas que tiene el demandante para ejercitar su acción. Sin embargo, en este procedimiento solo se establecería la competencia y, sea que se decida que rige la competencia arbitral o la judicial, habría que volver a iniciar todo el proceso; con la consiguiente pérdida de tiempo y la abundancia de confusiones y cruzamientos en la argumentación sobre el fondo del asunto.

3.2. Tratamiento del problema

3.2.1. Kompetenz-Kompetenz

Dada la obvia perturbación que causaba el tema, comenzó a difundirse en Europa un principio enunciado por un Tribunal Superior alemán en 1955, que planteaba que el tribunal arbitral es competente para conocer sobre su propia competencia. En otras palabras, no se

recurre a otra instancia —por ejemplo, el Poder Judicial— para definir la competencia, sino que se permite que se resuelva el problema dentro del propio arbitraje por los árbitros; y esta decisión es inapelable. Es a esto que se denominó, en su formulación alemana, el principio *Kompetenz-Kompetenz*, que no significa otra cosa que competencia respecto de la propia competencia, pero que se ha convertido en una expresión de moda dentro de la comunidad arbitral internacional.

Así, el principio es entendido como un “mecanismo anti-sabotaje”, como lo denomina WILLIAM W. PARK, porque “reduce la posibilidad de que procedimientos arbitrales sean descarrilados a través de la simple alegación de que una cláusula arbitral es inejecutable debido a un gran número de posibles defensas contractuales”⁽⁹⁰⁾. Esta norma, prosigue el Profesor PARK, “ciertamente no es a prueba de locos, dada la eterna ingenuidad con la que los locos a menudo se desenfrenan. Las partes recalcitrantes pueden todavía crear perturbadores desafíos judiciales (hasta quizá exitosos) diseñados para reducir la velocidad del tren. Sin embargo, el principio efectivamente evita barreras conceptuales al arbitraje que se producirían si los sistemas jurídicos consideraran los poderes jurisdiccionales de los jueces y de los árbitros como mutuamente exclusivos”⁽⁹¹⁾. El Profesor PARK menciona como ejemplo de esta última situación un caso *Anti kompetenz-kompetenz*, en el que la Corte de Kansas decide que si existe una objeción contra el arbitraje, corresponde a la Corte y no a los árbitros decidir si el convenio arbitral existió y si la materia en disputa cae dentro de los términos del convenio arbitral⁽⁹²⁾. Sin embargo, el Profesor PARK aclara que muy pocos sistemas jurídicos modernos siguen este punto de vista, aunque todavía quedan unos pocos vestigios de pensamiento arcaico⁽⁹³⁾.

El principio pronto extendió su influencia por la mayor parte de los sistemas arbitrales del mundo. La Convención Europea de Arbitraje Comercial de 1961 lo incluye. La Convención de Washington (ICSID) de 1965, lo introduce en su artículo 41º. Más tarde, lo recoge también la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y lo incorpora en la Ley Modelo de Arbitraje propuesta por este organismo. Francia lo convierte en una norma de su Código Procesal. También lo recogen formalmente Inglaterra, Suiza,

(90) PARK, William W., “The Arbitrator’s Jurisdiction to Determine Jurisdiction”. En: *International Arbitration 2006: Back to Basics?*. International Council for Commercial Arbitration. Congress Series. Number 13. France: Kluwer Law International, p. 58.

(91) PARK, William W., *op. cit.*, ps. 58/59.

(92) *In re MBNA America Bank v. Loretta K. Credit*. Supreme Court of State of Kansas. No. 9438028, Abril 2006.

(93) PARK, William W., *op. cit.*, nota 12.

México (aunque con algunas dificultades de interpretación recientes), entre otros países. Y muchos otros sistemas, aun cuando no lo tienen como norma legal positiva, lo consideran un principio obligatorio.

En el Perú, lo recoge como norma positiva la antigua Ley de Arbitraje en los términos propuestos por la Ley Modelo de UNCITRAL⁽⁹⁴⁾. Y ciertamente lo incluye dentro de la nueva ley, tanto en sus Disposiciones Generales (artículo tercero de la ley que es materia de este comentario) como, con más extensión, en su artículo 41º.

Es pertinente resaltar que, en las dos sentencias del Tribunal Constitucional que se mencionan en este comentario, ese alto organismo ha declarado su adhesión al principio *Kompetenz-kompetenz*.

Es así como en la sentencia sobre el *hábeas corpus*, el Tribunal Constitucional declara: “Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la *kompetenz-kompetenz*”⁽⁹⁵⁾. En la sentencia relativa al recurso de amparo sostuvo: “el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en anterior oportunidad en el sentido de reconocer la plena vigencia del principio de la competencia de la competencia, previsto en el artículo 39º de la LGA, que faculta a los árbitros a decidir sobre su propia competencia, incluso cuando se cuestione la existencia, la eficacia o la validez del convenio arbitral”. El Tribunal Constitucional se está refiriendo a la antigua LGA, pero la referencia sigue siendo perfectamente válida dado que el artículo 41º de la nueva Ley lo incorpora igualmente al derecho positivo peruano en forma muy amplia.

3.2.2. Ventajas y desventajas del principio

El éxito del principio *Kompetenz-kompetenz* ha sido grande porque se requería efectivamente cerrar de alguna manera esa puerta de escape del convenio arbitral que permitía muchos abusos procesales.

Sin embargo, pronto aparecieron algunas dificultades que hubo que superar con desarrollos posteriores.

Por ejemplo: ¿Es nulo el arbitraje si es nulo el contrato del que forma parte el convenio arbitral? ¿Si se demanda la nulidad del contrato puede recurrirse al Poder Judicial dado que al desconocerse la validez del contrato se desconoce también la del convenio arbitral incluido en el mismo?

(94) Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, artículo 39º, primer párrafo.

(95) Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2006, EXP. N° 6167-2005-PHC/TC, Lima, IV, 13.

UNCITRAL advirtió pronto este problema y en 1985 presentó un nuevo principio guía que se conoció con el nombre de “principio de separabilidad”. Esto significaba que la cláusula compromisoria o convenio arbitral se debe considerar como un acuerdo en sí mismo, independiente de las demás estipulaciones del contrato. Por consiguiente, el compromiso de llevar la controversia a la jurisdicción arbitral rige en todos los casos, aun cuando se impugne el contrato donde consta el compromiso. Consecuentemente, UNCITRAL modificó su Ley Modelo agregando tal principio de separabilidad.

El Perú siguió el mismo camino, incluyendo tal principio en el artículo 106º de la Ley anterior. Y lo ha repetido con mucha claridad en el inciso 2 del artículo 41º de la Ley del 2008.

Claro está que la solución *Kompetenz-Kompetenz* trae algunos problemas consigo; al punto que hay que poner en la balanza sus costos y sus beneficios.

Como dice PARK: “Mientras que muchas veces frívolos ataques a la autoridad arbitral son utilizados como tácticas dilatorias, los arbitrajes sin garantía plantean sus propios riesgos”⁽⁹⁶⁾.

La fórmula adoptada por el Perú no descuida la garantía contra los arbitrajes que pudieran ser nulos al permitir, como en la ley francesa, que estos aspectos puedan ser sometidos al control del Poder judicial en vía de recurso de anulación, cuando el laudo haya sido expedido. De esta manera, se limpia el camino procesal del arbitraje a fin de evitar desviaciones, paralizaciones y hasta zancadillas legales, pero se mantiene la posibilidad de que, al término del procedimiento arbitral, la Corte Superior pueda, no revisar el laudo en sus aspectos sustantivos y dar una solución distinta a la controversia, sino verificar si no se ha producido una nulidad en la formación del convenio arbitral o en el procedimiento arbitral.

Claro está que esta solución trae sus propios costos. Si no nos ponemos en el caso del contrincante fullero que intenta entamar el proceso sino en el del demandado que honestamente cree que el convenio arbitral es nulo, éste tendrá que asumir el costo en tiempo y en dinero de todo un procedimiento arbitral para recién después poder alegar —y quizá ganar— ante el Poder Judicial que todo lo que se ha hecho es inválido.

Sin embargo, a mi modo de ver, la combinación del principio *Kompetenz-kompetenz* con el “principio de separabilidad” y con la posibilidad de plantear —solo una vez terminado el arbitraje— un recurso

(96) PARK, William W., *op. cit.*, p. 145.

de anulación ante la Corte Superior, es hasta ahora la más eficiente y equilibrada; sin perjuicio de que puedan seguir buscándose ajustes que permitan mejorar aún más la relación de costo/beneficio de la institución.



Art. 4º. — Arbitraje del Estado Peruano.

1. 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 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.

COMENTARIO ⁽⁹⁷⁾

SUMARIO: *1. Introducción. 2. El Estado y el régimen general arbitral previsto en la LA. 2.1. Reglas de la Ley de Arbitraje que habilitan a las entidades del Estado a someterse a arbitraje. 2.2. Confidencialidad de las actuaciones arbitrales en las que participa el Estado pero publicidad obligatoria de los laudos aplicable a todos los arbitrajes con el Estado. 2.3. Ejecución de laudos contra el Estado en materia*

(97) Por **JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA**: Fundador del Estudio Santistevan de Noriega & Asociados. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

de arbitraje de inversiones. 3. El régimen arbitral especial de la Ley de Contrataciones con el Estado (D. Leg. N° 1017). 3.1. Normas especiales sobre arbitraje ¿administrativo? 3.2. Incorporación de pleno derecho de la cláusula de solución de controversias que habilita al arbitraje. 3.3. Prevalencia de las normas de derecho público. 3.4. Publicidad de los laudos. 4. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los aportes más significativos de la Ley de Arbitraje (en adelante LA), aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, es el tratamiento puntual de la participación del Estado en los arbitrajes. Era necesario hacerlo por la habilitación constitucional para que el Estado pueda someterse a arbitraje y por el crecimiento de arbitrajes con participación del Estado que se da en el Perú.

Al respecto, la Constitución peruana en su artículo 63.4 posibilita la utilización del arbitraje como medio para resolver controversias surgidas de los asuntos contractuales en los que interviene el Estado:

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 dispone la ley.

Este artículo contiene una habilitación general y suficiente para que el Estado y las dependencias que lo integran, sin distinción, puedan someter a arbitraje las controversias derivadas de sus relaciones contractuales. Constitucionalmente se puede arbitrar con el Estado temas derivados de contratos. No parece haber discusión en ello⁽⁹⁸⁾, aunque veremos que hay arbitrajes con el Estado que no se originan en contratos y que están plenamente legislados y tienen vigencia como ocurre con el arbitraje derivado de procesos de expropiación (Ley N° 27117) o de la ejecución de sentencias de tribunales internacionales que disponen indemnizaciones (Ley N° 27775).

No se puede dejar de mencionar que el artículo 62⁽⁹⁹⁾ concibe además, como garantía a ofrecer a los contratantes con el Estado bajo la modalidad de contratos-ley, la opción arbitral. Ello no hace sino for-

(98) *Vid.* AVILA CABRERA, Víctor, "Igualdad de trato entre inversión extranjera y nacional, Solución de controversias". En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Director). *La Constitución Comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, ps. 880 y ss.

(99) "Artículo 62º. [...] Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...]"

talecer la habilitación general de arbitrar controversias derivadas de los contratos con el Estado bajo la figura jurídica de “contratos-ley”⁽¹⁰⁰⁾, que contienen un blindaje constitucional que garantiza la ultraactividad de las normas legales que hayan sido incluidas en ellos y evita que las modificaciones legislativas posteriores ingresen a la vida del contrato para modificarlos por encima de la voluntad de las partes contenida en ellos.

Conviene definir en materia del arbitraje y Estado de qué estamos tratando: ¿Hablamos de arbitraje del Estado como lo hace puntualmente el artículo 4º de la LA en el marco de la norma general? ¿Se trata más del arbitraje administrativo en el ámbito de la ley especial de contrataciones con el Estado? ¿O nos expresamos mejor y hablamos de arbitraje con el Estado de manera genérica?

Soy partidario de la última expresión. El arbitraje “del Estado” me remite a un concepto de pertenencia o propiedad. Como si los arbitrajes “con” el Estado fueran a ser apropiados por las entidades del Estado para establecer reglas propias, lo que no es correcto pues la Ley de Arbitraje (D. Leg. N° 1071) no lo permite. Por el contrario, cuando un Estado como el Perú admite someterse a arbitraje, la idea es que lo hace despojándose (hasta donde sea posible) de sus prerrogativas públicas. Por ello, tampoco sería correcto decir que en todo arbitraje en el que participa el Estado, el arbitraje se administrativiza y nos conduce al llamado “arbitraje administrativo”⁽¹⁰¹⁾, que tiene sus reglas propias y constituye una modalidad especial dentro del marco de los arbitrajes a los que se somete el Estado al amparo fundamentalmente de la LA, bajo los términos de la nueva Ley de Contrataciones del Estado. Pero el arbitraje con el Estado no se agota allí. Sabemos que al pactar el arbitraje con el Estado, fuera del mencionado D. Leg. N° 1017, se hace en el ámbito de la norma general de la LA, como lo hacía antes bajo los términos de la Ley General de Arbitraje, fundamentalmente en el campo de las concesiones, asociaciones público privadas, los contratos de estabilidad jurídica, etcétera.

(100) Vid. GUTIERREZ CAMACHO, Walter, “El contrato-ley”. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Director). *La Constitución Comentada*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, ps. 868 y ss.; y SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, “Constitución, privatización y servicio público. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú”. En: Varios autores. *Libro Homenaje a Jorge Avendaño Valdez*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, ps. 585 y ss.

(101) KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz, “El arbitraje de Derecho Administrativo”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 119. Lima: Gaceta Jurídica, octubre 2003.

2. EL ESTADO Y EL RÉGIMEN GENERAL ARBITRAL PREVISTO EN LA LA

La nueva norma incorpora un régimen monista en el cual se regula tanto el arbitraje nacional o doméstico como el arbitraje internacional, señalando con precisión cuáles son los dispositivos que regulan de manera especial el arbitraje internacional (artículo 1º de la LA). Es así que el Estado, al amparo de la LA, puede someterse tanto a arbitraje internacional como al nacional bajo determinados supuestos que veremos a continuación.

2.1. Reglas de la Ley de Arbitraje que habilitan a las entidades del Estado a someterse a arbitraje

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

Dado que el Estado se rige por normas de derecho público y su actuación está enmarcada en el principio de legalidad (solo lo que la ley autoriza le está permitido al Estado y sus funcionarios), resulta fundamental conocer los alcances de la habilitación que la Constitución y la ley brindan a las partes estatales para comprometerse en arbitraje. El artículo 2º de la LA es lo suficientemente comprensivo para desbrozar el camino hacia la habilitación que les concede a éstas para arbitrar ciertas materias.

La nueva LA establece:

“Artículo 2.1. 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[...].”

La regla señala tres elementos: (i) las materias de libre disposición conforme a derecho; (ii) aquellas que señale la ley, entendida a mi juicio como las normas con rango legal que autorizan al arbitraje y (iii) los acuerdos internacionales que se hayan suscrito y que contengan una autorización para someter controversias a arbitraje.

Lo primero que debe definirse es ¿qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal que se define por el principio de legalidad? No puede ser cualquier decisión del Estado pues en rigor ninguna es de libre disposición y la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium* que por definición se aplica por mandato de la ley y sin permitir discrecionalidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. Ni siquiera los actos de gestión en la vida comercial (en que el

Estado ejerce el *ius gestionis*) la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente pues también van a estar sujetos al principio de legalidad que es lo contrario de la libre disposición.

Pero hay evidentemente un ámbito patrimonial en el que el Estado y sus entidades se relacionan con los particulares, precisamente a propósito de la satisfacción de necesidades públicas que le obligan a relacionarse contractualmente con ellos y que están sujetas al tráfico comercial y a las relaciones patrimoniales. Por ello creo indispensable leer la referencia a las materias disponibles conforme a derecho que contiene el artículo 2º de la LA, a la luz de la habilitación constitucional para arbitrar prevista en el artículo 63º de la Constitución, que se refiere expresamente a la arbitrabilidad objetiva de las controversias que surjan de los contratos que celebre el Estado para concluir que la única manera de asimilar las materias de libre disposición que ejercen los particulares con las materias sujetas a contratación en el campo estatal. Lo que el Estado contrata, a mi juicio, debe homologarse a lo que los particulares disponen libremente para efectos arbitrales.

Más aún, esta es la tendencia que viene desarrollando la legislación: en el ámbito de la contratación con el Estado se permite el arbitraje, concretamente en las adquisiciones de bienes y servicios que hace el Estado bajo los términos de la LA y en los regímenes concesionales contenidos en los D.S. 059 y 060-96-PCM, así como en el marco de los convenios de estabilidad jurídica que están regulados principalmente por los D. Leg. Nos. 662 y 757, así como por su reglamento el Decreto Supremo Nº 162-92-EF. Ello me permite afirmar que, en general, la nueva norma arbitral peruana aprobada mediante D. Leg. Nº 1071 concibe la arbitrabilidad objetiva de todos los asuntos derivados de los contratos que celebra el Estado.

Pero la norma no se queda allí. El artículo 2.1 de la LA concibe también la arbitrabilidad “de aquellas materias que la ley o los tratados y acuerdos internacionales autoricen”. Aquí sí creo que el destinatario principal, aunque no único, de este precepto es el Estado y sus entidades pues, lógicamente, la autorización mediante norma con rango de Ley es irremplazable en su caso por aplicación del principio de legalidad. Igual tratamiento me merece la referencia a los tratados internacionales, convenios internacionales o acuerdos de la misma naturaleza que celebre el Estado, que se incorporan al régimen jurídico interno con rango de Ley según se deriva de los artículos 55º y siguientes de la Constitución.

La extensión de la arbitrabilidad objetiva para cubrir las materias que por Ley o tratado internacional se autorice es perfectamente apro-

piada en el artículo 2º de la LA, pues precisamente llena los vacíos que podrían producirse en un país en el que el arbitraje de asuntos del Estado viene siendo admitido de manera creciente. Así, el Estado no solamente se somete a arbitraje para resolver controversias emanadas de sus relaciones contractuales (que en lo público equivalen a la libre disponibilidad en lo privado) sino también cualesquiera otras que la ley autorice a hacerlo. En otros asuntos de orden patrimonial destacan —aunque no son los únicos— los arbitrajes para determinar el monto del valor y de la cosa expropiada y de la indemnización que pueda al respecto reclamarse bajo las reglas de la ley especial de la materia (Ley N° 27117); y la determinación de las indemnizaciones dispuestas por tribunales internacionales de los que el Perú forma parte (Ley N° 27775). En ambos casos, siendo controversias patrimoniales, éstas no surgen de relaciones contractuales con el Estado y son arbitrables por mandato de leyes expresas.

En la misma dirección, el artículo 2.1 de la LA incluye como materias arbitrables —ahora sí exclusivamente referidas al Estado— las que se autoricen en tratados o convenios internacionales que el Perú haya suscrito bajo las modalidades de protección a las inversiones que están regidas por cada uno de los convenios o tratados bilaterales suscritos⁽¹⁰²⁾ con países individualmente o por los tratados de promoción comercial que contengan un capítulo de protección de inversiones, como es el caso del recientemente perfeccionado entre el Perú y los Estados Unidos⁽¹⁰³⁾.

Aquí será de aplicación el sistema de arbitrajes CIADI, que se rigen por la Convención de Washington, que como es conocido constituye un mecanismo de reclamo de indemnizaciones de los inversionistas particulares contra los Estados por los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas bajo los términos de dichos tratados o bajo contratos nacionales que cuenten con una cláusula de acceso al arbitraje CIADI. Esta naturaleza indemnizatoria, por cierto, ratifica el carácter patrimonial de esta modalidad especial de arbitraje en que se ha constituido el arbitraje internacional de inversiones.

(102) El Perú a la fecha de redacción del presente artículo había suscrito 32 tratados de esta naturaleza. *Vid.* Portal de Proinversión. Consulta: 27 de junio de 2009. <www.proinversion.gob.pe>

(103) *Vid.* Tratado de Promoción Comercial Perú — Estados Unidos, Capítulo Diez sobre inversión, sección B Solución de Controversias, artículos 10.16 a 10.26; y Capítulo Veintiuno, Solución de Controversias (entre los Estados signatarios). Portal del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. Consulta: 27 de junio de 2009. <www.mincetur.gob.pe>

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

En relación con esto último, habrá que tomar en cuenta la previsión adicional del artículo 2.2 de la LA, que si bien se aplica al arbitraje internacional puede tener en mi concepto incidencia particular en el arbitraje de inversiones. Esta regla consiste en una disposición que prohíbe al Estado y a las empresas o sociedades controladas por el Estado, la posibilidad de alegar normas limitativas al arbitraje de su orden interno para sustraerse a las obligaciones que asumieron al suscribir un convenio arbitral. La regla, que proviene del derecho suizo, también ha sido recogida en España en el artículo 2.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, y tiene como propósito acentuar el tratamiento del Estado y las entidades que éste controla en las mismas condiciones con las de los particulares que celebran convenios arbitrales⁽¹⁰⁴⁾.

“Artículo 2.2. 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”.

Por lo demás, la interdicción de recurrir a prerrogativas del derecho interno para eludir la responsabilidad que se deriva de los convenios arbitrales celebrados por el Estado, o las personas jurídicas que éste controla, hace honor al principio de coherencia en la conducta comercial y procesal. Bajo el paraguas general del principio de la buena fe en la celebración y ejecución de los contratos, esta regla da cabida a la doctrina de los actos propios (conocida bajo el apotegma latino *venire contra fatum proprio non valet*) y cobija el principio de interdicción de la arbitrariedad que inspira en el Derecho Constitucional moderno la conducta del Estado y de sus agentes.

¿Se agota la lista de materias arbitrables para el Estado en los temas previstos en los párrafos anteriores? No necesariamente pues la habilitación del artículo 2.1 de la LA es amplia y permite que más adelante el legislador pueda autorizar el arbitraje en materias que involucran al Estado y sus entidades en los asuntos distintos a los contractuales, siempre entendiéndose —según mi parecer— que estarán referidas a relaciones de carácter patrimonial que constituyen el elemento natural de la solución de controversias arbitrales.

(104) Vid. Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. En: MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, ps. 265 y ss.

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

En la misma línea de habilitar el arbitraje que involucre a partes estatales, el artículo 4.2 de la LA permite el arbitraje entre éstas para dilucidar controversias que se deriven de los convenios y contratos celebrados entre ellas. Nuevamente en relación con el Estado, la nueva norma es fiel a la habilitación constitucional del artículo 63º de la Carta pues limita la arbitrabilidad entre partes estatales a las controversias que se deriven de los convenios o contratos que hayan celebrado entre ellas. Esto supone una habilitación por mandato de la ley (en el lenguaje del artículo 2.1 de la nueva norma) que estará generalmente vinculado a los asuntos patrimoniales entre entidades del Estado. Digo esto pues es claro que un conflicto de competencias que pueda generarse de una relación contractual o convencional entre instituciones del Estado no debe quedar sometido a arbitraje.

Para ello, si se trata de órganos constitucionales, está previsto el proceso competencial en el Título IX del Código Procesal Constitucional u otras formas de solución del derecho público, pues el debate sobre la competencia administrativa no puede asimilarse a una materia de libre disposición o de solución arbitral por mandato de la ley. Sin embargo, admito que pueden surgir controversias sobre la operatividad de los contratos y convenios celebrados entre instituciones del Estado que no tengan contenido patrimonial y que pueden ser sometidas a arbitraje bajo los términos del artículo 2.2 de la LA, que tengan como propósito un laudo declarativo que esclarezca incertidumbres jurídicas y no incluya condena de carácter patrimonial. Evidentemente el artículo 4.2 de la LA limita el arbitraje entre entidades del Estado al arbitraje nacional únicamente.

2.1.4. Arbitrabilidad subjetiva (ratione personae) del Estado: ¿a qué dependencias alcanza?

Habiendo quedado establecidas en el marco de la LA las materias que el Estado puede someter a arbitraje, resulta fundamental determinar la arbitrabilidad subjetiva del Estado. Ello supone responder a la pregunta: ¿a quiénes se abarca bajo la referencia al Estado en la norma general de arbitraje que aprueba el D. Leg. N° 1071? ¿Cuáles son las entidades del Estado peruano que están habilitadas a comprometerse en arbitraje?

“Artículo 4.1. 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 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. [...]”.

A nuestro entender la respuesta que da la ley es la más amplia posible aunque su redacción no ha sido lo suficientemente feliz. Se ha apartado el D. Leg. N° 1071 de las pautas del artículo 1º del Título Preliminar de la Ley N° 27444, que aspira a definir todo el ámbito de la administración pública. La norma transcrita de la LA abarca desde el Gobierno Nacional y dentro de éste se encuentran todas sus dependencias que integran el Poder Ejecutivo. Pero no se menciona a los otros poderes del Estado ni a los órganos constitucionales que no forman parte del Gobierno Nacional.

A mi entender, esto último no quiere decir que el Poder Judicial y sus dependencias, así como el Poder Legislativo y sus dependencias y los órganos constitucionales autónomos o las instituciones autónomas que no dependen del Gobierno Nacional no puedan someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos que celebran con los particulares o de los contratos y convenios que celebran con otras dependencias públicas. Es verdad que las leyes especiales o sectoriales que habilitan al arbitraje *ratione materiae* resuelven buena parte del problema, pues tienen aplicación universal por su vinculación con el ejercicio del presupuesto nacional (como ocurre con el D. Leg. N° 1017, sobre contratación con el Estado). No obstante, no me cabe la menor duda de que una interpretación extensiva de la arbitrabilidad subjetiva del Estado es permisible si se enmarca dentro de los términos del artículo 63º de la Constitución.

Me parece pertinente la enumeración de instancias regionales que contiene el artículo 4.1 de la LA para dejar claramente establecido que a nivel de las dependencias regionales y municipales el arbitraje está debidamente autorizado. Esta referencia a mi juicio irá teniendo mayor importancia conforme los gobiernos regionales y locales avancen en la promoción de la inversión privada a través de concesiones y asociaciones público-privadas con miras al indispensable desarrollo de la infraestructura y los servicios básicos fuera de la capital del Perú.

A renglón seguido se cubre bajo la habilitación al arbitraje en el artículo 2.2 de la LA a las personas jurídicas de derecho público y de derecho privado y a las personas jurídicas de economía mixta en un esfuerzo destacable por incorporar dentro de ella a las distintas formas de empresas con participación del Estado que existen en el país. Así las instituciones creadas por ley que mantienen una personalidad pública caen bajo la categoría de personas jurídicas de derecho público. Como también caen dentro de ellas las creaciones

del Estado bajo el ropaje jurídico de personas jurídicas de derecho privado o las de economía mixta que hayan sido creadas o que se creen en el futuro.

Por último, para evitar dejar de lado alguna habilitación para arbitrar *ratione personae* el artículo 4.1 incluye a las personas jurídicas de derecho privado que ejerzan función estatal por ley, delegación, concesión o autorización del Estado. Más que una habilitación expresa —tratándose de personas jurídicas de derecho privado, que en rigor no la necesitarían— la norma pretende evitar que el cumplimiento de funciones estatales (o públicas hubiera sido mejor decir) por parte de los particulares sirva como pretexto “por razón de la materia” para querer sustraerse a la obligación de arbitrar que se derive de los convenios arbitrales que puedan haber pactado o del mandato de arbitrar que esté contenido en una ley o eventualmente en una convención o tratado internacional.

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

¿Existe alguna limitación para que el Estado someta sus controversias al arbitraje nacional? No la existe. Por el contrario, la regla general es que las controversias de una parte estatal que se deriven de contratos celebrados con privados nacionales, o con extranjeros domiciliados, han de someterse al arbitraje nacional conforme al artículo 4.3 de la LA:

“Artículo 4.3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país”.

Pero si bien la regla general es absoluta para los nacionales domiciliados en el país, no lo es en otros casos. Si se trata de contratos celebrados con nacionales no domiciliados en el país o con extranjeros domiciliados o no, la norma permite que, discrecionalmente, el Estado pueda someter la controversia a arbitraje internacional dentro o fuera del país conforme al artículo 4.4 de la LA:

“Artículo 4.4. 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”.

Por lo demás, tratándose de actividades financieras, el artículo 4.5 de la LA permite un tratamiento más flexible pues autoriza a que el arbitraje se desarrolle dentro o fuera del país inclusive, tratándose de contratos celebrados con extranjeros domiciliados en el Perú:

“Artículo 4.5. En caso de actividades financieras, el arbitraje podrá desarrollarse dentro o fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados en el país”.

2.2. Confidencialidad de las actuaciones arbitrales en las que participa el Estado pero publicidad obligatoria de los laudos aplicable a todos los arbitrajes con el Estado

Si bien la confidencialidad constituye uno de los elementos esenciales del arbitraje y uno de sus mayores atractivos, pues en ese marco se dilucidan controversias de orden patrimonial que principalmente interesan al ámbito privado de las personas naturales o jurídicas, al tratarse de arbitrajes que incluyen a partes estatales la reserva se relativiza en cuanto al resultado final del arbitraje: el laudo. Y es lógico pues, aunque las actuaciones arbitrales vayan a ser confidenciales y eso puede eventualmente interesarle a la parte estatal que arbitre, el resultado del arbitraje tendrá necesariamente repercusión pública. De aquí que, en materia arbitral, se esté desarrollando una tendencia hacia la publicidad del laudo tanto en el ámbito internacional como en el orden interno de los Estados. Esta medida permitirá tanto el control de legalidad de los laudos que pueda llevar a cabo el Poder Judicial como la fiscalización social de los actos de la administración del Estado —y por qué no del actuar de los árbitros que no forman parte de ésta y que cumplen una función de justicia privada en asuntos de contratación administrativa—.

La norma general de arbitraje aprobada por el D. Leg. N° 1071 consagra la regla de confidencialidad para todas las incidencias de las actuaciones arbitrales pero también la publicidad del laudo con las que se les pone fin, en el caso de arbitraje en los que interviene el Estado. La regla general de confidencialidad compromete a todos los participantes en las actuaciones arbitrales: los árbitros, el secretario arbitral, la institución que administra, los testigos y peritos y cualquier otra persona que intervenga durante el arbitraje y también una vez concluido éste.

Con respecto a las partes, abogados y representantes legales se establecen ciertas excepciones a la reserva: (i) cuando por mandato de la ley las actuaciones arbitrales tengan que hacerse públicas, lo que cabe en el supuesto de litigios relacionados con el arbitraje o situaciones de similar naturaleza; y (ii) en especial cuando se quiere proteger el laudo, hacer cumplir un derecho contenido en él o ejecutar el laudo en sede del Poder Judicial en el que los procesos son públicos. En ambos casos la confidencialidad cede frente a la necesidad de hacer efectivo el resultado del arbitraje o impugnarlo ante la autoridad judicial.

Estas reglas las establecen los artículos 51.1 y 51.2 de la LA sin que su interpretación ofrezca mayores dificultades a mi juicio:

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

Con relación a los laudos parciales en los arbitrajes en los que haya participado el Estado, también serán de conocimiento público para mantener la lógica de apertura hacia la transparencia que se impone cuando estamos frente a la actuación del Estado y de sus entidades.

2.3. Ejecución de laudos contra el Estado en materia de arbitraje de inversiones

La Disposición Complementaria Décimo Cuarta de la LA contiene una regla singular en relación a la ejecución de laudos expedidos por tribunales arbitrales CIADI en los arbitrajes de inversión en los que particulares están legitimados para demandar a los Estados por contravenciones a los términos de los tratados de protección y promoción de inversiones o a los de los contratos que puedan contener una cláusula de acceso a un tribunal CIADI. Ya he señalado que se trata de arbitrajes de alto contenido patrimonial pues fundamentalmente se discute en ellos una indemnización por el daño causado por los incumplimientos convencionales o contractuales a los que ha hecho referencia. Naturalmente entonces, se tratará de laudos en contra del Estado que fue llevado al arbitraje internacional.

Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado; al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965.

La norma general de la LA prevé en este caso un procedimiento de ejecución privativo, excluyendo cualquier posibilidad de aplicación de una norma que no sea la propia Convención de Washington, de 18 de marzo de 1965⁽¹⁰⁵⁾, que contiene un régimen de ejecución privilegiado que supone ejecutar el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado. Ha querido el legislador dejarlo claramente establecido con lo cual la intervención de los tribunales nacionales para la ejecución de estos laudos se reduce a lo mínimo, en un esfuerzo por desterrar los privilegios que pueda tener los Estados frente a laudos que pueden contener condenas en contra de ellos.

3. EL REGIMEN ARBITRAL ESPECIAL DE LA LEY DE CONTRATACIONES CON EL ESTADO (D. LEG. Nº 1017)

Como heredero del sistema de solución de controversias de la anterior Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, el D. Leg. Nº 1017 ha previsto normas especiales para el arbitraje que es necesario comentar para compararlas con el régimen arbitral general. Se trata del régimen especial de arbitraje de aplicación más frecuente en las relaciones de los particulares con el Estado. Sus particularidades nos llevan a analizar lo siguientes aspectos.

3.1. Normas especiales sobre arbitraje ¿administrativo?

Las controversias sometidas a este sistema arbitral son las que se derivan de la ejecución de los contratos celebrados por las entidades del sector público (la más amplia definición administrativa para abarcar a toda dependencia, de cualquier nivel del Estado, que ejecute partidas del presupuesto nacional) en los procesos de contratación de bienes, servicios o obras (artículo 1º de la LA). De dicha contratación se derivan, en consecuencia, obligaciones y derechos que se rigen por la Ley de Contrataciones del Estado (esto es el propio D. Leg. Nº 1017) y que al momento de la ejecución contractual son susceptibles de producir controversias arbitrables.

Las controversias pueden derivarse de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez de los contratos que los particulares celebren con el Estado una vez terminados los procesos de selección, que el D. Leg. Nº 1071 prevé como obligatorios, siempre que los procedimientos de solución de controversias se ini-

(105) Para una presentación breve y completa del sistema CIADI. *Vid.* FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, ps. 181 y ss.

cien antes de la fecha de culminación del contrato. En otras palabras, este arbitraje especial requiere que se haya celebrado un contrato para la adquisición de bienes, servicios u obras pues en el período anterior a que este contrato exista, la solución de controversias es puramente administrativa, a través de recursos impugnativos, y no incluye la opción arbitral (artículo 53º de la LA).

¿Se trata de un arbitraje administrativo⁽¹⁰⁶⁾? Prefiero llamarlo especial, con ciertos elementos del derecho público, que se rige por la ley especial (en este caso el D. Leg. Nº 1017) y al que supletoriamente se le aplica la norma general de la LA en la medida en que no sea preferida por normas de derecho público como veremos. Dentro de las particularidades están dos significativas: (i) la cláusula general de contratación que incluye el arbitraje como modalidad de solución de controversias (artículo 40º.b del D. Leg. Nº 1017), que se entiende —en caso de omisión administrativa— incorporada de pleno derecho al proceso de contratación y al contrato que se celebre, lo que nos lleva a discutir si estamos frente a un arbitraje obligatorio con el Estado; y (ii) la preeminencia de las normas de derecho público sobre las de derecho privado según lo establece el artículo 52º del D. Leg. Nº 1017.

3.2. Incorporación de pleno derecho de la cláusula de solución de controversias que habilita al arbitraje

Los aspectos de derecho administrativo que podemos encontrar en este arbitraje especial radican singularmente en la cláusula general de solución de controversias que obligatoriamente debe incluirse en las bases del proceso de selección, o en el contrato que vaya a celebrarse, para la adquisición de bienes, servicios u obras. Esta cláusula no es por cierto negociable. Se trata virtualmente de un convenio arbitral, con el texto que apruebe el reglamento de la ley, que si no fuere incluida en las bases o en el contrato, se incorpora a éstos de pleno derecho.

¿Este convenio arbitral que se incorpora de pleno derecho, transforma este arbitraje en obligatorio? Me resisto a pensar que el arbitraje, que es el reino de la autonomía de la voluntad de las partes, prescinde de ésta para transformarse en una obligación impuesta por mandato de la ley. Prefiero admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación bajo la fórmula de que el Estado lo que hace, en la contratación regida por los términos del D. Leg. Nº 1017, es extender una

(106) KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz, *op. cit.* Una posición abiertamente contraria a arbitrar las cuestiones litigiosas en las que es parte la administración la sostiene Alejandro Huergo Lora. *Vid.* HUERGO LORA, Alejandro, "El Arbitraje en el Derecho Administrativo". En: BARONA VILAR, Silvia (Directora), *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, ps. 269 y ss.

oferta general de arbitraje que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que éste se adhiere. O, si se prefiere, 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 contenida en la ley, incluirla como una oferta incorporada en una cláusula general a la que debe someterse todo aquel particular que quiera contratar bajo este régimen. Preferiría asimilarla a una modalidad de contratación por adhesión; aunque admito que, a favor de la obligatoriedad del arbitraje, opera el propio sub título del artículo 40º del D. Leg. N° 1017, que registra la denominación de “cláusulas obligatorias en los contratos”, dentro de las que se prevé: las garantías para asegurar su cumplimiento y buena ejecución, la cláusula de solución de controversias y la cláusula de resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

Veo en esta última “cláusula obligatoria” (relativa a la resolución del contrato) la arista pública de las atribuciones exorbitantes del Estado en la contratación administrativa. Pero me parece que la cláusula arbitral constituye más bien una muestra del desprendimiento de la superioridad del Estado frente a los particulares, para someterse a arbitraje que es justicia privada y que tiene entre sus postulados básicos el respeto al principio de igualdad entre las partes.

Sin embargo, los preceptos que comentamos a continuación me llevan a distinguir con claridad este régimen arbitral especial, con elementos administrativos propios, del régimen general en el que la prelación de normas es acorde con lo que establezcan la voluntad de las partes y en el que el D. Leg. N° 1071 hace un esfuerzo por evitar todo viso de primacía de la participación estatal en los arbitrajes sobre la de los particulares. Por el contrario, he señalado como en el arbitraje internacional le impide al Estado y a las personas jurídicas que controla hacer valer sus prerrogativas de derecho interno para sustraerse a las obligaciones de un convenio arbitral.

3.3. Prevalencia de las normas de derecho público

Llama la atención también en el régimen arbitral especial del D. Leg. N° 1017 la exclusión, de plano, del arbitraje de conciencia o equidad, unida a la preeminencia de la ley especial (de naturaleza pública) sobre la ley general (de naturaleza privada) prevista en el artículo 52º:

“El arbitraje será de derecho, a ser resuelto por Árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación del presente Decreto Legislativo y su Reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho”.

Aquí queda fuertemente marcado el elemento público en el régimen arbitral especial pues, por encima de lo que puedan pactar las partes, la ley obliga a hacer prevalecer las normas de la ley y su reglamento, así como otras normas de derecho público que puedan ser aplicables con preferencia sobre las de derecho privado. No hay duda que la voluntad del legislador ha sido la de mantener, en un método de solución de controversias basado en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad para la regulación de las actuaciones arbitrales, un componente eminentemente público que nos lleva a concluir que se trata de un régimen arbitral con características propias del derecho administrativo. A esto es a lo que equivale el lenguaje de la ley cuando el artículo 52º del D. Leg. N° 1017 se refiere al “derecho público” y a la obligación de mantener obligatoriamente un orden de preferencia de éste sobre las normas de derecho privado

3.4. Publicidad de los laudos

El mismo artículo 52º del D. Leg. N° 1017 obliga a la publicidad de los laudos arbitrales en función del principio de transparencia. Esta sana disposición ahora está contenida para todo arbitraje con el Estado en la norma general por lo que me remito a los comentarios antes formulados a propósito de la regla especial de publicidad de los laudos en los que participa el Estado contenida en el 51.3 de la LA.

4. CONCLUSIONES

- La arbitrabilidad subjetiva del Estado en el Perú deriva del régimen constitucional que habilita a someter las controversias derivadas de los contratos que suscribe en general (artículo 63º de la Constitución.) y de los contratos ley de manera particular (artículo 62º de la Constitución.).

- En el régimen legal peruano la *arbitrabilidad objetiva* de los asuntos del Estado comprende las controversias que se deriven de los contratos que suscribe pero también de otros actos que no son de origen contractual, pero que tienen contenido patrimonial.

- El D. Leg. N° 1071 se ha concentrado en autorizar el arbitraje de las dependencias del gobierno nacional y los gobiernos regionales y locales, sin comprender a otros poderes del Estado distintos al Ejecutivo y a los órganos constitucionales autónomos. La interpretación, en consecuencia, de los términos del artículo 4.1 de la LA debe realizarse a la luz de la amplia referencia a la habilitación para arbitrar que recibe el Estado en el marco del artículo 63º de la Constitución.

• En el arbitraje con el Estado, existen diferencias marcadas entre el régimen arbitral general de la LA y el régimen especial del D. Leg. N° 1017 en cuanto a:

- El principio de igualdad entre las partes. En efecto, el régimen general consagra este principio y lo aplica plenamente al Estado con miras a poner en los arbitrajes en pie de igualdad a la parte estatal con la parte privada. Así se pone de manifiesto, a favor de la inevitabilidad en el arbitraje internacional, en el artículo 2.2 de la LA que veda al Estado, o las personas jurídicas que éste controle, utilicen las prerrogativas de su derecho interno para sustraerse a las obligaciones que emanan de un convenio arbitral válidamente celebrado. Mientras tanto, el D. Leg. N° 1017 consagra la *prevalencia de las normas de orden público* en el arbitraje con el Estado por encima de las de naturaleza privada y obliga a que esta preferencia por lo público sea rigurosamente respetada;
- En la medida en que la norma general (el artículo 34º de la LA) consagra la plenitud de la *autonomía de la voluntad* de las partes en la regulación de las actuaciones arbitrales, al régimen especial de contratación con el Estado, previsto en el marco del D. Leg. N° 1017 que consagra la *obligatoriedad del arbitraje e impone, de pleno derecho, la incorporación de una cláusula arbitral* contenida en el reglamento de la ley para resolver todas las controversias entre las entidades del sector público y los contratistas, a condición de que dichas controversias hayan surgido dentro del período de ejecución del contrato. Este período comprende: desde la terminación del proceso de selección hasta cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato; y
- Estas diferencias no son simples pues en su aplicación práctica crearán tensiones entre la Ley de Arbitraje (el D. Leg. N° 1071) que propicia la igualdad entre las partes y la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales y la Ley de Contrataciones con el Estado (el D. Leg. N° 1017) que privilegia la aplicación de las normas de orden público e impone la solución arbitral de las controversias de manera obligatoria.
- La autotomía del arbitraje frente al Poder Judicial y la “desprocesalización” de las actuaciones arbitrales —que constituyen una impronta marcada en el régimen general de la LA— se hacen extensivas al régimen especial de contrataciones del Estado regulado por el D. Leg. N° 1017, que encuentra aquí un punto de coincidencia con el régimen general. La divergencia ra-

dica en el grado de “administrativización” de los arbitrajes con el Estado en la legislación de contratación con el Estado, que aparece definitivamente pronunciado en el D. Leg. N° 1017 por la preferencia en la aplicación de las normas de orden público, y que simplemente no existe en el régimen arbitral general de la LA.

- Comparando ambas normas legales (D. Leg. N° 1071 y D. Leg. N° 1017) se puede advertir que provienen de legisladores con distinta orientación arbitral: el D. Leg. N° 1071 como ley general más privatista y respetuosa de la autonomía de la voluntad en línea con los avances ocurridos en el mundo en materia de arbitraje comercial; y el D. Leg. N° 1017 como ley especial de la contratación con el Estado, más publicista y de corte administrativo que se distancia de la corriente general del arbitraje comercial para integrar un régimen distinto y propio del arbitraje con el Estado que se enraíza parcialmente en el derecho administrativo.

- Estas diferencias pueden traer como consecuencia que en los arbitrajes que se rigen por leyes especiales —también llamados arbitrajes sectoriales, en áreas como las relaciones laborales, procedimientos de expropiación, ejecución de sentencias de tribunales internacionales o regulación de servicios públicos— se desarrolle una tendencia a hacer prevalecer normas de orden público sobre el principio de igualdad y las normas de derecho privado que constituyen la esencia de la materia arbitral.

- El D. Leg. N° 1071 impone una regla de transparencia en cuanto a la publicación de los laudos en los que participa el Estado. Sin embargo, en algunos regímenes de arbitraje con el Estado como el derivado de la Ley de Expropiaciones y de la Ley de Ejecución de Sentencias de Tribunales Internacionales o en el arbitraje laboral o en el previsto en el marco de la regulación de los servicios públicos, no se prevé expresamente esta saludable medida de transparencia. Considero que debe hacerse extensiva a éstos también por la superioridad del principio de transparencia cada vez que el Estado es parte de una controversia arbitral.



Art. 5º.—Arbitraje internacional.

1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.

b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú.

2. Para efectos de lo dispuesto en el numeral anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral.

COMENTARIO ⁽¹⁰⁷⁾

SUMARIO: 1. *A modo de introducción.* 2. *Criterios de internacionalidad.* 2.1. *La Ley de Arbitraje ha eliminado el término “comercial” contenido en la ley modelo de UNCITRAL.* 2.2. *¿Cuándo un arbitraje con sede en el Perú será internacional?* 2.2.1. *Domicilios en Estados diferentes.* 2.2.2. *Domicilios en un mismo estado diferente al Perú.* 2.2.3. *Partes domiciliadas en el Perú pero cuya relación jurídica no está relacionada con el Perú.* 2.2.4. *Determinación del domicilio en caso una parte tenga más de uno.*

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Como es de conocimiento público, la Ley General de Arbitraje de 1996 (en adelante LGA) utilizó la metodología dualista al momento de regular la práctica del Arbitraje en el Perú. Es decir, estableció normas aplicables al arbitraje nacional o doméstico y reguló un apartado particular para el arbitraje internacional.

Respecto de esta opción legislativa, nosotros ya indicábamos sobre este particular en el año 2007, lo siguiente:

“Sin embargo, luego de poco más de una década de experiencia en la aplicación de la Ley General de Arbitraje peruana, creemos que es

(107) Por **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

tiempo que se cuente, a partir de la Ley Modelo de UNCITRAL, con un solo marco legal, aunque con algunas pocas disposiciones especiales aplicables al arbitraje internacional.

En efecto, como bien explica Mantilla-Serrano: '[h]oy en día, un régimen dualista, es decir, que regule de manera separada y diferente el arbitraje interno y el internacional, solo se justifica si el arbitraje interno está teñido de particularismos propios de instituciones típicamente judiciales, si se desarrolla bajo la fuerte influencia del procedimiento local y si su práctica es reticente a la adopción de un sistema arbitral menos rígido y más adaptado a las necesidades del comercio. Bajo esas circunstancias, separar el arbitraje internacional del arbitraje interno y dotarlo de un régimen específico es la mejor solución para asegurarle futuro.'

Esta no es ya más la situación imperante en el Perú, por lo que es hora que se siga la experiencia de la novísima y excelente Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, aprobada por España, normatividad que, como explica Díez-Hochleitner: 'proporciona una regulación unitaria para el arbitraje interno e internacional (sistema *monista*)'. Sigue pues, también en este punto, la senda marcada por la Ley Modelo UNCITRAL, partiendo de la consideración de que son muy pocas las materias en las que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno"⁽¹⁰⁸⁾.

Una de las principales reformas contenidas en la nueva Ley de Arbitraje (en adelante LA) ha sido la de pasar de este sistema dualista a un régimen monista, sin que ello signifique reconocer en el ámbito del arbitraje internacional algunas pocas normas que procuren un mayor régimen de libertad. A saber:

"[...] para estos arbitrajes se establece la regla de la máxima eficacia del convenio arbitral (disponiendo que el mismo será válido y la controversia será arbitrable si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho peruano, artículo 13.7); se acentúa el límite que se crea al juez estatal a la hora de juzgar la procedencia de la excepción de convenio arbitral (permitiéndole denegarla, antes de iniciado el arbitraje, únicamente si se comprueba que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia y, una vez iniciado únicamente si la materia viola manifiestamente el orden público internacional, artículo 16.4); se aclara que no es necesaria la condición

(108) CANTUARIAS SALAVERRY, *Fernando, Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, UPC, Lima, 2007, ps. 180 y 181 (citás omitidas).

de abogado para ser árbitro de derecho (artículo 22.1); se permite a las partes, previa autorización del tribunal arbitral, solicitar medidas cautelares a la autoridad judicial aun durante el transcurso de las actuaciones (artículo 47.9); y se faculta a las partes a elegir libremente las normas jurídicas que se aplicarán al fondo de la controversia (aclarando que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes) y, en defecto de indicación de las partes, se da al tribunal arbitral para que aplique las que estime apropiadas (artículo 57.2)”⁽¹⁰⁹⁾.

2. CRITERIOS DE INTERNACIONALIDAD

2.1. La Ley de Arbitraje ha eliminado el término “comercial” contenido en la Ley Modelo de UNCITRAL

La Ley Modelo de UNCITRAL hace referencia al arbitraje comercial internacional, sin definir el término “comercial”⁽¹¹⁰⁾. Si bien es cierto, seguidamente opta por introducir una nota a pie de página, en la que se establece que debe darse “una interpretación amplia a la expresión ‘comercial’ para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractual o no [...]”, lo cierto es que cada país en concreto lo determinará, a su manera⁽¹¹¹⁾.

Con la finalidad de evitar malas interpretaciones del término “comercial”, muchas legislaciones arbitrales han preferido eliminar este requisito. Entre estas tenemos a las leyes de arbitraje de Holanda, Suiza y Florida en los Estados Unidos de América, Alemania, Canadá, Egipto, Bulgaria, Japón, Bolivia, El Salvador y Honduras.

El Perú ha hecho lo mismo desde la Ley General de Arbitraje de 1996.

De esta manera, se ha eliminado una potencial fuente de discusión acerca del ámbito de aplicación de las normas sobre arbitraje internacional que genera la Ley Modelo de UNCITRAL, ante la inexistencia de una definición precisa de lo que se entiende por “comercial”.

(109) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Nº 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, ps. 55/56.

(110) Artículo 1.1.: “La presente Ley se aplicará al arbitraje comercial internacional [...]”.

(111) *Vid.*, por ejemplo, las experiencias en la Columbia Británica (Canadá), Chile y la India en: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, op. cit., p. 184.

2.2. ¿Cuándo un arbitraje con sede en el Perú será internacional?

Al no exigir la LA que la materia controvertida sea comercial para determinar cuándo estamos ante un arbitraje internacional con sede en el Perú, bastará comprobar si se presenta alguno de los supuestos contenidos en el artículo 5º bajo comentario.

Ahora bien, antes de pasar a analizar por separado cada uno de los tres supuestos establecidos en esta norma, conviene aclarar que estos se excluyen unos a otros. Esto quiere decir que, por ejemplo, bastará cumplir con el primer criterio para que sean de aplicación las normas sobre arbitraje internacional. De no ser el caso, habrá que aplicar en orden descendente los demás supuestos.

Hecha esta aclaración, analicemos cada supuesto:

2.2.1. Domicilios en Estados diferentes

El acápite 1.a. del artículo 5º establece que un arbitraje en el Perú será internacional si las “partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes”.

Como se aprecia, este primer criterio para determinar si estamos ante un arbitraje internacional obliga a verificar mecánicamente si las partes del arbitraje tienen, al momento que celebran el convenio arbitral, sus domicilios en Estados diferentes (diversidad de domicilios).

Sin embargo, antes de continuar analizando este primer criterio, consideramos conveniente aclarar que aquí la LA (al igual que su antecesora la LGA) no ha seguido al pie de la letra a la Ley Modelo de UNCITRAL, ya que esta última utiliza el término “establecimiento” en vez de “domicilio”.

Nosotros estamos de acuerdo con esta decisión, ya que la falta de reglamentación en el Perú acerca de lo que debe entenderse por “establecimiento”, así como la carencia de una interpretación siquiera medianamente aceptada a nivel internacional⁽¹¹²⁾, son las razones que han llevado a la LA a utilizar un término más preciso y reconocido por nuestro sistema jurídico, como es el “domicilio”.

Muy bien, regresemos a explicar cómo es que se aplica este primer criterio: para estos efectos, bastará, por ejemplo, que las partes al momento de celebrar el convenio arbitral tengan sus domicilios una

(112) OVIEDO ALBÁN, Jorge, “Aplicaciones de los Principios de UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales”. En: *Revista Jurídica del Perú*, Nº 49, Normas Legales, Lima, 2003, ps. 9/42.

en Argentina y la otra en Brasil, para que, en caso acuerden arbitrar en el Perú, lo hagan al amparo del régimen más liberal reconocido al arbitraje internacional, sin importar otros elementos o criterios, como la nacionalidad, la materia controvertida, etcétera.

Además, como solo se exige que las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes, en caso una lo tenga en el Perú y la otra en la Argentina, también procederá arbitrar en nuestro país aplicando las normas antes mencionadas.

De esta manera, no se aplicará este primer criterio, únicamente cuando ambas partes tengan a la fecha de celebración del convenio arbitral sus domicilios en un mismo Estado. En cambio, cada vez que se acuerde arbitrar en el Perú y las partes tengan en ese momento sus domicilios en Estados diferentes dicho arbitraje será necesariamente uno internacional.

2.2.2. Domicilios en un mismo Estado diferente al Perú

El acápite 1.b. establece que un arbitraje será internacional, si el lugar del arbitraje (determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste) está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

Este criterio, al igual que el primeramente analizado, también es mecánico y objetivo: domicilio en un mismo Estado, pero diferente al del lugar del arbitraje (Perú).

Si seguimos lo que dispone esta norma, tendremos que concluir forzosamente que se aplicará cuando ambas partes tengan sus domicilios en un mismo Estado diferente al Perú. De esta manera, por ejemplo, si ambas partes domicilian en la Argentina y deciden arbitrar en el Perú⁽¹¹³⁾, pues lo harán considerando las disposiciones más liberales aplicables al arbitraje internacional.

2.2.3. Partes domiciliadas en el Perú pero cuya relación jurídica no está relacionada con el Perú

El acápite 1.c. dispone que el arbitraje será internacional, cuando “el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones

(113) Para estos efectos, habrá que analizar si las partes han identificado al Perú en el convenio arbitral como la sede del arbitraje o si, “con arreglo a éste”, es el Perú la sede del arbitraje. Esto último sucederá, por ejemplo, cuando las partes pacten un arbitraje institucional o administrado ante un centro de arbitraje que tenga su sede en el país. PARK, William W., “Duty and Discretion in International Arbitration”. En: *The American Journal International Law*, Volumen 93, 1999. p. 815.

de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú”.

Este supuesto resulta un tanto más complicado de precisar, ya que a diferencia de los dos criterios antes analizados en los que basta apelar al elemento “domicilio” para confirmar o descartar la aplicación de las disposiciones arbitrales internacionales, aquí deberá probarse que la relación jurídica está vinculada con terceros Estados.

Obviamente, como la norma lo dice, este supuesto se aplicará únicamente cuando ambas partes del acuerdo arbitral domicilien en el Perú, ya que si ambas o, al menos, una de ellas domicilia fuera del territorio peruano, se aplicarán los criterios antes descritos.

De esta manera, aun cuando ambas partes domicilien en el Perú, si acuerdan arbitrar en nuestro país, dicho arbitraje se desarrollará al amparo de las disposiciones sobre arbitraje internacional, siempre y cuando “el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha” se encuentre situado fuera del Perú⁽¹¹⁴⁾.

Sin embargo, el problema con este criterio es que será necesario especular acerca de cuándo dos domiciliados en el Perú han celebrado una relación jurídica con suficientes contactos con el extranjero,

(114) Este supuesto recoge en parte el criterio promovido por Francia durante las discusiones acerca del ámbito de aplicación de la Ley Modelo de UNCITRAL, al considerar como “internacional” a los arbitrajes a ser desarrollados en el foro entre domiciliados, respecto de intereses comerciales internacionales.

En efecto, HERRMANN, Gerold, “UNCITRAL’s Work Towards a Model Law on International Commercial Arbitration”. En: *Pace Law Review*, Volumen 4, Número 3, 1984, p. 547, explica que durante las discusiones en el foro de las Naciones Unidas, un grupo liderado por Francia propuso una fórmula mediante la cual se considerara “internacional” a los arbitrajes que se desarrollan dentro de cada Estado, pero respecto de intereses comerciales internacionales; mientras que otro grupo de Estados, entre estos Holanda y Canadá, recomendaron aplicar el criterio contenido en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, mediante el cual un arbitraje a ser desarrollado en el foro será internacional, si las partes tienen al momento de suscribir el convenio arbitral sus establecimientos en Estados diferentes (artículo 1.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercancías, adoptada en Viena, 1980: “La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes”). Al final se optó por integrar ambas propuestas, lo que en la práctica puede generar algunos problemas de interpretación acerca del ámbito de aplicación de las normas sobre arbitraje internacional contenidas en esta ley modelo.

como para que el arbitraje que se lleve a cabo en nuestro país deba ser considerado “internacional”.

Este problema no se presenta, por ejemplo, en Francia, país que ha promovido este criterio, ya que desde hace muchos años, gracias a una ardua labor jurisprudencial y doctrinal⁽¹¹⁵⁾, se ha ido aclarando poco a poco su contenido, que se encuentra vagamente definido en un decreto de 1981⁽¹¹⁶⁾. En ese sentido, VANDERELST⁽¹¹⁷⁾ expresa lo siguiente:

“[E]l Decreto francés de 1981 establece que un arbitraje será internacional si está referido a intereses comerciales internacionales [...] El estándar es más económico que legal. A efectos de determinar cuándo un arbitraje cumple con este estándar vagamente definido, uno debe de consultar la jurisprudencia francesa, que se remonta a la década de 1930s”.

En el caso peruano, consideramos que este supuesto forzosamente requerirá de un desarrollo jurisprudencial y doctrinal que poco a poco lo vaya precisando⁽¹¹⁸⁾. Mientras tanto, creemos que será arriesgado el

(115) CRAIG, W. Laurence; William W. PARK & Jan PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ra edición. New York: Oceana Publications, Inc./ ICC Publishing, 2000. p. 550; CARBONNEAU, Thomas E., “The *elaboration* of a French Court Doctrine on International Commercial Arbitration: A Study in Liberal Civilian Judicial Creativity”. En: *Tulane Law Review*, Volumen 55, Nº 1, 1980, ps. 16 y ss.

(116) CRAIG, Laurence; William W. PARK & Jan PAULSSON, “French Codification of a Legal Framework for International Commercial Arbitration: The Decree of May 12, 1981”. En: *Law & Policy in International Business*, Volumen 13, Nº 3, 1981, p. 735.

(117) Traducción libre del autor. VANDERELST, Alain, “Increasing the Appeal of Belgium as an International Arbitration Forum? - The Belgian Law of March 27, 1985 Concerning the Annulment of Arbitral Awards”. En: *Journal of International Arbitration*, Volumen 3, 1986, p. 83.

(118) El problema con la falta de contenido preciso de este criterio, se refleja en el siguiente caso resuelto por la High Court of Hong Kong, en dos fallos (22 de junio y 12 de julio de 1993) en los seguidos por *Ananda Non-Ferrous Metals Ltd. v. China Resources Metal and Minerals Co. Ltd.*

En este caso, la demandante, una empresa con establecimiento en Hong Kong, acordó vender a otra empresa, también con establecimiento en Hong Kong, 40 toneladas métricas de cadmio, CIF Rotterdam. Inspeccionados los bienes en Rotterdam, la demandante sostuvo que no se ajustaban a la descripción contenida en el contrato, lo cual motivó el inicio de un arbitraje en Kong Kong, cuyo laudo arbitral fue a favor del demandado.

Recurrido el laudo arbitral ante el Poder Judicial, la discusión giró acerca de si se trataba de un arbitraje nacional o internacional, lo que para la legislación de Hong Kong resultaba muy importante, ya que si se trataba de un arbitraje nacional, cabía interponer recurso de apelación.

“El tribunal, aplicando el artículo 1º 3 b) ii) de la Ley Modelo y citando su decisión respecto de la causa *Fung Sang Trading Limited* [...] estimó que se trataba de un arbitraje internacional, ya que una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación comercial debían cumplirse fuera de Hong Kong” (citado en: Comisión de

tratar de arbitrar en el Perú a base de las disposiciones sobre arbitraje internacional.

Por ello, nos aventuramos a recomendar que en casos como este las partes acuerden arbitrar en el país al amparo de las disposiciones sobre arbitraje nacional o lo hagan fuera del Perú⁽¹¹⁹⁾, salvo cuando conste de forma indubitable que la relación jurídica entre partes domiciliadas en el Perú se ejecutará significativamente en otro país.

2.2.4. Determinación del domicilio en caso una parte tenga más de uno

En caso una de las partes tenga más de un domicilio, para determinar cuál de ellos es el relevante a los efectos de considerar un arbitraje como internacional, la norma establece que “se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral”.

Como bien indica GÓMEZ JENE⁽¹²⁰⁾ respecto a la expresión “relación más estrecha”, “poco ayudan los trabajos preparatorios de la Comisión encargada de redactar la LM. Sin embargo, no es difícil que tal expresión se erige en un verdadero cajón de sastre para el árbitro —o en su caso el juez— y, por ello, para determinar qué domicilio guarda una relación más estrecha con el convenio arbitral podrá estarse, en principio, tanto a criterios meramente fácticos como jurídicos; esto es, podrá estarse tanto a criterios de naturaleza puramente subjetiva, como a criterios técnicamente delimitados”.



las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/4, de 30 de agosto de 1994).

Sobre esta materia, ver también el siguiente caso: *Fung Sang Trading Limited v. Kai Sun Sea Products and Food Company Limited* (High Court of Kong Kong, 1991), en el que se dispuso la aplicación de las normas sobre arbitraje internacional, ya que si bien se trataba de dos empresas de Hong Kong que acordaron arbitrar en ese lugar, la entrega de la mercadería se realizaría en Dalian, ciudad de China (citado en: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Jurisprudencia relativa a los textos de la CNUDMI, A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/1, de 17 de mayo de 1993).

(119) Y luego procedan al reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral extranjero en el país, al amparo de la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958. Sobre este particular, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales”. En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 21, Lima: Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1992.

(120) GÓMEZ JENE, Miguel, “Artículo 2º. Materias objeto de arbitraje”. En: ARIAS LOZANO, David (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 46.

Art. 6º.—Reglas de interpretación.

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

a. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.

b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.

c. Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico.

d. Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el inciso a del artículo 46º y en el inciso a. del apartado 2 del artículo 60º.

e. Se refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.

f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.

COMENTARIO ⁽¹²¹⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Cambios introducidos por el artículo 6º de la Ley de Arbitraje.* 3. *Ventajas del artículo 6º de la Ley de Arbitraje para el desarrollo del arbitraje en el Perú.* 4. *Consideraciones Finales.*

1. INTRODUCCIÓN

La nueva Ley de Arbitraje (en adelante LA) es la expresión de la decisión del Estado peruano de promover el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en materia comercial. Para ello, la LA presenta cambios significativos con la finalidad de proporcionar una justicia arbitral más eficaz, rápida, especializada y autónoma. Al respecto, JORGE SANTISTEVAN DE NORIEGA y CARLOS ALBERTO SOTO

(121) Por FELIPE OSTERLING PARODI: Socio Principal del Estudio Osterling Abogados. Profesor Principal de Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

COAGUILA sostienen que la nueva regulación peruana sobre arbitraje representa tanto la importante experiencia acumulada en el Perú en materia arbitral, como la voluntad de los autores de la nueva norma de adoptar las modificaciones aprobadas a nivel internacional (sobre todo la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional —por sus siglas en inglés, UNCITRAL—, actualizada en el 2006) y a nivel comparado (por ejemplo, en las leyes de arbitraje española, chilena, alemana, suiza y holandesa)⁽¹²²⁾. Asimismo, ambos autores resaltan el hecho de que la nueva LA tenga como objetivo armonizar el lenguaje utilizado en la ley y estandarizar las instituciones adoptadas en la versión 2006 de la Ley Modelo de la UNCITRAL⁽¹²³⁾.

Como señala FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY:

“La legislación anterior había significado un importante avance, no sólo en la regulación normativa del arbitraje en el Perú, sino en sus efectos sobre la práctica efectiva. Sin embargo, la experiencia recogida en la última década, la sanción de nuevas y más modernas legislaciones comparadas (Alemania en 1998, España en 2003, Austria en 2006) y la reciente actualización de la Ley Modelo de UNCITRAL (2006), estimularon al Perú a continuar el proceso de perfeccionamiento de sus normas sobre arbitraje, que había comenzado recién entrada la década del 90, con la sanción de la Ley General de Arbitraje (LGA) N° 25935 en 1992 y que continuó con la LGA N° 26572 en 1996”⁽¹²⁴⁾.

Los autores de la LA señalaron en la Exposición de Motivos que al haber asumido el Estado Peruano —en el Acuerdo de Promoción Comercial con Estados Unidos— el compromiso de promover y facilitar el desarrollo del arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia arbitral, la LA:

“[...] persigue justamente 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 Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975”⁽¹²⁵⁾.

(122) SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge y Carlos Alberto SOTO COAGUILA, “Presentación”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, ps. VIII y IX.

(123) *Ibíd.*, p. IX.

(124) *Ibíd.*, p. 43.

(125) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, p. 44.

De igual manera, en la Exposición de Motivos se afirma que la finalidad de la LA es la promoción de la seguridad en el comercio y en las inversiones privadas y que, en ese sentido, se considera que las ventajas del arbitraje deben encontrarse reflejadas y protegidas por la legislación arbitral con el objetivo de lograr una solución de conflictos más rápida y un mayor control de las partes sobre las reglas del proceso “[...] en un entorno eficiente con una mayor autonomía privada y descargando al sistema judicial del conocimiento de determinadas materias[...]”. Así, debido a que el arbitraje requiere de un marco jurídico estable y facilitador de la resolución de controversias en un mercado global⁽¹²⁶⁾, PERALES VISCASILLAS destaca la naturaleza dispositiva de la LA y afirma que esta nueva legislación arbitral establece la consagración del principio de la autonomía de la voluntad, tanto en relación con el convenio arbitral como con la organización del procedimiento arbitral⁽¹²⁷⁾.

En la Exposición de Motivos se dice que, así como el Perú se ha convertido en “[...] uno de los casos ejemplares en América Latina en esta materia, siendo el país que ha consolidado con más fuerza y claridad la institución del arbitraje en la región[...]”, se persigue que logre dicha consolidación en materia de arbitraje internacional, lo cual implica mejorar en la capacidad institucional para poder afrontar una mayor demanda de arbitrajes, no sólo en número sino también en importancia y complejidad. En consecuencia, como sostienen sus autores, es importante que las características de la LA sean reconocibles y comprensibles para los inversionistas y comerciantes, nacionales y extranjeros, con la finalidad de que “[...] se genere confianza de que en el Perú se arbitra siguiendo las reglas y principios internacionalmente aceptados”. Por ello, según los autores de la LA, los cambios propuestos tienen como objetivo aumentar la competitividad del Perú como sede arbitral con la finalidad que nuestro país:

[...] pueda ser elegido en la región como lugar adecuado para arbitrar en razón a la existencia de un marco legal seguro y predecible, ajustado a estándares internacionales. [...] La experiencia nacional acumulada en los últimos años ha sido una guía constante en esta nueva regulación pero también el interés de aprovechar la experiencia comparada a nivel de tratados, leyes, reglamentos arbitrales, jurisprudencia y en general práctica arbitral internacional.

(126) PERALES VISCASILLAS, María del Pilar, “La globalización normativa del arbitraje comercial internacional: la labor de la CNUDMI/UNCITRAL”. En: *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y en el Mundo*, N° 1, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2008, p. 695.

(127) *Ibíd.*, p. 695.

De esta manera, para efectos de la elaboración de la LA, sus autores realizaron una revisión de fuentes del Derecho internacional y comparado, tales como la versión 2006 de la Ley Modelo de la UNCITRAL (así como la revisión de los documentos de trabajo sobre su Reglamento de Arbitraje), las legislaciones arbitrales de España, Suecia, Bélgica, Alemania, Inglaterra, Suiza, Holanda, Francia y Estados Unidos y los reglamentos arbitrales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)⁽¹²⁸⁾.

Al respecto cabe señalar, como sostiene FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, que pese a que Latinoamérica ha sido tradicionalmente considerada como un subcontinente hostil al arbitraje, en la medida que no contaba con buenas legislaciones arbitrales, a partir de la década pasada ello ha comenzado a cambiar⁽¹²⁹⁾. Así, es posible afirmar que en Latinoamérica y, específicamente, en el Perú, la institución del arbitraje es materia de constante estudio, revisión y análisis jurídico a fin de desarrollar un mecanismo idóneo para la solución de controversias.

Dentro de este análisis, uno de los presupuestos que, según CANTUARIAS y CAIVANO, resulta esencial para un avance sólido y duradero del arbitraje es, precisamente, contar con “[...] una legislación que brinde confianza y seguridad jurídica”⁽¹³⁰⁾. Por consiguiente, los objetivos de la LA deben ser proporcionar *celeridad, simplicidad y acceso a una justicia* que (i) responda a las necesidades del comercio y (ii) limite las interferencias judiciales a lo mínimo indispensable para tutelar derechos fundamentales⁽¹³¹⁾.

Como se sostiene en la Exposición de Motivos del Proyecto Modificatorio de la LA⁽¹³²⁾, uno de los elementos o principios que inspiraron la reforma era:

(128) Asimismo, los recientes documentos de trabajo sobre la revisión del Reglamento de Arbitraje. Se han tenido en cuenta, adicionalmente, la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 (Convención de Ginebra), la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá) y la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 (Convención de Washington).

(129) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 80.

(130) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, *op. cit.*, p. 46.

(131) *Ibíd.*, p. 46.

(132) Elaborado por la Comisión Técnica para la Revisión de la Ley N° 26572, conformada por Resolución Ministerial, N° 027-2006-JUS.

“[...] a. reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria como de las reglas procesales comunes, reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. [...] b. Dar una mejor regulación que proteja a la institución arbitral de intervenciones indebidas por parte del Poder Judicial.

Precisamente, como parte de dicha búsqueda de autonomía y de una mejor regulación que evite interferencias que afecten la continuidad del proceso arbitral, las reglas de interpretación de la LA constituyen una de las modificaciones que trae la nueva ley y que responden al objetivo de armonizar el lenguaje a partir de estándares internacionales. Por ello precisa efectuarse un análisis del artículo 6º de la LA referido a las reglas de interpretación.

2. CAMBIOS INTRODUCIDOS POR EL ARTÍCULO 6º DE LA LEY DE ARBITRAJE

Como hemos señalado, la Ley N° 26572 (LGA) no contenía una disposición similar al actual artículo 6º de la LA, por lo que la inclusión del mismo representa uno de los cambios de la nueva legislación. Así, el artículo 6º establece lo siguiente:

“Artículo 6º.- Reglas de interpretación

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

- a.* Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.
- b.* Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.
- c.* Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico.
- d.* Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvención, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvención, excepto en los casos previstos en el inciso a) del artículo 46º y en el inciso a) del numeral 2 del artículo 60º.
- e.* Se refiera a un tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
- f.* Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia”.

Al respecto, el artículo 2º de la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, prescribe lo siguiente:

“Artículo 2º. Definiciones y reglas de interpretación

A los efectos de la presente Ley:

- a) “arbitraje” significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercerlo;
- b) “tribunal arbitral” significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros;
- c) “tribunal” significa un órgano del sistema judicial de un país;
- d) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el artículo 28º, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión;
- e) cuando una disposición de la presente Ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado;
- f) cuando una disposición de la presente Ley, excepto el apartado a) del artículo 25º y el apartado a) del párrafo 2) del artículo 32º, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.

Artículo 2º A. Origen internacional y principios generales

(Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006)

- 1) En la interpretación de la presente Ley habrán de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.
- 2) Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en que se basa la presente Ley”.

De esta manera es posible comprobar cómo el artículo 6º de la LGA incorpora las disposiciones principales del artículo 2º de la Ley Modelo de la UNCITRAL y con ello se da reconocimiento a la importancia que las normas que regulan el proceso arbitral respondan a las exigencias de la práctica comercial nacional e internacional.

Sobre este punto, la Resolución 61/33, aprobada por la Asamblea General [*sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453)*]⁽¹³³⁾, reconoció la necesidad de que las disposiciones de la Ley Modelo se

(133) Sobre los Artículos revisados de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional y recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del artículo II y el párrafo 1 del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución

ajustaran a las prácticas vigentes del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje. El propio Tribunal Constitucional peruano, en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (Fernando Cantuarias Salaverri), ha señalado respecto de la institución del arbitraje en el Perú que:

“4. El desarrollo de esta institución en el derecho comparado ha sido enorme en los últimos años: es prácticamente el proceso más utilizado para resolver conflictos comerciales. La configuración de un nuevo orden económico internacional ha requerido del arbitraje como el prototipo de proceso de resolución de conflictos entre particulares e incluso entre estos y los Estados, lo que le otorga una importancia significativa, formando parte integrante del modelo jurisdiccional *ad hoc* a la resolución de controversias, no sólo entre particulares, en el marco de la Constitución económica”.

En los *Analytical commentary on draft text of a model law on international commercial arbitration: report of the Secretary — General (A/CN.9/264)*⁽¹³⁴⁾, realizados por la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas, se realizaron los siguientes comentarios del artículo 2º de la Ley Modelo de la UNCITRAL:

“a. Pese a que la definición de los términos “tribunal arbitral” y “tribunal” (o “corte”) puede ser considerada evidente y, por lo tanto, superflua, dichos términos han sido conservados por una cuestión terminológica, a fin de establecer una clara distinción entre los dos diferentes tipos de órganos de solución de controversias.

b. Los primeros párrafos, sin intención alguna de interferir en el sistema nacional de justicia, señalan que el término “tribunal” no se restringe a aquellos órganos realmente llamados “tribunales” en un determinado país, sino que incluiría también a cualquier otra “autoridad competente” (esta es la expresión utilizada en la Convención de Nueva York de 1958). Por otro lado, cuando se hace referencia al sistema judicial de “un país” (en lugar de un Estado), el propósito es evitar que en una situación de una federación de estados, estén comprendidos en la legislación los “tribunales estatales” mas no los “tribunales federales”.

c. Los párrafos (d) y (e) han sido elaborados para prevenir una interpretación demasiado literal de las referencias en la Ley Modelo de la UNCITRAL a la libertad de las partes de determinar un asunto, así como a la libertad respecto del convenio que hubieren adoptado. Según la interpretación razonable establecida en el párrafo (d), tal libertad cubre la libertad de las partes no sólo de decidir ellos mismos sobre un asunto,

de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958 (18 de diciembre de 2006).

(134) *Yearbook of the United Nations Commission on International Trade Law*. Volume XVI. Part Two. International Commercial Arbitration, 1985.

sino también de autorizar a una tercera persona o una institución para que tome la decisión sobre dicho asunto en su nombre. Los ejemplos prácticos de tales asuntos que se menciona en los comentarios son, por ejemplo, el número de árbitros, el lugar del arbitraje, así como otros aspectos procesales.

d. El párrafo (e) reconoce la práctica común de las partes de hacer referencia en el convenio a las reglas de arbitraje, en lugar de tener que negociar y elaborar un convenio arbitral totalmente original. Por ello, se consideró que era preferible introducir una regla general de interpretación que tener que incluir una clarificación en cada disposición de la Ley Modelo que lo requiriese”.

El hecho de haberse adoptado varias de las disposiciones previstas en el artículo 2º de la Ley Modelo de la UNCITRAL en la LA, implica también la adopción de los comentarios realizados por la Comisión de Derecho Mercantil Internacional de las Naciones Unidas. Así, la Comisión Técnica para la Revisión de la Ley N° 26572, sostuvo que la LA tiene como objetivo ser reconocible y comprensible para los inversionistas y comerciantes, tanto nacionales como extranjeros, y que, por tal motivo, se ha buscado usar la Ley Modelo de UNCITRAL como un referente importante. Por ello se ha aprovechado la experiencia comparada a nivel de leyes, reglamentos, jurisprudencia y, en general, práctica arbitral internacional. De hecho, en más de cincuenta países a nivel mundial, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la UNCITRAL⁽¹³⁵⁾. Al respecto, los países en los que se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, con las enmiendas aprobadas en el 2006, son: Irlanda (2008), Mauricio (2008), Nueva Zelandia (2007), Perú (2008) y Eslovenia (2008).

(135) Armenia (2006), Alemania (1998), Australia (1991), Austria (2005), Azerbaiyán (1999), Bahrein (1994), Bangladesh (2001), Belarús (1999), Bulgaria (2002), Camboya (2006), Canadá (1986), Chile (2004), China: Hong Kong (1996) y Macao (1998), regiones administrativas especiales; Chipre, Croacia (2001), Dinamarca (2005), Egipto (1996), España (2003), Estonia (2006), la ex República Yugoslava de Macedonia (2006), la Federación de Rusia (1993), Filipinas (2004), Grecia (1999), Guatemala (1995), Hungría (1994), India (1996), Irán (República Islámica de Irán) (1997), Irlanda (1998), Japón (2003), Jordania (2001), Kenia (1995), Lituania (1996), Madagascar (1998), Malta (1995), México (2005), Nicaragua (2005), Nigeria (1990), Noruega (2004), Nueva Zelandia (1996), Omán (1997), Paraguay (2002), Polonia (2005), la República de Corea (1999), el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Escocia (1990) y las Bermudas, territorio de ultramar, Serbia (2006), Singapur (2001), Sri Lanka (1995), Tailandia (2002), Túnez (1993), Turquía (2001), Ucrania (1994); los Estados Unidos de América: California (1996), Connecticut (2000), Illinois (1998), Louisiana, Oregón y Texas; Uganda (2000), Venezuela (República Bolivariana de) (1998), Zambia (2000) y Zimbabwe (1996).

A nivel comparado, la Ley de arbitraje española, Ley 60/2003, del 23 de diciembre de 2003, establece reglas de interpretación en su artículo 4º:

“Artículo 4º.- Reglas de interpretación

Cuando una disposición de esta ley:

a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34⁽¹³⁶⁾.

b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.

c) Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el párrafo a) del artículo 31º y en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 38⁽¹³⁷⁾”.

En relación con el citado artículo 4º, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española señala que dicho precepto contiene una serie de reglas de interpretación, entre las cuales tienen especial relevancia aquellas que proveen de contenido a las normas legales dispositivas de esta ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la voluntad de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. De esta manera, la ley determina que debe haber una primacía de la autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, también señala que dicha voluntad debe entenderse integrada por las decisio-

(136) “**Artículo 34º.- Normas aplicables al fondo de la controversia.** 1. Los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas. 3. En todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables”.

(137) “**Artículo 31º.-** Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros a) El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión. **Artículo 38º.- Terminación de las actuaciones.** 2. Los árbitros también ordenarán la terminación de las actuaciones cuando: a) El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio”.

nes que sean adoptadas por la institución administradora del arbitraje, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se han sometido:

“Se produce, por tanto, una suerte de **integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral**, que, por motivo de esta disposición, pasa a ser en tales casos **un contrato normativo**. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto **directamente**, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como **indirectamente**, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral. En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad, centro u organización de las características previstas que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a él, se dedique a la administración de arbitrajes. Pero se precisa que las partes pueden someterse a un contrato reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución, en cuyo caso el **reglamento arbitral también integra la voluntad de las partes**” (énfasis agregado).

La Ley Española de Arbitraje señala que el inciso a) del artículo 4º, establece una excepción en su artículo 34º, el cual regula la determinación de las normas aplicables al fondo de la controversia. Así, en la legislación arbitral española, si las partes del convenio arbitral encomiendan a un tercero, incluida una institución arbitral, el ejercicio de facultades de decisión sobre un asunto, ello no comprende la facultad de decidir las normas aplicables al fondo de la disputa. En cambio, esta excepción no se encuentra establecida en la LA peruana. Al respecto, en el artículo 34º de la LA se reconoce, nuevamente, la libertad de regulación de las partes, las cuales, según dicho artículo lo prescribe, podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones y que, a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral, será el propio tribunal el que decida las normas aplicables.

Por otro lado, en el inciso c) del artículo 4º, la Ley Española de Arbitraje preceptúa que cuando una disposición de la Ley se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará igualmente a la contestación y a la reconvencción. Una disposición equivalente se encuentra establecida en el inciso d) de la LA y al igual que la legislación española, la ley peruana establece dos excepciones:

- (i) Aquella contenida en el artículo 46º a), el cual prevé que en el caso de que el demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que oído el demandado éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión. Como sostiene HERNÁNDEZ BURRIEL respecto de la legislación española, en ese supuesto no se darán por

terminadas las actuaciones, sino que éstas continuarán, a fin de dar solución a la controversia planteada⁽¹³⁸⁾.

- (ii) La excepción contenida en el artículo 60.2.a), en la cual se establece que el tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia. De igual manera, en este supuesto, como se sostiene para el caso español, y que es aplicable para el caso peruano, el procedimiento no concluye, sino que continúa respecto de la disputa planteada en los escritos de demanda y de contestación⁽¹³⁹⁾.

La fuente inspiradora de la Ley de arbitraje española, como se señala en su Exposición de Motivos, fue también la Ley Modelo de la UNCITRAL. Sobre este aspecto, los redactores de la Exposición de Motivos de la Ley Española de Arbitraje señalaron lo siguiente:

“España se ha mostrado siempre sensible a los requerimientos de armonización del régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias”.

Al respecto, en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje Española se hace referencia a dos temas que merecen comentario: la autonomía de la voluntad de las partes y la integración del contenido del convenio arbitral (contrato normativo). Ello debido a que el arbitraje es una manifestación tanto de la autonomía de la voluntad como de la libertad contractual.⁽¹⁴⁰⁾

Sobre la autonomía privada, como sostienen DIEZ-PICAZO y GULLÓN, ésta consiste en:

“[...] el poder de dictarse uno a sí mismo la ley o el precepto, el poder de gobernarse uno a sí mismo. Podría también definirse como un poder de gobierno de la propia esfera jurídica, y como está formada por relaciones jurídicas, que son el cauce de realización de intereses, la autonomía privada puede igualmente conceptuarse como el poder de la persona para

(138) HERNÁNDEZ BURRIEL, Jorge, “Título I. Disposiciones generales”. En: HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (Coordinador). *Comentarios a la nueva ley de Arbitraje*, Grupo difusión, Barcelona, 2004, p. 48.

(139) *Ibíd.*, p. 48.

(140) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO Roque J., *Op. cit.*, p. 47.

reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas en las que es o ha de ser parte”⁽¹⁴¹⁾.

Por consiguiente, tal y como señalan los citados autores, la autonomía privada no se reduce solamente a la libertad individual, sino que también implica una *soberanía* para dictar su propia ley en su esfera jurídica. Es decir, la autonomía privada proporciona “[...] un reconocimiento del valor jurídico de sus actos, que serán vinculantes y preceptivos”⁽¹⁴²⁾ y constituye “[...] un poder de ordenación de la esfera privada de la persona, [...] aunque no se quiere decir con ello que el poder sea total o absoluto”⁽¹⁴³⁾. En ese sentido, señalan que desde un punto de vista institucional, la autonomía privada reviste el carácter de principio general del Derecho, debido a que es “[...] una de las ideas fundamentales que inspira toda la organización de nuestro Derecho privado”⁽¹⁴⁴⁾. Así, la delegación normativa implica una forma de descentralización para “[...] la configuración de un ordenamiento jurídico privado subordinado, coordinado y armonizado con el ordenamiento jurídico superior por su relación de complementariedad”⁽¹⁴⁵⁾.

Ello es particularmente relevante para analizar las reglas de interpretación previstas en los artículos 2º, 4º y 6º de la Ley Modelo UNCITRAL, la Ley Española de Arbitraje y la LA, respectivamente, debido a que el principio de autonomía de la voluntad constituye el fundamento de algunas de sus disposiciones.

Al respecto, es necesario precisar que estas leyes recogen dicho principio de la manera como éste debe ser entendido. Sobre la autonomía privada, LUIGI FERRI sostiene que ésta es estructural y sustancialmente limitada por cuanto crea “[...] normas que son realización de un derecho preexistente, es decir, de normas superiores (legales)”⁽¹⁴⁶⁾. Por consiguiente, no es una actividad creativa absolutamente libre y espontánea, sino que desarrolla o individualiza un derecho preexistente; es decir, crea normas que, al insertarse en el ordenamiento, asumen las características de la juridicidad. Con ello se hace referencia a una “inserción del acto privado en el ordenamiento”. Este aspecto es recogido por el legislador en los artículos mencionados, al recono-

(141) DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, 9ª Ed., Volumen I, Tecnos, Madrid, 1998, p. 373.

(142) *Ibíd.*, p. 373.

(143) *Ibíd.*, p. 373.

(144) *Ibíd.*, p. 374.

(145) FERRI, Luigi, *Lecciones sobre el contrato. Curso de Derecho Civil*. Presentación al cuidado de Leysser L. LEÓN y Rómulo MORALES HERVIAS, Editora Jurídica Grijley, Lima, 2004, p. x.

(146) *Ibíd.*, ps. iii/iv.

cer la autonomía privada de las partes pero señalar, al mismo tiempo, que dicha voluntad autónoma se integra con el ordenamiento objetivo preestablecido.

Como sostuvo el Tribunal Const. en el Exp. N° 6167-2005-PHC/TC (Fernando Cantuarias Salaverry), deben efectuarse las siguientes precisiones respecto del arbitraje:

“11. [...] no se trata del ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del *orden público constitucional*.

La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º, inciso 24 literal a de la Constitución, **sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.**

De allí que el **proceso arbitral** tiene una **doble dimensión** pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales”.

En relación con el sentido que debe otorgársele a términos como *contrato*, *demanda*, *tribunal arbitral* y *laudo*, la LA ha decidido, siguiendo la tendencia de la legislación internacional y comparada, un criterio de interpretación más amplio a fin de que la legislación arbitral no sea un obstáculo para la continuidad y normal desarrollo de un proceso arbitral. Así, el objetivo de la LA es la simplificación de los procesos y el establecimiento de estándares en el lenguaje utilizado. Además, el artículo 6º de la LA contribuye de manera importante para la promoción del arbitraje internacional en el Perú.

3. VENTAJAS DEL ARTÍCULO 6º DE LA LA PARA EL DESARROLLO DEL ARBITRAJE EN EL PERÚ

Luego de haber comentado los principales aspectos relativos al artículo 6º, podemos señalar que las reglas de interpretación previstas en dicho precepto presentan las siguientes ventajas:

1. Contribuyen a la consolidación de la autonomía del arbitraje, al proveer respuestas a posibles incertidumbres jurídicas y/o controversias que pudieran suscitarse durante los procesos en sede arbitral.
2. Facilitan la eficacia de la institución arbitral al establecer reglas que permitan el normal desarrollo del arbitraje.
3. Contribuyen a la uniformidad de términos establecidos en la ley, lo cual resulta idóneo para la solución de controversias de índole comercial en arbitrajes nacionales e internacionales.
4. Ofrecen un moderno conjunto de reglas de arbitraje, a partir de las normas de la Ley Modelo de la UNCITRAL, elaboradas con la asistencia de expertos de todas partes del mundo⁽¹⁴⁷⁾.
5. Se logra una mayor transparencia en los estándares, así como certeza respecto de la connotación de los términos y de los alcances de la voluntad de las partes, lo cual contribuye a la autonomía de las mismas⁽¹⁴⁸⁾ y también a la autonomía del proceso arbitral.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La LA constituye una herramienta que posee una vigorosa vocación para contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la institución arbitral en nuestro país y que está siendo, desde su entrada en vigencia, de gran utilidad para la eficacia de los procesos arbitrales. Asimismo, la LA representa el esfuerzo de sus autores por incorporar en el derecho interno las decisiones, recomendaciones y normas elaboradas a nivel internacional y comparado, las cuales permiten una estandarización de los elementos del proceso arbitral. Dentro de dicho contexto,

(147) SANDERS, Pieter, "Procedures and Practices under the UNCITRAL Rules." En: *The American Journal of Comparative Law*, Volumen 27, N° 2/3. Unification of International Trade Law: UNCITRAL's First Decade (Spring-Summer, 1979). American Society of Comparative Law, p. 453.

(148) MARTÍNEZ-FRAGA, Pedro J., *International Commercial Arbitration. United States Doctrinal Developments and American Style Discovery*, Editorial Aranzandi, Navarra, 2008, p. 128.

la incorporación de las reglas de interpretación en el artículo 6º permite proporcionar una mayor autonomía al proceso arbitral, así como afianzar los principios que dan sustento al arbitraje. En consecuencia, el artículo 6º establece las precisiones necesarias a fin de que la LA sea un texto legislativo que permita un proceso que posea las características de eficacia, certeza y transparencia y en el que la autonomía de la voluntad de las partes sea debidamente interpretada y aplicada.



Art. 7º. — Arbitraje ad hoc e institucional.

El arbitraje puede ser *ad hoc* o institucional, según sea conducido por el tribunal arbitral directamente u organizado y administrado por una institución arbitral.

Las instituciones arbitrales constituidas en el país deben ser personas jurídicas, con o sin fines de lucro. Cuando se trate de instituciones públicas, con funciones arbitrales previstas o incorporadas en sus normas reguladoras deberán inscribirse ante el Ministerio de Justicia.

En caso de falta de designación de una institución arbitral, 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.

El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento de su inicio, salvo pacto en contrario.

COMENTARIO ⁽¹⁴⁹⁾

SUMARIO: 1. Arbitraje Ad hoc vs. Arbitraje Institucional. 1.1. Introducción. 1.2. Alcances del Arbitraje Institucional. 1.3. Alcances del Arbitraje Ad hoc. 1.4. Rasgos y Comparaciones. 2. El papel de las instituciones arbitrales. 2.1. Introducción. 2.2. Funciones y Garantías. 2.3. El papel del Ministerio de Justicia. 3. Regulación supletoria. 3.1. Tipo de arbitraje en defecto. 3.2. Cláusulas patológicas. 3.3. De-

(149) Por **PAOLO DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO**: Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Profesor de Arbitraje, Derecho Concursal y del Seminario de Derecho Mercantil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

clinación a la administración del arbitraje. 4. Administración y reglamento aplicable.

1. ARBITRAJE *AD HOC* VS. ARBITRAJE INSTITUCIONAL ⁽¹⁵⁰⁾

1.1. Introducción

Al igual que la derogada Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, también se ocupa de esta temática.

En efecto, los artículos 5° y 6° de la Ley N° 26572 otorgaban, por un lado, facultades a las partes para acordar la intervención de terceros, incluidas instituciones arbitrales, en la decisión de cuestiones referidas al trámite del arbitraje; y por otro lado, permitían a estas últimas —bajo la forma de personas jurídicas— recibir el encargo de las partes a los efectos de la organización y desarrollo del arbitraje, pudiendo así nombrar a los árbitros, establecer el procedimiento y demás reglas propias del proceso arbitral, conforme a sus Reglamentos. En tal sentido, se consagraba la opción por un arbitraje institucional, a menos que las partes se decanten por uno de tipo *ad hoc*.

No obstante la regulación precitada, considero que la norma actual, no sólo guarda equivalencias con aquélla disposición, sino además, tiene consigo otros conceptos y previsiones más completas y claras que analizaremos a continuación a raíz del comentario del presente artículo.

1.2. Alcances del Arbitraje Institucional

El arbitraje institucional es un tipo de arbitraje que tiene su rasgo distintivo en la intervención de una institución arbitral, especializada y con carácter de permanencia, en el desarrollo del arbitraje. Son las partes quienes acuerdan en el convenio arbitral la participación de dicha institución con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona.

Usualmente el arbitraje institucional ha sido denominado como “arbitraje administrado”, vocablo que presenta problemas dada las

(150) Un desarrollo más amplio de este tema puede verse en un trabajo del autor denominado “Arbitraje Institucional vs. Arbitraje *Ad hoc*: ¿He ahí el dilema?”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Ediciones Magna, Lima, 2005, ps. 231/263.

características que denota. Al respecto, comparto la opinión de José María ROCA MARTÍNEZ cuando cuestiona dicho término por cuanto “[...] recoge un aspecto parcial de la actividad de la institución arbitral, olvidando otros como la organización o el control del arbitraje, tan importantes como aquélla [...]”⁽¹⁵¹⁾.

Nótese que la intervención de la institución arbitral está enfocada al apoyo e intermediación en la relación principal entre las partes y los árbitros, así como en la regulación, por voluntad expresa o defecto de acuerdo de aquéllas, de situaciones diversas al interior del proceso. En tal sentido, en modo alguno puede tener injerencia en las apreciaciones de hecho y derecho que formulen los árbitros, mucho menos en sus resoluciones ni en el laudo arbitral, lo cual es concordante con los principios de la función arbitral, en específico con aquél recogido en el numeral 2 del artículo 2º de la Ley de Arbitraje⁽¹⁵²⁾. Como señala Roque CAIVANO “[...] la cuestión litigiosa específica es resuelta por árbitros escogidos por las partes, sin la participación directa de la entidad, quien se limita a dar apoyo a las partes y a los árbitros. Estos son quienes tienen personalmente la tarea de sustanciar y decidir el caso, sin que la entidad como tal tenga injerencia en ello”⁽¹⁵³⁾.

Existe, por tanto, una relación de confianza que depositan las partes en la institución arbitral para permitir, primero, su intervención en el arbitraje; y luego, el despliegue de todas sus actividades conducentes al desarrollo eficaz del mismo, que se extiende incluso en la relación de la entidad con los árbitros. A decir de Bernardo CREMADES “En el funcionamiento real y práctico del procedimiento arbitral tiene una misión importantísima la institución arbitral, si las partes hubieran encomendado la administración del arbitraje a una entidad que les merezca confianza. La labor fundamental de ésta consiste principalmente en tutelar el desarrollo del procedimiento arbitral, para garantizar que los árbitros estén efectivamente cumpliendo la voluntad de las partes manifestada en el convenio arbitral”⁽¹⁵⁴⁾.

En consecuencia, el arbitraje institucional y la consiguiente intervención del tercero —la entidad arbitral— se justifica porque las par-

(151) ROCA MARTÍNEZ, José María. Arbitraje e Instituciones Arbitrales, J. M. Bosch Editor S.A., Bracelona, 1992, p. 174.

(152) “Artículo 3º.- Principios y derechos de la función arbitral.

[...] 2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones [...]”.

(153) CAIVANO, Roque, *Negociación, Conciliación y Arbitraje*, APENAC, Lima, 1998, p. 239.

(154) CREMADES, Bernardo María, “El proceso arbitral en los negocios internacionales”. En: *Themis, Revista de Derecho*, N° 11, Lima, 1988, p. 12.

tes, conscientes del carácter definitivo e inapelable del laudo arbitral, quieren llegar a éste premunidas de toda la seguridad y estabilidad posibles, tanto en el nivel administrativo, como organizativo del proceso, y en el eventual control del comportamiento de los árbitros y de ellas mismas. Esto, sin menoscabar las responsabilidades y competencias que corresponden a los árbitros, sino por el contrario, coadyuvando a la eficacia del arbitraje a través de la participación decidida y permanente de una institución arbitral.

1.3. Alcances del Arbitraje *Ad hoc*

En contraposición con las apreciaciones efectuadas acerca del arbitraje institucional, en el arbitraje *ad hoc* solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización y administración del arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores.

Jorge O'FARRELL⁽¹⁵⁵⁾ describe dos formas de arbitraje *ad hoc* que nos parece pertinente mencionar: (i) el arbitraje *ad hoc* en sentido estricto, mediante el cual las partes establecen sus propias reglas procesales; y (ii) el arbitraje *ad hoc* en sentido amplio, por el que las partes se someten a un reglamento predeterminado, adecuando o sustituyendo disposiciones que supongan la intervención de la institución arbitral.

En una u otra forma, siempre van a tener las partes, con la colaboración de los árbitros, las prerrogativas a efectos de llenar de contenido el proceso arbitral; sea que opten por elaborar reglas *ad hoc*, es decir, específicas para el caso concreto; o que, basándose en el reglamento de una institución arbitral, elaboren una mixtura de normas destinadas a pautear el desarrollo del proceso arbitral, eliminando cualquier rezago de participación de la institución titular de dicho reglamento.

Lo anterior, se ha identificado con el concepto de libertad o flexibilidad en el desarrollo del arbitraje, denominando por esa razón a este mecanismo como un "arbitraje libre" o "arbitraje flexible"; cuestión que, como trataremos más adelante, puede ser cierta, pero no excluyente del arbitraje *ad hoc*, sino que también puede ser perfectamente aplicable al arbitraje institucional.

Finalmente, acerca de la relación de confianza que en el arbitraje institucional las partes depositan en la institución arbitral, en el arbi-

(155) O'FARRELL, Jorge, "Arbitraje internacional, solución de futuro". En: *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Tomo 1992-C, Buenos Aires, 1992, p. 804.

traje *ad hoc* esa confianza se traslada a los árbitros, quienes son pre-munidos de todas las competencias del caso para resolver el conflicto existente⁽¹⁵⁶⁾. Por esta razón, algunos autores, más que referirse a un arbitraje *ad hoc*, prefieren llamarlo arbitraje personalizado, en tanto son las personas naturales, en quienes recae la designación de árbitros, las que asumirán directamente la responsabilidad del arbitraje⁽¹⁵⁷⁾.

1.4. Rasgos y Comparaciones

a) Composición del Tribunal Arbitral:

Tradicionalmente, una diferencia gravitante establecida entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad hoc* se encontraba en la forma por la cual se iba a componer el Tribunal Arbitral. En efecto, bajo esa línea de pensamiento, en tanto la designación era hecha por las partes nos encontrábamos ante un arbitraje *ad hoc*, siendo que la misma designación por parte de una institución arbitral, derivada del encargo de las partes, suponía ubicarnos ante un arbitraje institucional⁽¹⁵⁸⁾.

Consideramos errada dicha aseveración por cuanto la forma de designación directa de un Tribunal Arbitral, es decir, por nominación de las partes, no es exclusiva de un arbitraje de tipo *ad hoc*.

El sustento es simple: el arbitraje —sea de tipo institucional o de tipo *ad hoc*— parte de un principio elemental, cual es la autonomía privada de la que gozan las partes para establecer el mecanismo arbitral que más les convenga para resolver sus controversias, sin recurrir

(156) Algunos autores apuntan a una obligación “*intuitu personae*” del árbitro, quien asume una obligación personalísima y, por tanto, indelegable para resolver el conflicto. En tal sentido, se llega a decir que “[...] la resolución de una controversia por parte de un árbitro es una obligación personalísima al consistir en una actividad intelectual en función de sus conocimientos, especialidad, experiencia, disponibilidad, etc. Cualidades todas ellas infungibles que contribuyen al carácter indelegable de las obligaciones *intuitu personae* del árbitro”. MUNNÉ CATARINA, Frederic. *La administración del arbitraje: Instituciones arbitrales y procedimiento arbitral*, Ed. Aranzandi S.A., Navarra, 2002, p. 22.

(157) LOHMANN, Juan Guillermo, “El Arbitraje”. En: *Biblioteca para leer el Código Civil*, Volumen V, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1989.

(158) Así, “Distinguimos entre arbitraje institucional y arbitraje *ad hoc* por la forma reglada o convencional de designar y constituir al árbitro o al colegio arbitral, y por la forma de dar inicio a su intervención. En el arbitraje *ad hoc*, las propias partes designan de forma directa o indirecta al árbitro, sin que existan reglas predeterminadas, mientras que en el arbitraje institucional las partes encomiendan a una institución la designa o confirmación del árbitro y la administración del arbitraje, de acuerdo con un procedimiento preestablecido”. MUNNÉ CATARINA, Frederic, *op. cit.*, p. 20.

a la jurisdicción ordinaria. En tal sentido, las partes que celebran un convenio arbitral, bien pueden establecer en su cláusula un sistema de composición del Tribunal Arbitral delegado en una institución arbitral, pero sin someterse a su administración, estableciendo así un arbitraje *ad hoc*; o también, pueden acordar someterse a la organización y administración del arbitraje por parte de una institución, pero fijando un sistema de designación directo del órgano arbitral.

Lo acotado es concordante con el espíritu de la Ley de Arbitraje que proclama la libertad del procedimiento para el nombramiento del Tribunal Arbitral, siempre que se respete el principio de igualdad⁽¹⁵⁹⁾. Incluso, habiendo un sometimiento incondicional de las partes a un reglamento arbitral, algunas instituciones arbitrales contemplan en sus normas procesales mecanismos directos a fin de que las partes compongan su Tribunal Arbitral, actuando tan sólo por defecto o falta de acuerdo de éstas para designar al árbitro⁽¹⁶⁰⁾.

En suma, definir un tipo de arbitraje, como *ad hoc* o institucional, por la forma directa o delegada para designar a los árbitros, es abiertamente equivocado, por cuanto, como hemos visto, en el arbitraje institucional la designación puede reservarse a las partes, ya sea porque así lo contempla el convenio arbitral o las propias reglas procesales de la entidad a la que están sometidas; en tanto, en un arbitraje *ad hoc*, es común y lícito que las partes encarguen a un tercero tal designación, o bien ésta sea efectuada, a falta de acuerdo de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje, opción novedosa de la Ley de Arbitraje.

b) Previsión normativa

El arbitraje *ad hoc* empieza de “cero”, es decir, las partes que acuerdan dirimir sus actuales o futuras controversias a través del arbitraje, deben también definir las reglas procesales para llevarlo a cabo de una manera efectiva. En ese sentido, el convenio arbitral debe ser lo suficientemente amplio para regular distintas situaciones que se van a generar —o podrían generarse— al inicio del arbitraje, durante su tramitación, e incluso, luego de emitido el laudo arbitral. Esto exige de las partes dos cosas fundamentales: (i) una muy buena disposición

(159) “Artículo 23º.- Libertad de procedimiento de nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. [...]”

(160) A modo de ejemplo, puede verse el artículo 26º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

para negociar; y (ii) bastante conocimiento y experiencia en lo que se está negociando.

El arbitraje institucional es más simple en ese aspecto, en vista que las partes, al someterse a los reglamentos de la institución arbitral, implícitamente están consintiendo que las cuestiones que ocurran o puedan ocurrir al interior del arbitraje, así como en la relación entre ellas, o en su relación con los árbitros o con la entidad arbitral, sean definidas por lo que la normativa de esta última dispone; sin perjuicio que puedan precisar, eventualmente, ciertos pactos en contrario.

Al respecto, CRAIG, PARK y PAULSSON ponen “el dedo en la llaga” cuando dicen *“In practice, once litigation ensues, agreements for ad hoc arbitration have created adversity (and in some cases disaster) for the claimant. It is impossible to foresee and provide for all the procedural issues which may come up. In the case of institutional arbitration, such issues are handled by reference to a pre-established body of rules”*⁽¹⁶¹⁾.

En efecto, el arbitraje *ad hoc* nos conduce a un grado de previsión normativa absoluto, lo cual es muy difícil de lograr, siendo, por el contrario, un lugar propicio para que aparezcan las denominadas cláusulas patológicas, las que rara vez son eliminadas una vez que aparece el litigio⁽¹⁶²⁾.

Por lo expuesto, las ventajas comparativas que trae el arbitraje institucional sobre el arbitraje *ad hoc* relativas a la previsión normativa, son las siguientes:

- Simplicidad: por cuanto las partes incorporan las reglas del proceso a su cláusula arbitral. Como dice CAIVANO “el arbitraje institucional simplifica la celebración del acuerdo arbitral al disponer las partes de normas reglamentarias elaboradas por instituciones idóneas y experimentadas, plasmadas en modelos sencillos que permiten concluir un acuerdo arbitral de manera práctica y rápida”⁽¹⁶³⁾. Justamente, estas cláusulas modelo o cláusulas tipo pertenecientes a las instituciones arbitrales, buscan sintetizar las cuestiones principales que debe haber en un convenio arbitral, sin que las partes requieran una sobre regulación innecesaria y predispuesta al error.

(161) CRAIG, Laurence and others. *International Chamber of Commercial Arbitration*. Second Edition. New York: ICC Publishing, 1990, p. 51.

(162) CREMADES, Bernardo María, “España ante el arbitraje comercial internacional”. En: *Estudios sobre arbitraje comercial internacional*. Centro de Estudios Comerciales (CECO), Madrid, 1983, p. 38.

(163) CAIVANO, Roque, “El arbitraje como modelo alternativo para la prestación de la justicia”. En: *La Ley*, N° 121. Buenos Aires, 1989, p. 1.

- Predictibilidad: por cuanto las partes saben de antemano cómo se van a regular las distintas situaciones que se presenten en el proceso, en vista que las normas de la entidad a la cual se han sometido, lo hace de manera anticipada, como por ejemplo, el número de árbitros que componen el Tribunal, la sede del arbitraje, los días habilitados para las audiencias o el idioma a utilizar, entre otras cuestiones elementales. De alguna manera se alcanza una eficacia “*ex ante*” en el proceso, que en términos de plazos, costos y posibilidades reales de solución del litigio, es sumamente atractivo.
- Reducción de Contingencias: por cuanto los “baches” que pueden exhibirse en cualquier etapa del arbitraje, tienen una solución prevista en los reglamentos de la institución arbitral⁽¹⁶⁴⁾.
- Adaptación Permanente: por cuanto los nuevos requerimientos y necesidades de las partes van a promover la modificación de los reglamentos de las instituciones con la finalidad de satisfacer las expectativas de los usuarios del arbitraje institucional. Además, el número cada vez mayor de instituciones arbitrales que ofrecen este servicio conlleva a una sana competencia entre ellas, donde una de las mejores formas de distinguirse de las otras, y tener una mejor posición en el mercado de los servicios de organización de arbitrajes, es contando con reglamentos arbitrales modernos, que permitan un proceso fluido, simple y eficaz.

c) *Flexibilidad vs. Formalismo*

Uno de los principales mitos del arbitraje dice que el arbitraje *ad hoc* es sumamente flexible a las necesidades de las partes, en tanto el arbitraje institucional está saturado de formalismos.

Esta idea es equivocada. La flexibilidad es inherente al arbitraje, dejando de lado el mecanismo que uno opte para ejecutarlo. Esto, producto de la libertad de regulación del proceso que asiste a las partes. Entonces, un arbitraje institucional —en apariencia, “menos flexible”— se torna muy flexible cuando las partes facilitan su tarea regulatoria sometiéndose a un reglamento arbitral predeterminado, pero adaptándolo, en ciertos aspectos, a las particularidades del caso concreto.

(164) Sobre el particular, Gary BORN dice: “*Institutional arbitration is conducted according to a standing set of procedural rules and supervised, to a greater or lesser extent, by a professional staff. This reduces the risk of procedural breakdowns, particularly at the beginning of the arbitral process, and technical defects in the arbitral award.*”

La formalidad, por su parte, no tiene un contenido peyorativo, ni está reñida con la flexibilidad propia del arbitraje, por el contrario, contribuye con la adecuada organización y administración del arbitraje, evitando incluso potenciales anulaciones del laudo arbitral.

Adicionalmente, gracias al arbitraje institucional y su previsión normativa, asistimos a un fenómeno saludable: la estandarización del proceso. La estandarización debe ser vista como un mecanismo de puesta en práctica por la institución arbitral que coadyuva con la celeridad, simplificación, certidumbre y eficacia del proceso.

d) Supervisión de Conductas

El libre procedimiento para el nombramiento de árbitros y la libertad de regulación del proceso conferido a las partes, así como la independencia de funciones puesta a favor de los árbitros, de conformidad con la legislación arbitral, no los exonera del seguimiento de principios o normas de conducta cuyo cumplimiento deben respetar durante toda su participación en el arbitraje.

Dejando de lado el hecho concreto que las actuaciones de las partes —incorporando a ellas a sus representantes, abogados y asesores— y de los árbitros, voluntariamente y sin necesitar una institución que los controle, siguen en muchas ocasiones los cánones de conducta elementales para dotar al arbitraje de transparencia y confianza, no es menos cierto que, en otros casos, se han detectado irregularidades de contenido ético que no se ha sabido cómo solucionar.

Creemos que el arbitraje *ad hoc* es más proclive de presentar estas inseguridades de orden ético en la actuación de partes y árbitros, dado que frente a ellos no existe una institución arbitral que defina a ciencia cierta lo que se puede o no se puede hacer, o decir, en las relaciones partes-árbitros-terceros. En cambio, en el arbitraje institucional se presenta una situación inversa: las partes y árbitros saben previamente cuáles son las líneas de conducta que deben seguir. Las primeras, al someterse y aceptar las normas de la entidad arbitral; y los segundos, al señalar que no tienen impedimento alguno para encargarse del arbitraje, sometándose a las reglas de la institución arbitral que los acoge.

Cabe advertir que los principales reglamentos arbitrales como los de la CCI, CIADI y UNCITRAL contemplan normas de conducta y principios éticos, como son los de independencia e imparcialidad.

En el caso particular de los árbitros, el arbitraje institucional destaca nítidamente sobre el arbitraje *ad hoc*. Nos explicamos: las instituciones arbitrales tienen como una de sus principales tareas conformar una lista de árbitros idónea y especializada. Idoneidad, entendida

como la aptitud del árbitro para solucionar las controversias presentadas, con el máximo de diligencia y conocimiento de la cuestión; y especialización de los árbitros, enfocada en los diversos campos del ordenamiento jurídico y de las actividades económicas. Al mismo tiempo, las listas de árbitros avaladas por la institución arbitral deben ofrecer transparencia, así como seguridad de imparcialidad y de independencia a las partes.

Lo anterior proyecta una doble confianza a las partes con relación a los árbitros: (i) que éstos, así no lo quieran internamente, se verán compelidos a cumplir ciertas normas de conducta y asumir responsabilidades definidas, como el deber de declaración por ejemplo; y (ii) en la eventualidad de su incumplimiento, se sujetarán a las sanciones que les imponga la institución arbitral. En consecuencia, la supervisión de conductas por parte de la institución arbitral resulta de vital importancia, lo que se presenta siempre en el arbitraje institucional, pero no en el arbitraje *ad hoc*.

e) Costos del Arbitraje

Se ha sentado —equivocadamente desde mi punto de vista— la idea de que el arbitraje *ad hoc* es más económico que el arbitraje institucional por dos factores: (i) los honorarios de los árbitros pueden ser tabulados con ellos; y (ii) no se pagan gastos administrativos por los servicios que presta la institución arbitral. Si bien es cierto, dicen los defensores de esta postura, hay una serie de costos fijos y gastos corrientes que deben asumirse, el balance termina siendo siempre positivo para el arbitraje *ad hoc* contra lo que puede arrojar un arbitraje institucional.

La anterior es una verdad a medias, por lo tanto, no es correcta esa afirmación. En primer lugar, en un arbitraje *ad hoc* las partes no saben cuánto van a pagar, en otras palabras, inician el proceso sin certeza respecto al monto de los gastos arbitrales, asunto que se decidirá posteriormente cuando se instale el Tribunal Arbitral. En segundo lugar, los criterios para determinarlos son subjetivos, quedando generalmente a criterio o discreción de los árbitros. Y en tercer lugar, las partes poco o nada pueden hacer si se les exige un incremento en el pago de los gastos arbitrales, requerimiento que, de no cumplirse, implica serios inconvenientes en el desarrollo del proceso arbitral.

En el arbitraje institucional, en cambio, la determinación de los gastos arbitrales⁽¹⁶⁵⁾ tiene dos factores fundamentales: (i) existe certeza

(165) Los gastos arbitrales son resultado de la sumatoria de los honorarios de los árbitros por el desempeño de sus funciones, más los gastos administrativos corres-

acerca del monto desde un primer momento, en vista que las instituciones arbitrales cuentan con Reglamentos de Aranceles que determinan de antemano el costo del arbitraje, por lo que, sea mucho o poca la suma a cancelar, las partes saben antes de iniciar el arbitraje cuánto les va a costar; y (ii) las tarifas son fijadas siguiendo criterios objetivos, ya que las instituciones arbitrales toman como punto de referencia la suma controvertida, a la que se aplica una tasa predeterminada, incluyendo, en casos con cuantías muy elevadas, topes máximos de pago, eliminando así cualquier atisbo de discrecionalidad o arbitrariedad de parte de la institución⁽¹⁶⁶⁾.

En conclusión, certidumbre y objetividad son los rasgos distintivos del costo del arbitraje en un arbitraje institucional.

Nuevamente una verdad a medias, y explicamos por qué. En valores nominales, puede ser que la suma a pagar en un arbitraje *ad hoc* resulte menor que en un arbitraje institucional, para el mismo caso. No obstante, el valor real sí varía, y muchas veces, de manera considerable teniendo en cuenta los incidentes que pueden presentarse en un arbitraje *ad hoc* por los problemas de falta de previsión normativa, con lo cual los costos del arbitraje terminan elevándose más en éste que en uno institucional.

f) Soporte Institucional

Si hay un valor agregado propio del arbitraje institucional que los arbitrajes *ad hoc* nunca van a estar en posibilidad de ofrecer, ése es el soporte institucional. Entendemos por este soporte, la capacidad que tienen las instituciones que auspician arbitrajes de “proteger” a sus centros de arbitraje y a sus árbitros de factores externos que puedan perturbar el normal desarrollo de sus actividades.

De alguna manera, las presiones externas son asumidas por la “institución madre”, dentro de la cual el centro de arbitraje y los árbitros ejercen sus funciones, dejando a éstos enfocados exclusivamente en la problemática del caso arbitral.

El soporte institucional funciona mejor cuanto más reconocido sea el prestigio y la experiencia de la institución que auspicia su centro.

pondientes a la institución arbitral por los servicios que presta en la administración y organización del arbitraje.

(166) Conviene advertir que esto funciona cuando las pretensiones invocadas por las partes son determinadas. De esa manera, al tener cuantía conocida, puede efectuarse el cálculo de los gastos arbitrales respectivos sobre la base de la Tabla de Aranceles. Sin embargo, si la cuantía es indeterminada, deberá ser la Corte o Consejo de Arbitraje de la institución arbitral el encargado de fijarlos.

Esto último permite, además, que se decante un proceso de institucionalización, altamente positivo en toda esfera de la convivencia social. Adicionalmente, para seguir ese camino, la institución debe modernizarse y adaptarse a los nuevos tiempos, lo que termina, de manera colateral, modernizando y adaptando a su centro de arbitraje a las nuevas etapas de su vida institucional en función a los requerimientos sociales; siendo ello un fenómeno sumamente interesante que en un arbitraje *ad hoc* no se va a presentar.

2. EL PAPEL DE LAS INSTITUCIONES ARBITRALES

2.1. Introducción

La institución arbitral es una entidad especializada, cuya actividad es la prestación de servicios de organización y administración de arbitrajes. En tal sentido, está constituida por técnicos y profesionales conocedores del fenómeno arbitral, razón por la cual, las partes no requieren tener un conocimiento al detalle del arbitraje ni de sus normas reguladoras⁽¹⁶⁷⁾.

Las instituciones arbitrales pueden clasificarse como públicas o privadas. Estas últimas, a su vez, pueden ser de carácter amplio o exclusivo.

En concreto, se dice que una institución arbitral privada es de carácter amplio cuando sus funciones arbitrales son complementarias o adicionales a otras funciones que esa institución tiene, principalmente de tipo comercial o gremial⁽¹⁶⁸⁾. En tanto, una institución arbitral privada es de carácter exclusivo cuando su fin u objeto específico es brindar los servicios de arbitraje. En cualquier caso, estas instituciones deben constituirse como personas jurídicas o estar integradas a una persona jurídica, conforme a la legislación nacional.

Tema adicional relacionado con la constitución de instituciones arbitrales privadas es el referido a la libertad normativa para la aprobación de sus reglamentos, asunto consagrado en nuestra legislación arbitral. En ese sentido, la aprobación o modificación de los reglamentos arbitrales de tales instituciones no está sujeto a autorización previa ni control posterior por parte de alguna entidad estatal.

De otro lado, las instituciones arbitrales públicas son fenómenos más recientes. Proviene de la voluntad del Estado para modernizar su

(167) ROCA MARTÍNEZ, José María, *op. cit.*, p. 181.

(168) Piénsese, por ejemplo, en los Centros de Arbitraje que funcionan al interior de Cámaras de Comercio o de Colegios Profesionales.

administración pública, creando organismos especializados en temas de interés general (servicios públicos, por ejemplo). De esta forma, se regula el arbitraje como vía alterna u obligatoria para resolver conflictos que acompañan a sus sectores a través de la creación de cuerpos colegiados arbitrales dentro del organismo correspondiente⁽¹⁶⁹⁾.

De la misma manera que los reglamentos arbitrales están libres de toda injerencia estatal; la constitución, cambios y desarrollos de las instituciones arbitrales no están sujetos a control del Estado, ni dependen o rinden cuentas a ningún supervisor, lo que garantiza la plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones y descarta cualquier intromisión indebida por parte de cualquier autoridad⁽¹⁷⁰⁾.

Nuestro último apunte descansa en la necesaria estructura organizativa con la que debe contar cualquier institución arbitral a efectos de brindar un servicio eficiente a las partes y a los árbitros. En esa línea, compartimos la opinión de ROCA MARTÍNEZ para quien [...] cualquier institución arbitral debe ampararse en una doble normativa: una orgánica, en la que se establezca su estructura interna, los órganos de que se compone, la adopción de acuerdos, las funciones que tiene encomendadas, etc.; otra funcional, dirigida fundamentalmente al establecimiento del procedimiento a seguir en el desempeño de las funciones encomendadas. Ambas estructuras [orgánica y funcional] son imprescindibles [...]”⁽¹⁷¹⁾.

2.2. Funciones y Garantías

Me refiero al papel de la institución arbitral cuando es encomendada por las partes para tramitar un arbitraje. Es en ese contexto donde ella despliega una serie de actividades, distintas a las resolutorias de los árbitros, pero igual de importantes para el correcto manejo del arbitraje, las que pasamos a enumerar:

- Determinación de competencia: no debe confundirse con el principio de “Kompetenz-kompetenz” atribuido a los árbitros en

(169) RUBIO GUERRERO, Roger. *Desarrollo y posibilidades del arbitraje institucional en el Perú*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

(170) Esto difiere diametralmente con los centros de conciliación, los que sí están sujetos a la autorización y supervisión del Ministerio de Justicia. Así, el artículo 26º de la Ley de Conciliación, Ley Nº 26872, señala que “El Ministerio de Justicia tiene a su cargo la autorización de funcionamiento, registro y supervisión de los Centros de Conciliación, pudiendo suspender o privar de su facultad conciliadora, cuando éstos no cumplan con los principios u objetivos legales previstos en la presente ley, o incurran en faltas éticas”.

(171) ROCA MARTÍNEZ, José María, *op. cit.*, p. 210.

exclusividad⁽¹⁷²⁾, sino al análisis que efectúa la institución arbitral cuando, presentada la petición de arbitraje, debe observar dos aspectos centrales: (i) la existencia de un convenio arbitral inequívoco entre los involucrados en el litigio; y (ii) el sometimiento expreso a la administración y organización del arbitraje ante esa institución arbitral.

- Organización del arbitraje: implica dotar de la forma necesaria al arbitraje para que este pueda desenvolverse sin problemas y, de esa manera, desplegar sus efectos. Relacionada con el sometimiento a los reglamentos arbitrales de la institución, las partes atribuyen a la entidad una función de gestión especial en el sentido de completar su voluntad en los aspectos no previstos por ellas. Aspectos medulares como si el arbitraje es de derecho o de conciencia, el número y procedimiento de designación de árbitros, el lugar donde se llevarán las actuaciones arbitrales, entre otros temas sustantivos, serán organizados por la institución arbitral. Aquí también resalta la labor resolutive que ocupan a las Cortes o Consejos de las instituciones arbitrales para dirimir asuntos organizativos de importancia, tales como el nombramiento de árbitros, la procedencia o no de una recusación, y otros conforme a su Estatuto.
- Administración del arbitraje: son actividades de apoyo a las partes y árbitros para el buen desarrollo del arbitraje. Tenemos, a modo de ejemplo, la recepción de escritos, las notificaciones, la disposición de personal técnico de ayuda en las audiencias, la custodia del expediente en los archivos de la entidad, la liquidación y cobro de los gastos arbitrales, entre otros.
- Control del arbitraje: algunas instituciones arbitrales están facultadas para tener un control formal sobre el laudo, enfocado al cumplimiento de ciertos parámetros que revisa con la finalidad de evitar futuras anulaciones. Otras entidades se ciñen a un control o vigilancia del comportamiento de partes y árbitros, acorde con las normas éticas de la institución, cuyo incumplimiento puede acarrear eventuales sanciones.
- Otros servicios: son actividades adicionales de la institución arbitral en procura de un mejor servicio a los usuarios del centro. Como ejemplo de esto podemos citar: orientación y asesoría general para la administración del caso, servicios de conciliación, biblioteca y fuentes de información diversas, entre otros.

(172) Al respecto, ver el artículo 41º de la Ley de Arbitraje.

2.3. El papel del Ministerio de Justicia

Líneas arriba, decía que un tipo de institución arbitral es aquella de naturaleza pública, es decir, que provienen de la voluntad del Estado para modernizar su administración pública, creando organismos especializados en temas de interés general (como el caso de los servicios públicos, por ejemplo). De esta forma, se regula el arbitraje como vía alterna u obligatoria para resolver conflictos que acompañan a sus sectores a través de la creación de cuerpos colegiados arbitrales dentro del organismo correspondiente.

Si bien será tema de comentario en otra sección de la presente obra, cabe señalar —como novedad de la Ley de Arbitraje—, la creación del denominado “arbitraje popular”⁽¹⁷³⁾.

Si bien el nombre aludido no me parece el más apropiado, considero positivo que el Estado proclame decididamente su voluntad de fomento a los sistemas alternativos de solución de controversias, dejando de lado así la tradición litigiosa en sede judicial, seguidas por las procuradurías públicas, y que en ese sentido ejecute “[...] 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[...].”

En esa línea de trabajo es indudable que el papel que desempeñe el Ministerio de Justicia será de suma importancia para consolidar la “cultura arbitral” en el país, quien vendrá a ser una suerte de catalizador entre las demandas populares para la administración de justicia y los servicios que al respecto ofrezcan las instituciones arbitrales.

(173) “PRIMERA DISPOSICIÓN FINAL

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.”

Es interesante observar que, desde su creación, el Ministerio de Justicia ha orientado sus esfuerzos a ofrecer una cobertura de arbitrajes a casos de menor cuantía, esto es, dirigido a litigantes (personas naturales en cuestiones civil-patrimonial y pequeños y micro empresarios en rubros diversos, principalmente del sector comercio y servicios) que usualmente no acuden al arbitraje, sino al Poder Judicial, o simplemente no conocen este sistema.

En consecuencia, el papel que el Ministerio de Justicia asume, desde mi punto de vista, con la nueva Ley de Arbitraje, tiene un doble cauce: por un lado, como propulsor del arbitraje masivo en el país, a través de programas orientados a ese fin; y en segundo lugar, como institución arbitral orientada a un público masivo con demandas en controversias de menor escala y poco acostumbrado y conocedor del uso y beneficio del sistema arbitral. Resulta, pues, que el Ministerio de Justicia y su flamante institución arbitral “Arbitra” tienen planteado un enorme, pero gratificante, reto por delante.

3. REGULACIÓN SUPLETORIA

3.1. Tipo de arbitraje en defecto

La norma bajo comentario precisa, lo que me parece pertinente, que el pacto arbitral que no señala el tipo de arbitraje —sea *ad hoc* o institucional— se entiende referido al primero de los nombrados.

En la práctica ello siempre funcionó de ese modo, sin que hubiese mayor discusión al respecto, en tanto debe existir manifestación de voluntad expresa de los contratantes en el sentido de querer usar los servicios de administración y organización de una institución arbitral; caso contrario se presume que el arbitraje es de tipo *ad hoc*, con las características y consecuencias ya expuestas líneas arriba.

Lo apuntado, también llama a un deber de diligencia particular de las partes en tanto deben cuidar de indicar la naturaleza institucional de su pacto arbitral, a los efectos de no correr el riesgo de ser conducidos a un arbitraje *ad hoc*.

No obstante, no se ha dicho nada respecto a las cláusulas arbitrales que, si bien no establecen un tipo de arbitraje institucional, sí señalan su sometimiento a un Reglamento de una entidad arbitral determinada. A mi criterio, estas situaciones suponen una voluntad implícita de administrar el arbitraje. En efecto, cuando las partes buscan regular su proceso arbitral a la luz de Reglamentos Arbitrales propios de una institución, también están llamando a ella para que se ocupe de la administración porque quien mejor para aplicar el Reglamento al que se

ha sometido las partes que la misma entidad que los elaboró y viene aplicando en los distintos procesos en los que ocupa su atención.

Por ello, pienso que si bien la Ley no lo establece con todas sus letras, el sometimiento a las normas o Reglamentos de una institución arbitral, importa siempre el sometimiento a su administración, salvo pacto expreso en contrario⁽¹⁷⁴⁾.

3.2. Cláusulas patológicas

De manera interesante esta sección del artículo bajo comentario busca evitar que el arbitraje se frustre debido a una patología en la elaboración de la cláusula arbitral, derivada en la voluntad de las partes de administrar su eventual proceso arbitral ante una institución arbitral.

De hecho, esta norma nace de la experiencia —o mejor dicho, mala experiencia— tenida en distintos arbitrajes cuyo inicio fue incierto justamente porque la cláusula arbitral presentaba problemas o patologías en cuanto a la designación de la entidad arbitral. De esa manera, una parte reacia al inicio del arbitraje buscaba ampararse en una mala referencia al nombre de un Centro de Arbitraje o a la disolución o falta de actividad de éste para forzar la intervención judicial.

Ello ha obligado al legislador, correctamente a mi entender, a aplicar nuevamente la regulación supletoria en estos casos, decantándose por el arbitraje *ad hoc* sea: (i) cuando exista designación incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones; o (ii) cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente.

Imaginemos, en el primer caso, que el convenio arbitral diga que el arbitraje será administrado en el Centro de Arbitraje “x” y en el Centro de Arbitraje “y”, bajo los Reglamentos de cada una de tales instituciones. A todas luces, esta opción de las partes expuesta en el convenio más que beneficios en la administración de su arbitraje, trae varios problemas, empezando por cuál es la entidad competente para organizar el arbitraje; qué sucedería si una de las partes solicita el arbitraje ante el Centro de Arbitraje “x”, en tanto la otra lo formula ante el Centro de Arbitraje “y”; o cuál es el Reglamento aplicable; entre otros varios inconvenientes.

(174) A manera de ejemplo se puede citar el numeral 3 del artículo 4º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que a la letra dice lo siguiente: “*Salvo pacto en contrario, el acuerdo de las partes para aplicar este Reglamento, implicará el sometimiento a la administración del Centro.*”

Del mismo modo, podemos imaginar varios supuestos con la segunda hipótesis que regula esta sección del artículo, todos ellos ligados a una referencia equivocada, incompleta o abreviada de la institución arbitral a la cual se le desea confiar la administración del arbitraje.

Por lo expuesto, la solución que ofrece la nueva Ley de Arbitraje es acertada en vista que mantiene la voluntad arbitral de las partes, plasmada en el convenio arbitral, pero al mismo tiempo elimina todo riesgo en los incidentes que podrían formarse a raíz de una patología en dicha cláusula, basada en la designación de la institución arbitral. Siendo esto así, el arbitraje se desarrollará sin demoras ni mayores problemas, bajo un esquema de arbitraje *ad hoc*.

Nuevamente, y al igual que lo dicho en el acápite precedente, esta solución de la Ley impone a las partes que quieren un arbitraje institucional un deber de cuidado a la hora de redactar su convenio arbitral.

3.3. Declinación a la administración del arbitraje

Otro aspecto novedoso y positivo que trae el artículo bajo comentario es el relativo a la declinación de la entidad administradora del arbitraje, lo cual es coherente con la naturaleza voluntaria del arbitraje, cuyo basamento es el convenio arbitral.

Al respecto, cuando las partes pactan su sometimiento a la administración de una institución arbitral, generan una propuesta que puede ser aceptada por ésta, pero también declinada. En ese sentido, se configura una relación contractual entre las partes celebrantes del convenio arbitral con la institución arbitral respectiva. Siendo así, resultaba inadmisibles restar el derecho a las instituciones arbitrales de rechazar aquellos arbitrajes que, por las partes intervinientes, el objeto litigioso o posibles conflictos de intereses, pueden resultar inconvenientes para una buena administración del proceso.

Estando a que la organización del arbitraje supone una relación de confianza —como indicamos al inicio del presente trabajo— por la cual las partes acuerdan en el convenio arbitral la participación de una institución, con el ánimo de facilitar las actuaciones propias y de los árbitros a lo largo del proceso, principalmente, a través de la aplicación de las normas reguladoras de la institución arbitral, así como de los medios físicos y logísticos que ésta proporciona, es que no puede someterse de manera compulsiva a un Centro a administrar el arbitraje por la sola decisión de una de las partes (los celebrantes del contrato) sin la aceptación o anuencia en los hechos del mismo Centro.

Lo contrario, significaría un mandato emanado de la decisión unilateral de los contratantes sin considerar la voluntad de la otra parte (el

Centro de Arbitraje) en el encargo de la organización y administración del proceso.

En las normas que precedieron a la nueva Ley de Arbitraje no hubo disposición alguna con relación a la capacidad de las instituciones arbitrales para declinar a su administración. Por ello, se consideraba que los Centros de Arbitraje, una vez designados por las partes, carecían de opciones para declinar tal encargo⁽¹⁷⁵⁾. Lo anterior, importaba una situación desventajosa para una de las partes contratantes: la entidad arbitral.

Ahora, la disposición bajo comentario faculta a las instituciones a regular los supuestos o situaciones para una eventual declinación del encargo. A manera de ejemplo, los nuevos Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, establecen expresamente los supuestos bajo los cuales el Consejo Superior de Arbitraje —máximo órgano administrativo de dicha entidad— se pronunciará sobre la declinación a la administración del arbitraje, siempre que ello se produzca antes de la instalación del Tribunal Arbitral⁽¹⁷⁶⁾.

Lo anterior, permite al Centro excusarse de participar del arbitraje encomendado, siempre que la conducta de las partes, el trámite del proceso o cualquier otra circunstancia amerite dicha declinación. Nótese que el rechazo al encargo, lo hará el Consejo Superior de Arbitraje en decisión que es definitiva e inimpugnable, conforme lo prevé el numeral 2) del artículo 4º del Reglamento de dicha entidad arbitral.

Finalmente, cabe anotar que la declinación a la administración del arbitraje traerá, nuevamente, la aplicación supletoria antes aludida en el sentido de convertir el arbitraje acordado como institucional a uno

(175) Si revisamos los Reglamentos Arbitrales de las principales instituciones, previos a la adecuación requerida por la Segunda Disposición Final de la nueva Ley de Arbitraje, no encontramos norma alguna que permita declinar a la administración.

(176) Reglamentos Arbitrales de la Cámara de Comercio de Lima:

Declinación a la administración del arbitraje

“Artículo 5º. Excepcionalmente, el Centro podrá declinar su designación como institución administradora de un arbitraje en los siguientes supuestos:

Cuando alguna de las partes haya sido objeto de sanción, de acuerdo a los Reglamentos Arbitrales del Centro.

Cuando los periodos de suspensión del arbitraje acordados por las partes superen los noventa (90) días consecutivos o alternados.

Cuando exista cualquier otra circunstancia que lo amerite, a criterio del Consejo Superior de Arbitraje.

El Consejo superior de Arbitraje, antes de la instalación del Tribunal Arbitral, se pronunciara sobre la declinación a la administración del arbitraje”.

de tipo *ad hoc*, dada la falta de voluntad o consenso de una de las partes, como lo es en este caso, la institución arbitral.

4. ADMINISTRACIÓN Y REGLAMENTO APLICABLE

El artículo 7º bajo comentario se cierra zanjando una discusión de vieja data referida al reglamento aplicable. En efecto, en diversos arbitrajes uno de los primeros incidentes se daban en función a si era de aplicación el Reglamento de la institución vigente al momento de iniciarse el arbitraje, o aquel que se encontraba vigente a la hora de la celebración del convenio arbitral.

Si bien esta discusión podía agotarse rápidamente mediante acuerdo de las partes en el acta de instalación —como pasaba la mayoría de las veces— en ciertas ocasiones la falta de acuerdo requería el pronunciamiento preliminar del Tribunal Arbitral, lo que de suyo conllevaba un primer cuestionamiento al arbitraje con el agravante de que la parte que se sentía perjudicada con esa decisión, pueda impugnar el laudo por supuesta violación al debido proceso.

Es, por tanto, positiva esta disposición en tanto prescribe las reglas de juego aplicables desde un primer momento, y evita que la eficacia del arbitraje se entampe con causales de anulación por el supuesto antes acotado.

La norma sobre el reglamento aplicable debe, además, leerse en consonancia con el artículo 33º de la nueva Ley de Arbitraje, el cual estipula el inicio del arbitraje en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje; claro está, siempre que nos encontramos frente a un arbitraje *ad hoc*, ya que de ser el arbitraje institucional, el inicio del arbitraje se ajustará a lo que regule el reglamento de la entidad administradora del proceso⁽¹⁷⁷⁾.

En cualquiera de los casos referidos, siempre podrán las partes pactar en sentido contrario a los efectos de aplicar el reglamento vigente al momento de la celebración de su convenio arbitral. Ello, por cuanto de esa manera las partes aseguran para su proceso una normativa inmutable, a pesar de las modificaciones posteriores que del mismo reglamento realice la institución arbitral y sobre la cuales, evidentemente, no tienen ningún control o participación.



(177) A modo de ejemplo, el artículo 17º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establece que el arbitraje se inicia en la fecha de presentación ante del Centro, de la petición de arbitraje respectiva dirigida al Secretario General.

Art. 8°.—Competencia en la colaboración y control judicial.

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.

3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

4. Para conocer del recurso de anulación del laudo será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente la Sala Civil Subespecializada en lo Comercial o, en su defecto, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez civil, del domicilio del emplazado o, si el emplazado no domicilia dentro del territorio peruano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

COMENTARIO ⁽¹⁷⁸⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. *Justificación.* 1.2. *Rol del Poder Judicial en el proceso arbitral.* 1.2.1. *Rol de apoyo o de colaboración.*

(178) Por FERNANDO MELÉNDEZ FERNÁNDEZ: Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas-UPC.

1.2.2. Rol de control. 2. Reglas de Competencia para la intervención de la autoridad judicial. 2.1. Competencia para la actuación de pruebas. 2.1.1. Competencia por el territorio. 2.2. Competencia para la adopción de medidas cautelares. 2.2.1. Competencia por la materia. 2.2.2. Competencia por el territorio. 2.3. Competencia para la ejecución forzosa del laudo. 2.4. Competencia para conocer del recurso de anulación del laudo. 2.4.1. Competencia funcional. 2.4.2. Competencia por la materia. 2.4.3. Competencia por el territorio. 2.5. Competencia para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. 2.5.1. Competencia funcional. 2.5.2. Competencia por el territorio.

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de cómo lo hacía la anterior Ley General de Arbitraje (en adelante LGA), que regulaba de forma inorgánica y bastante dispersa, los casos en los que las partes involucradas en un proceso arbitral podían recurrir al Poder Judicial para, por ejemplo, solicitar la designación de un árbitro u obtener la anulación de un laudo (sin precisar el tipo, ni clase de tal participación) la Nueva Ley Peruana de Arbitraje (en adelante LA) ha precisado dicha participación de forma bastante más ordenada y concisa, estableciendo en los seis numerales de su artículo 8º el tipo de la misma, así como la competencia de los órganos jurisdiccionales para tales supuestos. Si bien es cierto la LA va estableciendo en otros artículos, como por ejemplo el 45º para el caso de actuación de pruebas, la participación judicial estará siempre dada dentro del marco normativo fijado de antemano por el artículo bajo análisis.

Cabe indicar igualmente, que algunos de los supuestos de participación judicial previstos en la anterior ley, como es el caso de la designación y recusación de árbitros, y, el conocimiento del recurso de apelación han sido excluidos en la nueva, esto se debe como veremos más adelante, a que se ha pretendido dotar de una mayor autonomía al arbitraje, limitando para ello al máximo la posibilidad de una innecesaria participación judicial.

Cabe precisar que utilizo la expresión “participación” como sinónimo de colaboración, que es por la que ha optado la LA, dado que el término “intervención” se podría prestar a equivocadas interpretaciones, debido a que en estricto el Poder Judicial no debe intervenir nunca en los arbitrajes para interrumpirlos u obstaculizarlos, sino mas bien para coadyuvar con su marcha eficiente, así como para controlar la legalidad del procedimiento cuyo resultado debe ser un laudo ajustado a la ley y al derecho.

1.1. Justificación

Como sabemos, la LA, ha formado parte de un conjunto de normas legales promulgadas en distintas materias por el Poder Ejecutivo, vía facultades delegadas, cuya principal finalidad ha sido facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial suscrito con Estados Unidos, siendo una de estas normas legales justamente la LA que en relación a la anterior ha perseguido dotar al instituto de una mayor autonomía y eficacia.

En efecto, tal como se indica en la Exposición de Motivos, de la nueva ley:

“tiene como objetivo cumplir con lo establecido en el Acuerdo de Promoción Comercial, mejorando la regulación del arbitraje y, en particular, la vinculada al 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 Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975”.

Si bien es cierto que con la promulgación de la LGA, nuestro país introdujo una regulación legal moderna en materia de arbitraje, lo que generó a su vez una consolidación del instituto como mecanismo eficiente de resolución de conflictos, especialmente en materia comercial; la coyuntura económica favorable, reflejada en la creciente inversión extranjera por la que ha venido atravesando nuestro país en los últimos años exigía efectuarle algunos ajustes, los mismos que garantizarán a los potenciales inversionistas un nivel de arbitraje ajustado al estándar internacional más avanzado.

En esa línea los profesores, CANTUARIAS SALAVERRY y CAIVANO señalan que:

“La legislación anterior había significado un importante avance no sólo en la regulación normativa del arbitraje en el Perú, sino en sus efectos sobre la práctica efectiva. Sin embargo, la experiencia recogida en la última década, la sanción de nuevas y más modernas legislaciones comparadas (Alemania en 1998, España en 2003 y Austria en 2006) y la reciente actualización de la Ley Modelo de UNCITRAL (2006), estimularon al Perú a continuar el proceso de perfeccionamiento de sus normas sobre arbitraje, que había comenzado recién entrada la década del 90, con la sanción de la Ley General de Arbitraje (LGA) N° 25935 en 1992 y que continuó con la LGA N° 26572 en 1996”⁽¹⁷⁹⁾.

(179) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Magna Ediciones, Lima, 2008, p. 44.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, la LGA no pudo evitar que las partes involucradas en el trámite de un proceso arbitral por ella regulado, acudieran una y otra vez al Poder Judicial, ya sea para dilatar el trámite del proceso o la ejecución del laudo arbitral⁽¹⁸⁰⁾, intervención esta a la que me referí antes, como la proscrita por los fines que persigue.

Con la LA, aprobada por el D. Leg. Nº 1071, se busca superar estos límites para la autonomía del arbitraje y así garantizar su eficacia. En este sentido, en la Exposición de Motivos de dicha norma se señala lo siguiente:

“Mediante Resolución Ministerial Nº 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006 el Ministerio de Justicia conformó una Comisión para la revisión de la ley arbitral de 1996, esta Comisión trabajó un ‘Proyecto Modificatorio’ para ajustar aspectos centrales de la estructura arbitral que permitiera cerrar vacíos y corregir errores que favorezcan un desarrollo eficiente del arbitraje y compromete a los operadores del sistema a un mayor estudio y una aplicación responsable de la ley”.

Para esos efectos, los elementos o principios que inspiraron esta reforma parcial de la ley arbitral de 1996, y que se mantienen en la nueva ley, fueron los siguientes:

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 ello se propuso fortalecer la defensa de la competencia de los árbitros, priorizar un control *ex-post* del laudo por medio del recurso de anulación y 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 propuso la participación de las Cámaras de Comercio para las designaciones residuales de los

(180) Al respecto, ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María, “De la Interrelación a la Interferencia del Poder Judicial en los Procesos Arbitrales: Límites de su Actuación”. En: *Themis Revista de Derecho*, Nº 53, 2007, p. 93. La autora señala: “En conclusión, sólo siguiendo lo previsto en la Ley General de Arbitraje (en adelante, ‘LGA’) podemos advertir que las condiciones están dadas para constituir un campo fértil para la dilación, muchas veces indebida, en el reconocimiento de eficacia y en la ejecución de la decisión arbitral. Se trata de la conjunción de tres elementos: i) una norma permisiva; ii) una parte renuente a cumplir con un mandato arbitral; y, iii) la falta de conocimiento de los límites de la actuación judicial en la vida de un arbitraje”.

árbitros y la resolución de recusaciones, en sustitución de los procesos judiciales que resultaban perjudicialmente extensos.

[...]

e. Mejorar la regulación de las medidas cautelares para reforzar no sólo las facultades de los árbitros en este aspecto, sino para evitar conflictos entre las medidas dictadas en sede arbitral con las dictadas en sede judicial.

f. Mejorar la regulación de la ejecución del laudo para favorecer su cumplimiento, debiendo solo suspenderse ante la pendencia del recurso de anulación en la Corte Superior y siempre que se constituya una garantía adecuada”.

Según puede verse del texto glosado, uno de los objetivos principales de la nueva ley ha sido el limitar al mínimo y a lo estrictamente necesario el intervencionismo judicial, precisando concretamente en el artículo 8º bajo comentario, cada uno de los supuestos de dicha intervención, este artículo concuerda a su vez con el artículo 3º del mismo D. Leg. N° 1071, el cual establece que: “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”.

Nótese que en los supuestos contemplados en el citado artículo 8º, ya no se prevé la participación de la autoridad judicial para la designación y recusación de árbitros, pues la facultad que la LGA le atribuía al Poder Judicial para tales casos, ahora la ejercerá la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje, o en su defecto, la del convenio arbitral, o, de la localidad más cercana, según puede verse de los artículos 23º y 29º de la LA.

Asimismo, se excluye en la nueva LA la posibilidad de poderse interponer ante la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje, el recurso de apelación previsto en el artículo 63º de la LGA. La eliminación de este supuesto nos parece absolutamente acertada en línea con nuestros comentarios iniciales, pues si las partes desde el momento mismo de la celebración del contrato que estipulaba el convenio arbitral, decidieron someter sus diferencias a la decisión de esta justicia alternativa, mal hacían luego, cuando estipulaban la revisión de este resultado por parte de la justicia ordinaria.

De esta manera, tal como señalan CANTUARIAS SALAVERRY y CAIVANO “la LGA logra combinar, acertadamente, una amplia autonomía del arbitraje con una adecuada dosis de supervisión judicial”⁽¹⁸¹⁾, objetivo que se ve reflejado en el artículo 8º en comentario.

(181) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, *op. cit.*, p. 48.

1.2. Rol del Poder Judicial en el proceso arbitral

Como sabemos el arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos sobre materias disponibles, por el cual los intervinientes en un contrato determinado de manera voluntaria acuerdan someter cualquier futura controversia a la decisión de un tercero particular, renunciando con ello al mecanismo de la justicia ordinaria prevista y administrada por el Estado⁽¹⁸²⁾. Es debido a este origen privado, que no proviene de un mandato del Estado, sino de la libre voluntad de las partes contratantes, que la autoridad judicial se ve “impedida” de conocer las materias sometidas a arbitraje, ya que si aquellas en ejercicio de su autonomía de la voluntad decidieron que su controversia sea resuelta por un particular y no por el órgano jurisdiccional, mal harían luego si pretendieran derivar dicha controversia a la justicia ordinaria y mal está también en caso de aceptar dicha intervención fuera de los casos legalmente permitidos.

A esto se le denomina el efecto negativo del convenio arbitral, por el cual se excluye a la intervención judicial a fin de dotar de autonomía al arbitraje. Sobre el particular, AGUILAR, Fernando señala que “las partes que pactan un acuerdo arbitral delegan válidamente la jurisdicción que la ley establece para un juez a favor de un juez privado e independiente llamado árbitro”⁽¹⁸³⁾.

MONTSERRAT GUZMÁN al comentar la nueva Ley de Arbitraje española - Ley 60/2003, refiere sobre este tema que:

“Como ha puesto de relieve la doctrina, cuando las partes deciden someter el contrato a arbitraje están excluyendo la actuación de un tribunal estatal y de hecho, en la legislación española la nueva ley de arbitraje del 2003 ha previsto que en los asuntos sometidos a convenio arbitral los tribunales no podrán intervenir salvo que se disponga otra cosa, limitándose la función de estos a las labores de apoyo y control, como la adopción de medidas cautelares”⁽¹⁸⁴⁾.

(182) Al respecto, ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, J. M. Bosch S.A., Barcelona, 1992, p. 32. El autor señala que: “el arbitraje se configura como un medio voluntario de heterocomposición dispositiva de conflictos intersubjetivos, alternativo y condicionalmente excluyente del proceso judicial, que proporciona una decisión definitiva, irrevocable y ejecutiva”.

(183) AGUILAR, Fernando, “Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación”. En: *El Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Ediciones Magna, Lima, 2008, p. 202.

(184) GARBERÍ LLOBREGAT, José (director), *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*, Tomo I, Editorial Bosch S.A., Barcelona, 2004, p. 140. En el mismo sentido, se señala que: “El convenio arbitral es precisamente un pacto excluyente de la intervención judicial. Dicho convenio ha de ser respetado tanto por los tribunales (he ahí la oportunidad de este proceso) como por las propias partes (art. 11.1 LA). Pero esta obligada ausencia

En consecuencia y reiterando lo varias veces mencionado se justifica y acepta la participación de la autoridad judicial en los casos que se requiera su apoyo para dotar de eficacia al arbitraje, así como para el control del procedimiento en el que el laudo ha sido expedido e incluso para la revisión de este último en aquellos casos taxativamente previstos en la ley, más no para utilizarlo como “herramienta” de obstrucción que vulnere su eficacia.

1.2.1. Rol de apoyo o de colaboración

En la línea de lo indicado en los párrafos precedentes, si bien el Estado debe garantizar la autonomía del instituto, en la medida que las partes decidieron someter su controversia al conocimiento y reglas de un arbitraje y no de un proceso judicial, debe también en ciertos casos, coadyuvar a la eficacia de su trámite, permitiendo en casos específicos el apoyo de la autoridad judicial. Estos casos pueden resumirse en dos: (i) cuando los árbitros no están en aptitud —legal o material— de realizar determinados actos (v. gr. adopción de medidas cautelares previas al arbitraje); y (ii) cuando la decisión de los árbitros requiere para hacerse efectiva, de la ejecución forzada de la autoridad judicial, ante la falta de cumplimiento espontáneo de la parte obligada (v. gr. actuación de ciertos medios probatorios, así como la ejecución de determinadas medidas cautelares que impliquen el uso de la fuerza pública).

En nuestra LA estos supuestos han sido denominados como de colaboración judicial y los encontramos establecidos en los numerales 1, 2, 3 y 6 del artículo 8°, bajo comentario. Como he señalado antes, han quedado excluidos los casos de nombramiento y recusación de árbitros, previstos en la anterior ley.

1.2.2. Rol de control

Ahora bien, en cuanto al rol de control de la autoridad judicial, vía el mecanismo establecido en el numeral 4 del artículo 8° en comentario, éste debe ceñirse a la revisión de la validez del laudo o del procedimiento en el que éste fue dictado, nunca a la revisión del fondo de la controversia, la decisión de los árbitros, ni de los criterios que sustentan dicha decisión.

está prevista sólo en tanto exista entre las partes la colaboración necesaria, de manera que se diluye en los supuestos en que quiebra el consenso entre las partes, que es cuando se hace necesaria la potestad coercitiva con que cuentan los jueces y de la que carecen los árbitros”.

No obstante lo anterior, soy de la opinión que para el caso de la intervención judicial originada en un recurso de anulación que se funde en una evidente motivación defectuosa del laudo, aquella es obligatoria y la autoridad judicial no puede eximirse de su obligación de control, bajo el argumento, en ese caso equivocado, que no puede revisar lo resuelto por los árbitros o el tribunal, pues no es eso lo que el recurrente le estaría solicitando en este hipotético recurso, sino la revisión de un laudo en el que se habría incurrido en una motivación defectuosa que atentaría contra su derecho a un debido proceso.

2. REGLAS DE COMPETENCIA PARA LA INTERVENCIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

Encontrándose reconocida la intervención de la autoridad judicial en el arbitraje, no para interferir en su autonomía, sino para ejercer —excepcionalmente— un rol de apoyo y control en casos específicamente establecidos por la ley, resulta necesario establecer qué órgano jurisdiccional ejercerá dichos roles en el caso específico que se requiera de su actuación. A esto se refiere el segundo aspecto del artículo 8° de la LA al que nos habíamos referido líneas arriba, que también se caracteriza por mejorar la dispersión que existía en la LGA, respecto a la regulación de la competencia en los casos de participación judicial.

Según puede verse de dicho dispositivo, en él se establecen tres criterios para determinar la competencia del órgano jurisdiccional que podrá intervenir en el proceso arbitral en los casos antes indicados: (i) la materia; (ii) el territorio; y (iii) el grado o la función.

Antes de hacer referencia a cada uno de esos criterios, según lo establecido para cada supuesto de participación judicial, es preciso hacer una anotación respecto a la competencia en función de la materia.

Como puede verse, en cada uno de los seis supuestos del artículo 8° de la LA se ha establecido que será competente el juez o la Sala (según el caso) con subespecialidad en lo comercial, o, en su defecto, el juez o sala especializado en lo civil. El hecho de incorporar la subespecialidad comercial como criterio para determinar la competencia de la autoridad judicial se debe a que la nueva Ley ha sido promulgada con posterioridad a la implementación de dicha subespecialidad dispuesta por Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 2 de octubre de 2004.

Ahora bien, no dudo que el propósito del legislador haya sido contribuir a que los jueces que participen en el arbitraje, bien sea para coadyuvar con el proceso o para controlarlo, sean jueces especializa-

dos en una u otra materia; sin embargo, creo que la redacción no ha sido muy afortunada, pues, el establecer que deba recurrirse al juez comercial, o, en su defecto, al juez civil, podría dar a entender que solo a falta del primero, se deba recurrir al segundo, cuando lo correcto debió ser que la competencia de uno u otro órgano jurisdiccional corresponda al de la materia de la controversia, de modo que se deba recurrir a los juzgados comerciales solo cuando las pretensiones sean las mismas que las estipuladas en el artículo primero de la Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, y a los jueces civiles cuando la materia del arbitraje sea de tal naturaleza.

Lo contrario supondría que, aun cuando la controversia sometida a arbitraje no sea de naturaleza estrictamente comercial, las partes deban recurrir a un juzgado especializado en esta materia y solo a falta de éste (entiéndase, en razón del territorio) deban recurrir al juez civil. Esto en lugar de contribuir a la especialidad que se busca en el arbitraje, podría originar el efecto contrario, o, dar lugar a cuestionamientos de la competencia de la autoridad judicial, que entorpecerían el trámite del arbitraje.

En conclusión, considero que la norma debió precisar que la competencia de los jueces civiles o comerciales se debía dar en razón de la materia de controversia sometida a arbitraje y sólo en aquellos distritos judiciales en que no existiera la subespecialidad comercial, la competencia, independientemente de la materia, debía corresponder a los juzgados civiles o mixtos.

2.1. Competencia para la actuación de pruebas

2.1.1. Competencia por el territorio

Según el inciso 1, del artículo 8º de la LA, el juez competente para la asistencia en la actuación de pruebas será: (i) el del lugar del arbitraje, o (ii) el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.

Como vemos la norma deja librado a la conveniencia del interesado la elección del juez que deberá tramitar la actuación de su medio probatorio.

Sobre el particular, ARANGÜERA FANEGO, comentando el artículo 8º de la ley de arbitraje española Ley 60/2003, similar al de nuestra LA, señala lo siguiente:

“Y en cuanto a los criterios para la determinación de la competencia territorial se fijan dos a elección de quienes impetren el auxilio (los árbitros o las partes con su consentimiento); el lugar del arbitraje o el lugar donde hubiere de prestarse la asistencia, dando así las máximas facilidades para

que pueda materializarse la prueba para cuya práctica sea necesario o conveniente recurrir al auxilio de la jurisdicción.

De este modo, si bien lo más habitual sea acudir al Juzgado del lugar del arbitraje, concentrando allí las actuaciones que el proceso arbitral requiera, en ocasiones podrá ser más acertado que para algún tipo de prueba en la que se solicite auxilio jurisdiccional se practique en otro lugar por existir causa que lo aconseje (v.gr., residir allí los testigos, encontrarse sito en un inmueble que deba reconocerse, etc.), dirigiéndose entonces la petición de auxilio judicial al Juzgado de Primera Instancia de dicho lugar” ⁽¹⁸⁵⁾.

Cabe anotar que la norma nada dice respecto al supuesto que en un mismo proceso arbitral se requiera recurrir a la autoridad judicial para la actuación de más de una prueba, en cuyo caso, atendiendo a que la finalidad de la norma no es otra que hacer expeditiva la actuación del medio probatorio, debe entenderse que la parte puede optar por recurrir a un juez distinto del que actuó el anterior medio probatorio.

2.2. Competencia para la adopción de medidas cautelares

2.2.1. Competencia por la materia

La competencia para los casos de adopción judicial de medidas cautelares, está establecida en el inciso 2, del artículo 8º de la LA, en el cual —como he indicado líneas arriba— se ha previsto que el juez competente sea el juez comercial, o, en su defecto, el juez civil.

Sobre el particular, me remito a lo dicho anteriormente respecto a la importancia de que las partes puedan recurrir indistintamente al juez comercial o civil, según la materia de la controversia sometida a arbitraje, y no al primero en defecto del segundo.

2.2.2. Competencia por el territorio

Un aspecto importante de la LA en esta materia es que contempla la posibilidad de poder adoptar o ejecutar medidas cautelares en el extranjero, en cuyo caso, la competencia de la autoridad judicial deberá ceñirse a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares que pudiera tener celebrados nuestro país.

(185) ARANGÜERA FANEGO, Coral. En: GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (director). *Comentarios Prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid-España, Editorial Lex Nova, 1ª ed., 2004, ps. 152/153.

Aspecto importante a resaltar sobre este tema es que la redacción del numeral 2 del artículo 8° de la LA, al utilizar la expresión “adoptarse o ejecutarse”, parecería estar dando a entender que cuando estas medidas deban ser adoptadas o ejecutadas en el extranjero, sólo podrán ser o lo uno o lo otro, pero no ambas a la vez, lo cual resultaría absurdo, de allí que lo correcto debió haber sido que el texto utilice la conjunción copulativa “y” y no la conjunción disyuntiva “o”. Comentario final sobre este tema resulta ser el que independientemente del hecho que la medida cautelar haya sido adoptada, vale decir otorgada, por el tribunal arbitral competente o a pedido de este por el órgano jurisdiccional peruano, nada impediría que la misma se ejecute fuera de nuestro territorio de acuerdo a lo establecido en tales convenios internacionales.

2.3. Competencia para la ejecución forzosa del laudo

Si bien es cierto viene siendo cada vez más frecuente que los laudos arbitrales sean cumplidos con el solo requerimiento de los Tribunales Arbitrales competentes, en las más de las veces resulta necesario la intervención judicial para ello, dado que como es sabido la justicia privada carece de la facultad coercitiva, así como del *jus imperium* del que esta investida la justicia común.

Al respecto, ARANGÜENA FANEGO señala que:

“La exclusión de los árbitros de esta función obedece a la clásica distinción entre *auctoritas* y *potestas*, pues si bien gozan de la primera para resolver el conflicto intersubjetivo con efectos de cosa juzgada, carecen de la segunda a fin de hacer cumplir su decisión al respecto, a diferencia de los órganos jurisdiccionales a quienes la Constitución —artículo 117.3— otorga con exclusividad el ejercicio de la función jurisdiccional, no sólo juzgando sino también haciendo ejecutar lo juzgado”⁽¹⁸⁶⁾.

Cuestión similar sucede con la ejecución de las medidas cautelares, pues si bien conforme al artículo 47° de la LA los árbitros pueden adoptar medidas cautelares, no siempre podrán ejecutar las mismas, en el caso que para ello se requiera de la potestad coercitiva de la que están privados (v. gr. ejecutar una medida cautelar de secuestro), lo cual no sucede en los casos en que la ejecución de la medida cautelar consista en un acto de trámite, como por ejemplo la inscripción de la misma en una partida registral, en la que el registrador público por el solo mérito de la notificación arbitral podría disponerla.

El numeral 3 del artículo 8° de la LA precisa la competencia de los jueces ordinarios para la ejecución forzosa y en su artículo 68° los re-

(186) *Ibíd.*, ps. 160/161.

quisitos para llevar a cabo dicha ejecución. Se repite también para este caso el defecto ya anotado de establecer que sólo en defecto del juez comercial será competente el juez civil.

Finalmente, el inciso 4 del artículo 68º de la LA establece la prohibición, bajo responsabilidad del juez que conoce de la ejecución, de admitir recursos, entiéndase distintos a los dos únicos que establece el inciso 3 del mismo artículo, que entorpezcan la ejecución del laudo.

2.4. Competencia para conocer del recurso de anulación del laudo

2.4.1. Competencia funcional

En el caso del recurso de anulación del laudo, la LA mantiene el criterio ya establecido por la LGA en cuanto a que el grado o instancia del órgano jurisdiccional competente para conocer del trámite del mismo sea el de una Sala Superior.

2.4.2. Competencia por la materia

En la LA se establece que el recurso de anulación de laudo deberá ser conocido por la sala subespecializada en lo comercial, o, en su defecto, por la sala civil. El hecho de contemplar la subespecialidad comercial como criterio para fijar la autoridad judicial, como se ha indicado en los párrafos precedentes, se debe a la creación de la subespecialidad comercial realizada mediante Resolución Administrativa N° 006-2004-SP-CS, que en el caso específico del recurso de anulación contra laudos arbitrales, estableció en el literal c, numeral 2, de su artículo primero, que compete a la Sala Comercial el conocimiento: “c. 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.”

En el presente caso la lógica de establecer la competencia de la Sala Superior competente para el trámite del recurso de anulación, parecería responder como una cuestión natural al de la materia del arbitraje, así si la materia objeto de este es comercial, lo lógico sería que el recurso de anulación interpuesto contra el laudo sea de competencia de la sala subespecializada en tal materia; sin embargo, siendo que las causales de anulación responden fundamentalmente a cuestiones formales que nada tienen que ver con la materia del arbitraje, esta competencia en razón de especialidad no nos parece significativa, siendo incluso en mi opinión que dado la naturaleza de las causales de anulación, la competencia del recurso debió ser fijada en cabeza de los novísimos jueces constitucionales de reciente creación. Avala mi

tesis el hecho que en ningún caso el órgano jurisdiccional competente podrá entrar a revisar el fondo de lo resuelto en el laudo ni modificar lo resuelto por el tribunal en este, sino únicamente anularlo por los vicios cometidos al momento de su expedición.

2.4.3. Competencia por el territorio

La LA al igual que la anterior LGA establece la competencia del órgano jurisdiccional ante el cual debe presentarse el recurso en la del lugar en que se desarrollo el arbitraje.

2.5. Competencia para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

2.5.1. Competencia funcional

El numeral 5° de la LA establece que será competente para conocer de la demanda de reconocimiento de un laudo extranjero la Sala Comercial o en su defecto la Sala Civil del domicilio del emplazado, por su parte, el numeral 6° le otorga al juez especializado en lo comercial o en su defecto al especializado en lo civil, la competencia para la ejecución de un laudo extranjero.

Tales numerales concuerdan con el trámite establecido para el reconocimiento de resoluciones judiciales y laudos expedidos en el extranjero, previsto en el Subcapítulo 11, Título II, de la Sección Sexta del Código Procesal Civil, que regula el trámite de los procesos no contenciosos, estableciendo el artículo 837° de esta sección que conocerá de dicho reconocimiento la Sala Civil de turno de la Corte Superior en cuya competencia territorial tiene su domicilio la persona contra quien se pretende hacer valer.

2.5.2. Competencia por el territorio

La parte *in fine* de los numerales 5 y 6 del artículo 8° de la LA contempla la posibilidad que el emplazado, vale decir la persona contra la cual intente hacerse reconocer y ejecutar el laudo, ante órganos jurisdiccionales nuestros, no domicilie en el Perú, estableciendo en ese caso a modo de consecuencia, que tanto el reconocimiento como la ejecución deba ser hecha en el lugar “donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos”. En mi opinión tal supuesto debe ser entendido sólo como aquel en el que el emplazado, sin domiciliar en el Perú, tenga bienes en el país o ejerza de algún modo aquí sus derechos, pues lo contrario, vale decir la ausencia, también de estos dos elementos, dejaría sin contenido a tales numerales, puesto que si el emplazado no

domicilia, no tiene bienes y no ejerce de ninguna forma su representación en el Perú, lo que correspondería es que se le emplace en el país en el que lo haga bajo las normas del mismo y no del nuestro.



Art. 9º.—Formalidad de documentos en la colaboración y control judicial.

1. Todo escrito o petición dirigida a una autoridad judicial de la República deberá ser redactado en español.

2. Todo documento otorgado fuera del país que sea presentado ante una autoridad judicial de la República deberá ser autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia del documento y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces.

3. Si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a este idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable.

COMENTARIO ⁽¹⁸⁷⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Justificación.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo en comentario regula un aspecto formal derivado del artículo 8º de la LA, pues al haberse establecido en este último supuestos en los que se puede recurrir al Poder Judicial en busca de apoyo y/o control en un arbitraje, nacional o internacional, el legislador ha considerado pertinente precisar el idioma en que deben estar redactados los documentos que se presenten ante la autoridad judicial.

Cabe anotar que tal supuesto se encontraba ya previsto en el artículo 96⁽¹⁸⁸⁾ de la anterior LGA - Ley N° 26572, la cual contemplaba

(187) Por FERNANDO MELÉNDEZ FERNÁNDEZ: Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

(188) “**Artículo 96º.- Formalidad de los documentos ante el Poder Judicial.**

Todo escrito o petición dirigido a una autoridad judicial de la República, deberá ser redactado en idioma castellano. Todo documento otorgado fuera del país que

tres supuestos similares a los establecidos en el artículo 9º de la actual LA, con algunos cambios que precisamos a continuación.

2. JUSTIFICACIÓN

El primer numeral del artículo 9º establece que todo escrito o petición dirigido a la autoridad judicial de nuestro país, deberá ser redactado en idioma español. Esta redacción es igual al primer supuesto previsto en el artículo 96º de la LGA, con la diferencia que en dicha norma se refería al idioma castellano.

El idioma castellano es “el oficial en España y pueblos americanos de su raza”⁽¹⁸⁹⁾, y se entiende por idioma español a la “lengua común de España y de muchas naciones de América, hablada también como propia en otras partes del mundo”⁽¹⁹⁰⁾.

Consideramos que la LA ha optado de forma correcta por el idioma español, ya que propiamente el castellano es el idioma oficial de España, conforme lo señala el artículo 3º del título preliminar de la Constitución Española de 1978⁽¹⁹¹⁾.

Si bien el artículo 48⁽¹⁹²⁾ de la Constitución Política del Perú, ha establecido como idioma oficial, entre otros, al castellano. Debemos anotar que propiamente existe una confusión ya advertida. Sin embargo, en la práctica se usa como sinónimos al castellano y al español.

sea presentado ante una autoridad judicial de la República, deberá ser legalizado con arreglo a las leyes del país de donde el documento procede y autenticado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces, del lugar del otorgamiento. Si el documento no estuviera redactado en castellano, deberá ser traducido a dicho idioma por un agente diplomático o consular peruano o quien haga sus veces, del lugar del otorgamiento, o por un traductor oficial”.

(189) CABANELLAS, Guillermo, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II, ed. 24ª, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1996, p. 101.

(190) *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, ed. 22ª, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 2001, p. 973.

(191) “**Artículo 3º** (Título Preliminar de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978.).

1. **El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.**

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección”.

(192) “**Artículo 48º.- Idiomas oficiales**

Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aimara y las demás lenguas aborígenes, según la ley”.

Así la exigencia de que los documentos dirigidos a la autoridad judicial sean redactados en español, tiene origen constitucional. Cabe anotar que si bien en dicho artículo se comprende a otras lenguas aborígenes como idiomas oficiales, comparto la opinión del constitucionalista GARCÍA BELAUNDE cuando señala que se trata de una “defectuosa redacción constitucional, que no logra esconder una realidad: el castellano es el idioma oficial del país, y las demás lenguas, sobre todo el quechua gozan de aceptación, reconocimiento y apoyo, por ser parte de nuestro legado histórico, pero sin que desplacen aquella [...]”⁽¹⁹³⁾.

Entonces, resulta obvio que existe una evidente relación entre el artículo 9º de la LA y el reconocimiento del idioma español, o denominado castellano, en nuestra Constitución Política como idioma oficial, de la cual nace la exigencia de que los documentos que se presenten en un proceso arbitral tengan que ser redactados en tal idioma.

El “idioma oficial es aquel en el que cada persona puede comunicarse dentro de un determinado país o territorio. Es también, el que utilizan las autoridades para el cumplimiento de sus funciones y la atención a las personas”⁽¹⁹⁴⁾.

Por otro lado, el término oficial “suele emplearse en referencia a lo que tiene un valor jurídico público, reconocido como tal por el Estado o por que directamente lo identifica”⁽¹⁹⁵⁾.

Se puede establecer que el idioma oficial es utilizado tanto por los nacionales como por el Estado. Por ello, cualquier comunicación o pedido ante los órganos que componen al Estado debe realizarse en su idioma oficial, en nuestro caso el español.

La precisión contemplada en el artículo 48º de la Constitución, se encuentra también en el artículo 130º del Código Procesal Civil, el cual establece como uno de los requisitos de forma de los escritos a ser presentados en un proceso judicial, que estos —como regla general— sean redactados en idioma castellano. A continuación glosó el texto de dicho artículo:

(193) GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Idiomas Oficiales”. En: GUTIÉRREZ, Walter (Director), *La Constitución Comentada*, Tomo I, Gaceta Jurídica, 2005, p. 720.

(194) RUBIO CORREA, Marcial, *Estudio de la Constitución Política de 1993*, Tomo 3, 1ª ed., Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, p. 79.

(195) BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993. Análisis Comparado*, 3ª ed., ICS Editores, Lima, 1997, p. 323.

“Artículo 130º.- Forma del escrito.

El escrito que se presente al proceso se sujeta a las siguientes regulaciones:

[...]

7. Se usa el idioma castellano, salvo que la ley o el juez, a pedido de las partes, autorice el uso del quechua o del aymara”.

En línea con lo hasta aquí tratado cabe preguntarnos ¿qué sucede cuándo el documento a ser presentado ante el órgano jurisdiccional ha sido otorgado fuera del país? Pues bien, según el numeral 2 del artículo 9º bajo comentario (cuyo texto es similar a la redacción que tenía en el artículo 96º de la LGA), el documento primero deberá ser autenticado en el país de donde procede, con lo cual se entiende que deberá ser legalizado ante una autoridad que tenga competencia para ello y, luego, ser certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces, a fin de que el mismo produzca o pueda producir efectos jurídicos en nuestro país.

Sobre el particular, el artículo 433º del Reglamento Consular del Perú, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2005-RE, establece que los funcionarios consulares pueden dar fe pública de hechos, actos y de contratos que se celebren ante ellos y que estén destinados a producir efectos jurídicos en territorio nacional o fuera de él, conforme a la legislación nacional.

Asimismo, dicho Reglamento dispone (en su artículo 434º) que en relación a actos notariales, los funcionarios consulares deberán observar las normas propias establecidas por el Código Civil, Procesal Civil y la Ley del Notariado.

En ese sentido, cabe anotar que los funcionarios consulares tienen una competencia notarial (dar fe de los actos y contratos que ante él se celebren) circunscrita solamente a la Oficina Consular ante la que se encuentren acreditados.

Finalmente, la norma en comentario establece como tercer supuesto, que si el documento no estuviera redactado en español deberá acompañarse traducción simple a dicho idioma, salvo que la autoridad judicial considere, en razón de las circunstancias, que debe presentarse una traducción oficial en un plazo razonable.

Este supuesto, difiere del último contemplado en el artículo 96º de la derogada Ley de Arbitraje, el cual establecía que la traducción debía ser realizada por un agente diplomático o consular peruano o quien haga sus veces, del lugar del otorgamiento, o por un traductor oficial.

En el presente caso la nueva LA incorpora la posibilidad que la autoridad judicial cuando lo juzgue necesario, solicite una traducción

oficial del documento redactado en otro idioma, así la parte interesada hubiera acompañado una traducción simple del mismo, esto se debe u origina en la necesidad y obligación que debe existir en que la actuación judicial garantice a las partes la mayor seriedad y formalismo en cuanto a su intervención y de paso respete o adecue su actuación a los principios elementales del debido proceso.

Para ello se tiene a los Traductores Públicos Juramentados⁽¹⁹⁶⁾, quienes cumplen la función de efectuar traducciones oficiales escritas de documentos, tanto de un idioma extranjero al idioma español (traducción directa) como del idioma español a un idioma extranjero (traducción inversa).

En ese sentido, las traducciones que realicen los Traductores Públicos Juramentados en el ejercicio de sus funciones merecen fe pública y tienen plena validez legal, esto implica que se de un pleno reconocimiento de validez o autenticidad del documento traducido.

No obstante lo anterior, la autoridad judicial deberá tener en cuenta que el artículo en comentario ha establecido como regla general que la traducción que se presente ante la autoridad judicial sea simple, esto es, no oficial o sin la intervención de la autoridad consular o diplomática pertinente, y sólo cuando la autoridad judicial lo considere, en “razón de las circunstancias”, podrá solicitar una traducción oficial. Con ello se deja a criterio de la autoridad judicial, previa justificación y motivación en su resolución, solicitar una traducción oficial.

El objetivo de la norma creemos ha sido, además de eliminar el costo que conlleva obtener una traducción oficial, simplificar en cuanto a tiempo la obtención de un documento de estas características, aceptando como válida una traducción simple. Desde luego, habrá responsabilidad de la parte que maliciosamente presente traducciones que no se ajusten al documento original.



Art. 10°.—Representación de la persona jurídica.

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar

(196) Los Traductores Públicos Juramentados, se encuentran regulados por Decreto Ley N° 18093, Ley de Traductores Públicos Juramentados. Dicha norma dispone la traducción de documentos para uso y servicio de particulares que será ejercido por profesionales libres.

convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

COMENTARIO ⁽¹⁹⁷⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El Convenio Arbitral, Naturaleza Contractual y Consecuencias de Defectos en la Representación.* 3. *Las Facultades del Gerente General y de los Administradores Equivalentes para Pactar Arbitraje.* 3.1. *La protección de la confianza en los actos celebrados por representación.* 3.2. *El convenio arbitral como un acto ordinario vinculado al objeto social.* 3.3. *Sobre la pertinencia de los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil.* 4. *La Facultad para pactar arbitraje bajo el poder para celebrar un contrato.* 5. *La consistencia del artículo 10° con la jurisprudencia arbitral internacional.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 10° aclara una situación que nunca debió haber requerido aclaración. Como consecuencia de un caso arbitral, se desató en el Perú toda una discusión sobre cuáles debían ser las facultades que debía tener un representante para suscribir un convenio arbitral. El caso, además del arbitraje mismo, dio origen a una serie de procedimientos judiciales, incluidas acciones de *hábeas corpus* y amparo, procesos penales y un recurso de anulación del laudo. Este caso ha sido bautizado con distintos nombres: caso Sulliden, caso Algamarcas e incluso caso Cantuarias, cuando nos referimos al *hábeas corpus* que tuvo que iniciar uno de los árbitros para defender su libertad ante una acción penal absurda. Para fines de este caso lo llamaremos el caso *Sulliden*.

El caso *Sulliden* ha generado quizás la jurisprudencia arbitral más conocida (y hasta hoy la más importante) del Perú, entre otras cosas porque dio origen a varios pronunciamientos del Tribunal Constitu-

(197) Por ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

cional que reforzaron y blindaron el arbitraje contra la injerencia de la autoridad judicial. De hecho, el caso Sulliden generó tal preocupación de una injerencia indebida del Poder Judicial en los arbitrajes, que fue una de las causas que explican la conformación de la Comisión Técnica que terminaría elaborando el proyecto de Ley que daría vida a la vigente LA. Y la LA ha dejado en su articulado, marcadas las huellas de Sulliden en varias partes. Por ejemplo, explica la preocupación del artículo 3º de la Ley en restringir la injerencia judicial. Otro de los ejemplos es precisamente el artículo 10º, que es objeto de este comentario.

En el caso *Sulliden*, los demandados en el arbitraje arguyeron que su Gerente General carecía de las facultades para someter a arbitraje un contrato de transferencia de derechos mineros. Incluso negaron que los poderes especiales otorgados por la Junta de accionistas para celebrar esos contratos le permitieran someterlos arbitraje. Sostuvieron que someter a arbitraje un contrato es un acto de disposición y una renuncia a la jurisdicción ordinaria, decisiones que requieren de poderes especiales y expresos.

Con esas teorías llegaron incluso a conseguir una decisión judicial de anulación ante la Corte Superior, decisión que sería declarada nula por la Corte Suprema. Antes que la Corte Superior volviera a pronunciarse, un arreglo entre las partes dio fin a la controversia. Sin embargo, el largo y tortuoso camino recorrido dio origen al artículo 10º de la LA.

La exposición de motivos deja traslucir esa situación al explicar la razón por la que se incorporó el referido artículo:

“Artículo 10º.

La ley arbitral de 1996 no se pronunciaba expresamente sobre las facultades de representación necesarias para someterse a arbitraje o participar en el proceso arbitral, *lo que generó conflictos de interpretación sobre el tipo de poderes necesarios, que puede limitar en el futuro el desarrollo del arbitraje*. Para estos efectos, el artículo 10º establece que debe presumirse que los gerentes o administradores de personas jurídicas cuentan con dichas facultades. Así se uniformiza en una sola norma el tema de las facultades de los representantes de las personas jurídicas para celebrar convenios arbitrales y para representarlas en procesos arbitrales, sin necesidad de acudir a otras normas distintas” (énfasis agregado).

La norma deja claro algo que no hubiera sido necesario aclarar si los abogados no hubieran inventado argumentos que, desvirtuando la naturaleza de las cosas, desconocían que los gerentes generales están autorizados para suscribir convenios arbitrales por el solo hecho de ocupar el cargo que ocupan.

Para evitar que el problema se repita, la LA hizo cuatro cosas:

- a.* Reguló en una sola norma las facultades de representación necesarias para suscribir convenios arbitrales, facultades que estaban dispersas en una serie de cuerpos normativos.
- b.* Estableció con toda claridad que los gerentes generales y los administradores equivalentes en una persona jurídica pueden celebrar dichos convenios.
- c.* Dejó establecido que el poder para celebrar un contrato implica el poder para someterlo a arbitraje, salvo disposición distinta de quien otorga el poder.
- d.* Modificó los artículos 14° y 188° de la Ley General de Sociedades para no dejar margen de duda sobre las facultades que tiene el Gerente General o los administradores equivalentes para someter contratos o controversias a arbitraje.

Es importante anotar que, si bien la sumilla del artículo se refiere a la representación de las personas jurídicas, a nuestro criterio la norma allí contenida va más allá y puede tener consecuencias para la celebración de arbitrajes por personas naturales a través de representantes. El párrafo 2, establece, como hemos visto, que el contar con un poder para celebrar un contrato hace presumir, salvo pacto en contrario, que se puede someter dicho contrato a arbitraje. Así se asume que, quien otorga un poder para, por ejemplo, celebrar un arrendamiento, está de acuerdo, por el solo hecho, de que el representante pueda incluir una cláusula arbitral en el referido contrato, salvo, claro está, que haya limitado expresamente esa posibilidad. A nuestro criterio, dicho dispositivo también se aplica en el caso de que quien otorgue el poder para celebrar el contrato sea una persona natural. Por ello, no debemos dejarnos confundir por una sumilla que no refleja y no tuvo intención de limitar el verdadero contenido del artículo.

En el presente comentario se analizará la situación anterior a la entrada en vigencia de la LA por dos razones. La primera es para comprender el espíritu de la modificación, que no es otra que favorecer el desarrollo del arbitraje e impedir que el desarrollo dinámico de los negocios y el comercio, del que el arbitraje se ha vuelto un aliado, se vea afectado por argumentos legales formalistas dirigidos a mediatizar su desarrollo.

La segunda es que porque aún existen, y seguirán existiendo, numerosos convenios arbitrales celebrados bajo el amparo de la ley anterior y en el que no será extraño que se planteen argumentos similares a los que surgieron en el caso *Sulliden*, para cuestionar la arbitrabilidad de controversias. En ese sentido, este comentario es categórico en el

sentido que la nueva norma no cambia la situación anterior, sino simplemente la aclara y precisa.

2. EL CONVENIO ARBITRAL, NATURALEZA CONTRACTUAL Y CONSECUENCIAS DE DEFECTOS EN LA REPRESENTACIÓN

De acuerdo al primer párrafo del artículo 13º de la LA, “El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”. Se trata pues de un acto o negocio jurídico, en la mayoría de los casos un contrato tal como está definido en el artículo 1351º del Código Civil⁽¹⁹⁸⁾. Debe tenerse en cuenta que según la propia LA, el acuerdo puede constar en un negocio unilateral, un estatuto o incluso en un reglamento de una institución arbitral, tal como se deriva del artículo 6º⁽¹⁹⁹⁾.

Dicha naturaleza ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional, que en la Sentencia emitida en el Expediente Nº 6167-2005-PHC/TC señaló lo siguiente sobre la naturaleza del convenio arbitral:

“15. Conforme lo señala el artículo 9º de la Ley General de Arbitraje, Nº 26572, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual 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. *De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral*” (énfasis agregado).

Por su parte, la representación es la figura jurídica mediante la cual una persona (el representado) legitima a otra (el representante) para actuar en su nombre e interés, y, de ese modo, afectar su esfera jurídica de modo directo.

(198) “**Artículo 1351º.**

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.

(199) “**Artículo 6º.- Reglas de interpretación.**

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

[...]

b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.

c. Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico”.

De este modo, los contratos u otros actos que celebre el representante, repercuten directamente en el representado. Esto quiere decir que el contrato o acto jurídico se entiende celebrado con el representado y no con el representante.

Sobre este punto, KARL LARENZ, define la representación de la siguiente forma:

“La naturaleza o significado jurídico de la representación consiste, según esto, en que el representante celebra ‘en lugar’ del representado un negocio jurídico para éste, el cual es considerado, respecto a sus efectos jurídicos, como un negocio propio del representado. *El representante concluye, el negocio, pero no como propio, sino como negocio de otro, quien es representado por aquél. El representado, y no el representante, llega a ser parte en el negocio; a él es a quien afectan todos los efectos jurídicos de tal negocio. La celebración de un negocio jurídico para otro con el efecto de que éste, y no el propio agente, llega a ser parte en el negocio, constituye el concepto de la representación*”⁽²⁰⁰⁾ (énfasis agregado).

En apoyo de lo anterior, JUAN GUILLERMO LOHMANN sostiene lo siguiente sobre el carácter nulo o anulable del negocio jurídico celebrado por el representante que actúa sin poder o extralimitándose de las facultades conferidas:

“Obviamente *no estará aquejado de nulidad absoluta*, pues admite ser ratificado y, además, no está incurso en ninguna de las causales apuntadas en el artículo 219°. *Tampoco podremos hablar de nulidad relativa* porque ésta presupone un vicio o defecto en la voluntad. No es tal el caso que analizamos, porque aquí falta la voluntad. No es tal el caso que analizamos, porque aquí falta la voluntad (uso excesivo del poder) de quien aparece como una de las partes del negocio, ya que la voluntad que figuraba no tiene legitimación ni poder para vincular al tercero con el dominus. [...] Por último, el negocio anulable surte efectos y es válido para las partes mientras no sea impugnado; no ocurre así con el negocio concluido con un falso representante.

El negocio, pues, es lisa y llanamente ineficaz o inoponible para el representado mientras no lo ratifique, lo que equivale a decir que es como si, para él, no se hubiera celebrado. Para el tercero, aunque el artículo no lo diga, el negocio también es ineficaz si el poder o las facultades alegadas eran falsas; es decir, cuando faltaba poder o el representante se extralimitó de las mismas”⁽²⁰¹⁾ (énfasis agregado).

(200) KARL LARENZ. *Derecho Civil. Parte General*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1978, p. 756.

(201) LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Lima, Editorial Jurídica Grijley E.I.R.L., 1994, p. 214

En ese sentido, corresponde analizar en este punto, las consecuencias o efectos que se generan en el caso que el representante celebre un convenio arbitral para el cual no se encontraba facultado.

Más allá de que la normativa permite la celebración de convenios arbitrales por todo tipo de personas naturales y jurídicas, es importante tener en cuenta que la situación más común es que quienes suscriben el convenio sean sociedades mercantiles. Sobre este punto, la Ley General de Sociedades (en adelante, LGS) señala lo siguiente:

“Artículo 12º.

Alcances de la representación

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

Los socios o administradores, según sea el caso, responden frente a la sociedad por los daños y perjuicios que ésta haya experimentado como consecuencia de acuerdos adoptados con su voto y en virtud de los cuales se pudiera haber autorizado la celebración de actos que extralimitan su objeto social y que la obligan frente a co-contratantes y terceros de buena fe, sin perjuicio de la responsabilidad penal que pudiese corresponderles. La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social”.

“Artículo 13º.

Actos que no obligan a la sociedad

Quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no la obligan con sus actos, aunque los celebren en nombre de ella. La responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente sobre sus autores”.

Como se puede observar de los artículos antes citados, la LGS regula la figura jurídica de la representación, teniendo en consideración el principio de confianza y la buena fe que debe regir en la celebración de los negocios jurídicos, así como en las relaciones comerciales. Además, la norma deja claro que nuestra LGS no acepta el principio de nulidad o ineficacia de los actos *ultra vires* o que excedan el objeto social. Así, si el representante de una empresa cuyo objeto social es la minería, celebra un contrato de comercialización de automóviles (es decir que excede su objeto social) este hecho no puede ser usado para exigir la ineficacia del contrato pues el tercero no tiene por qué considerar el objeto social como un límite para las facultades de representación. Por ello, no es sostenible el argumento que un convenio arbitral no sería

válido por exceder el objeto de la sociedad, incluso cuando el contrato al que está vinculado no esté comprendido bajo dicho objeto, y menos Aun cuando si está comprendido.

En ese sentido la legislación mercantil, y en particular la societaria, es más flexible y menos formalista que la civil. Dado que el arbitraje es una figura primordialmente mercantil (antes que civil) la representación para celebrar convenios arbitrales debe estar imbuida por el mismo espíritu.

Así, el artículo 12° de la LGS considera eficaz el contrato celebrado por el representante, aun en el supuesto que el acto sea contrario al objeto social de la persona jurídica. En ese sentido, la persona jurídica se encontrará vinculada con el tercero, en virtud, del contrato que haya sido celebrado por el representante, sin importar que dicho acto no tenga ninguna relación con su objeto social. De este modo, nuestro ordenamiento privilegia la confianza que el representante ha despertado en el tercero, frente al interés de la persona jurídica.

Ese es el principio que inspira la línea que sigue el artículo 10° en el caso de los gerentes generales de sociedades, o administradores equivalentes de personas jurídicas distintas. Aplica un principio de confianza según el cual se presume que se cuenta con facultades, garantizando una mayor seguridad y celeridad en el pacto de arbitrajes y contribuyendo así a una mayor difusión y generalización de los mismos. En esa línea queda muy claro que para pactar arbitraje no es necesario que la facultad conste de manera expresa.

La LGS exige que el representante haya actuado dentro de los límites de las facultades que le han sido conferidas. Esto se corrobora con lo dispuesto por el artículo 13° de la LGS, en el que se señala que los actos celebrados por representantes no autorizados no vinculan a la sociedad.

La LGS no contiene reglas que nos permitan determinar la validez o invalidez de los negocios jurídicos que son celebrados por representantes que actúan sin poder. Por ello, para analizar a cabalidad los efectos que se producen por la celebración de este tipo de negocios jurídicos, es necesario recurrir a las reglas de representación del Código Civil, que son de aplicación supletoria por lo establecido en el artículo IX del Título Preliminar, en lo que sea pertinente.

Al respecto, el artículo 161° del Código Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 161°.

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con

relación al representado, sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros.

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

De acuerdo con lo señalado por el Código Civil, el acto celebrado por un representante excediendo los límites de las facultades, es ineficaz con relación al representado.

Como se puede apreciar de lo anterior, el Código Civil no sanciona con nulidad el acto celebrado por el representante sin poderes o facultades suficientes, limitándose a privar de efectos al mismo con relación al representado. En realidad lo que determina es la inoponibilidad del acuerdo.

En ese sentido, para nuestro ordenamiento el acto celebrado por el representante es válido, pero ineficaz. Ello, en tanto que, el negocio jurídico celebrado por el representante sin poder, sí observa los requisitos de validez establecidos en el artículo 140º del Código Civil, es decir agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito u observancia de la forma prescrita por la ley.

Por tanto, si un supuesto representante celebrara un convenio arbitral sin contar con facultades para ello, no estaríamos ante un caso de convenio nulo, sino de convenio ineficaz, y más concretamente inoponible al representado. El Tribunal Arbitral será el que tendrá que decidir sobre este hecho, sobre la base del principio *Kompetenz-Kompetenz*, regulado en el artículo 41º de la LA. Mejorando la redacción de la Ley anterior la nueva ley se refiere expresamente a la ineficacia del convenio como una forma de oponerse al arbitraje, al decir que “El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o *ineficacia del convenio arbitral*” (énfasis agregado). En consecuencia, no siendo oponible el convenio, el presunto representado podrá oponerse a que se desarrolle el arbitraje. De ser fundado su pedido no podrá ser incluido en el arbitraje al carecer los árbitros de competencia para juzgarlo.

Si los árbitros amparan la excepción o la oposición al arbitraje por ineficacia del convenio en relación a una de las partes, esa decisión puede ser objeto del recurso de anulación tal como lo establece expresamente el numeral 5º del propio artículo 41⁽²⁰²⁾. Es importante des-

(202) **Artículo 41º.**

“[...]”

5) Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión

tacar que esta causal de nulidad (contra la decisión que da por terminado el arbitraje o declara la incompetencia del tribunal respecto de algunos puntos controvertidos, por inexistencia, nulidad, invalidez o ineficacia del convenio) no se encuentra enumerada en la relación de causales del artículo 63°. Sin embargo, el recurso de nulidad procede por expresa disposición del propio artículo 41°. Por ello, la declaración del artículo 62° de que la anulación solo procede por “las causales *taxativamente* establecidas en el artículo 63°” (énfasis agregado) no es totalmente exacta, porque hay una causal que se le escapó al legislador, pero que, al estar recogida en la LA es aplicable. Por eso, la relación del artículo 62° no es “cien por ciento taxativa”.

Así, la parte que no se encuentra conforme con la declaración de ineficacia, puede recurrir al Poder Judicial para conseguir que se declare que el convenio sí es eficaz y, por tanto, los árbitros competentes. De tener éxito y conseguir que se anulara la decisión por la que se considera ineficaz el convenio, debe entenderse que el Tribunal Arbitral recobra competencia y puede resolver el fondo de la cuestión. Si bien esa consecuencia no está expresamente contemplada en la LA, se deriva del sentido común.

Sin embargo, cabe preguntarse, en este supuesto, si el caso regresa al Tribunal Arbitral que se declaró incompetente o debe constituirse un nuevo Tribunal. Si bien eso es algo que deberá ser resuelto en la práctica y en la jurisprudencia, lo recomendable parecerá ser que debe reconstituirse un Tribunal con nuevos integrantes. No parece lo más recomendable encargar un caso a un conjunto de árbitros que se han mostrado reacios a juzgar el fondo de la controversia.

Por otra parte, si el presunto representado se opusiera al arbitraje por ineficacia del convenio, su alegación de ineficacia fuera correcta, y a pesar de ello los árbitros continuaran con el arbitraje por considerarse competentes, la consecuencia sería que se podría pedir la nulidad del laudo que finalmente se dicte sobre la base del inciso “a” del numeral 1 del artículo 63° por “Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o *ineficaz*”. Evidentemente, la ineficacia debería haber sido objeto de reclamo expreso como lo exige el numeral 2 del mismo artículo 63°.

La consecuencia de la declaración nulidad del laudo por ineficacia del convenio, es que la materia objeto de arbitraje podrá ser demanda-

podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia”.

da en el Poder Judicial, tal como lo establece el inciso “a” del numeral 1 del artículo 65° ⁽²⁰³⁾.

3. LAS FACULTADES DEL GERENTE GENERAL Y DE LOS ADMINISTRADORES EQUIVALENTES PARA PACTAR ARBITRAJE

3.1 La protección de la confianza en los actos celebrados por representación

Como hemos señalado anteriormente, la representación es una figura jurídica mediante la cual una persona (el representado) legitima a otra (el representante) para actuar en su representación, y de ese modo, afectar su esfera jurídica de modo directo.

De este modo, los contratos u otros actos que celebre el representante, repercuten directamente en el representado, esto quiere decir que el contrato o acto jurídico se entiende celebrado con el representado y no con el representante.

En la representación existen dos relaciones jurídicas que deben ser analizadas: (i) la primera relación es aquella establecida entre el representado y el representante (ii) la segunda es la que se establece entre el representado y el tercero contratante.

Antes de la entrada en vigencia de la actual LA, se sostuvo, justamente en el caso *Sulliden* por parte de la presunta representada, que de acuerdo a la normatividad vigente, los gerentes no estaban facultados, por el simple hecho de tener esa calidad, a celebrar convenios arbitrales, salvo que expresamente el estatuto o un acuerdo de la sociedad, los autorizara específica y expresamente a ello. Así, la confianza no se habría extendido, según esta posición, a la celebración de convenios arbitrales. Las consecuencias de acoger esa teoría eran que la gran mayoría de arbitrajes pactados en el Perú habrían resultado ineficaces porque usualmente son los gerentes los que firman los contratos y, por ende, los convenios arbitrales a ellos vinculados. Estaríamos plagados de contratos válidos en los que la cláusula arbitral sería ineficaz. De hecho, de lo que se deriva de mi experiencia, yo habría laudado en una gran mayoría de casos en los que la exigencia de arbitrar era, según lo que se sostuvo en el caso *Sulliden*, ineficaz. Como veremos, estas teorías trataban al convenio arbitral como un acto de disposición que

(203) **Artículo 65°.**

“1) Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 del artículo 63°, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes”.

requería de facultades expresas y específicas, porque significaba una renuncia a la jurisdicción ordinaria.

En nuestra opinión, esa interpretación era errada. El artículo 188° de la LGS señala:

[...] Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

1. Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social; [...]

La protección de la confianza que regula las relaciones entre el representado, el representante y los terceros contratantes se desprende también de lo establecido en el artículo 12° de la LGS, ya citado:

“Artículo 12°.

La sociedad está obligada hacia aquellos con quienes ha contratado y frente a terceros de buena fe por los actos de sus representantes celebrados dentro de los límites de las facultades que les haya conferido aunque tales actos comprometan a la sociedad a negocios u operaciones no comprendidos dentro de su objeto social.

[...]

La buena fe del tercero no se perjudica por la inscripción del pacto social”.

Como se puede apreciar de lo anterior, la protección de la confianza es tan intensa en nuestro ordenamiento, que ni siquiera la publicidad que genera el registro público destruye la buena fe del tercero y, asimismo, protege al tercero de buena fe incluso en el supuesto que el acto exceda el objeto social de la empresa. Así, como ya dijimos, nuestro sistema legal no ampara la tesis de la nulidad o ineficacia de los actos *ultra vires*.

De esta forma, podemos afirmar que para la LGS la protección de la confianza es la regla, mientras que sacrificarla en aras de la protección de los intereses de la sociedad y de sus accionistas, es la excepción.

De hecho, ello no se deriva no sólo del sentido común sino de la práctica. Es una práctica común y generalizada en el Perú que las empresas (y las personas jurídicas en general) celebren convenios arbitrales. Es más, en el campo comercial es la regla. En el propio caso *Sulliden* se presentaron pruebas de que el pacto arbitral en contratos mineros era una práctica muy común. Eran operaciones ordinarias y generalizadas, en las que cualquier participante en ese mercado podría saber de antemano que esa era la costumbre. Y, como sabemos,

en temas mercantiles la costumbre es esencial para definir los alcances de las normas y principios aplicables y, por tanto, la confianza que se puede generar entre las partes. Y ello, a criterio del autor, va más allá del mercado minero y alcanza en general a todas las operaciones comerciales. La confianza estaba generada entonces no sólo por la Ley, sino además por los usos mercantiles.

En base al principio de protección de la confianza, ante la duda sobre si el gerente general goza de la confianza de los accionistas para celebrar un convenio arbitral, se opta por proteger al tercero que razonablemente consideró que tal acto estaba comprendido dentro del espectro de facultades del Gerente General que se encuentran incluidas en el inciso 1 del artículo 188º, es decir, celebrar actos y contratos ordinarios relacionados con el objeto social.

En otras palabras, se presume que el gerente general actuó correctamente y que vinculó a la sociedad, y quien pretenda sostener lo contrario, tendrá la carga de la prueba. Esta carga de la prueba implica demostrar: (i) que el representante carecía de facultades, esto es, que el representante se encontraba impedido de celebrar convenios arbitrales; y (ii) que existían hechos que podían romper la buena fe del tercero contratante, esto es, que el tercero sí debía conocer que existían limitaciones a la facultad de celebrar un convenio arbitral.

En los negocios ordinarios de la empresa se considera que el tercero suele contratar sabiendo que tiene al frente a un gerente general nombrado sin especiales limitaciones estatutarias y legales. Y, como vimos, lo ordinario era pactar cláusulas arbitrales. El tercero no tiene por qué revisar detalladamente si se le concedió en específico la facultad que está ejerciendo, si se trata de una actividad común y corriente para la sociedad.

La circunstancia puede ser ligeramente distinta en los casos en que se exige autorización expresa (como los actos de disposición importantes reseñados en la Ley, el Estatuto o el acuerdo correspondiente). Pero incluso en estos casos, como veremos más adelante, concedida la autorización respectiva, se considera que las facultades se extienden a todos los actos necesarios y comúnmente vinculados al acto autorizado. No es, por tanto, exigible que el acto autoritativo contenga todos los términos y condiciones del acto autorizado, los que serán determinados por el gerente general de acuerdo a la confianza depositada en él, salvo, claro está, que el acto autoritativo imponga ciertos límites.

En ese sentido, si se autoriza al gerente general a vender un inmueble, acto que no estaba originalmente contenido en sus facultades, y no se dice cuáles son las condiciones para el pago del precio, se entiende que está entre las facultades del gerente general determinar si dicho

precio se pagará al contado o al crédito, y en este último caso cuáles son las condiciones del pago (plazo, forma de pago, tasa de interés), salvo, claro está, que el acto autoritativo haya expresamente limitado su contenido. Pero en esos casos la limitación del contenido que no conste en el mismo poder no podrá ser oponible al tercero con el que se contrata.

Y si ello es así es facultad del gerente determinar qué normas supletorias o dispositivas son sustituidas por acuerdos en contrario y cuáles no. No es sostenible decir que pactar contra una norma supletoria requiere facultades especiales y expresas por ser un acto de renuncia o disposición de derechos.

El principio de confianza tiene su explicación, por un lado, en la asimetría de los costos derivados de las relaciones de agencia que surgen en el manejo de las sociedades y de la contratación con terceros. Mientras la sociedad está en posibilidad de elegir a su gerente general en base a la confianza que éste le genera, los terceros sólo pueden tratar con alguien que no han elegido ni controlan. Controlar los actos del gerente general es una actividad más fácil y menos costosa para la sociedad que para los terceros. Por eso, la Ley en general, y la mercantil en particular, protege, en caso de duda, al tercero. De no ser así la dinámica de los negocios se vería seriamente afectada al incrementarse los costos de transacción en el mercado.

Es cierto que la Ley señala que para que los actos del representante vinculen a la sociedad, tales actos deben efectuarse en el ejercicio de las facultades conferidas. Sin embargo, para la Ley las facultades pueden haber sido conferidas de manera directa o de manera presunta.

¿Por qué el artículo 188° utilizó la palabra “presumir”? Pues bien, si la única función de la LGS fuera establecer una regla supletoria sobre el alcance de las facultades del gerente general, bastaba el siguiente texto: “Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, [texto suprimido] el gerente general goza de las siguientes atribuciones: [...]”. No obstante, el artículo bajo análisis, debidamente interpretado, cumple una función adicional: proteger la buena fe y la confianza de quienes contratan con la sociedad, invirtiendo la carga de la prueba de manera que, la sociedad deberá demostrar que se carecía de facultades, y no el tercero que el gerente general tenía dichas facultades. De ahí, el uso del término “presumir” que usualmente es introducido en los textos legales para indicar una inversión de la carga de la prueba.

Por ello, ante la duda sobre si el gerente general goza de la confianza de los accionistas para celebrar un convenio arbitral, se opta por proteger al tercero que razonablemente consideró que tal acto estaba

comprendido dentro del espectro de facultades del gerente general, incluidas en el inciso 1 del artículo 188º de la Ley General de Sociedades, es decir, celebrar actos y contratos ordinarios relacionados con el objeto social. En otras palabras, se presume que el gerente general actuó correctamente y que vinculó a la sociedad, y quien pretenda sostener lo contrario (por ejemplo, la sociedad representada), tendrá la carga de la prueba de demostrar la mala fe del tercero contratante.

Esta carga no sólo implica demostrar que se carecía de facultades. La carga es mucho mayor e implica demostrar que existían hechos que podían romper la buena fe de su contraparte al momento de contratar, demostrando que ésta sí debía conocer que existían limitaciones a la facultad de celebrar un convenio arbitral y que, por tanto, la confianza en la apariencia de las facultades había sido rota. Si no se logra ello, triunfa la presunción de buena fe y, por tanto, el convenio arbitral es válido.

3.2 El convenio arbitral como un acto ordinario vinculado al objeto social

La facultad de negociación comprende, evidentemente, la facultad de pactar en contra de normas supletorias a la voluntad de las partes. Así, el representante tiene la facultad de desplazar la aplicación de normas supletorias previstas en el ordenamiento, salvo que existiera un impedimento expreso en el mandato otorgado y que éste sea conocido por la otra parte.

Esta facultad de pactar en contra de normas supletorias, no debe ser entendida como la renuncia a un derecho o como un acto de disposición. Ese es el error de la posición que considera que pactar un arbitraje es disponer de un derecho. Por el contrario, es el ejercicio del derecho de pactar en contra de la regla o mecanismo supletorio previsto en el ordenamiento, atendiendo a razones de oportunidad o conveniencia del negocio que le ha sido confiado al representante.

Como hemos indicado el convenio arbitral tiene naturaleza contractual, y en ese sentido, la formación como interpretación del mismo debe regirse por la flexibilidad del ordenamiento contractual bajo el principio de la autonomía privada. Así, el convenio arbitral se rige por la autorregulación de intereses que efectúan las partes que lo suscriben.

Atendiendo a ello, y en aplicación del principio de autonomía privada, es claro que el gerente general siempre (incluso antes de la vigencia de la actual LA) tuvo la facultad de negociar y celebrar cláusulas arbitrales, y por esa vía pactar en contra del mecanismo supletorio de solución de controversias, es decir, el mecanismo judicial.

Consideramos que nunca fue sostenible que para pactar en contra de normas y mecanismos supletorios, el gerente general deba contar con facultades especiales. Pactar en contra de mecanismos supletorios es parte de las facultades del gerente general de administrar los negocios de la sociedad con eficiencia, cautelando y conservando su patrimonio, atendiendo a lo señalado en el inciso 1 del artículo 188° de la LGS.

Si estamos frente a un acto ordinario (por ejemplo, la venta de bienes producidos por la sociedad regularmente) no es necesario que el Estatuto u otro instrumento autorice la celebración de convenios arbitrales. Como ya vimos, ni siquiera es necesario que el acto encaje bajo el objeto social, según el artículo 12° de la LGS. El convenio arbitral es parte de los pactos comunes y corrientes que suelen incluirse en todos los contratos. Es un término que se agrega al contrato, y si bien la doctrina y la legislación reconocen que el convenio arbitral es autónomo, ello es así para evitar que la nulidad o ineficacia del contrato principal conlleve a la nulidad del convenio arbitral. No es para permitir la anulación del convenio sin la anulación del contrato principal. Como hemos indicado, la autonomía del convenio arbitral tiene por fin reforzar dicho convenio, no debilitarlo.

En tal sentido, contratar para someter a arbitraje eventuales y futuras controversias, en contra de mecanismos supletorios como el mecanismo judicial de solución de controversias, no puede considerarse como un acto de disposición o de renuncia de derechos ni procesales ni sustantivos, sino simplemente como el ejercicio de la facultad de configurar el contenido contractual, lo que es inherente a la representación, en particular en aquellos extremos que no han sido objeto de determinación previa por el representado.

Cabe indicar además que el convenio arbitral no implica una renuncia a la jurisdicción estatal. En efecto, salvo en el caso de arbitrajes internacionales en los que ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano⁽²⁰⁴⁾ en ningún otro caso el convenio arbitral puede implicar la renuncia a que el Estado, a través de los jueces y tribunales que forman parte del Poder Judicial, revisen el laudo dictado si éste incurre en causales de nulidad.

(204) **Artículo 63° de la LGA**

“8) Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII”.

En apoyo de lo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente en la Resolución emitida bajo el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC:

“De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, *sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias*. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional” (énfasis agregado).

Como se desprende de lo señalado por el Tribunal Constitucional, el arbitraje no debe ser entendido como una renuncia a la jurisdicción estatal, ni como un mecanismo sustitutorio que desplace al Poder Judicial, sino como una alternativa que puede ser pactada por las partes en función de su autonomía privada. En esa medida, optar por recurrir al arbitraje, es simplemente ejercer una decisión que la Ley permite adoptar, y no una renuncia a un derecho. Lo contrario sería como decir que pactar que el riesgo de entrega de un bien pase al comprador a la entrega es una renuncia a un derecho del acreedor. Ello no resiste un análisis serio.

En el caso *Sulliden* también se sustentó que el gerente general requería de poder especial para suscribir el convenio arbitral en base al artículo 167°, inciso 3 del Código Civil.

Este artículo señala lo siguiente:

“Artículo 167°.

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

1. Disponer de ellos o gravarlos.
2. Celebrar transacciones.
3. *Celebrar compromiso arbitral.*
4. Celebrar los demás actos para los que la ley o el acto jurídico exigen autorización especial” (énfasis agregado).

Sin embargo, en base al criterio de especialidad, esta norma había sido desplazada por lo señalado en el inciso 1) del artículo 188° de la LGS. Hoy es absolutamente claro que la norma ha quedado desplazada además por el artículo 10° de la LA.

En efecto, la LGS es la norma específica que se encarga de regular los límites de las facultades del representante legal de las sociedades

comerciales, regulación que por tener un mayor grado de sofisticación y especialidad debe primar sobre la regulación general contemplada en el Código Civil. Por su parte, el artículo 10° establece la regla especial para las facultades de representación necesarias para pactar un convenio arbitral. Por el contrario, el artículo 167° del Código Civil claramente se refiere a los representantes legales de incapaces tales como tutores o curadores, y no a los representantes de personas jurídicas ni a los supuestos en que existe un poder para celebrar el contrato al que el convenio arbitral está vinculado.

La preferencia en la aplicación de las normas de la LGS para las sociedades mercantiles y ahora de la LA, sobre lo dispuesto en el artículo 167° del Código Civil, también se deriva de la incompatibilidad que se presenta cuando pretende aplicarse las disposiciones contenidas en dicho artículo a las sociedades comerciales.

Ello se deriva además de una serie de ejemplos que pueden extraerse del mismo artículo 167°. Por ejemplo, el inciso 1 señala que se requiere facultad especial para disponer de los bienes del representado, cosa que no es exigible en las sociedades comerciales, justamente en base al principio de la confianza. En efecto, cuando la sociedad dispone de bienes dentro de sus operaciones ordinarias de comercio, como ocurre por ejemplo cuando una tienda vende su mercadería a los clientes, no se requiere poder especial. Ello porque las sociedades deben de disponer de su patrimonio todos los días en sus operaciones comunes. Este principio no se aplica a las relaciones de naturaleza civil. En la misma línea, las sociedades mercantiles se someten a arbitraje todos los días. Invocar principios de Derecho Civil es perder de vista la naturaleza propia del Derecho Mercantil.

Es claro que participar en arbitrajes es la consecuencia natural de participar en la vida económica, con los riesgos e incertidumbres que ello supone. Es entonces razonable que el gerente general o el representante de la sociedad cuenten con facultades para cautelar el patrimonio de la sociedad y para tal fin pactar mecanismos alternativos de solución de controversias que en muchos casos terminan siendo más eficientes en términos de dinero y tiempo, que recurrir al Poder Judicial.

Así, el artículo 167° del Código Civil no es aplicable, como ya he mencionado, a la representación de sociedades mercantiles por la simple razón que la LGS ya regula de manera específica las facultades de representación para ese tipo de organizaciones. Una norma posterior y específica ya estableció todo un régimen especial y excluyente. La situación es aún más clara si tenemos en cuenta que la nueva LGS ha reforzado la teoría de la confianza en la representación y al hacerlo ha debilitado las teorías literalistas que inspiraron al Código Civil.

El legislador mercantil claramente quiso moverse a un régimen más flexible y menos formalista y literalista como ya hemos explicado antes. En ese sentido la norma contenida en el artículo 167° del Código Civil es una suerte de “fósil”, al menos en relación a las sociedades mercantiles, que se basa en principios y reglas diferentes a las adoptadas por la actual LGS y por el artículo 10° de la LA. Es un “dinosaurio” ya extinto en el campo de las relaciones comerciales y que quizás sobrevive solo para otro tipo de relaciones como las que regulan la vida de personas naturales no comerciantes. Pero incluso en ese tipo de relaciones, como veremos más adelante, el segundo párrafo del artículo 10° de la LA está limitando de manera importante sus alcances, convirtiéndolo no sólo de manera más clara en fósil, sino en fósil de un dinosaurio que en sus tiempos ya era bastante extraño.

Lo indicado, que en nuestra opinión siempre estuvo claro, queda clarísimo con el texto del artículo 10° de la LA que ya no deja margen de duda y que considera que no se requiere ningún tipo de facultad especial y expresa para pactar arbitraje. Y para que ya no quede ningún atisbo de duda, la propia LA modificó el artículo 14° de la LGS.

Así, de acuerdo a la Tercera Disposición Modificatoria de la LA, el cuarto párrafo del artículo 14° de la LGS tiene ahora el siguiente texto:

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código Procesal Civil y de las facultades de representación previstas en la Ley General de Arbitraje, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario.

3.3 Sobre la pertinencia de los artículos 74° y 75° del Código Procesal Civil

Un argumento que también fue sostenido para alegar la ineficacia del convenio arbitral en el caso *Sulliden*, fue señalar que si bien es cierto que el gerente general, por el solo mérito de su nombramiento, goza de las facultades especiales de representación procesal; tales facultades no le permiten pactar arbitrajes cuando no hay un proceso judicial en curso.

Al respecto, el inciso 2 del artículo 188° de la LGS, antes de la modificación introducida por la LA, indicaba lo siguiente:

“Artículo 188°. Atribuciones del gerente.

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones: [...]

2. *Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil; [...]*” (énfasis agregado).

Asimismo, el artículo 75° del Código Procesal Civil dispone lo siguiente:

“Artículo 75°. Facultades especiales.

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconvencciones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, *someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.*

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente (énfasis agregado)”.

La premisa era correcta pero la conclusión es errada. Del hecho que el gerente general pueda someter a arbitraje pretensiones ya judicializadas, no se deriva que el mismo gerente general no pueda celebrar convenios arbitrales ante la eventualidad de que se produzcan futuras controversias.

Así, hay que diferenciar el pacto arbitral *ex-ante* (antes de que se produzca la controversia) del pacto arbitral *ex-post* (el que se acuerda cuando la controversia ya surgió). Lo que regulan el Código Procesal Civil y el texto anterior del artículo 188°, inciso 2 de la LGS es la facultad del gerente general de pactar arbitrajes *ex-post*, cuando ya hay un proceso iniciado, y donde hay que desistirse o apartarse de ese procedimiento judicial. No obstante, de ello no se deriva que el gerente general no cuente con facultades para pactar un arbitraje *ex-ante*, usualmente al momento de celebrar un contrato. En ese caso las normas pertinentes eran las de representación general de la sociedad y que ya hemos comentado.

Como hemos señalado, la facultad de celebrar convenios arbitrales es parte de la facultad contractual ordinaria del gerente general previsto en el artículo 188°, inciso 1 de la LGS, en el que se señala que por el solo mérito de su nombramiento puede: “Celebrar y ejecutar los actos y contratos ordinarios correspondientes al objeto social”.

De esta forma, los incisos 1) y 2) del artículo 188° de la LGS, contemplan que el gerente general pueda celebrar convenios arbitrales *ex-ante* que se produzca la controversia (inciso 1) del artículo 188° de la LGS

como *ex-post* de que esta haya surgido (inciso 2) del artículo 188° de la LGS, por el sólo mérito de su nombramiento. Y hoy la nueva redacción del artículo 188°, inciso 2 y artículo 14° de la LGS y el artículo 10° de la LGA ya no dejan margen de duda.

El sentido es que a diferencia del pacto para dejar de lado una norma supletoria para la que basta los poderes generales para contratación ordinaria (en la que no hay disposición de derechos), en el caso de un procedimiento ya iniciado, si es necesario apartarse o desistirse del mismo, en un acto de disposición procesal, por lo que el inciso 2 del artículo 188° lo incluía como una facultad especial.

Como indicamos, a nuestro criterio esta discusión ya está totalmente zanjada, pues de acuerdo a la Tercera Disposición modificatoria de la LA, el inciso 2 del artículo 188° de la LGS precisó como facultad del gerente:

“2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley General de Arbitraje”.

4. LA FACULTAD PARA PACTAR ARBITRAJE BAJO EL PODER PARA CELEBRAR UN CONTRATO

El segundo supuesto contemplado en el artículo 10° de la LA es el que se refiere a considerar que quien tiene poderes para celebrar un contrato, tiene facultades, por ese solo hecho, para celebrar el convenio arbitral que somete a arbitraje dicho contrato.

Como dijimos, opinamos que esta norma no se refiere solo a las personas jurídicas (como parecería sugerir el encabezado del artículo) sino que incluye a personas naturales.

Esta norma deja además casi sin contenido al artículo 167°, inciso 3 que exigía facultad expresa para celebrar compromiso arbitral. Ello porque la gran mayoría de convenios arbitrales se celebran al momento de suscribir o celebrar el contrato que se somete a arbitraje. Y dado que en esos casos el representante ya tiene poderes para suscribir el contrato, se presume que los tiene para celebrar el convenio para arbitrar. Solo se requiere entonces poder expreso para pactar un arbitraje en un caso en que el representante carece de poder para celebrar el contrato principal. Ese sería el caso, por ejemplo, de alguien (persona natural) que celebra una compraventa sin usar un representante, y luego otorga poder a un tercero para que celebre un convenio arbitral en relación a dicho contrato. En ese caso sí será correcto exigirle al representante un poder expreso.

Por otra parte, la facultad para celebrar contrato puede ser específica para un contrato determinado (el representante es autorizado a celebrar un contrato de arrendamiento de un local concreto con una contraparte determinada) o más general (el representante está autorizado o para celebrar arrendamientos de manera abierta). En ese sentido debe descartarse cualquier interpretación restringida al primer tipo de poderes, pues la propia norma se refiere a “determinados contratos” en plural y de manera abierta. La determinación puede darse de manera precisa para un contrato específico, o general para todos o algún tipo de contratos.

¿Cuál es el sentido entonces del párrafo 2 del artículo 10? Si se otorga un poder para celebrar un contrato no es común que dicha autorización incluya todo el detalle del contrato. Usualmente se señalan algunos aspectos básicos y lo demás es delegado a la habilidad de negociación del representante, el cual queda a cargo de la configuración detallada del contrato mismo. Así, se presume razonablemente que si existe una autorización para celebrar un acto determinado se está facultando al representante para negociar y pactar términos y condiciones principales, accesorias o vinculadas que, no tenían que estar contenidos en la autorización dada para celebrar el contrato. Ello se deriva de la facultad del representante de negociar y pactar términos contractuales beneficiosos para su representado y que estén orientados a perfeccionar o ejecutar el contrato. Así, un poder puede estar concedido de manera tan lata y simple como “vender inmuebles”, lo cual deja al representante la facultad de darle a la venta todo su contenido, incluida la inclusión de un convenio arbitral.

En otras palabras, las facultades con las que cuenta el representante son suficientes para pactar un convenio arbitral referido al contrato que está autorizado a celebrar, salvo, claro está, que el representado hubiera establecido expresamente límites a la libertad de configuración contractual excluyendo expresa y claramente la facultad de someter a arbitraje.

Esta facultad de negociación comprende, evidentemente, la facultad de pactar en contra de normas supletorias a la voluntad de las partes. Salvo que los términos de la facultad concedida expresamente limiten la negociación de ciertos aspectos, el representante está en capacidad, en ejercicio de la autonomía privada del representado y que le ha sido delegada, de incluir términos que desplacen la aplicación de normas supletorias previstas en el ordenamiento.

Ello no implica, como ya dijimos, una renuncia a un derecho. No es un acto de disposición. Por el contrario, es el ejercicio del derecho de pactar en contra de la regla o mecanismo supletorio previsto en el

ordenamiento. Decir lo contrario implicaría aceptar que una facultad de representación para celebrar un contrato no confiere el derecho a negociar o, peor aún, que no confiere el derecho a pactar en contra de normas dispositivas.

Si se acepta esta posición, se podría llegar al extremo que el representante no podría acordar disposiciones tan simples como que el pago se realice en el domicilio del acreedor, en tanto que ello implicaría pactar en contra de una norma dispositiva⁽²⁰⁵⁾.

No es pues un acto de disposición. Si un representante al celebrar un contrato de compraventa pacta en contra de lo establecido en el artículo 1552º⁽²⁰⁶⁾ del Código Civil estableciendo que el momento de entrega del bien ocurrirá en un mes y no de forma inmediata a la celebración del contrato, no se podría afirmar que el representante “dispuso” de su derecho a la entrega inmediata. El derecho recién surge del contrato que celebra. Prohibir que ello esté dentro del campo de negociación del representante no resiste el menor análisis.

Sostener que pactar un arbitraje constituye un acto de disposición es errado. De acuerdo DÍEZ-PICAZO, los actos de disposición pueden definirse de la siguiente manera:

“Un acto de disposición, como es sabido, es aquel por medio del cual voluntariamente se modifica o se extingue un derecho subjetivo. Son así actos de disposición todos aquellos que comportan su voluntaria disminución (v. gr., gravamen, etc.) y todos aquellos por medio de los cuales el derecho queda voluntariamente extinguido (v. gr., renuncia)”⁽²⁰⁷⁾ (énfasis agregado).

Lo cierto es que cuando un persona somete una eventual controversia a arbitraje, no está renunciando, por ejemplo, a sus derechos de propiedad; sólo está sometiendo ante un Tribunal Arbitral la decisión sobre si el derecho de propiedad que alega ostentar, le corresponde o no. El patrimonio de una empresa es el mismo tanto antes como después de pactar el convenio arbitral.

(205) *Código Civil. Artículo 1238.*

“El pago debe efectuarse en el domicilio del deudor, salvo estipulación en contrario, o que ello resulte de la Ley, de la naturaleza de la obligación o de las circunstancias del caso [...]”.

(206) *Código Civil. Artículo 1552.*

“El bien debe ser entregado inmediatamente después de celebrado el contrato, salvo la demora resultante de su naturaleza o de pacto distinto”.

(207) DÍEZ PICAZO, Luis, *La representación en el Derecho Privado*, Editorial Civitas, Madrid, 1979, p. 179.

Evidentemente, si el representante no negocia ni pacta términos contractuales adicionales, entonces las eventuales lagunas contractuales serían llenadas por las normas supletorias de la Ley, incluidas las contempladas en el Código Civil y el Código Procesal Civil. Así, por ejemplo, si no se pacta la prórroga de la competencia territorial a un juez distinto al llamado por la Ley, la competencia territorial del juez estaría asignada de acuerdo a las reglas supletorias que contiene el Código Procesal Civil. Nadie podría discutir que ello está dentro de las facultades del representante. ¿Podría válidamente sostenerse que el señalar que los jueces competentes son los jueces de Arequipa cuando la regla supletoria es que el juez competente es el de Lima, significa un acto de disposición de “mi derecho” a que sea el juez de Lima el competente? ¿Requeriría ello de un “poder especial y expreso” que autorice al representante a cambiar la jurisdicción del contrato? Evidentemente no.

En ese sentido, es insostenible que para pactar en contra de normas y mecanismos supletorios, el representante deba contar con facultades especiales. Pactar en contra de mecanismos supletorios es parte de las facultades del representante autorizado a celebrar un contrato⁽²⁰⁸⁾.

Contratar para someter a arbitraje eventuales y futuras controversias, en contra de mecanismos supletorios como el mecanismo judicial de solución de controversias, no puede considerarse como un acto de disposición o de renuncia a derechos ni procesales ni sustantivos, sino simplemente como el ejercicio de la facultad de configurar el contenido contractual, lo que es inherente a la representación, en particular en aquellos extremos que no han sido objeto de determinación previa por el representado.

Como hemos visto, no existe ninguna renuncia, sino simplemente la elección entre dos alternativas. Se trata pues de una elección autorizada por la Ley. De la misma manera como no se podría decir, desde el punto de vista jurídico, que no incluir un convenio arbitral es una renuncia al arbitraje; tampoco se puede decir que incluirlo es una renuncia a la jurisdicción ordinaria. Es simplemente una decisión que la Ley permite adoptar. No es entonces que haya un derecho a ir al Poder Judicial previo al pacto. El derecho es justamente a optar por cuál mecanismo de solución de controversias se va a utilizar.

(208) Este mismo razonamiento puede ser aplicado respecto de las facultades con que cuenta un gerente general. Evidentemente, la facultad del gerente general de celebrar contratos de acuerdo a la Ley General de Sociedades y el Estatuto de la sociedad incluye la facultad de pactar en contra de reglas supletorias, salvo disposición distinta de la Ley o el Estatuto.

Podría alguien contradecir el argumento que hemos sostenido, consistente en que para celebrar un convenio arbitral no es necesario un poder distinto que aquel otorgado para celebrar el contrato, alegando que autorizar a celebrar un contrato no significa autorizar a celebrar un acto jurídico distinto y separable como el convenio arbitral. Tal argumento, sin embargo, se aleja bastante de la lógica de la separabilidad del convenio. Si bien es cierto que, el arbitraje no es un acuerdo accesorio al contrato principal, también lo es que se trata de un contrato coligado, es decir vinculado. La separabilidad no significa autismo entre ambos contratos. La separabilidad está para resolver el problema práctico de la invocación de la nulidad o ineficacia del contrato principal como mecanismo para neutralizar a los árbitros. Pero es claro que existe un vínculo entre ambos actos, a tal nivel que un acuerdo de arbitraje sin un contrato al cual ligarlo es una rareza.

5. LA CONSISTENCIA DEL ARTÍCULO 10º CON LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL INTERNACIONAL

El criterio recogido en el artículo 10º que privilegia la naturaleza comercial de los contratos celebrados por sociedades mercantiles y la dinámica de los negocios sobre la poca flexibilidad de las normas de representación civiles, no es extraño a la práctica arbitral comercial internacional.

Así, se puede revisar un caso de 1996 resuelto por un Tribunal Arbitral constituido conforme a las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional de París. Una sociedad comercial egipcia sostuvo que el arbitraje no debía continuar, porque el representante que actuó en nombre de ella (el Presidente del Directorio) no tenía facultades para aceptar un convenio arbitral, ya que de acuerdo con el Código Civil Egipcio, era necesario un poder especial para pactar arbitrajes en nombre de la sociedad. El Tribunal Arbitral a cargo de resolver la oposición de la empresa egipcia, descartó dicha oposición basándose en el principio del mandato presunto, dado que quienes promovieron el arbitraje celebraron el contrato (que incluyó una cláusula arbitral) de buena fe. Ello significa que los terceros contratantes confiaron en que el representante con el cual trataban era en efecto el representante oficial de la empresa, hecho que el silencio de dicho representante confirmó⁽²⁰⁹⁾.

(209) Ver Laudo Arbitral extraído del Tomo XXII del YEARBOOK de la ICC, página 30 (1997). Citado por: CRAIG, PARK and PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., París, ICC Publishing, 2000, p. 47.

Asimismo, existen decisiones adoptadas en otras jurisdicciones en los que se protege la apariencia, la confianza y la buena fe de manera similar⁽²¹⁰⁾.



Art. 11°.—Renuncia al derecho a objetar.

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este Decreto Legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dichas circunstancias.

COMENTARIO ⁽²¹¹⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *¿Cómo trata la jurisprudencia la renuncia al derecho a objetar?*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 11° de la Ley de Arbitraje (en adelante LA) no admite que una parte alegue irregularidades en el procedimiento por el incumplimiento de alguna disposición de la Ley, acuerdo de las partes o disposición del reglamento, si dicha parte conoció o debió conocer dicho incumplimiento y, por tanto, pudiendo haberlo denunciado antes, no lo hizo. Entonces, no haber denunciado la eventual irregularidad, en la primera oportunidad que se tuvo, equivale, de acuerdo a esta disposición, a renunciar a utilizar dicha objeción para posteriormente pretender objetar el laudo.

Se trata en estricto de la aplicación de la doctrina de los actos propios (que no es sino la aplicación del principio de buena fe) a la insti-

(210) Por ejemplo se pueden revisar las controversias surgidas entre *Sunkist Soft Drinks, Inc.* y *Sunkist Growers, Inc.* (10 F. 3d 753 11th Cir. 1993); entre *Usina Costa Pino S.A.* y *Louis Dreyfus Sugar Co.* (933 F. Supp. 1170 S.D.N.Y. 1996) y entre la *República de Nicaragua* y *Standard Fruit Co.* (937 F. 2^d 469 9th Cir. 1991).

(211) Por **HUÁSCAR EZCURRA RIVERO**: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

tución arbitral, con la finalidad de proteger el buen desarrollo del proceso, desincentivar comportamientos estratégicos de las partes, evitar con ello dilaciones innecesarias y, finalmente, sobretodo, proteger la efectividad del laudo que se emita.

La Ley quiere evitar el comportamiento estratégico de las partes y, para ello, manda que las partes se encuentran obligadas a ser consistentes con sus propios actos, de tal forma que la objeción que no plantearon en la primera oportunidad que tuvieron, no podrán tampoco (para ser consistentes) plantearla después. Y si lo hacen, su objeción debería ser declarada improcedente por ser manifiestamente inconsistente con su “silencio” anterior.

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

Es pertinente comentar que la renuncia al derecho a objetar se encontraba también prevista en el artículo 95º de la ley anterior, Ley Nº 26572. En efecto, la ley anterior disponía al respecto lo siguiente:

“Artículo 95º.- Renuncia al derecho a objetar.- Se considerará que renuncia a su derecho a objetar el arbitraje la parte que lo prosiga conociendo que no se han cumplido alguna disposición de la presente Sección de las que las partes puedan apartarse, o algún requisito del convenio arbitral, y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o dentro de un plazo pactado”.

Obsérvese que la disposición de ley anterior al referirse a “demora injustificada o plazo pactado” contemplaba la posibilidad de tolerar una demora justificada o un plazo pactado entre las partes. La nueva Ley en su artículo 11º, en cambio, dispone la obligación de plantear la objeción “tan pronto como le sea posible” a la parte objetante. Nuestra opinión es que la norma actual es más precisa en cuanto a la necesidad de que la objeción sea planteada con carácter de inmediatez; esto es, en la primera oportunidad que se tuvo.

Otra diferencia importante respecto de la ley de arbitraje anterior, y la disposición del artículo 11º de la ley actual bajo comentario, es que el artículo 11º, a nuestro criterio, tendría un ámbito de aplicación más amplio, fundamentalmente por dos razones. La primera es que el artículo 11º actual dice que si la parte conoció o “debió conocer” de la irregularidad y no la denunció, entonces pierde su derecho a objetar. La norma anterior en cambio no tenía referencia alguna a un posible

“deber de conocer” considerando las circunstancias concretas de cada caso. Esta diferencia es una que en términos prácticos tiene mucho impacto, pues en ciertos casos, dadas las circunstancias, generará la presunción de que la parte que no objetó “debió conocer”; y corresponderá en todo caso a quien no objetó probar que no tuvo cómo conocer. Se trata entonces de una regla que favorece el blindaje del proceso y del laudo, poniendo sobre las espaldas del objetante la carga de probar que no tuvo cómo conocer y, encareciendo con ello eventuales comportamientos estratégicos y de mala fe.

Finalmente, obsérvese que la norma del artículo 11° se refiere a irregularidades por incumplir la Ley, el acuerdo de las partes, o cualquier disposición del reglamento aplicable. La norma anterior solamente se refería a incumplimiento de la ley o del convenio arbitral. La disposición actual es entonces también más amplia, en el sentido que toda irregularidad no denunciada a tiempo, se entiende renunciada (sea irregularidad por incumplimiento de la ley, incumplimiento del acuerdo o incumplimiento del reglamento aplicable). Ello, nuevamente, contribuye a una protección más efectiva del proceso arbitral y del laudo.

El énfasis que la nueva ley, mediante el artículo 11° comentado, pone en salvaguardar el principio de la buena fe dentro del proceso, exigiendo a las partes conducirse de modo consistente con sus propios actos, ha sido destacado en su Exposición de Motivos⁽²¹²⁾:

El artículo 11° pretende garantizar la buena fe con la que deben participar las partes en un arbitraje, evitando que se amparen conductas que entran en contradicción con los actos propios de quien pretende objetar las actuaciones arbitrales⁽²¹³⁾.

De otro lado, comentando la institución de la renuncia del derecho a objetar FLORES ha comentado lo siguiente:

“La finalidad de la renuncia del derecho a objetar consiste en impedir que más tarde —en el arbitraje— se presenten objeciones de mala fe o que pudieron haberse hecho con anterioridad, o que en el procedimiento de reconocimiento y ejecución o en el de nulidad del laudo, la parte vencida trate de atacar injustificadamente el laudo”⁽²¹⁴⁾.

(212) Exposición de Motivos del Decreto Legislativo, N° 1071° enviado por la Presidencia del Consejo de Ministros al Sistema Peruano de Información Jurídica, mediante Ofici, N° 650-2008-DP/SCM de fecha 24 de noviembre de 2008.

(213) *Op. cit.*, p. 4.

(214) FLORES, Cecilia, “Renuncia al derecho a objetar: el caso Infored”. En: *Abogado Corporativo*. México D.F., Bimestre Noviembre-Diciembre 2008. p. 45. Consul-

Es claro en ese sentido que lo que lo que la disposición contenida en el artículo 11º de la Ley pretende evitar o desmotivar son las conductas de mala fe, orientadas a dilatar o complicar innecesariamente el proceso y a afectar la efectividad del laudo. En simple, se trata de una disposición que busca generar un marco que garantice el “juego limpio”.

En esa misma línea, otras legislaciones y reconocidos reglamentos de arbitraje recogen idéntico principio. Así, el artículo 33º del reglamento de arbitraje de la CCI establece lo siguiente:

Se presumirá que una parte que proceda con el arbitraje sin oponer reparo al incumplimiento de cualquiera de las disposiciones del Reglamento, de cualesquiera otras normas aplicables al procedimiento, de cualquier instrucción del Tribunal Arbitral o de cualquier estipulación contenida en el acuerdo de arbitraje relacionadas con la constitución del Tribunal Arbitral o con el desarrollo del proceso, ha desistido de su derecho a objetar⁽²¹⁵⁾.

De igual manera, el artículo 30º del reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés) establece lo siguiente:

“Se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente Reglamento, sin expresar prontamente su objeción a tal incumplimiento, renuncia a su derecho de objetar”⁽²¹⁶⁾.

Como se puede observar, se trata de un principio recogido por las más importantes reglamentaciones del arbitraje a nivel internacional.

Su importancia también ha sido reconocida por la doctrina comparada. Así, BORN explica al respecto lo siguiente:

“Al igual que con otros tipos de objeciones durante los arbitrajes, las leyes nacionales más desarrolladas exigen que las partes objeten las decisiones de procedimiento o de prueba durante el procedimiento, a fin de preservar sus derechos”⁽²¹⁷⁾.

ta: 29 de junio de 2009. <<http://www.abogadocorporativo.com.mx/pdf/num8/4450-Renuncia.pdf>>

(215) Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente desde el 1 de enero de 1998.

(216) Reglamento de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobado por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1976.

(217) BORN, Gary, *International Commercial Arbitration: commentary and materials*, 2ª ed., Kluwer Law International, 2001, p. 847. Traducción libre de: “As with other types of objections during the arbitral proceedings, most developed national

Inclusive, en los Estados Unidos donde no existen procedimientos para cuestionar el arbitraje hasta que el laudo haya sido expedido, se exige que las objeciones se presenten de modo oportuno y que quede constancia de ellas. Esto sucede típicamente con los cuestionamientos sobre el tribunal arbitral respecto de la imparcialidad e independencia de los árbitros⁽²¹⁸⁾. En el caso que una parte no deje constancia, en el momento oportuno, de todas las objeciones que tenía, se considerará que dicha parte perdió su derecho a objetar. Así, REDFERN y HUNTER, junto con BLACKBY y PARTSIDES comentan lo siguiente:

“En las jurisdicciones del common law, el concepto de renuncia al derecho a objetar está bien establecido. La parte no puede procurar hacer una emboscada con la objeción esperando la decisión del tribunal para manifestarla. La Corte Suprema de Canada ha declarado que:

No hay duda que, generalmente, un laudo no será desestimado si las circunstancias alegadas para descalificar un árbitro fueron conocidas por las partes antes que comience el arbitraje y sin embargo procedieron sin presentar objeción alguna”⁽²¹⁹⁾.

En el mismo sentido, ELKOURI, ELKOURI y MILES explican lo siguiente:

“Las objeciones a la confirmación o ejecución de los laudos arbitrales y las correspondientes acciones que buscan su nulidad alegando irregularidades en el procedimiento o errores probatorios, usualmente fracasan. Por ejemplo, un laudo fue confirmado a pesar de haber sido emitido tres días después del tiempo pactado en el contrato, donde la solicitud de ampliación del plazo no fue respondida por la parte afectada. La corte fundamentó su decisión en que la parte había perdido su derecho a objetar y además lo alegado no generaba un perjuicio al resultado”⁽²²⁰⁾.

laws require that parties must object to procedural or evidentiary rulings during the proceedings in order to preserve their rights”.

(218) REDFERN Alan y Martin HUNTER en cooperación de Nigel BLACKBY y Constantine PARTSIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4ª ed. Sweet and Maxwell, 2004, p. 211.

(219) *Op. cit.*; Traducción libre de: “In common law jurisdictions, the concept of waiver is well established. A party may not ‘lie in ambush’ with an objection to await the decision of the tribunal. The Supreme Court of Canada has stated that: There is no doubt that, generally speaking, an award will not be set aside if the circumstances alleged to disqualify an arbitrator were known to both parties before the arbitration commenced and they proceeded without objection”.

(220) ELKOURI Frank, Edna; Asper ELKOURI y Alan MILES, *How Arbitration Works*. 6ª ed. Bureau of National Affairs, 2003, p. 128. Traducción libre de: “Objections to the confirmation or enforcement of arbitration awards, and corresponding actions seeking vacatur based on alleged procedural irregularities or evidentiary errors, typically fail. For example, an award was confirmed even though it was issued 3 days beyond the time allowed in the contract, where the request for an extension had gone

Obsérvese que en este caso se pone énfasis en que la objeción alegada no genere un perjuicio. Nuestra Ley, sin embargo, no hace esta distinción entre si lo objetado cambiaría o no, o afectaría sustancialmente la decisión final, o generaría perjuicio. Nuestra Ley se ha limitado a disponer que si la objeción pudo haberse planteado antes, y no se hizo, se entiende que hay renuncia a plantearla posteriormente, sin importar si la objeción, trata de un tema que, de no atenderse, causaría o no alguna afectación a la decisión emitida.

Nuestra opinión es que la Ley peruana hizo bien en no establecer distingos dependiendo de si la objeción planteada se refiere a un tema que, de no atenderse, causaría o no algún perjuicio. Sustentamos nuestra posición en que los principales interesados y afectados por el arbitraje son las partes involucradas y si alguna de ellas conoció o debía conocer un error trascendental, supuestamente de gran importancia, y que le estaría eventualmente generando alguna afectación, lo diligente y razonable hubiese sido que dicha parte manifieste su objeción a tiempo. Si no lo hizo, no debe luego poder hacerlo, sustentando su objeción extemporánea en un eventual perjuicio, si no se da amparo a la misma. Una regla que permitiera lo anterior, contrariamente a la finalidad de la institución bajo comentario, incentivaría comportamientos estratégicos en las partes, a las que les bastaría guardarse una objeción respecto de la cual sí podrían demostrar después que es una que de no atenderse causa perjuicio, para plantearla luego, cual emboscada, solamente si no obtuvieron el resultado que esperaban. Naturalmente, ese no es el tipo de conductas que la norma busca motivar.

2. ¿CÓMO TRATA LA JURISPRUDENCIA LA RENUNCIA AL DERECHO A OBJETAR?

Es pertinente a este respecto, por ejemplo, el caso *Avraham v. Shigur Express Ltd* (1991). En este caso la autoridad norteamericana dispuso que la parte que tuviera alguna objeción que plantear contra el panel arbitral, tenía una obligación afirmativa de plantear dicha objeción y que, de no plantearla, se debería considerar que dicha parte perdió su derecho a objetar⁽²²¹⁾.

De igual manera, en el caso *International Standard Electric Corporation v. Bidas Sociedad Anónima Petrolera* (1990), la autoridad norteamericana dispuso que las partes que no objetaron el nombra-

unanswered. The court based its decision on the losing party's waiver of objection and the lack of prejudice".

(221) *Daniel Avraham v. Shigur Express Ltd.*, United States District Court. District of Columbia, 1991.

miento secreto de los árbitros cuando aquello sucedió, perdieron su derecho a objetar cuestiones de debido proceso y demás objeciones relacionadas al nombramiento de los árbitros⁽²²²⁾.

Otro caso que ilustra de manera efectiva la finalidad de la renuncia al derecho a objetar, tal como nuestra Ley regula la figura, es el caso *Infored S.A. v. Grupo Radio Centro S.A.*⁽²²³⁾. En dicho caso las partes se comprometieron mediante el convenio arbitral contenido en el contrato, a escoger a un tribunal arbitral que fuese experto en la materia. Las dos partes participaron activamente en el nombramiento de los árbitros, sin plantear ninguna objeción o recusación en contra de los árbitros escogidos.

Una vez emitido el laudo, Grupo Radio Centro S.A. (en adelante, GRC) objetó el laudo ante el Juez 63 Civil del Distrito Federal quien declaró nulo el laudo por contravenir el convenio arbitral, resolución que fue luego confirmada por el Tribunal Colegiado en materia Civil en el Distrito Federal.

No obstante, luego de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México concediera el recurso de amparo a Infored S.A. de C.V. y José Elías Gutiérrez Vivó (en adelante, Infored), el Tribunal Colegiado en materia Civil en el Distrito Federal confirmó la validez del laudo del arbitraje. En efecto, como bien señala FLORES comentando esta decisión:

“En el caso Infored, ambas partes intervinieron en la integración del tribunal arbitral y designaron a esos árbitros por considerar que eran ‘expertos en la materia’; de lo contrario, la designación hubiera recaído en personas distintas. Asimismo en el supuesto de que los árbitros no hubieran reunido las calidades necesarias para resolver la controversia, las partes tenían el derecho a recusarlos o de objetar la constitución del tribunal arbitral. Sin embargo, GRC no hizo valer estos derechos y continuó con el arbitraje. Según el artículo 33° del Reglamento de Arbitraje, al haber continuado con el arbitraje, sin objetar la supuesta irregularidad en la integración del tribunal arbitral, GRC renunció a su derecho a hacerlo en el futuro: esto es, tanto en fases subsecuentes del arbitraje, como en cualquier procedimiento judicial”⁽²²⁴⁾.

Obsérvese que en este caso el presidente arbitral efectivamente no tenía la especialidad en la materia de radio y comunicación, requisito

(222) *International Standard Electric Corporation v. Bridas Sociedad Anónima Petrolera*, N° 745 F. Supp. 172. Nueva York, 1990.

(223) *Infored S.A. de C.V. y José Elías Gutiérrez Vivó v. Grupo Radio Centro S.A. de C.V.* Cas, N° 12138/KGA de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), 30 de enero de 2004.

(224) FLORES, *Op. cit.*, p. 50.

éste indispensable por haber sido pactado en el convenio arbitral. Entonces, no cabe la menor duda que GRC tenía el derecho de cuestionar ese nombramiento e inclusive plantear una recusación contra dicho árbitro. Había un fundamento de fondo válido para plantear la objeción. No obstante, no se formuló la objeción en la fase pertinente del arbitraje, cuando conoció o debió conocer dicha falta de especialidad. Es más GRC manifestó su conformidad con el nombramiento. Todo lo anterior, determinó su renuncia al derecho de objetar dicho nombramiento, en fases posteriores del arbitraje o inclusive en cualquier otro procedimiento judicial.

De ahí que Cecilia FLORES RUEDA explique en sus comentarios a este caso que:

“Por esa razón, los argumentos de GRC sobre la falta de experiencia de los árbitros en materia de radio y comunicación, en los procedimientos judiciales relativos a la nulidad del laudo, no debieron de haber sido considerados por los tribunales judiciales. Incluso como se señaló, así lo han hecho otros tribunales judiciales en los casos en que la parte vencida, ilegítimamente trató de hacer valer cuestiones procesales o relativas a la constitución del tribunal arbitral, habiendo perdido su derecho para hacerlo” ⁽²²⁵⁾.

Los casos citados confirman que la renuncia al derecho a objetar constituye una institución muy relevante para colaborar con el buen desarrollo del proceso arbitral, desincentivando de modo efectivo comportamientos estratégicos de las partes, orientados principalmente a atacar la efectividad del laudo. Si algo es claro es que en un proceso arbitral habrá usualmente un ganador y un perdedor. Y de ello se deriva entonces que quien resulte perdedor, una vez que conozca su condición de tal, buscará mellar la efectividad del laudo. Es en esta etapa entonces donde la institución de la renuncia al derecho a objetar adquiere especial relevancia, pues se constituye en un instrumento muy efectivo para blindar el laudo frente a ataques claramente inconsistentes con el comportamiento anterior de las partes. Se trata en ese sentido de un blindaje muy efectivo frente a la mala fe.



Art. 12º.—Notificaciones y plazos.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, se aplicarán las disposiciones siguientes:

(225) *Ibíd.*

a. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en el domicilio señalado en el contrato o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales. Si no pudiera determinarse, tras una indagación razonable, ninguno de estos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales conocidos del destinatario.

b. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por la parte interesada.

c. Los plazos establecidos en este Decreto Legislativo se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se considerarán inhábiles los días sábados, domingos y feriados así como los días no laborables declarados oficialmente.

COMENTARIO ⁽²²⁶⁾

El tratamiento de las notificaciones y de los plazos requiere, a mi juicio, de una previa referencia a los actos arbitrales y a las actuaciones arbitrales, pues las notificaciones son los medios para dar a conocer los actos y el requisito para la eficacia de los actos y actuaciones arbitrales.

El Decreto Legislativo N° 1071, que es la vigente Ley de Arbitraje (en adelante LA), utiliza únicamente, como expresión genérica, la de actuación o actuaciones arbitrales, no la de actos arbitrales. Sin embargo, considero, que la actuación o actuaciones arbitrales deben entenderse como la o las consecuencias de un acto arbitral, esto es, del

(226) Por FERNANDO VIDAL RAMÍREZ: Socio del Estudio Rodríguez-Mariátegui & Vidal. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

acto que determina una actuación que debe ser llevada a efecto para la tramitación del proceso arbitral, para su diligenciamiento.

La LA distingue las actuaciones arbitrales de la decisión, expresión que utiliza para significar el acto en el cual los árbitros dictan una resolución para darle solución a un incidente o dar impulso a la tramitación del proceso hasta llegar a la decisión culminante, que es la que resuelve la controversia o conflicto que ha dado lugar al proceso, y que viene a ser el laudo, que es el acto arbitral por excelencia.

El acto arbitral tiene su fuente en el convenio arbitral que, como se sabe, es el acto jurídico que contiene el acuerdo por el cual se decide someter a arbitraje la controversia o conflicto que se genere en el desarrollo de la relación jurídica que vincula a las partes que lo celebran, aunque debe advertirse que no siempre el convenio arbitral se constituye por acto bilateral, pues puede ser un acto multilateral cuando va a dar lugar al arbitraje estatutario, o unilateral, cuando va a dar lugar al arbitraje testamentario.

El proceso arbitral, como todo proceso que se desarrolla ante un órgano jurisdiccional, es una sucesión continuada de actos que emanan de las partes, del Tribunal Arbitral y, aún, de terceros, todos ellos relacionados al proceso y a su tramitación o diligenciamiento.

Los actos de las partes y, aún, los de los terceros, tienen que confluir necesariamente en el Tribunal Arbitral, él que los provee con las decisiones que dan lugar a su notificación para que adquieran eficacia.

La sucesión continuada de los actos arbitrales se inicia cuando la parte interesada en llevar adelante el arbitraje lo peticiona, comunicándolo o notificándolo a la otra parte. Superadas las vicisitudes que pueden presentarse en el nombramiento de los árbitros, el Tribunal Arbitral debe celebrar el acto de su instalación convocando a las partes o, al menos, notificándolas de su instalación. Desde entonces, los actos arbitrales deben confluir en el Tribunal Arbitral y son interconectados por las notificaciones, que no sólo dan a conocer las decisiones del Tribunal Arbitral y las dotan de eficacia, sino también dan a conocer los plazos para la continuidad del acto que corresponda y para las actuaciones que deban realizarse.

En consonancia con el carácter supletorio de sus normas, la LA establece las reglas que pueden aplicarse en cuanto a las notificaciones.

Las notificaciones requieren de un domicilio o lugar a donde deban ser dirigidas. Por lo general, en el instrumento que origina la relación jurídica, o en el convenio arbitral, o en la petición de arbitraje y su aceptación, se hace constar el domicilio para el efecto de las no-

tificaciones. De este modo, las notificaciones deben ser dirigidas y se entienden entregadas válidamente, en los domicilios señalados.

El artículo 12° de la LA, supletoriamente, plantea la presunción de que toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario, o que haya sido entregada en el domicilio señalado o, en su defecto, en el domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales, acogiendo, de ese modo, la noción lata de domicilio establecida por el Código Civil.

En la hipótesis de que la notificación no ha sido entregada al destinatario o recibida por éste o que no pueda determinarse su recepción en ninguno de los lugares anteriormente indicados y considerados como su domicilio, el mismo artículo 12° dispone que la notificación se entenderá recibida cuando se despacha por correo certificado o por cualquier otro medio que deje constancia que va a ser entregada en el último domicilio o residencia habitual o lugar de actividades principales del destinatario.

Con la finalidad de facilitar la entrega y recepción de las notificaciones, el acotado artículo 12° dispone la notificación o comunicación por fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, los que deben dejar constancia de su remisión y recepción, pero siempre que hayan sido designados por la parte interesada, que, entendemos, debe ser la que debe recibir la notificación, escritos y documentación.

Las notificaciones deberán dar a conocer lo planteado por la parte que motiva la disposición del Tribunal Arbitral y el señalamiento del acto que viene a ser de la incumbencia de la otra parte, o a lo expuesto por un tercero, así como a la actuación que corresponda y el plazo dentro del cual debe diligenciarse.

Los plazos para el desarrollo del proceso son también susceptibles de acuerdo entre las partes, las que pueden convenir la manera de computarlos y si son de cómputo los días calendarios o solo los días hábiles.

En consonancia con el carácter supletorio de sus normas, la LA establece las reglas para el cómputo de los plazos, siendo atribución del Tribunal Arbitral fijarlos, pero no en el modo de computarlos, pues la facultad de establecer las reglas de cómputo ha sido reconocida solo a las partes y, en su defecto, opera supletoriamente lo establecido por el ya acotado artículo 12°.

El cómputo de los plazos, según la acotada regla supletoria, se debe realizar solo por días hábiles, señalándose como inhábiles los días sábado, domingo y feriados, así como los días no laborables oficialmente declarados.

Recibida la notificación, el cómputo del plazo se inicia al día siguiente de haber sido recibida, que es la regla común que establece el inciso 4 del artículo 183º del Código Civil y, si el último día del plazo fuera inhábil, el cómputo se extiende hasta el primer día hábil siguiente, conforme a la también regla común del inciso 5 del acotado artículo 183º del mismo Código.

Los plazos tienen un rol sumamente importante en el proceso arbitral y ellos, en mi opinión, están vinculados a las garantías del debido proceso. De ahí, que el inciso 4 del artículo 34º de la LA faculte al Tribunal Arbitral para, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, aún si estos plazos estuvieren ya vencidos. La facultad, obviamente, debe interpretarse y aplicarse con un criterio de equidad que favorezca a ambas partes.

Las partes al convenir en que la controversia o conflicto que se suscite entre ellas se solucione arbitralmente, pueden predeterminar el plazo de duración del proceso y, en tal virtud, los actos y actuaciones arbitrales deben necesariamente sujetarse a ese plazo, incluido el plazo para laudar.



TÍTULO II

CONVENIO ARBITRAL

Art. 13º.— Contenido y forma del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya

concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

COMENTARIO ⁽²²⁷⁾

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Adiós a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral. 3. El convenio arbitral: contrato suficiente para arbitrar. 4. El convenio arbitral es un contrato y, por lo tanto, crea obligaciones para las partes. 5. El consentimiento como requisito de validez y existencia del convenio arbitral. 6. Capacidad jurídica de las partes para celebrar convenios arbitrales (arbitrabilidad subjetiva). 7. Contenido del convenio arbitral (arbitrabilidad objetiva).*

(227) Por **CARLOS A. SOTO COAGUILA**. Consejero, Jefe del Área de Arbitraje Internacional del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI y del Club Español del Arbitraje. Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje.

El autor desea agradecer el valioso apoyo de Jhon Jara Cano y Orializ Carla Espinoza Soto en la elaboración del presente trabajo.

7.1. Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias. **7.2.** Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir. **7.3.** Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. **8.** Formalidad del convenio arbitral: “debe constar por escrito”, pero no se sanciona con nulidad su inobservancia. **9.** Principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral. **10.** El convenio arbitral incorporado como una cláusula del contrato. **11.** El convenio arbitral celebrado en documento separado del contrato. **12.** Otros supuestos de convenios arbitrales que la nueva LA considera como “escritos”. **12.1.** Convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico). **12.2.** Convenio arbitral por aplicación del silencio como declaración de voluntad. **12.3.** Convenio arbitral por referencia. **13.** Convenio arbitral en el arbitraje internacional. **14.** Efectos del convenio arbitral. **14.1.** Efecto positivo del convenio arbitral. **14.2.** Efecto negativo del convenio arbitral. **15.** Modificación o extinción del convenio arbitral. Relación entre el convenio arbitral y el “acta de instalación” en el arbitraje doméstico peruano (acta de misión en los arbitrajes CCI). **16.** Interpretación del convenio arbitral. Reglas de la teoría general del contrato que se aplican a los convenios arbitrales. **16.1.** Reglas Generales para la Interpretación de los Contratos. **16.1.1.** Interpretación de la voluntad declarada. **16.1.2.** El principio de la buena fe en la interpretación de los contratos. **16.1.3.** Interpretación sistemática. **16.1.4.** Interpretación finalista. **16.1.5.** Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o estándar. A) Regla de la prevalencia. B) Regla de la cláusula más beneficiosa. C) Regla contra stipulatorem. **17.** Convenios arbitrales defectuosos o patológicos. **18.** Importancia de la aplicación del principio de conservación del contrato (favor negotii) a los convenios arbitrales.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 13° es una de las más importantes normas de la nueva Ley de Arbitraje (en adelante, LA). Al respecto, en la Exposición de Motivos de la nueva LA se menciona que los “artículos 13° y 14°, son normas de la mayor importancia y que tienen como antecedente directo la reforma del artículo 7° de la Ley Modelo UNCITRAL de 2006. Estas nuevas disposiciones permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito, es contraria a las prácticas y usos del comercio” ⁽²²⁸⁾.

(228) Exposición de Motivos Oficial de la nueva Ley de Arbitraje.

Antes de comentar las disposiciones que contiene el artículo 13° de la nueva LA, es necesario precisar algunos conceptos para una adecuada comprensión y una correcta aplicación de la figura del *Convenio Arbitral*, tanto en arbitrajes domésticos como internacionales.

2. ADIÓS A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y AL COMPROMISO ARBITRAL

Uno de los aportes más significativos y de mayor trascendencia de la legislación arbitral peruana (las leyes arbitrales derogadas y la nueva LA), ha sido la eliminación de la exigencia de suscribir dos contratos para activar la vía arbitral: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.

Recordemos que bajo la antigua legislación aplicable al arbitraje se requería que las partes, antes de producirse el conflicto, hubiesen pactado un acuerdo arbitral denominado “cláusula compromisoria” (que implicaba la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje) y luego, una vez producida la controversia, las partes en conflicto debían forzosamente otorgar un nuevo acuerdo llamado “compromiso arbitral”, mediante el cual expresaban su intención de someter la controversia existente al fuero arbitral y además, determinaban las reglas que eventualmente regirían dicho proceso, como por ejemplo, la forma de composición del tribunal arbitral, la sede del arbitraje, las actuaciones pendientes de realización, etc.

Las derogadas figuras de la “cláusula compromisoria” y el “compromiso arbitral”, se encontraban reguladas en el Código Civil peruano de 1984⁽²²⁹⁾. Respecto de la “cláusula compromisoria”, el derogado artículo 1906° del Código Civil señalaba que “las partes pueden obligarse mediante un pacto principal o una estipulación accesorio, 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 [...]”.

A partir de esta definición legal, la doctrina nacional determinó las principales características y efectos que generaba la suscripción de una cláusula compromisorio:

- Era un pacto por el cual las partes acordaban sustraerse de la intervención del Poder Judicial.
- En este pacto no se fijaban los extremos de la controversia (por cuanto en ese momento todavía no existía conflicto alguno), sólo

(229) Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 295, promulgado el 24 de julio de 1984.

se identificaba de manera precisa la relación jurídica respecto de la cual, los futuros e inciertos conflictos serían resueltos por la vía arbitral.

- La suscripción de esta cláusula obligaba a las partes a que, llegado el momento en el que surgía una controversia, se debía realizar un nuevo contrato denominado compromiso arbitral⁽²³⁰⁾.

El “compromiso arbitral” estuvo regulado en el artículo 1909º del Código Civil peruano de la siguiente manera: “Por el compromiso arbitral dos o más partes convienen que una controversia determinada, materia o no de un juicio, sea resuelta por un tercero o terceros a quienes designan y a cuya jurisdicción y decisión se someten expresamente”. De esta definición legal se identificaron las siguientes características y efectos:

- Este acuerdo debía celebrarse necesariamente una vez que haya surgido un conflicto entre las partes. Por ello, la ley exigía que se precisen los términos exactos de la controversia.
- Sólo con la suscripción del compromiso arbitral las partes podían acudir a arbitrar sus controversias⁽²³¹⁾.

Ante la exigencia de suscribir dos contratos para arbitrar, muchos se han preguntado *¿cuál era el sentido de exigir dos contratos?* Fernando CANTURIAS señala que la razón para mantener ambas figuras radicaba básicamente en que, “si bien la materia controvertida está debidamente determinada en su máxima expresión, cuando se suscribe una cláusula compromisoria, los árbitros no pueden operar sin una definición previa de los términos de la controversia por las partes”⁽²³²⁾.

En efecto, “cuando se suscribe una cláusula compromisoria las partes no suelen nombrar a los árbitros”⁽²³³⁾, y “si se permitía a las partes acudir al arbitraje existiendo una simple cláusula compromisoria, el arbitraje se convertiría en un procedimiento similar al que se sigue ante el Poder Judicial, en el que una parte demanda y la otra contesta y reconviene (procedimiento antagónico), mientras que exigiéndose la celebración del compromiso arbitral, las partes llegarían al arbitraje en una situación más de cooperación”⁽²³⁴⁾.

(230) CANTURIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 203.

(231) *Ibíd.*, ps. 203/204.

(232) *Ibíd.*, p. 214.

(233) *Ibíd.*, p. 214.

(234) *Ibíd.*, p. 215.

De este modo, el legislador peruano consideró que la cláusula compromisoria no era suficiente para someter a arbitraje la controversia surgida, por cuanto ésta sólo configuraba una suerte de marco general, necesitándose perfilar la controversia; es así que se requería además la celebración de un nuevo contrato: “el compromiso arbitral”. También se ha dicho que como la cláusula compromisoria no contenía la determinación de la controversia, “no se podía saber si la planteada en un litigio sería o no, la misma que luego se especificaría en el contrato de compromiso, y esta circunstancia podía motivar que, al poderse oponer la excepción de incompetencia, se conceda la posibilidad de una renuncia general a la jurisdicción ordinaria”⁽²³⁵⁾.

La realidad —como es de una ostensible obviedad— no tardó en demostrar lo ineficiente y absurdo de la exigencia de dos contratos para arbitrar. Ciertamente, cuando surge una controversia entre las partes, ellas se encuentran en el peor momento de sus relaciones, por lo que es complicado —por no decir imposible— suscribir cualquier acuerdo o contrato, menos aún para iniciar un arbitraje. Dicha situación aparentemente favorecía a la parte que se encontraba en falta, pues era altamente probable, que su actitud fuese la de obstaculizar la suscripción del compromiso arbitral, lo que generaba que la parte afectada tenga que acudir al Poder Judicial para exigir el otorgamiento del compromiso arbitral.

Sobre las dificultades generadas por la existencia y exigencia de ambas figuras para arbitrar, Fernando DE TRAZEGNIES ha manifestado lo siguiente: “[...] 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”⁽²³⁶⁾.

Adicionalmente a las dificultades señaladas podemos agregar que si las partes buscaban, con la suscripción de la cláusula compromiso-

(235) OGÁYAR Y AYLLÓN citado por Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, “Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: REVOREDO, Delia, *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo VI, OKURA Editores S.A., Lima, 1985, p. 674.

(236) DE TRAZEGNIES, Fernando, “Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y el Compromiso Arbitral”. En: *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español*. Libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubklowky, Editorial Cuzco, Lima, p. 549.

ria, someter sus controversias a arbitraje y con ello excluir a la jurisdicción ordinaria, bastaba que una de las partes se negase a celebrar el compromiso arbitral, para que la otra parte tenga que acudir necesariamente al Poder Judicial para obligarla a celebrar dicho compromiso, con lo cual, el primer pacto (cláusula compromisoria) resultaba insuficiente y hasta lírico. Ello, dado que “cualquier proceso judicial de otorgamiento de compromiso arbitral tomaba no menos de tres años en el mejor de los casos, tiempo dentro del cual no podía iniciarse proceso arbitral alguno para conocer el fondo de la controversia”⁽²³⁷⁾.

Lo señalado implicaba, por un lado, que la parte que incumplía ganara tiempo y cumpliera su objetivo de evitar el proceso arbitral y, por otro lado, el ordenamiento jurídico generaba que las controversias terminaran en manos del Poder Judicial, jurisdicción a la que habían renunciado originalmente. Un auténtico despropósito jurídico.

En consecuencia, la exigencia de dos contratos para arbitrar (cláusula compromisoria y compromiso arbitral), fue un obstáculo para el desarrollo del arbitraje, a tal punto que las estadísticas de los centros de arbitraje eran casi nulas y los juristas de la época no tenían en su haber más allá de uno o, en el mejor de los casos, unos pocos procesos arbitrales.

Hoy día, con la figura del convenio arbitral, como único contrato para arbitrar, se han superado las complicaciones que generó el procedimiento antes descrito. La nueva LA (siguiendo la línea de sus leyes arbitrales predecesoras⁽²³⁸⁾ y la Ley Modelo de UNCITRAL) considera que el convenio arbitral es un acto jurídico suficiente para arbitrar y, por lo tanto, no se requiere de la ulterior celebración del compromiso arbitral⁽²³⁹⁾

(237) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 208.

(238) La Primera Disposición Final del Decreto Ley N° 25935, primera Ley General de Arbitraje (promulgada el 7 de noviembre de 1992), derogó el Título XI del Código Civil, que hacía referencia a la Cláusula Compromisoria y al Compromiso Arbitral. Por su parte, el artículo 9º de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (segunda Ley de Arbitraje), dispuso que: “El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial. El convenio arbitral obliga a las partes y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral”.

(239) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y CAIVANO, Roque J., “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, p. 57.

para iniciar el arbitraje. En esta medida, el convenio arbitral constituye “la pieza maestra de la institución arbitral”⁽²⁴⁰⁾.

En conclusión, en el lenguaje jurídico y en la legislación arbitral peruana ya no se utilizan las nomenclaturas de cláusula compromisoria ni compromiso arbitral, sino únicamente la de “convenio arbitral” o “acuerdo arbitral”⁽²⁴¹⁾. Conviene precisar que en caso se utilicen contractual o legislativamente dichos términos (cláusula compromisoria, compromiso arbitral), de conformidad con lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria de la nueva LA⁽²⁴²⁾, éstos deberán entenderse e interpretarse como si se tratará de convenios arbitrales.

3. EL CONVENIO ARBITRAL: CONTRATO SUFICIENTE PARA ARBITRAR

El artículo 13.1 de la nueva LA define al convenio arbitral como el “acuerdo mediante el cual, las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

Siendo el arbitraje una institución que se funda en la autonomía privada y la libertad contractual de las partes, es mediante el convenio arbitral que los sujetos declaran libremente su voluntad de someter sus controversias a una jurisdicción extraordinaria y privada: el arbitraje, excluyendo por lo tanto la intervención de la jurisdicción del Poder Judicial.

Nótese que es el acuerdo de las partes (contenido en el convenio arbitral) el que constituye la partida de nacimiento del arbitraje, por lo que deberá entenderse que su sola celebración es requisito suficiente para arbitrar. Como señala Eduardo SILVA ROMERO, “es menester subrayar una vez más, *in limine*, que el arbitraje es, en una de sus acepciones más puras y precisas, un contrato”⁽²⁴³⁾. En la misma línea, Francisco GONZÁLEZ DE COSSÍO señala que “el acuerdo arbitral es un con-

(240) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Editorial Iustel, Madrid, 2008, p. 611.

(241) Ver en esta obra el Comentario del autor a la Tercera Disposición Complementaria de la LA.

(242) “TERCERA. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

A partir de la entrada en vigencia de este Decreto Legislativo, todas las referencias legales o contractuales a cláusula compromisoria o compromiso arbitral, deberán entenderse referidas al convenio arbitral previsto en este Decreto Legislativo”.

(243) SILVA ROMERO, Eduardo, “Introducción. El arbitraje examinado a la luz de las obligaciones”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico), *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario-Legis, Bogotá, 2005, p. xv.

trato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje [...]"⁽²⁴⁴⁾.

Es importante destacar la autosuficiencia del convenio arbitral para arbitrar y la naturaleza contractual del mismo. En tal sentido, para que exista un convenio arbitral válido se requiere el consentimiento libre y voluntario de las partes al momento de pactarlo, por que *sin convenio arbitral no habrá arbitraje*.

4. EL CONVENIO ARBITRAL ES UN CONTRATO Y, POR LO TANTO, CREA OBLIGACIONES PARA LAS PARTES

Como el convenio arbitral es un contrato, se le aplican *mutatis mutandi* los principios contractuales de: (i) la autonomía privada (toda persona tiene libertad para contratar y libertad para pactar los términos del contrato), (ii) el *pacta sunt servanda* (los contratos son obligatorios y son ley privada entre las partes) y (iii) el efecto relativo de los contratos (debido a que los contratos sólo generan efectos entre las partes y no pueden afectar a terceros).

En consecuencia, el convenio arbitral será obligatorio sólo para las partes que han expresado su consentimiento (expreso o tácito) de someter sus controversias al fuero arbitral.

Una vez celebrado un convenio arbitral, las partes contratantes están obligadas a:

- Someter sus controversias a un proceso arbitral (obligación de hacer).
- Cumplir con los mandatos impuestos en el laudo arbitral (obligación de hacer).
- No acudir a los tribunales judiciales para resolver sus controversias, pues al celebrar el convenio arbitral han renunciado a la competencia del Poder Judicial (obligación de no hacer).

5. EL CONSENTIMIENTO COMO REQUISITO DE VALIDEZ Y EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

Para que un convenio arbitral sea válido, las partes deben declarar su voluntad, vale decir, expresar su consentimiento de someter a arbitraje alguna o todas las controversias, presentes o futuras, que se susciten entre ellas. Ello se desprende de la lectura del artículo 13.1 de la LA, cuando dispone que el convenio arbitral "es un acuerdo por el que

(244) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, p. 56.

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” (énfasis agregado).

Del texto de la citada norma se advierte que es necesario el consentimiento de las partes para arbitrar. Sobre el consentimiento, Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE ha señalado que “siendo uno solo, hay que entenderlo de dos maneras distintas que, en realidad son el fondo y la forma de un mismo fenómeno. La primera manera [...] es dándole el carácter de coincidencia de voluntades declaradas, que responde a su origen etimológico (*sentire-cum* o *cum-sentire*), cuyo significado es sentir lo mismo. La otra manera es considerándolo como la conformidad de la oferta con la aceptación”⁽²⁴⁵⁾. En este sentido, “los contratantes tienen que expresar o manifestar esta voluntad, pues es a través de su expresión o manifestación como la voluntad interna puede resultar conocida”⁽²⁴⁶⁾.

Cabe precisar que el consentimiento, por regla general, debe ser expreso, dado que el silencio no constituye declaración de voluntad válida según lo prescrito en el artículo 142° del Código Civil peruano (en adelante CC), salvo que así lo señale la ley o el convenio de las partes. Tal previsión legal es perfectamente comprensible, por cuanto, si se va a modificar una relación jurídica es menester que la voluntad requerida para ello deba ser al menos inferida de modo razonable y, en general (salvo las excepciones de ley), el silencio no califica para tal fin.

El consentimiento también puede ser asociado al consenso de intereses o voluntades. Al respecto, Francesco MESSINEO señala que “el consenso es un fenómeno complejo, puesto que resulta, no sólo del concurso de voluntades, sino —en cierto sentido— de su combinación”⁽²⁴⁷⁾.

En consecuencia, el consentimiento es “la declaración o exteriorización de la voluntad unilateral que formula cada uno de los contratantes; y es la conjunción de esas declaraciones de voluntad unilaterales lo que da origen a la llamada declaración de voluntad común. Esas

(245) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, 2ª ed., Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2001, p. 98.

(246) Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción. Teoría del Contrato*, 5ª ed., Tomo I, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 148.

(247) MESSINEO, Francesco, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo IV, trad. de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971, p. 437.

declaraciones coincidentes de voluntad importan el consentimiento contractual”⁽²⁴⁸⁾.

Refiriéndose a la importancia del consentimiento para celebrar un convenio arbitral, la Ley de Arbitraje de España de 2003⁽²⁴⁹⁾, en su artículo 9º, dispone que: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, **deberá expresar la voluntad de las partes**, de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” (énfasis agregado). Bernardo CREMADES, comentando la citada norma española, ha manifestado que “si el convenio es un verdadero contrato, requiere, [...] consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral”⁽²⁵⁰⁾. Asimismo, agrega que el consentimiento “se manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que ha de constituir el contrato de arbitraje”⁽²⁵¹⁾.

Siguiendo lo expresado por CREMADES podemos afirmar que la Ley de Arbitraje de España ha establecido como requisito fundamental que las partes expresen únicamente su voluntad (consentimiento) de someterse a arbitraje, dejando de lado con ello la expresión “inequívoca” que contenía la antigua Ley de Arbitraje de España de 1988 que originó algunos problemas en su aplicación. En opinión de Luis DíEZ-PICAZO, “en el artículo 5º de la Ley de 1988⁽²⁵²⁾ [Ley derogada], la voluntad aludida debía ser inequívoca, adjetivo que con buen acuerdo suprime el legislador actual. Aunque nunca se interpretó así, finalmente ha dominado el sentido común. Requerir que la expresión de la voluntad sea inequívoca significa excluir cualquier posible interpretación de la voluntad y privar de carácter arbitral a los convenios que no resulten inequívocamente expresados, lo cual es absurdo”⁽²⁵³⁾.

(248) SPOTA, Alberto G., *Instituciones de Derecho Civil. Contratos*, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, p. 235.

(249) Ley 60/2003 del 23 de diciembre, Ley de Arbitraje, publicada en el BOE núm. 309, de 26/12/2003, ps. 46097/46109. Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de abril de 2010.

(250) CREMADES, Bernardo M., “Del Convenio Arbitral y sus efectos”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 280.

(251) *Ibíd.*, p. 281.

(252) Ley 36/1988 del 5 de diciembre, Ley de Arbitraje, publicada en el BOE núm. 293, de 7/12/1988, derogada por la Ley 60/2003 del 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE núm. 309, de 26/12/2003, ps. 46097/46109). Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr.html>. Consulta: 3 de abril de 2010.

(253) DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 102.

Consideramos también que es suficiente que la ley establezca el requisito del *consentimiento*, el mismo que, como es natural, debe ser expresado de conformidad con lo previsto por el ordenamiento jurídico, pues así se apreciará el caso concreto a la luz de sus propias características y peculiaridades; en cambio, imponer un estándar como el de “inequívoco” —u otro similar— implica alejar tanto la posibilidad de interpretación que en realidad dota a la expresión de voluntad de un rigor formal excesivo y poco o nada útil.

La nueva LA peruana, al definir el convenio arbitral en el artículo 13°, no utiliza la palabra “consentimiento”, empero si encontramos dicho término en el artículo 14°, referido a la extensión del convenio arbitral a partes no signatarias. El artículo 14° de la nueva LA señala que: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo **consentimiento** de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos” (énfasis agregado).

6. CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PARTES PARA CELEBRAR CONVENIOS ARBITRALES (ARBITRABILIDAD SUBJETIVA)

El convenio arbitral, como todo contrato, requiere para su validez de ciertos requisitos, entre ellos, la capacidad jurídica de las partes.

Al respecto, Eduardo SILVA ROMERO ha señalado que “[S]i el pacto arbitral es un contrato, las partes que lo concluyan deben, de conformidad con la teoría general del contrato y sus reglas, ser capaces de contratar”⁽²⁵⁴⁾.

Del mismo modo, Fernando MANTILLA-SERRANO, refiriéndose a la expresión de voluntad de las partes como único requisito del convenio arbitral, indica que “este requisito, obviamente, presupone la capacidad de las partes de quienes presten su consentimiento [...]”⁽²⁵⁵⁾.

Por su parte, Julio César RIVERA advierte que “todo aquel que goza de la capacidad de contratar tiene capacidad para otorgar un acuer-

(254) SILVA ROMERO, Eduardo, *ob. cit.*, p. xix.

(255) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Editora Iustel, Madrid, 2005, p. 79.

do arbitral, salvo previsión expresa en contrario de alguna legislación particular”⁽²⁵⁶⁾.

En consecuencia, para celebrar un convenio arbitral, las partes deben tener plena capacidad para contratar, esto es, capacidad para el ejercicio de sus derechos civiles.

La capacidad de ejercicio es “la posibilidad o aptitud del sujeto de derecho a ejercer, por sí mismo, los derechos de que goza en cuanto persona”⁽²⁵⁷⁾. Dicho de otro modo, es “la aptitud que se tiene para ejercer por sí mismo los derechos y deberes que comprenden las relaciones jurídicas”⁽²⁵⁸⁾.

Tratándose de personas naturales, éstas adquieren la capacidad de ejercicio a los 18 años de edad, tal como lo dispone el artículo 42º del CC, salvo las excepciones señaladas en los artículos 43º y 44º del mismo⁽²⁵⁹⁾.

En el caso de personas jurídicas, las personas jurídicas de derecho privado (sujetas a la Ley General de Sociedades y otras normas especiales) deben estar inscritas en el Registro correspondiente para poder contar con personería jurídica, conforme lo señala el artículo 6º⁽²⁶⁰⁾ de la Ley General de Sociedades. Además, deben contar con represen-

(256) RIVERA, Julio César, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 113.

(257) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las Personas*, Librería Studium Editores, Lima, 1986, p. 102.

(258) ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las Personas*, 3ª ed., Editorial Huallaga, Lima, 2001, p. 322.

(259) “**Artículo 43º.- Son absolutamente incapaces:**

1.- Los menores de dieciséis años, salvo para aquellos actos determinados por la ley.

2.- Los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento.

3.- Los sordomudos, los ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Artículo 44º.- Son relativamente incapaces:

1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.

2.- Los retardados mentales.

3.- Los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad.

4.- Los pródigos.

5.- Los que incurren en mala gestión.

6.- Los ebrios habituales.

7.- Los toxicómanos.

8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil”

(260) “**Artículo 6º.- Personalidad jurídica**

La sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción”.

tantes legales debidamente facultados, los que celebrarán el convenio arbitral en representación de las personas jurídicas. Bajo estas premisas, el artículo 10° de la LA señala que, salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales y representarla en arbitrajes. Para que no haya duda de lo establecido en el artículo 10° de la LA, la propia LA en su Tercera Disposición Modificatoria ha modificado el artículo 188° de la Ley General de Sociedades de la siguiente forma:

“Artículo 188°.- Atribuciones del gerente.

Las atribuciones del gerente se establecerán en el estatuto, al ser nombrado o por acto posterior.

Salvo disposición distinta del estatuto o acuerdo expreso de la junta general o del directorio, se presume que el gerente general goza de las siguientes atribuciones:

[...]

2. Representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil y las facultades previstas en la Ley de Arbitraje” (énfasis agregado).

De esta forma, el gerente goza de las atribuciones para representar a la sociedad, con las facultades generales y especiales previstas en el Código Procesal Civil, así como en los términos que establece la nueva LA. Por lo tanto, “ya no se requiere de la facultad especial para que el órgano gerencial de la persona jurídica pueda celebrar el convenio arbitral”⁽²⁶¹⁾.

7. CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL (ARBITRABILIDAD OBJETIVA)

La nueva LA ha recogido un criterio de máxima amplitud de lo que puede ser arbitrable. El artículo 2° establece que “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*” (énfasis agregado).

En cambio, todo lo relativo al orden público es inarbitrable *per se*. Como señala FERNÁNDEZ ROSAS, “es muy habitual, sobre todo en América Latina, vincular la arbitrabilidad con la noción de orden público

(261) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 62.

en el sentido que, resulta inarbitrable todo aquello que contraviene dicho principio”⁽²⁶²⁾.

En el mundo del arbitraje, la expresión “arbitrabilidad objetiva” es utilizada para hacer referencia a aquellas controversias que pueden ser sometidas a arbitraje teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley aplicable, ya que las partes no podrán superponer su voluntad a aquello que la ley ha restringido del ámbito privado.

Cabe precisar que cuando se pacta que una controversia será resuelta en la vía arbitral, no se dispone del derecho sustantivo sino de un medio procesal, de un vehículo para su solución. Al respecto, Antonio HERNÁNDEZ-GIL, comentando el artículo 2º⁽²⁶³⁾ de la Ley de Arbitraje de España de 2003, cuyo texto es similar al de la nueva LA, sostiene que “las partes no disponen del Derecho sustantivo, o del Derecho subjetivo derivado del conjunto de normas, dispositivas o imperativas del ordenamiento jurídico, sino que disponen del cauce procesal para la dilucidación del derecho”⁽²⁶⁴⁾.

Nuestra LA ha optado por la técnica legislativa de señalar genéricamente que serán materia de arbitraje, todas las controversias que sean materia de libre disposición de las partes y ha dejado de lado la técnica de enumerar los supuestos que no pueden ser materia de éste, como ocurría con la derogada Ley Arbitral de 1996⁽²⁶⁵⁾.

(262) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *ob. cit.*, p. 872.

(263) “**Artículo 2º. Materias objeto de arbitraje.** (Ley de Arbitraje de España de 2003)

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.

2. 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 dimanantes del convenio arbitral”.

(264) HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, “Materias objeto de arbitraje”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 151.

(265) El artículo 1º de la derogada LA de 1996 señalaba:

“**Artículo 1º.- 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.

Antonio HERNÁNDEZ-GIL, comentando el artículo 2° de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que se ha seguido “el criterio de máxima generalidad y el mínimo contenido normativo, limitándose a establecer el principio general de que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho”⁽²⁶⁶⁾. Por su parte, MERINO MERCHÁN sostiene que el legislador español de 2003 ha optado por “la presunción absoluta de disponibilidad arbitral”⁽²⁶⁷⁾, con lo que se otorga la “máxima amplitud o liberalidad en cuanto a la disponibilidad objetiva de las materias susceptibles de arbitraje”⁽²⁶⁸⁾.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003, (que como dijimos es similar al artículo 2° de la nueva LA) refiere que “el artículo 2° regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición [...]. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello, excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales”⁽²⁶⁹⁾.

Si bien la nueva LA expresa que podrán arbitrarse las materias de libre disposición, debemos precisar que las materias de libre disposición están relacionadas con los intereses esencialmente patrimoniales y privados de las partes, y generalmente son materia de transacción.

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.”

(266) HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS, Antonio, “Materias objeto de arbitraje”. En: de MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (Coordinadores), *Comentario a la Ley de Arbitraje*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 115.

(267) MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 275.

(268) *Ibíd.*, p. 274.

(269) Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003, Ley 60/2003. Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de abril de 2010.

Pero la LA es mucho más amplia en materia de arbitrabilidad, pues señala que también se podrá someter a arbitraje las controversias que sean autorizadas por determinada ley, tratado o acuerdo vigente, con lo cual deja abierta la posibilidad de que la ley o un tratado permitan el arbitraje en materias que no necesariamente sean de libre disposición de las partes. En la actualidad, es posible el arbitraje en materia de telecomunicaciones⁽²⁷⁰⁾, laboral⁽²⁷¹⁾, hidrocarburos⁽²⁷²⁾, bolsa de productos⁽²⁷³⁾, protección al consumidor⁽²⁷⁴⁾, bolsa de valores⁽²⁷⁵⁾, banca y seguros⁽²⁷⁶⁾, contrataciones con el Estado⁽²⁷⁷⁾, salud⁽²⁷⁸⁾, transporte⁽²⁷⁹⁾, societaria⁽²⁸⁰⁾, propiedad informal⁽²⁸¹⁾, expropiaciones⁽²⁸²⁾, aeronáutica civil⁽²⁸³⁾, saneamiento⁽²⁸⁴⁾, medio ambiente⁽²⁸⁵⁾, etcétera.

Realizadas las precisiones en torno a la arbitrabilidad objetiva y las materias de libre disposición que pueden ser objeto de arbitraje,

(270) Artículos 77.8, 79º y 80º del Decreto Supremo Nº 013-93-TCC - Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

(271) Artículo 61º, 64º del Decreto Ley Nº 25593 - Ley que regula las relaciones laborales de los trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada.

(272) Artículos 67º, 68º y 86º de la Ley Nº 26221 - Ley Orgánica de Hidrocarburos.

(273) Artículo 18º de la Ley Nº 26361 - Ley sobre la Bolsa de Productos.

(274) Artículo 137º y ss. de la Ley Nº 29561 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

(275) Artículos 132, i); 146, e) del Decreto Legislativo Nº 861 - Ley de Mercado de Valores / Resolución CONASEV Nº 087-98-EF/94.10 - Reglamento de Solución de Controversias de la Bolsa de Valores de Lima.

(276) Artículo 132.5 de la Ley Nº 26702 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

(277) Artículo 52º del Decreto Legislativo Nº 1017 - Ley de Contrataciones del Estado.

(278) Artículo 91º del Decreto Supremo Nº 009-97-SA - Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud.

(279) Artículo 22º de la Ley Nº 27181 - Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre.

(280) Artículo 48º de la Ley Nº 26887 - Ley General de Sociedades.

(281) Artículos 15º, 16º, 17º y 27º del Decreto Supremo Nº 009-99-MTC - Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción del Acceso a la Propiedad Formal.

(282) Artículos 25º, 26º, 27º, 28º, 29º, 30º, 31º, 32º, 33º, 34º y 35º de la Ley Nº 27117 - Ley General de Expropiaciones.

(283) Artículo 116º de la Ley Nº 27261 - Ley de Aeronáutica Civil del Perú.

(284) Artículo 42º del Decreto Supremo Nº 017-2001-PCM - Reglamento General de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

(285) Artículos 151º, 152º, 153º y 154º de la Ley Nº 28611 - Ley General del Ambiente.

corresponde comentar los supuestos normativos contenidos en el artículo 13.1 de la nueva LA.

De la lectura del referido artículo encontramos los siguientes supuestos normativos:

- Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias.
- Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir.
- Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

Analicemos cada uno de estos supuestos:

7.1. Se puede arbitrar todas las controversias o ciertas controversias

Cuando las partes pactan un convenio arbitral tienen la libertad contractual para decidir si someten “todas” las controversias derivadas o relacionadas con su contrato, o solamente “ciertas (algunas)” controversias.

En tal sentido, las partes podrían acordar que, por ejemplo, sólo serán materia de arbitraje las controversias relativas a la resolución del contrato. Así, si se presenta una controversia referida a la validez del contrato o a la nulidad del mismo, esta materia no podría ser resuelta en la vía arbitral, ya que las partes únicamente han acordado someter a arbitraje las controversias referidas a la resolución del contrato.

De otro lado, la controversia materia del arbitraje debe ser expresa y determinada o determinable. MERINO MERCHÁN afirma que “la necesidad de especificar las diferencias es decisiva para acotar el campo de actuación y decisión de los árbitros, ya que en otro caso, cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión, el laudo podrá ser atacado a través de la acción de anulación”⁽²⁸⁶⁾.

¿Es conveniente pactar que todas las controversias sean sometidas a arbitraje o solamente algunas? En nuestra opinión, todo dependerá de los intereses de las partes y de los consejos legales de sus asesores. En todo caso, si las partes deciden someter algunas controversias a la competencia de un tribunal arbitral, deben tener presente que las controversias casi siempre surgen acompañadas de otras controversias afines. Por ejemplo, si las partes pactaron que solamente se some-

(286) MERINO MERCHÁN, José y JOSÉ CHILLÓN MEDINA, *ob. cit.*, p. 270.

terán a arbitraje las cuestiones referidas a la resolución del contrato, que pasará cuando una de las partes incumpla y la otra demanda en la vía arbitral la resolución del contrato, ¿podrá demandar también la indemnización de daños contractuales (responsabilidad contractual)? Probablemente, la parte demandada alegue que la indemnización de daños no es materia arbitrable. ¿Qué se debe hacer en ese caso? En este caso, corresponderá al tribunal arbitral decidir si dicha materia es de su competencia o no, para lo cual deberá tener en cuenta las contingencias del caso particular. Sin embargo, consideramos que en aplicación del principio de *favor arbitri* y teniendo en cuenta que uno de los efectos de la resolución contractual es justamente el resarcimiento de daños y perjuicios, no existe óbice para que el tribunal arbitral pueda conocer dicha materia. Pero no podemos afirmar que el tema sea tan simple, pues en Derecho no hay verdades absolutas, por el contrario, todo es cuestionable.

Por lo tanto, a fin de evitar inconvenientes posteriores, recomendamos que cuando se pacte que sólo algunas (o ciertas) controversias serán materia de arbitraje, resulta conveniente estipular que también serán materia del arbitraje las cuestiones vinculadas o relacionadas.

7.2. Se puede arbitrar controversias que hayan surgido o puedan surgir

La expresión “hayan surgido o puedan surgir” se refiere a que las controversias materia del arbitraje pueden ser presentes o futuras.

Las controversias que “hayan surgido” son aquellas que existen al momento de la celebración del convenio arbitral, es decir, existe un conflicto entre las partes.

En cambio, las controversias que “puedan surgir” son aquellas que eventualmente pueden presentarse entre las partes durante la ejecución del contrato, pero que no existen al momento de la celebración del convenio arbitral. En este caso, las partes al celebrar un contrato deciden prever la vía para resolver sus futuras disputas (que no desean, pero que pueden presentarse), para lo cual, celebrarán un convenio arbitral donde expresarán su voluntad de resolver las disputas que puedan surgir en el futuro entre ellas en la vía arbitral.

Autorizada doctrina señala que “el litigio que las partes someten a arbitraje puede ser un litigio ya existente entre ellas, aunque no haya recibido un estado judicial, o un litigio futuro que las partes simplemente prevén que pueda surgir en el desarrollo de las relaciones que

entre ellos existan”⁽²⁸⁷⁾, y “respecto de controversias puramente futuras será suficiente una mención esquemática, aunque no debe olvidarse que las declaraciones de las partes habrán de ser sometidas a una correcta interpretación”⁽²⁸⁸⁾.

Si bien las partes pueden pactar un convenio arbitral para resolver sus controversias presentes “o” futuras, nada impide que celebren un convenio arbitral para someter un conflicto existente (presente) y los conflictos futuros que se puedan presentar entre ellas. La autonomía privada sólo tiene como límite el orden público. En consecuencia, las partes tienen la libertad para pactar lo que mejor convenga a sus intereses.

7.3. Se puede arbitrar controversias que surjan de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza

Las controversias que las partes someten a arbitraje pueden nacer de un contrato entre ellas o de otra relación jurídica no contractual⁽²⁸⁹⁾.

Conforme señala autorizada doctrina, las partes pueden establecer en su convenio arbitral qué tipo de conflictos se van a someter a la decisión de los árbitros, los que pueden ser conflictos de naturaleza contractual o extracontractual⁽²⁹⁰⁾.

El artículo 13.1 de la nueva LA al referirse a las controversias arbitrables, señala que dichas disputas pueden surgir de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza. Una correcta interpretación nos indica que la nueva LA se está refiriendo a que la relación jurídica puede ser “contractual” o “no contractual” (de otra naturaleza).

“No contractual” significa que la relación jurídica entre las partes no nace de un contrato, por lo que la relación jurídica puede nacer de un acto unilateral o puede tener una fuente heterónoma como el enriquecimiento sin causa.

(287) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 103.

(288) *Ibíd.*, p. 103.

(289) Según el Código Civil peruano, contamos con cuatro (4) fuentes independientes y autónomas de obligaciones, a saber: i) Contrato; ii) Responsabilidad extracontractual; iii) Gestión de negocios y iv) Enriquecimiento sin causa.

(290) CREMADES, Bernardo M., *ob. cit.*, p. 278.

Como sostiene Luciano BARCHI⁽²⁹¹⁾, en el caso de una relación jurídica de fuente contractual, si el convenio arbitral no es claro, de acuerdo con el principio *favor arbitri* que consagra la nueva LA, deberán considerarse “todas” las controversias derivadas de la relación jurídica contractual, lo cual debe comprender, incluso, las cuestiones extracontractuales derivadas de dicha relación jurídica contractual, como por ejemplo, la responsabilidad precontractual, el enriquecimiento sin causa, el pago indebido (o pago en exceso).

8. FORMALIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL: “DEBE CONSTAR POR ESCRITO”, PERO NO SE SANCIONA CON NULIDAD SU INOBSERVANCIA

La formalidad es “el modo de emitir la declaración de la voluntad, o de documentarla o de hacerla notoria ante otras personas”⁽²⁹²⁾. ALBALADEJO señala que la “forma es el modo de ser del negocio, la manera (palabra, escrito, ceremonia, etc.) de realizarse”⁽²⁹³⁾. Agrega que “todos los negocios son formales, puesto que de alguna manera (forma) han de verificarse los elementos que los compongan [...]”⁽²⁹⁴⁾.

Entonces, todos los contratos (o actos jurídicos) tienen una forma (verbal o escrita), pero no todos tienen una formalidad exigida por el legislador.

Los contratos (o actos jurídicos en general) que tienen una formalidad legal, son aquellos en los que el legislador exige el cumplimiento de un determinado procedimiento para su celebración. Este procedimiento podría ser: el otorgamiento de una escritura pública, la intervención de testigos, la firma o huella del declarante, etc.

Es necesario distinguir entre las formalidades *ad solemnitatem* y las *ad probationem*. Una formalidad es *ad solemnitatem* en la medida que su inobservancia determina la nulidad del acto jurídico o del contrato, por cuanto constituye un requisito de validez del acto jurídico. En cambio, cuando la ley exige una formalidad y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto jurídico (artículo 144º del CC).

(291) BARCHI VELAOCHAGA, Luciano, “Algunas consideraciones sobre el Convenio Arbitral en el Decreto Legislativo N° 1071”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (Director), *El Convenio Arbitral*. En prensa.

(292) LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. *El Negocio Jurídico*, 2ª edición, Editora Jurídica Grijley, Lima, 1997, p. 132.

(293) ALBALADEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 293.

(294) *Ibíd.*, p. 294.

Para la celebración de convenios arbitrales, la nueva LA ha dispuesto que el convenio arbitral *debe constar por escrito* (artículo 13.2), pero no sanciona con nulidad su inobservancia, como ocurría bajo la vigencia de la Ley Arbitral derogada de 1996⁽²⁹⁵⁾. En tal sentido, la nueva LA ha abandonado la exigencia de una formalidad solemne (escrito) para la celebración del convenio arbitral y ha optado por una formalidad *ad probationem*.

Por lo tanto, con la nueva LA ya no se debe cumplir con una formalidad solemne para celebrar el convenio arbitral, únicamente se requiere el consentimiento (acuerdo) de las partes de someter a arbitraje sus controversias presentes o futuras. La nueva LA solamente se limita a señalar que el convenio arbitral “debe constar por escrito”; sin embargo, no sanciona con nulidad la inobservancia de este requisito (conste por escrito), por lo que estamos ante una formalidad *ad probationem*. Así, las partes pueden celebrar un convenio arbitral verbalmente, por medios electrónicos o por mensajes de voz, lo importante hoy día será probar la existencia del consentimiento de las partes.

El término “escrito” contenido en el artículo 13.1 de la nueva LA, no debe interpretarse como sinónimo de “firmado” o “escritura pública”.

Que el convenio arbitral conste por escrito es únicamente una sugerencia que hace el legislador, pues como veremos a continuación, la formalidad “escrita” se relativiza en el ordenamiento jurídico peruano, pues según lo dispone la nueva LA, el convenio arbitral también es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante *la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio*⁽²⁹⁶⁾.

Sobre la amplitud del término “escrito”, GONZÁLEZ DE COSSÍO sostiene que “la definición no puede ser más amplia. Abarca a todo. Es decir, en lo sucesivo, “escrito” significa también “no escrito” (como lo entiende el derecho civil)”⁽²⁹⁷⁾.

En nuestra opinión, la nueva LA ha optado por el principio del consensualismo para celebrar convenios arbitrales, pues la existencia de convenios arbitrales se podrá probar utilizando cualquier medio probatorio. En tal sentido, cuando se dice que el convenio arbitral conste

(295) “**Artículo 10°.- Forma del convenio arbitral.**- El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente [...]”.

(296) Artículo 13.3 de la LA.

(297) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “La nueva forma de el acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (director), *Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Tomo I, Magna Ediciones, Lima, 2009, p. 217.

por escrito, únicamente se recoge una formalidad *ad probationem*, lo cual elimina el uso de “escritura” y no condiciona la existencia de la “firma” como requisitos de validez del convenio arbitral.

Al respecto, Díez-PICAZO afirma que “el cumplimiento de la forma escrita se produce, en primer lugar —y como es perfectamente claro—, mediante un documento *ad hoc* que esté firmado por las partes, bien contenga únicamente el contrato de arbitraje o bien lo inserte como parte de un negocio complejo”⁽²⁹⁸⁾. Agrega el profesor español, refiriéndose al artículo 9º de la Ley de Arbitraje de España de 2003, que “la ley ahora aclara que la forma escrita se cumple también si las declaraciones de voluntad de las partes resultan de un intercambio de comunicaciones, cualquiera que sea el tipo (carta, telegramas, télex o fax) siempre que en las comunicaciones quede constancia del acuerdo y, además, el documento sea accesible en soporte electrónico, óptico o de cualquier otro tipo”⁽²⁹⁹⁾.

Esta reforma sustancial en la nueva LA se redactó tomando en cuenta la opción I del artículo 7º de la Ley Modelo de UNCITRAL (enmendada en el año 2006)⁽³⁰⁰⁾ y con ella se amplió la noción de “escritura”.

En este contexto, “será válido un acuerdo arbitral celebrado verbalmente, siempre que se deje constancia de su contenido. Se privilegia, pues, la existencia comprobable de un acuerdo de voluntad entre las partes, por encima de cualquier requisito formal”⁽³⁰¹⁾.

9. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA O SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

La nueva LA reconoce expresamente la independencia o autonomía que tiene el convenio arbitral respecto al contrato que lo contenga o al que haga referencia.

(298) Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, “Forma y contenido del convenio arbitral”. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coordinador), *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 107.

(299) *Ibíd.*, p. 107.

(300) Estas enmiendas tuvieron como fundamento “reconocer la necesidad de que las disposiciones de la Ley Modelo se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos con respecto a la forma del acuerdo de arbitraje” [conforme lo establece el tercer considerando de la Resolución aprobada sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/61/453)].

(301) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, Volumen 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, p. 57.

El principio de autonomía o separabilidad del convenio arbitral se encuentra regulado en el artículo 41° de la nueva LA, al establecer que el convenio arbitral como acuerdo independiente, no sigue la suerte del contrato que lo contenga, ya que la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este último no implica que el convenio arbitral sea nulo, anulable, inválido o ineficaz, pues sólo los árbitros tendrán la facultad de decidirlo.

Conforme lo dispone la nueva LA, el convenio arbitral puede adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (artículo 13.2). Por lo tanto, el convenio arbitral puede estar contenido en una cláusula dentro de un contrato (obra, suministro, distribución, etc.) o puede constar en un acuerdo independiente (adenda) separado de dicho contrato.

El hecho de que el convenio arbitral esté contenido en una cláusula del contrato no debe entenderse e interpretarse que el mismo es accesorio de éste. Julio César RIVERA sostiene que “la cláusula arbitral no es un accesorio del contrato principal, sino que es propiamente un contrato dentro del contrato por lo que se predica su autonomía”⁽³⁰²⁾. Por su parte, VIDAL RAMÍREZ sostiene que “el convenio arbitral es un acto jurídico que tiene siempre el carácter de principal, conste o no en un documento destinado exclusivamente a servirle de contenido”⁽³⁰³⁾.

Siguiendo a RIVERA, diremos que “la autonomía consiste en que la eficacia de la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal”⁽³⁰⁴⁾. A su vez, MERINO MERCHÁN sostiene que la independencia del convenio arbitral del contrato en el cual se encuentra inserto, es procedente del Derecho de las Convenciones Internacionales y de la Ley Modelo UNCITRAL, donde el convenio arbitral es autónomo respecto al contrato donde se encuentre incorporado⁽³⁰⁵⁾.

La jurisprudencia arbitral de la CCI se ha pronunciado sobre el principio de separabilidad en los siguientes términos: “[...] deberá recordarse que en virtud de la función que la cláusula compromisoria cumple en el comercio internacional, es autónoma y está sometida a un régimen distinto del reservado para el contrato [...], la cláusula de

(302) RIVERA, Julio César, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 100.

(303) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, 2ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 67.

(304) RIVERA, Julio César, *ob. cit.*, p. 100.

(305) MERINO MERCHÁN, José y CHILLÓN MEDINA, José, *ob. cit.*, p. 258.

arbitraje que figura en un contrato internacional, puede regirse perfectamente por una ley distinta a la aplicable al contrato principal”⁽³⁰⁶⁾.

Asimismo, la jurisprudencia de la CCI ha expresado que la nulidad del contrato principal no conlleva la nulidad del convenio de la siguiente manera: “la demandada ha impugnado la competencia del Tribunal Arbitral basándose especialmente en el hecho de que el contrato de licencia no tenía valor, siendo defectuoso su consentimiento, por el profundo desacuerdo existente sobre las bases mismas del contrato, o que al menos estará viciado. En consecuencia la demandada ha pretendido que la cláusula de arbitraje a la cual se refería la demandante no podía tener efecto. De acuerdo con el reglamento [...] la pretendida nulidad o inexistencia alegada de un contrato no ocasiona, salvo excepción en contrario, la incompetencia del árbitro. Si el árbitro admite la validez del convenio de arbitraje seguirá siendo competente, incluso en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los derechos respectivos de las partes y pronunciarse sobre sus demandas y conclusiones”⁽³⁰⁷⁾.

Por su parte, la jurisprudencia chilena ha sentenciado que “El pacto de arbitraje, [...], constituye un contrato autónomo e independiente, en que las partes acuerdan sustraer determinadas materias del conocimiento de la jurisdicción para someterlas a un juicio arbitral. Dicho pacto es en sí un contrato perfecto, [...]. Por tanto, la existencia de la convención arbitral no está condicionada a la vigencia o subsistencia de un contrato en particular, aún cuando la materia que se somete a arbitraje tenga relación con otro negocio jurídico entre las partes”⁽³⁰⁸⁾.

En conclusión, por el principio de separabilidad “el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas”⁽³⁰⁹⁾.

10. EL CONVENIO ARBITRAL INCORPORADO COMO UNA CLÁUSULA DEL CONTRATO

El artículo 13.2 de la nueva LA dispone que el convenio arbitral puede adoptar la “forma de una cláusula incluida en un contrato”⁽³¹⁰⁾.

(306) Caso N° 1507 de 1970.

(307) Caso N° 2476 de 1976.

(308) FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *ob. cit.*, p. 596.

(309) *Ibíd.*, p. 598.

(310) Artículo 13.2 de la LA.

Por lo tanto, el convenio arbitral no tiene que celebrarse necesariamente en un documento separado y distinto al contrato, ya que puede estar incluido dentro del mismo. Sin embargo, el hecho de que se encuentre dentro del contrato como una de sus cláusulas, no lo convierte en una cláusula o estipulación accesoria. Recordemos que el convenio arbitral, por el principio de autonomía o separabilidad, es distinto del contrato que lo contiene.

De manera similar a nuestra LA, la Ley de Arbitraje de España de 2003 dispone que el convenio arbitral “[...] podrá concertarse como cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo”⁽³¹¹⁾. Al respecto, DÍEZ-PICAZO anota que “no se trata de un problema de pura forma porque es sobre todo un problema de relación entre negocios jurídicos que *per se* son distintos. Por la misma razón, no es admisible convertir el convenio arbitral o acuerdo independiente en pura “cláusula”. El legislador ha confundido probablemente las realidades jurídicas negociables y sus plasmaciones documentales. Desde el punto de vista negocial, habrá dos convenios yuxtapuestos y relacionados entre sí. O, por lo menos claramente puestos en conexión. Hablar de “cláusula” o de “acuerdo independiente” sólo tiene sentido desde un punto de vista documental. Por eso, tal vez habría sido más correcto decir que el convenio arbitral podrá plasmarse en el mismo documento en el que las partes celebren un contrato o en otro independiente”⁽³¹²⁾.

Coincidimos con el jurista español, dado que el convenio arbitral contenido en una cláusula del contrato, si bien guarda una estrecha relación de conexidad con el contrato, dicha relación no lo convierte en una cláusula o estipulación accesoria. Para evitar conflictos interpretativos, hubiese sido mejor decir que el acuerdo arbitral puede constar en un documento distinto al contrato o en el mismo contrato y, de ese modo, conjurar el “peligro” de que algún operador no experto en arbitraje interprete que se trata de una cláusula accesoria del contrato.

Reiteramos que sobre la base del principio de autonomía o separabilidad, el acuerdo arbitral contenido dentro del contrato no es accesorio de éste, “la única razón de conexión de dos contratos, que en rigor son independientes, siempre es la forma de determinación de la controversia y la relación jurídica de que dimana de la que antes nos referimos. En este sentido, es claro que el contrato llamado principal es sólo la relación de la que dimana el litigio”⁽³¹³⁾.

(311) Artículo 9° de la Ley española de Arbitraje.

(312) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *ob. cit.*, p. 104.

(313) *Ibíd.*

Por todo ello, prefiero no utilizar la nomenclatura de contrato principal, pues no existe ningún contrato principal, lo que hay es un contrato y dentro de él un convenio arbitral.

11. EL CONVENIO ARBITRAL CELEBRADO EN DOCUMENTO SEPARADO DEL CONTRATO

El convenio arbitral también puede adoptar la “forma de un acuerdo independiente” (artículo 13.2 de la LA).

En este caso, la nueva LA se refiere a la posibilidad de que las partes celebren el convenio arbitral de manera separada al contrato.

Este supuesto se puede presentar, por ejemplo, cuando dos partes celebran un contrato y no incluyen en él, ningún convenio arbitral; pero luego, al surgir una controversia, deciden celebrarlo para resolver sus conflictos. En este caso, tendrán que celebrar el convenio arbitral en documento independiente al contrato. Desde luego que también es posible celebrar el convenio sin la necesidad de que exista una controversia.

En el mundo de los negocios, es común que las partes no pacten todo lo que desean al momento de celebrar un contrato, por ello, es usual que después agreguen disposiciones al contrato, bien sean para modificar los acuerdos ya existentes o para incluir algunos tópicos no regulados.

En la práctica, estos nuevos acuerdos adoptan la forma de una *addenda* o *addendum* al contrato. La *addenda* es toda “adición, agregado o complemento a lo escrito”⁽³¹⁴⁾.

En este contexto, el convenio arbitral puede revestir la forma de una *addenda*, ya que no siempre las partes pactan de antemano que las futuras controversias sobre el contrato serán resueltas por la jurisdicción arbitral. En algunos casos, las partes se reservan el derecho de decidir si acudirán a la vía arbitral o judicial una vez que surja una controversia entre ellas.

Debemos precisar que la *addenda* que contiene el convenio arbitral, por el principio de separabilidad o autonomía, siempre será autónoma del contrato, nunca accesorio.

(314) NICOLIELLO, Nelson, *Diccionario de Latín Jurídico*, Editorial JM Bosch Editor, Barcelona, España, 1999, p. 12.

12. OTROS SUPUESTOS DE CONVENIOS ARBITRALES QUE LA NUEVA LA CONSIDERA COMO “ESCRITOS”

Si bien la regla general es que el convenio arbitral conste por escrito, el artículo 13° de la nueva LA dispone que también se entenderán como equivalentes a “convenios arbitrales escritos” los siguientes supuestos:

- Convenios arbitrales celebrados por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico).
- Convenios arbitrales por aplicación del silencio como declaración de voluntad.
- Convenios arbitrales por referencia.

12.1. Convenio arbitral celebrado por medios electrónicos (convenio arbitral electrónico)

El artículo 13.4 de la nueva LA establece que:

“Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.”

Los avances en la tecnología y en particular el uso de Internet han cambiado drásticamente el mundo de las comunicaciones y ha optimizado el mundo de los negocios. Hoy día, casi todas las personas en el mundo cuentan con un correo electrónico (e-mail), el que utilizan para comunicarse con sus amigos y familiares, pero también para realizar transacciones comerciales simples (comprar libros y música) o complejas (ofrecer mercaderías y servicios) debido a la enorme reducción de costos de transacción que ellas generan. Este nuevo intercambio de bienes y servicios, ofertas a millones de personas, pagos electrónicos, etc., es denominado como comercio electrónico o *e-commerce* ⁽³¹⁵⁾ y en la actualidad muchísimos contratos se celebran por esta vía.

(315) Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A., “O comercio eletrônico no direito peruano”. En: *Direito & Internet II. Aspectos Jurídicos Relevantes*, Editora Quartier Latin, São Paulo, 2008; SOTO COAGUILA, Carlos A., “La contratación electrónica: Los supuestos ‘contratos informáticos’ y los contratos celebrados a través de medios electrónicos”. En: *Instituciones de Derecho Privado. Comercio Electrónico*, Volumen 3. Obra dirigida en forma conjunta con el profesor Ricardo Luis LORENZETTI (Argentina), Ara Editores y Editorial Temis, Bogotá, 2003, ps. 125/148; SOTO COAGUILA, Carlos A., “La contra-

Teniendo en cuenta la realidad descrita, la nueva LA reconoce la validez de los convenios arbitrales que se celebren por medios electrónicos, siempre que dicha información (ofertas, aceptaciones, etc.) sea accesible para su ulterior consulta. En consecuencia, los convenios arbitrales que se pacten por medios electrónicos tendrán el mismo valor que un convenio arbitral escrito.

Celebrar contratos por medios electrónicos no es novedad en el Derecho peruano. El artículo 141° del CC⁽³¹⁶⁾ establece que la manifestación (declaración) de voluntad puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, *a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo*.

Adicionalmente, el artículo 141-A del CC dispone que cuando la ley establezca que la declaración de voluntad deba realizarse mediante alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Por último, el artículo 1374° del CC establece que las declaraciones contractuales (oferta, aceptación, etc.) que se realicen a través de medios electrónicos, ópticos u otro análogo, se presumirán conocidos cuando el remitente reciba el “acuse de recibo”⁽³¹⁷⁾, es decir, cuando el

tación electrónica: Entre el mito y la realidad”. En: *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa (Colombia)*, Tomo 3, Universidad Externado de Colombia, 2003, ps. 339/378; SOTO COAGUILA, Carlos A., “Informe sobre el comercio electrónico en el derecho peruano”. En: *Doctrina contemporánea*, Editora Normas Legales, Trujillo, 2003, ps. 189/210.

(316) Es conveniente mencionar que este artículo fue modificado el 24 de junio del año 2000, mediante la Ley N° 27291, pues la versión original no contemplaba (aunque no prohibía) la validez de las declaraciones de voluntad por medios electrónicos. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A. “La contratación electrónica: Los supuestos ‘contratos informáticos’ y los contratos celebrados a través de medios electrónicos”. En: *Instituciones de Derecho Privado. Comercio Electrónico*, Volumen 3. Obra dirigida en forma conjunta con el profesor Ricardo Luis LORENZETTI (Argentina), Ara Editores y Editorial Temis, Bogotá, 2003, ps. 125/148; SOTO COAGUILA, Carlos A., “La contratación electrónica: Entre el mito y la realidad”. En: *Estudios de Derecho Civil: Obligaciones y Contratos. Libro Homenaje a Fernando Hinestrosa (Colombia)*, Tomo 3. Universidad Externado de Colombia, 2003, ps. 339/378.

(317) El acuse de recibo es un sistema electrónico que puede ser activado en una computadora con la finalidad de permitir al remitente saber el momento exacto en que su mensaje está siendo abierto por el destinatario. Mediante el uso del acuse de recibo es posible la aplicación de presunción de conocimiento contemplado en el artículo 1373° del Código Civil peruano y, por lo tanto, se determine la celebración del contrato cuando el remitente, en este caso el aceptante, reciba en su correo electrónico el acuse de recibo que le indica que su mensaje conteniendo la aceptación ha sido abierto por el oferente. Ver: SOTO COAGUILA, Carlos A., “El Comercio Electrónico en el Derecho Peruano”. En: *AR: Revista de Derecho Informático*, N° 041, diciembre,

sujeto que declara su voluntad (oferente), recibe en la bandeja de entrada de su correo electrónico un mensaje informándole que su destinatario (aceptante) ha recibido su comunicación.

De las normas citadas podemos concluir lo siguiente:

- Las declaraciones de voluntad por medios electrónicos son válidas y tienen el valor de declaraciones expresas (artículo 141° del CC).
- Nada impide celebrar contratos solemnes por medios electrónicos (artículo 141-A).
- Como en la contratación electrónica no hay cargos físicos de la entrega de una carta o comunicación, el legislador peruano señala que se considera conocida una oferta o una aceptación cuando el remitente reciba “acuse de recibo”.

Si aplicamos estos presupuestos al arbitraje concluiremos que las partes pueden celebrar convenios arbitrales por medios electrónicos y que éstos serán válidos, siempre que se cumplan dichos presupuestos. La nueva LA agrega que la *información consignada debe ser accesible para su ulterior consulta*, lo que constituye evidentemente, un tema de probanza.

Bernardo CREMADES, comentando el artículo 9° de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que “una de las novedades más sobresalientes que introduce la nueva LA [española] al establecer que se considera cumplido el requisito de la constancia por escrito del convenio cuando éste “conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo’ (art. 9.3.II LA). Se consagra así la validez de los convenios arbitrales pactados en sede de contratación electrónica o documentados en formato electrónico”⁽³¹⁸⁾.

Otro comentarista de la ley española, Fernando MANTILLA-SERRANO, sostiene que “la libertad formal es prácticamente absoluta al contemplarse la posibilidad de plasmar el convenio arbitral ‘en soporte electrónico, óptico o de otro tipo’ siempre y cuando dicho soporte deje constancia del acuerdo de voluntades y sea susceptible de ulterior consulta. Se consagra así, una ‘ficción’ que permite considerar como «escrito» cualquier soporte de audio, vídeo o electrónico”⁽³¹⁹⁾.

2001. Consulta: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=1015>. Consulta: 3 de mayo de 2010.

(318) CREMADES, Bernardo M., *ob. cit.*, p. 289.

(319) MANTILLA SERRANO, Fernando, *ob. cit.*, ps. 80/81.

Por lo tanto, un convenio arbitral celebrado por medios electrónicos será válido y plenamente eficaz cuando se pruebe su existencia mediante la presentación de los mensajes de datos usados para su celebración.

En esta forma de celebrar convenios arbitrales, ya no se exige que las declaraciones estén firmadas por las partes, con lo cual, “la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rúbrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades”⁽³²⁰⁾.

En conclusión, la nueva LA, con un sentido realista y funcional, otorga validez a los convenios arbitrales celebrados por medios electrónicos u otros análogos, disponiendo que dichos convenios tendrán el valor de convenios arbitrales expresos y escritos.

12.2. Convenio arbitral por aplicación del silencio como declaración de voluntad

El artículo 13.5 de la nueva LA establece que:

“Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.”

Este supuesto particular recoge el caso de un convenio arbitral celebrado por aplicación del silencio como manifestación de voluntad, esto es, cuando una de las partes expresa su declaración de voluntad sobre la existencia del convenio y la otra no niega ni afirma la existencia del mismo.

Sobre el silencio, Federico DE CASTRO señala que “por sí mismo, no significa más que la carencia de expresión y de la nada no cabe sacar ninguna consecuencia positiva”⁽³²¹⁾.

El silencio no tiene relevancia jurídica porque no significa la afirmación o la negación de algo.

Ahora, si bien el silencio por sí mismo no constituye declaración de la voluntad válida, puede adquirir dicho valor “cuando expresa o

(320) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, “La nueva forma de el acuerdo arbitral: otra victoria del consensualismo”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (director), *Arbitraje en el Perú y el Mundo*, Magna Ediciones, Lima, 2009, p. 217.

(321) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El Negocio Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 69.

tácitamente se le atribuya el significado de aceptación”⁽³²²⁾, esto puede suceder en la medida que se pacte en el contrato o que una ley lo estipule de tal manera, o en la medida que se “pacta o entienda que la negativa sólo será eficaz si es hecha expresamente y dentro de determinado plazo”⁽³²³⁾.

Al respecto, el artículo 142° del CC señala que el silencio “importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.

En este sentido, cuando la ley le da el valor de declaración al silencio, éste opera de pleno derecho sin mayor precisión de las partes, como es el caso del supuesto en comentario.

Bernardo CREMADES, comentando el artículo 9.5 de la Ley de Arbitraje de España de 2003, señala que “otra de las (novedades) introducidas por la LA es la presunción de existencia del convenio arbitral (cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación, su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra). Queda así reflejada la voluntad del legislador de superponer la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral a los requisitos de forma”⁽³²⁴⁾.

En este contexto, debemos precisar que si las partes asienten (mediante la afirmación y luego el silencio) en sus comunicaciones la existencia del convenio, se entiende que el silencio tiene el valor de aceptación. Adicionalmente, se entiende que “las exigencias de la buena fe impiden que, habiendo alegado una de las partes la existencia del convenio arbitral en el escrito de demanda y no habiéndola negado la otra en el escrito de contestación, pueda oponerse la excepción de inexistencia de convenio arbitral”⁽³²⁵⁾.

Recordemos que quien alega algo o no lo niega, posteriormente no puede desdecirse, por cuanto, vulneraría el principio de la buena fe y en particular la doctrina de los actos propios que “constituye una regla derivada del principio de buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto”⁽³²⁶⁾.

(322) *Ibíd.*, p. 69.

(323) *Ibíd.*, p. 69.

(324) CREMADES, Bernardo M., *ob. cit.*, p. 298.

(325) *Ibíd.*, p. 298.

(326) BORDA, Alejandro, *La Teoría de los Actos Propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000, ps. 51/53. SOTO COAGUILA, Carlos, “Teoría de los actos propios”. En: *Re-*

En el supuesto contemplado en el artículo 13.5 de la LA, se aprecia que se está ante un caso en que la normatividad expresamente confiere valor jurídico al silencio. El presupuesto se daría en el contexto de un proceso, en el que una de las partes (demandante en la demanda o demandado en la contestación de la demanda) afirma que existe un convenio arbitral y la otra parte no lo refuta, omitiendo pronunciarse sobre tal extremo. De acuerdo a lo señalado, se considerará que se ha aceptado como cierta la afirmación de la otra parte; esto se debe a que se encuentran en un proceso en el que precisamente están en debate las afirmaciones de cada una y un tercero imparcial debe resolver.

Aunque sabemos que el Código Procesal Civil no es una norma supletoria en los arbitrajes, salvo que las partes así lo acuerden, en dicho cuerpo legal también encontramos un supuesto donde el silencio tiene consecuencias jurídicas. Se trata del artículo 442º que dispone que al contestar la demanda, el demandado debe “Pronunciarse respecto de cada uno de los hechos expuestos en la demanda. El silencio, la respuesta evasiva o la negativa genérica pueden ser apreciados por el Juez como reconocimiento de verdad de los hechos alegados.” Similar lógica es la de la figura de la rebeldía, que “causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda” (artículo 461º del mismo cuerpo legal).

12.3. Convenio arbitral por referencia

El artículo 13.6 de la nueva LA establece que:

“La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Se denomina convenio arbitral por referencia (*per relationem*) al pacto arbitral que no se encuentra contenido dentro del contrato, sino en un documento separado, pero que en el contrato se hace remisión a dicho documento⁽³²⁷⁾. “La frase incorporación por referencia es universalmente entendida tanto por abogados como por no abogados, para significar la completa inclusión, en el cuerpo de un documento, de otro texto que, aunque físicamente separado del documento, se

vista Legal bilingüe “COLUMNAS” del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Luna-Victoria Abogados, N° 134, abril 2005, ps. 10/13.

(327) CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. “La cláusula compromisoria por referencia”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico). *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario-Legis, 2005, p. 174.

convierte en parte del documento como si hubiera sido escrito en él directamente”⁽³²⁸⁾.

La Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003 señala que: “se consagra también la validez de la llamada cláusula arbitral por referencia, es decir, la que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo. Asimismo, la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”⁽³²⁹⁾.

El convenio arbitral por referencia ha sido recogido por la normativa internacional, tal es el caso de la legislación alemana que ha recogido expresamente las cláusulas arbitrales por referencia en contratos sujetos a condiciones generales. Asimismo, la Ley Holandesa de Arbitraje adopta una postura de vanguardia y dispone que es suficiente un documento escrito que contemple el arbitraje o que se refiera a unas condiciones generales que prevean el arbitraje, si ellas han sido expresas o tácitamente aceptadas por la otra parte. Por su parte, el ordenamiento suizo también permite pactar una cláusula compromisoria por referencia a otro documento que la contenga. Por último, en el Derecho francés se exige que la cláusula arbitral conste por escrito y se acepta la cláusula arbitral por referencia.

Para que estos pactos sean obligatorios basta una referencia general a otro documento que contenga el acuerdo arbitral siendo lo importante que las partes hayan querido realmente acordar la solución de sus eventuales litigios por la vía del arbitraje, y que el escrito contentivo del pacto de arbitraje se integre al contrato de un modo u otro⁽³³⁰⁾.

Como hemos podido apreciar a nivel internacional, el convenio por referencia ha sido recogido y desarrollado de diversas formas; sin embargo, no podemos dejar de lado el respeto de la autonomía privada (que es principio base para el arbitraje), y, en ese sentido, se debe respetar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, “por ello es necesario que la parte contra la que se invoca la existencia del convenio arbitral tuviese conocimiento, en el momento de suscribir el con-

(328) CASTRO DE CIFUENTES, Marcela, *ob. cit.*, p. 174. Ver, *Bruce Froehlich et al., c. Sonya Dakar Skin Care et al.* Court of Appeal of the State of California (Second Appellate District Division Five). Fuente: <http://www.huronlaw.com/docs/briefs/froereply.pdf>.

(329) Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 3 de abril de 2010.

(330) CASTRO DE CIFUENTES, Marcela, *ob. cit.*, p. 187.

trato principal, de la existencia de la cláusula arbitral en el documento al que el contrato se remite”⁽³³¹⁾.

13. CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

El artículo 13.7 de la nueva LA establece:

“Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.

En primer lugar, la nueva LA sigue el sistema monista, distinto a su antecesora que regulaba en forma separada el arbitraje doméstico y el arbitraje internacional. En la nueva LA las normas se aplican tanto a los arbitrajes nacionales, también llamados domésticos, como a los arbitrajes internacionales. Si bien esta es la regla general, en la nueva LA existen algunas normas aplicables exclusivamente al arbitraje internacional⁽³³²⁾.

Recordemos, conforme lo dispone el artículo 5º de la nueva LA, un arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- Si las partes que intervienen en el convenio arbitral tienen sus domicilios en diferentes Estados cuando se produce la celebración de dicho convenio.
- Si de acuerdo a lo pactado en el convenio arbitral, o con arreglo a éste, la sede del arbitraje se ubica fuera del lugar de domicilio de las partes.
- Tratándose de partes domiciliadas en el Perú, se considerará que un arbitraje es internacional, cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica se encuentra fuera del territorio nacional.

(331) CREMADES, Bernardo M., *ob. cit.*, p. 297.

(332) Coinciden con nuestro punto de vista CANTUARIAS Y CAIVANO cuando escriben que pese a la “regulación unitaria del arbitraje doméstico e internacional, se han mantenido unas pocas normas que se aplican exclusivamente a casos de arbitraje internacional, a través de los cuales se procura un mayor régimen de libertad”. (Cfr. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO, “La Nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, Magna Ediciones, Lima, 2008, p. 55).

- Si las partes que intervienen en el convenio se encuentran domiciliadas en el Perú, pero el lugar con el cual el objeto de la discusión tiene una relación más estrecha, está fuera del territorio peruano.

MANTILLA-SERRANO, al comentar el apartado 6 del artículo 9° de la Ley Española de Arbitraje de 2003 de idéntica redacción al supuesto contemplado en el inciso 7 del artículo 13° de la nueva LA, señala que dicho apartado (6) “regula la validez, tanto formal como material, del convenio arbitral, así como la arbitrabilidad misma de la controversia”⁽³³³⁾. De esta forma, “cuando el arbitraje sea internacional e independientemente del lugar del arbitraje, y siempre y cuando las partes no hayan expresamente previsto un derecho aplicable diferente para alguna de estas cuestiones, la regla alternativa y de favorabilidad [...] cubre todo lo concerniente a cuestiones tales como la arbitrabilidad de la controversia, la forma y la formación misma del consentimiento a la base del convenio arbitral y la transmisibilidad de dicho convenio”⁽³³⁴⁾.

Es por ello que MANTILLA-SERRANO sostiene que el apartado 6 del artículo 9° de la Ley Española de Arbitraje de 2003 consagra “una regla de conflicto *in favorem validitatis* y de naturaleza alternativa”⁽³³⁵⁾.

El artículo 13.7 de la nueva LA también recoge esta regla, donde prima el principio de la autonomía privada y deja en libertad a las partes para elegir las normas aplicables en un arbitraje internacional.

14. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Cuando se celebra un convenio arbitral surgen dos efectos: uno positivo y otro negativo. A continuación analizamos cada uno.

14.1. Efecto positivo del convenio arbitral

El efecto positivo del convenio arbitral se traduce en la obligación que tienen las partes de respetar el sometimiento a un tribunal arbitral de cualquier controversia que surja entre ellas⁽³³⁶⁾.

Dicho de otro modo, el efecto positivo es la obligación de las partes de someter a arbitraje cualquier controversia que se encuentre dentro

(333) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005, p. 83.

(334) *Ibíd.*, p. 83.

(335) *Ibíd.*, p. 84.

(336) MANTILLA SERRANO, Fernando, *ob. cit.*, p. 89.

de los términos pactados en el convenio arbitral. Por lo tanto, el efecto positivo otorga a cada una de las partes el derecho de obligar a la otra el sometimiento a los árbitros de una controversia cubierta por el convenio⁽³³⁷⁾.

En consecuencia, “si alguien ha sometido a la decisión de uno o varios árbitros cuestiones litigiosas, no puede cuando surjan éstas negarse a cumplir lo pactado, y por ello, frente a quien ha suscrito un convenio arbitral se puede iniciar un procedimiento que finalice en su caso con un laudo vinculante”⁽³³⁸⁾.

Es importante precisar que el efecto positivo del convenio arbitral se originará en la medida que sea válido y eficaz de acuerdo con las normas de la teoría general del contrato⁽³³⁹⁾.

También es importante puntualizar que el efecto positivo solamente recaerá sobre las partes que celebraron el convenio arbitral. Ello no impide que sobre la base del principio del efecto relativo de los contratos, aplicable al convenio arbitral, los efectos del convenio arbitral también recaigan sobre los herederos en el supuesto de que alguna de las partes fallezca (artículo 1361º del CC)⁽³⁴⁰⁾. Como es sabido, al producirse la sucesión, los herederos pasan a ser los nuevos titulares del patrimonio dejado por su causante. Este patrimonio se conforma por los activos y pasivos, en el primero encontramos a los bienes y acreencias, y en el segundo encontramos a las deudas y obligaciones asumidas por el causante, las cuales ahora serán asumidas por los herederos.

Por último, conforme lo dispone expresamente la nueva LA, los efectos positivos también alcanzarán a las partes no signatarias del convenio arbitral (extensión del convenio arbitral, artículo 14º de la LA), siempre que, de buena fe, hayan expresado su consentimiento en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

14.2. Efecto negativo del convenio arbitral

En virtud del efecto negativo “los jueces y tribunales carecen de competencia para conocer las controversias cubiertas por un conve-

(337) MANTILLA SERRANO, Fernando, *ob. cit.*; ps. 89 y ss.

(338) CREMADES, Bernardo M., *ob. cit.*, p. 304.

(339) *Ibídem*, p. 304.

(340) “**Artículo 1361.-** Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos.

Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla” (énfasis agregado).

nio arbitral”⁽³⁴¹⁾. Ello se debe a que el sometimiento de las controversias a la competencia de un tribunal arbitral, constituye una renuncia implícita a la intervención de los tribunales judiciales.

FERNÁNDEZ ROSAS ha sostenido que “el postulado general según el cual el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria, recoge en cierto modo el principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez)”⁽³⁴²⁾.

En esta medida, el efecto negativo supone la interdicción de los jueces y tribunales de avocarse al conocimiento de las controversias que se han sometido a arbitraje.

Al respecto, la nueva LA ha dispuesto en el artículo 3°⁽³⁴³⁾, la prohibición de cualquier tipo de intervención de las autoridades judiciales en los asuntos que se sometan a arbitraje y que se encuentren bajo el régimen legal que establece la LA.

La nueva LA dispone que los árbitros gozan de plena independencia, lo cual garantiza la inexistencia de circunstancias que menoscaben sus atribuciones. Del mismo modo, dentro de las facultades que posee el tribunal arbitral se encuentran: (i) la posibilidad de iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, (ii) la posibilidad de decidir acerca de su propia competencia; y, (iii) dictar el laudo.

La nueva LA ha sido muy cuidadosa al procurar evitar todo tipo de intervención judicial que pretenda entorpecer o ejercer control sobre las acciones de los árbitros o sobre las mismas actuaciones llevadas a cabo dentro del arbitraje. De esta manera se ha dispuesto que ningún tipo de suceso externo al proceso arbitral podrá restar eficacia a las decisiones adoptadas por los árbitros. La única excepción estipulada a dicho precepto será la posibilidad de recurrir a los tribunales judicia-

(341) MANTILLA SERRANO, Fernando, *ob. cit.*, p. 89.

(342) FERNÁNDEZ ROSAS, José Carlos, *ob. cit.*, p. 672.

(343) “1. En los asuntos que se rijan por la LA no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que las normas nacionales así lo dispongan.

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. 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”.

les mediante la interposición del recurso de anulación contra un laudo (parcial o final) dictado por el tribunal arbitral.

El efecto negativo también se encuentra expresamente consagrado en el artículo 228º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁽³⁴⁴⁾, de la siguiente manera:

“en cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades administrativas se abstendrán de oficio o a petición de parte, de conocer las controversias derivadas de la validez, invalidez, rescisión, resolución, nulidad, ejecución o interpretación de los contratos y, en general, cualquier controversia que surja desde la celebración de los mismos, sometidos al arbitraje conforme al presente reglamento, debiendo declarar nulo todo lo actuado y el archivamiento definitivo del proceso judicial o administrativo que se hubiere generado, en el estado en que éste se encuentre. Durante el desarrollo del arbitraje, los árbitros deberán tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad para ejercer su derecho de defensa”⁽³⁴⁵⁾.

15. MODIFICACIÓN O EXTINCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. RELACIÓN ENTRE EL CONVENIO ARBITRAL Y EL “ACTA DE INSTALACIÓN” EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO PERUANO (ACTA DE MISIÓN EN LOS ARBITRAJES CCI)

Así como las partes tienen la libertad para negociar y celebrar convenios arbitrales, también cuentan con la libertad contractual para modificarlos o dejarlos sin efecto (resolverlos o extinguirlos).

Recordemos que el convenio arbitral es un contrato y como tal puede ser modificado o extinguido por ambas partes en cualquier momento. Tal sería el caso, por ejemplo, cuando las partes celebran un convenio arbitral y pactan un arbitraje internacional bajo las reglas de UNCITRAL; luego, una vez surgida la controversia, las mismas partes acuerdan que el arbitraje se regirá por las reglas de la CCI. Otro ejemplo se daría si las partes pactan como sede del arbitraje la ciudad de Madrid, pero posteriormente las partes de común acuerdo cambian la sede a la ciudad de Lima. O cuando inicialmente pactaron un arbitraje *ad hoc*, y ahora acuerdan que el arbitraje sea institucional. O cuando se acuerda que una controversia sea resuelta por determinada institución arbitral y luego las partes ven por conveniencia mutua el cambio a otra institución arbitral.

(344) Decreto Legislativo N° 1017, decreto que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 4 de junio de 2008.

(345) Artículo 228º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado. Decreto Supremo N° 184-2008-EF, publicado el 1º de enero de 2009.

Así como las partes son libres para someter a arbitraje determinada controversia, también tienen, en uso de su autonomía privada, la posibilidad de renunciar a la jurisdicción arbitral y retornar a la justicia estatal. En efecto, ambas partes pueden declarar de manera expresa, mediante otro contrato, su renuncia arbitraje contenido en el convenio arbitral, dejando el conflicto en el ámbito del Poder Judicial. La renuncia también puede producirse de manera tácita, cuando una de las partes demanda a la otra ante el Poder Judicial (existiendo un convenio arbitral), y la parte demandada no invoca la excepción de convenio arbitral, procediendo con los actos de defensa ante el Poder Judicial.

Al respecto, debemos precisar que la consideración esbozada presenta una restricción en el ámbito de la contratación pública, pues al establecer la Ley de Contrataciones con el Estado como mecanismos de solución de controversias, la conciliación y el arbitraje, éstas constituyen una condición del Estado para contratar con los particulares. En este supuesto, no cabe la sustracción de la vía arbitral por la jurisdicción ordinaria, toda vez que la Ley de Contrataciones con el estado no contempla dicha posibilidad, ni siquiera en forma residual.

En tal sentido, un convenio arbitral no es inmutable, por el contrario, puede modificarse o extinguirse en cualquier momento, antes de surgida la controversia o una vez surgida la controversia. Desde luego, será necesario el acuerdo de ambas partes para dicho propósito.

Para la modificación del convenio arbitral, las partes pueden optar por celebrar un nuevo convenio arbitral o incluir su acuerdo en el Acta de Instalación (costumbre arbitral peruana) o en el Acta de Misión⁽³⁴⁶⁾ (Reglamento Arbitral de la CCI).

Si las partes deciden modificar el convenio arbitral en el acta de instalación o en el acta de misión, se debe verificar que las partes, tratándose de personas jurídicas, estén debidamente facultadas para ello y que sus poderes estén vigentes, pues de lo contrario la modificación será ineficaz.

Por último, no debe interpretarse, como ha ocurrido, que la modificación al convenio arbitral sólo puede realizarse mediante otro

(346) En el caso de arbitrajes bajo las reglas de la CCI, se tiene la particularidad que al iniciarse el arbitraje se redacta una “acta de misión”, documento en el cual se delimitan el conflicto y las materias en controversia. En la redacción de esta acta participan las partes y los árbitros designados. La delimitación de los términos en el acta de misión permite a las partes ir encontrando puntos en común durante su redacción y con ello la toma de nuevos acuerdos sobre las controversias que serán materia de arbitraje, lo que implica implícitamente una modificación del primigenio convenio arbitral.

contrato, o que las reglas contenidas en el acta de instalación o el acta de misión son de menor rango normativo y, por lo tanto, no se puede modificar el convenio arbitral mediante estos documentos. Discrepamos de esta postura. En nuestra opinión, el convenio arbitral puede modificarse por el acuerdo (escrito o verbal) de las partes, el mismo que puede estar contenido en un contrato independiente o inserto en el acta de instalación o el acta de misión.

16. INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL. REGLAS DE LA TEORÍA GENERAL DEL CONTRATO QUE SE APLICAN A LOS CONVENIOS ARBITRALES

Para Emilio BETTI, la interpretación es la actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado que ha de atribuirse a declaraciones o comportamientos que se desarrollan en el círculo social disciplinado por el Derecho, en cuanto tengan relevancia jurídica⁽³⁴⁷⁾.

Tratándose de los actos jurídicos en general, y del contrato en particular, el objeto de la interpretación son las declaraciones de voluntad y los comportamientos de los contratantes, pues en éstos (voluntad y conductas) los sujetos establecen el contenido, significado y efectos de los contratos que celebran. Por lo tanto, la interpretación del contrato no sólo consiste en un procedimiento hermenéutico que busca analizar y descifrar la existencia de una específica declaración conjunta de voluntad, sino que, además, tiene por finalidad imputarle a tal declaración un significado jurídicamente relevante.

En ese sentido, el intérprete debe indagar el significado de la común intención de los contratantes, para lo cual deberá calificar conductas e interpretar los preceptos del contrato con la finalidad de atribuirles un significado específico al acto negocial celebrado por las partes contratantes.

Algunos tratadistas sostienen que sólo se debe interpretar las cláusulas oscuras, ambiguas y las que inducen a confusión. Y, por el contrario, las cláusulas con aparente texto claro no se encuentran sujetas a la actividad hermenéutica, sobre la base de regla *in claris non fit interpretatio*. Discrepamos de esta postura, pues en el mundo del Derecho no hay nada claro, ni siquiera hay verdades absolutas, ¿Cómo podemos saber si un texto es claro? ¿Cómo llegamos a la conclusión de que una cláusula contractual no es oscura o ambigua? Obviamente, primero debemos leerla y luego interpretarla. HART ha demostrado

(347) BETTI, Emilio, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad. y prólogo de José Luis DE LOS MOZOS, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, p. 95.

que una norma simple y aparentemente clara como “*Prohibido ingresar dentro del parque con vehículos*”, deja de ser clara si tenemos que interpretar que se entiende por “vehículo”, ya que vehículo puede ser un bus o un auto, pero vehículo también puede ser un coche de bebé, los carritos y triciclos de los niños, las bicicletas de los adolescentes, la carretilla del heladero, etc. Vemos pues que la norma ya no es tan clara como se pensaba, por el contrario, hay una gama de posibilidades para interpretarla.

En consecuencia, *todo se interpreta*, aún los textos que aparentemente son claros. La interpretación es una operación normal y necesaria en la aplicación del Derecho, y más aún, cuando se trata de actos negociales como los contratos donde debemos determinar la voluntad común, la común intención de los contratantes, para luego atribuirle determinados efectos jurídicos.

Ahora, como el convenio arbitral es un acto jurídico (convenio arbitral testamentario o estatutario) o un contrato (acuerdo de las partes), también le son aplicables las reglas para interpretar los actos jurídicos y los contratos. Por lo tanto, para interpretar un convenio arbitral se deberá buscar la común intención de las partes a fin de atribuirle determinados efectos jurídicos, así como las obligaciones y derechos de las partes.

Por ello, en la interpretación del convenio arbitral se aplicarán todas las reglas de interpretación del contrato.

16.1. Reglas Generales para la Interpretación de los Contratos

El CC peruano, a diferencia de otros códigos civiles, no contiene un capítulo con las reglas para interpretar los contratos. Sin embargo, al existir en el CC un *Libro* destinado a regular la teoría del acto jurídico⁽³⁴⁸⁾, el legislador peruano consideró apropiado incluir en él las reglas para interpretar todos los actos jurídicos en general, sean unilaterales o bilaterales, onerosos o gratuitos. Por lo tanto, debido al alcance genérico de las normas jurídicas sobre interpretación de los actos jurídicos, contenidas en los artículos 168°, 169° y 170°, *mutatis mutandii*, éstas se aplican también a los contratos.

A continuación analizaremos las reglas de interpretación de los actos jurídicos, que consideramos aplicables a los contratos y a los convenios arbitrales.

(348) La Teoría del Acto Jurídico se encuentra regulada en el Libro II del Código Civil de 1984, del artículo 140° al artículo 232°.

16.1.1. Interpretación de la voluntad declarada

Esta regla se encuentra recogida en el artículo 168º del CC de la siguiente manera: *el acto jurídico (léase también el contrato y el convenio arbitral) debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él*, pues de conformidad con el artículo 1361º del CC la declaración expresada en el contrato se presume que responde a la voluntad común de las partes, con lo cual los contratos en cuanto se haya expresado en ellos.

FERNÁNDEZ CRUZ señala que este precepto legal acoge una clara posición objetivista en lo referente a la búsqueda de “lo querido” por el sujeto bajo los límites de “lo declarado” (priorización de la voluntad declarada sobre la voluntad interna del declarante), e intenta la búsqueda del valor objetivo del acto jurídico, deduciéndolo de la declaración de voluntad del sujeto⁽³⁴⁹⁾.

En tal sentido, para interpretar un convenio arbitral, esto es, desentrañar la común intención de las partes que lo celebraron, el intérprete debe revisar e interpretar los pactos expresados por las partes, bien sea que dichos pactos hayan sido traducidos en palabras o se hayan ejecutado mediante comportamientos, ya que lo “expresado” no debe interpretarse como sinónimo de texto escrito, sino como declaración de voluntad que puede estar contenida en textos escritos, palabras o comportamientos de los contratantes.

Esta regla de interpretación será de gran utilidad para extender los efectos del convenio arbitral a partes no signatarias. Así, el intérprete para, poder extender los efectos del convenio arbitral, no se limitará a revisar el texto del contrato sino que principalmente deberá tener en cuenta las conductas de las partes no signatarias del convenio arbitral durante la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato. Dichas conductas deberán interpretarse a fin de concluir si ellas son determinantes y demuestran que dichas partes signatarias expresaron su consentimiento en el negocio.

16.1.2. El principio de la buena fe en la interpretación de los contratos

La buena fe es un principio general del Derecho y, por lo tanto, inspira a todo el Derecho, y la contratación privada no escapa a su campo de acción.

(349) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón, “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”. En: *Estudios sobre el Contrato en General por los sesenta años del Código Civil italiano* (1942-2002). Selección, traducción y notas de Leysser L. LEÓN, 2ª ed., Ara, Lima, 2004, p. 810.

La referencia a la buena fe como regla interpretativa de los contratos también se encuentra en el artículo 168° del CC que dispone “todo acto jurídico [léase también el contrato y el convenio arbitral] debe interpretarse según el principio de la buena fe”, y en artículo 1362° del CC que establece que los “contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

La palabra *buena fe*⁽³⁵⁰⁾ significa confianza, seguridad y honorabilidad, sobre todo en el cumplimiento de la palabra dada. La palabra *fe*, que proviene de fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiándose en que ésta no le engañará.

En palabras de Luis Díez-PICAZO, la buena fe como principio general del derecho “engendra una norma jurídica completa, que, además, se eleva a la categoría o al rango de un principio general del derecho: todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fe en sus recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar un comportamiento leal en toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia *in contrahendo*); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse de buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos y deberes. Los derechos deben ejercitarse de buena fe y las obligaciones tienen que cumplirse de buena fe”⁽³⁵¹⁾.

Para Roxana JIMÉNEZ⁽³⁵²⁾, la buena fe es un criterio de interpretación que debe considerarse un principio sobre el cual se estructura toda declaración de voluntad que ha de producir efectos jurídicos. Advierte la Jueza peruana que no hay que confundir la buena fe del intérprete (es obvio que se da por sentado que su actividad de interpretación se realiza de buena fe), sino que al interpretar un acto jurídico debe tomarse en cuenta la buena fe del o de los sujetos declarantes y de los destinatarios de la declaración. Por lo tanto⁽³⁵³⁾, este principio se vin-

(350) DANZ, Eric, *La interpretación de los negocios jurídicos*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, p. 194.

(351) Prólogo de Luis Díez-PICAZO a la obra de Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, S.A., 1982, ps. 11/13.

(352) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, “La unidad del Principio General de la Buena Fe y su trascendencia en el derecho moderno”. En: *Contratación Privada*, Jurista Editores, Lima, 2002, p. 84.

(353) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo, *El Negocio Jurídico*, Lima, Griley, 1997, p. 269.

cula a la correlación entre lo que se quiere y lo que se manifiesta, así como al comportamiento de quienes son parte de la relación jurídica a crearse, regularse, modificarse o extinguirse.

Podemos concluir señalando que el principio de la buena fe, contenido en los artículos 168º y 1362º del CC, impone a los contratantes el deber jurídico de comportarse leal y honestamente durante todas las fases de la contratación (*iter contractual*: negociación, celebración y ejecución). Constituye además un criterio de interpretación que busca aprehender el significado de las declaraciones y comportamientos de las partes contratantes manifestados durante el desarrollo de todo el *iter contractual*, según un estándar de comportamiento: el de un hombre razonable, el buen padre de familia o el buen contratante⁽³⁵⁴⁾.

Teniendo en cuenta la importancia de la buena fe, la nueva LA recoge este principio, estableciendo que “las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales, y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje” (artículo 38º). Igualmente, en los supuestos de extensión del convenio arbitral a partes no signatarias, solamente será posible en la medida que los sujetos a los que se pretenda extender el convenio arbitral hayan expresado de *buena fe* su consentimiento durante la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato.

16.1.3. Interpretación sistemática

Esta regla de interpretación, derivada del principio de unidad del contrato, se encuentra recogida en el artículo 169º del CC, cuyo texto prescribe que “las cláusulas de los actos jurídicos [léase también convenio arbitral] se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

De acuerdo con esta regla, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde coherencia y consistencia con todo el conjunto del contrato y del convenio arbitral. Lo que se interpreta de la cláusula dudosa es su significación en forma coherente con el conjunto del texto contractual, tomando al contrato y/o convenio arbitral como una unidad indivisible, que no puede tener incongruencias internas.

En este sentido, el convenio arbitral deberá ser interpretado teniendo en cuenta que es un pacto independiente al contrato principal

(354) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *El Acto Jurídico*, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2000, p. 262.

y, en el caso de que se presenten contradicciones internas, se deberá recurrir a la interpretación sistemática para aclarar las dudas de la interpretación del conjunto de todos los pactos, teniendo en cuenta la común intención de las partes.

16.1.4. Interpretación finalista

Esta regla interpretativa se encuentra recogida en el artículo 170° del CC cuando dispone que “las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto jurídico”.

De acuerdo con este precepto, la interpretación de un acto jurídico o contrato debe estar orientada a buscar o preferir, de entre todas las interpretaciones posibles, aquella que sea consistente con la finalidad del contrato o cláusula materia de interpretación.

Tratándose del convenio arbitral, mediante la aplicación de esta regla interpretativa, se busca determinar la causa objetiva del convenio arbitral. Para ello, el intérprete deberá preguntarse cuál fue el propósito práctico (finalidad) que las partes deseaban alcanzar con la celebración del convenio arbitral. Es esa finalidad la que deberá primar al momento de interpretar el convenio arbitral.

16.1.5. Reglas interpretativas en los contratos predispuestos o estándar

Los contratos predispuestos o estándar (contratos por adhesión y contratos celebrados con cláusulas generales de contratación) son contratos redactados unilateralmente por una de las partes (el predisponente, generalmente un empresario), sin la participación del otro contratante (el adherente, generalmente un consumidor).

Los convenios arbitrales también pueden estar insertos en contratos por adhesión o cláusulas generales de contratación, empero el artículo 15° de la LA establece: “En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en **cláusulas generales de contratación** o **contratos por adhesión** serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria” (énfasis agregado).

El legislador peruano exige como requisito *sine qua non* que el convenio arbitral sea conocido o haya podido ser conocido por la parte que no lo redactó. Sin esté requisito el convenio arbitral será ineficaz y por lo tanto inexigible.

Ahora, para interpretar los convenios arbitrales pactados en los contratos predispuestos o relaciones jurídicas estándares existen las siguientes reglas:

- Regla de prevalencia.
- Regla de la cláusula más beneficiosa.
- Regla de la interpretación *contra stipulatorem*.

A) Regla de la prevalencia

Según esta regla de hermenéutica contractual, la discrepancia entre el contenido de una cláusula general y el de una cláusula particular agregada al contrato predispuesto por las partes, origina la primacía de lo que disponga la última⁽³⁵⁵⁾.

La regla de la prevalencia encuentra su fundamento en el hecho de que las cláusulas particulares son las que mejor reflejan la voluntad común de los contratantes⁽³⁵⁶⁾, por lo que resulta lógico conceder mayor relevancia a las estipulaciones o cláusulas que fueron negociadas e incluidas por los contratantes en el contrato predispuesto.

La regla de la prevalencia se encuentra recogida en el artículo 1400º⁽³⁵⁷⁾ del CC de la siguiente manera: “las cláusulas agregadas al formulario prevalecen sobre las de éste cuando sean incompatibles, aunque las últimas no hubiesen sido dejadas sin efecto”.

De la lectura del artículo citado podemos señalar que para efectos de la aplicación de dicha regla es necesario que concurren dos presupuestos: a) que exista una contradicción entre una cláusula general del contrato predispuesto y una cláusula agregada (negociada); y, b) que ambas cláusulas sean eficaces jurídicamente, pues la ineficacia de una de ellas generaría la no existencia del conflicto.

La aplicación de esta regla tiene como efecto una doble consecuencia: en primer término, la propia inaplicación de la cláusula general discrepante; en segundo lugar, la aplicación de la cláusula particular, siempre que ésta sea eficaz; lo cual, no implica necesariamente que ante la presencia de una cláusula particular que carece de eficacia

(355) Díez-PICAZO, Luis, *ob. cit.*, p. 412.

(356) *Ibíd.*

(357) En opinión de Manuel DE LA PUENTE, el artículo 1400º desvirtúa la naturaleza de los contratos predispuestos, ya que una característica fundamental de las cláusulas generales de contratación radica en la inmutabilidad de sus cláusulas. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General, Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, T. I, Palestra, Lima, 2003, p. 813).

deba aplicarse la cláusula general, sino que, en este caso, será aplicable la norma legal supletoria.

B) Regla de la cláusula más beneficiosa

La regla de la cláusula más beneficiosa no ha sido acogida por el ordenamiento jurídico peruano, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en España que la incluye en el artículo 6.1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de la siguiente manera: “Cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán éstas sobre aquéllas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente que las condiciones particulares”.

Conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, cuando exista contradicción entre una cláusula general y una cláusula particular, se aplicará la cláusula más beneficiosa para el adherente, sin importar si se trata de una cláusula general o de una particular.

En opinión de DÍEZ-PICAZO, “por condición más beneficiosa debe entenderse aquella que amplíe el ámbito de los derechos del adherente o reduzca el de sus obligaciones, cargas y deberes”⁽³⁵⁸⁾.

En consecuencia, cuando se tenga que interpretar un contrato que contenga cláusulas generales y cláusulas particulares, conforme a la regla de la cláusula más beneficiosa, se deberá aplicar la que resulte más favorable para el adherente. En caso no pudiera determinarse cuál es la cláusula más beneficiosa, prevalecerá la particular sobre la general, conforme lo dispone la regla de la prevalencia⁽³⁵⁹⁾.

C) Regla *contra stipulatorem*

La regla *contra stipulatorem*, cuyo origen se encuentra en el Derecho romano, ha sido recogida por casi todas las legislaciones. Ella es la consecuencia de la aplicación del principio de buena fe en sede interpretativa y es conocida también como interpretación *contra proferentem*.

Esta regla ha sido recogida por el legislador peruano en el artículo 1401° del CC con el siguiente tenor: “Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redacta-

(358) DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, ob. cit., p. 413.

(359) *Ibíd.*, ps. 412/413.

dos por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra”.

Esta regla aparece enunciada como una sanción al predisponerte del contrato estándar, esto es, a la parte redactora de las cláusulas ambiguas, dudosas o imprecisas del contrato predispuesto.

Manuel DE LA PUENTE, al comentar el artículo 1401º, sostiene que “[...] es loable que se exija al predisponente un deber de expresarse claramente y que se sancione el incumplimiento de este deber estableciendo que la estipulación que, por su oscuridad o ambigüedad, da lugar a dudas sobre su verdadero sentido, se aplique a favor de la contraparte”⁽³⁶⁰⁾.

Esta regla no hace sino revivir lo que se sostenía en el Derecho romano respecto de la llamada regla de la imprecisión, según la cual, cuando una estipulación resultaba dudosa, la ambigüedad se interpretaba en contra del estipulante, o sea, del acreedor: *cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est* (D.34.5.26).

17. CONVENIOS ARBITRALES DEFECTUOSOS O PATOLÓGICOS

Las razones por las que se pacta un convenio arbitral son de distinta índole. Entre ellas se encuentran, el deseo de las partes de no acudir al Poder Judicial por lo prolongado, costoso, engorroso e impredecible de sus procesos y decisiones; la celeridad, flexibilidad y simplicidad del procedimiento arbitral; la confidencialidad con que se trata la controversia, la especialización y experiencia de los árbitros, entre otras ventajas del arbitraje.

No obstante, las ventajas que proporciona el arbitraje pueden verse seriamente mermadas por la presencia de las denominadas *cláusulas arbitrales o convenio arbitrales patológicos*.

Un convenio arbitral patológico es aquél que adolece de defectos que, a la postre, van a constituir rémoras —cuando no dificultades mayores— en el procedimiento arbitral. En este sentido, es patológico el convenio que posee un contenido ambiguo o de difícil comprensión, expresado en deficiencias de redacción o acuerdo de las partes y, debido a ello, impide que el procedimiento arbitral se desarrolle con normalidad.

El adjetivo de cláusula “patológica” fue acuñado por Frédéric EISEMANN (ex Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje

(360) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El Contrato en General*, ob. cit., p. 829.

de la CCI), al sostener que “es patológica toda cláusula que no cumple cuatro funciones fundamentales:

- Producir efectos obligatorios para las partes.
- Impedir la intervención de los tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.
- Dar a los árbitros el poder de resolver el litigio.
- Permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo”⁽³⁶¹⁾.

Como ejemplos de convenios arbitrales patológicos que usualmente se encuentran en algunos contratos, podemos mencionar:

- a) Aquellas que designan centros de arbitraje o reglamentos arbitrales inexistentes o que han dejado de funcionar; o designan incorrectamente los nombres de los centros de arbitraje.
- b) Aquellas que no definen adecuadamente la materia arbitrable o limitan las materias arbitrables (por ejemplo, cláusulas que establece que “será materia de arbitraje las controversias suscitadas en la celebración y ejecución del contrato”; pero si hay una disputa referida o vinculada a la etapa de la negociación del contrato, nos preguntamos si será de competencia de los árbitros).
- c) Aquellas que establecen que ante la falta de nombramiento del árbitro por una de las partes, no se podrá realizar el arbitraje.
- d) Aquellas que designan árbitros con nombre y apellido en el convenio arbitral, pero cuando surge la controversia, dicha persona ha fallecido o se encuentra impedida de aceptar el encargo para actuar como árbitro.
- e) Aquellas que incorporan plazos demasiado cortos para el desarrollo del procedimiento arbitral (por ejemplo, 30 ó 60 días para todo el procedimiento arbitral).
- f) Aquellas que establecen un tribunal compuesto por tres (3) árbitros, designados uno por cada parte, cuando en el contra-

(361) DERAIS, Yves, “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”. En: SILVA ROMERO, Eduardo (Director Académico) y MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Coordinador Académico), *El contrato de arbitraje*, Universidad del Rosario - Legis, Bogotá, 2005, p. 191.

to principal hay más de dos partes (por ejemplo, los contratos multipartes como consorcios o *joint ventures*).

- g) Aquellas que otorgan competencia tanto a los tribunales judiciales como a los tribunales arbitrales para dirimir la controversia (por ejemplo, un convenio arbitral que diga “las controversias serán resueltas por un juez o un árbitro”).

La lista puede ser extensa y dependerá de la imaginación y creatividad (o carencia de ellas) de las partes y de sus abogados al momento de redactar el convenio arbitral.

Pero, ¿cuáles son las causas de la existencia de estas cláusulas arbitrales patológicas?

En nuestra opinión, la mala práctica de incorporar estas cláusulas obedece, por un lado, a la arraigada mala costumbre de *copiar* convenios arbitrales de otros contratos y *pegarlos* a los que se están redactando y, de otro lado, a la falta de análisis y reflexión de las partes y de sus abogados al momento de estipularlos.

Debido a la manera apresurada y hasta precipitada de redactar los convenios arbitrales e incluirlos en los contratos, en el mundo anglosajón estos convenios arbitrales son conocidas como *midnight clauses* (cláusulas de medianoche).

En efecto, ocurre a menudo que cuando las partes han negociado el contrato, han discutido cada una de las condiciones de éste y se encuentran prestas a firmarlo, de pronto deciden agregar un convenio arbitral para que los posibles conflictos que puedan surgir se solucionen mediante arbitraje. Sorprendentemente, el convenio arbitral es incluido sin ser negociado, ni discutido de la misma forma cómo se hizo con cada una de las demás condiciones del contrato. Otra forma usual es encontrar el convenio arbitral como una cláusula de estilo en el contrato que negocian las partes, y sus abogados cuando llegan a esta cláusula arbitral simplemente le dice uno al otro: “es una cláusula de estilo, es normal en todo contrato”; pero en ningún momento analizan las conveniencias de dicho convenio arbitral en el contrato, de las reglas contenidas en él, las cuales se asumen como normales y no hay que discutir o negociar. Grave error...

Por todo ello, debemos tener en cuenta la necesidad de ser cuidadosos al pactar un convenio arbitral, pues ya se ha reconocido que de su correcta estipulación dependerá el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral. En tal sentido, no permitamos que los convenios arbitrales se conviertan en cláusulas de medianoche o en meras cláu-

sulas de estilo que se copian y pegan de un contrato a otro como formatos predeterminados.

No olvidemos que cada convenio arbitral es un traje a la medida que responde a los intereses privados de las partes contratantes. En consecuencia, de la existencia de un bien pensado (y redactado) convenio arbitral dependerá en gran medida el éxito del arbitraje.

Conviene precisar que así como no existen los contratos perfectos —contratos que contienen todas las respuestas o soluciones a los diferentes problemas que se presenten durante su ejecución—, tampoco existen los convenios arbitrales perfectos.

Personalmente no conozco la cláusula o convenio arbitral perfecto. En este escenario, debemos tener sumo cuidado al momento de incluir un convenio arbitral en nuestros contratos, debemos saber qué tipo de contrato es, preguntarnos qué desean las partes, cuáles son sus intereses, qué es más conveniente para ellas, etc. Solamente negociando el convenio arbitral y redactando en buen lenguaje (castellano o inglés, según sea el caso), evitaremos conflictos y obstáculos en el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

La nueva LA, consciente de la existencia de los convenios arbitrales patológicos, ha incluido la siguiente norma en el artículo 7.3: “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”. Con esta regla, la LA pretende evitar que los convenios arbitrales que se encuentren con alguna de las deficiencias descritas sean ineficaces, por el contrario, basándose en el principio de la conservación del contrato, brinda eficacia a dichos convenios arbitrales en los términos expuestos.

18. IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL CONTRATO (*FAVOR NEGOTTII*) A LOS CONVENIOS ARBITRALES

Según el principio de conservación del contrato (*favor contractus*), cuando una cláusula se interprete de distintas formas, se debe elegir aquella que otorgue un significado útil a la declaración de voluntad, en lugar de la interpretación según la cual la declaración no produciría ningún efecto jurídico.

BULLARD señala que, de acuerdo al principio de conservación del contrato, entre dos interpretaciones de un término contractual, debe estarse por aquella que determina la permanencia y validez de la cláusula⁽³⁶²⁾.

Para ALTERINI, el principio de conservación implica también que “las palabras usadas al celebrar deban ser tomadas en el sentido que dé más eficacia a la estipulación”.⁽³⁶³⁾ Por lo tanto, si al interpretar una cláusula obtenemos como resultado que una de las posibles interpretaciones nos conduce a la ineficacia de la misma, se debe preferir la interpretación que dé como resultado su eficacia.

Obviamente, si el contrato adolece de alguna causal de nulidad, no hay forma de aplicar el principio de conservación del contrato, pues si éste es nulo, no se creó relación jurídica alguna entre las partes y tampoco habrán surgido derechos u obligaciones para los contratantes.

Este principio hermenéutico fue propuesto en la regla segunda de POTHIER de la siguiente manera: “cuando una cláusula es susceptible de dos interpretaciones, se debe más bien entenderla conforme al que ha podido tener efecto”⁽³⁶⁴⁾.

Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje de España de 2003⁽³⁶⁵⁾, establece que “la voluntad de las partes sobre la existencia del convenio arbitral se superpone a sus requisitos de forma”. Con ello se ha optado por el principio de conservación del contrato o también denominado criterio más favorable a la validez del convenio arbitral. Este principio consiste en dotar de mayor validez al convenio arbitral dejando de lado los formalismos que puedan afectar su plena aplicación.

Un buen ejemplo de la aplicación del principio de conservación del contrato (y del convenio arbitral) lo encontramos en el artículo 7.3 de la nueva LA, cuando se dispone que el arbitraje será *ad hoc* cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución ar-

(362) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “De acuerdo en que no estamos de acuerdo. Análisis económico de la Interpretación Contractual”. En: SOTO COAGUILA, Carlos (Director), *Tratado de Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo III, Grijley, Lima, 2007, p. 1756.

(363) ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos Civiles (Comerciales-De consumo)*. Teoría General, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 416.

(364) POTHIER, Robert Joseph, *Tratado de las obligaciones*, Heliasta, Buenos Aires, 1978, p. 62.

(365) Ver: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Larbr-03.htm>. Consulta: 4 de mayo de 2010.

bitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo. Por lo tanto, cuando, el operador jurídico se encuentre frente a un convenio arbitral patológico, que contenga la referencia a una institución arbitral inexistente o que ha dejado de funcionar, el convenio arbitral no será ineficaz, sino que por el contrario se respetará la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y el arbitraje que se inicie será *ad hoc*.

Como lo hemos expresado anteriormente, la nueva LA ha recogido el criterio antiformalista para la regulación del convenio arbitral y otorga mayor predominio a la autonomía privada de las partes, por lo que acorde con este postulado, en los casos de convenios arbitrales patológicos deberá aplicarse el principio de conservación del contrato, manteniendo la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje y subsanando aquello que impide que el convenio arbitral despliegue plenamente sus efectos.

En la actualidad, el arbitraje ha demostrado ser un sistema privado de solución de controversias eficiente (por la rapidez del proceso) y eficaz (los laudos se ejecutan con normalidad). Como es obvio, ninguna obra humana puede ser perfecta, y siempre será perfectible, lo que es un estímulo para mejorar e ir a la par de las necesidades que se van generando en una sociedad en perpetuo movimiento. Ciertamente, podemos afirmar que la nueva LA de 2008 es una buena ley que permitirá continuar con los logros obtenidos por su antecesora de 1996, y para ello es indispensable el concurso de todos los actores del quehacer arbitral (árbitros, abogados y partes), así como de la correcta interpretación que los tribunales judiciales hagan de sus normas. De ese modo, con el trabajo conjunto de todos, se podrá lograr que los principales objetivos de la nueva LA (mantener los éxitos alcanzados en el arbitraje doméstico y extender dichos éxitos al arbitraje internacional posicionando al Perú como sede de dichos arbitrajes) se alcancen y mantengan. Es una ilusión que con creciente satisfacción y gran entusiasmo vemos cristalizar.



Art. 14°.—Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera

determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

COMENTARIO ⁽³⁶⁶⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sólo participan los invitados a la fiesta: el carácter contractual del convenio arbitral. 3. Los alcances del artículo 14º como herramienta de naturaleza contractual. 4. Elementos para la aplicación del artículo 14º. 4.1. Consentimiento. 4.2. Buena fe. 4.3. Participación activa y determinante. 4.4. Negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato. 4.5. Pretender derivar un beneficio del contrato. 5. Casos de aplicación del artículo 14º. 5.1. Incorporación por referencia. 5.2. Representación y Agencia. 5.3. Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de actos propios. 5.4. Levantamiento del Velo Societario/Grupos de Sociedades. 5.5. Contrato a favor de tercero. 5.6. Acción oblicua. 5.7. Cesión, novación y subrogación. 6. La aplicación de artículo 14º a arbitrajes extranjeros.

1. INTRODUCCIÓN

Desde el punto de vista legislativo el artículo 14º es una novedad a nivel mundial. No existe ninguna otra ley o cuerpo normativo que recoja una norma como la indicada. Sin embargo, no es una absoluta novedad porque los principios contenidos en la norma están recogidos en diversa jurisprudencia arbitral y judicial y en la doctrina, como veremos más adelante.

La exposición de motivos de la Ley de Arbitraje (en adelante LA) vigente es bastante parca y no arroja mayores luces sobre los alcances del artículo, el que es objeto de un comentario conjunto con el artículo 13º. La exposición de motivos señala:

“Artículos 13º y 14º.

Los artículos 13º y 14º son normas de la mayor importancia y que tienen como antecedente directo la reforma del artículo 7º de la Ley Modelo

(366) Por **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

El autor desea agradecer el valioso apoyo de Pablo Mori en la elaboración del presente trabajo.

UNCITRAL de 2006. Estas nuevas disposiciones permitirán una aplicación más eficiente del acuerdo arbitral, garantizando así el respeto a la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. Si bien se ponen algunos límites y requisitos para la validez y vigencia del convenio arbitral, se adopta un esquema más flexible y acorde con el mundo de los negocios, en los que una interpretación excesivamente literal del requisito de que el convenio conste por escrito es contraria a las prácticas y usos del comercio.”

Son dos los elementos que se desprenden del comentario de la exposición de motivos. El primero es una referencia a los principios inspiradores de nuestra Ley, y que no son otros que los recogidos en la Ley Modelo UNCITRAL con los aportes de la versión 2006 y que precisamente hace un desarrollo más abierto y da una mayor flexibilidad al convenio arbitral. El segundo elemento, enmarcado en el modelo que le sirve de inspiración, es la intención que toda interpretación del convenio arbitral se haga de manera extensiva, esto es favoreciendo la arbitrabilidad de las controversias.

Ya el artículo 13° de la LA rompe la concepción de un convenio arbitral entendido como sujeto a formalidades estrictas y limitativas. Por el contrario, la norma favorece su vigencia y se aleja de aquellas concepciones que entendían el carácter escrito como una formalidad *ad solemnitatem*, admitiendo la posibilidad de probar la existencia de un acuerdo para arbitrar por medios distintos a la simple prueba escrita⁽³⁶⁷⁾.

El artículo 14°, se enmarca dentro de la misma línea, pero va un paso más allá, y da una base para una interpretación que permita incluir dentro del convenio a personas que, sin haberlo suscrito, han consentido en su contenido.

Muchos, equivocadamente, han señalado que el artículo 14° permite la incorporación de terceros al arbitraje. Ese es un error conceptual y escapa al contenido del artículo. El artículo 14° permite la incorporación de *partes no signatarias*, es decir de alguien que es parte del convenio, pero que por alguna razón no lo firmó o no aparece mencionado en el mismo. Sin embargo, basándose en distintas conductas o circunstancias, anteriores, coexistentes o posteriores a la celebración

(367) Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral.

“[...]”

3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.”

del convenio, es posible presumir su consentimiento al mismo, todo ello bajo una lectura de los hechos bajo la luz del principio de buena fe.

Entonces no estamos en realidad frente a terceros, sino ante auténticas partes, cuya incorporación al convenio no se da por la firma o suscripción del mismo (lo que es consistente en descartar el carácter escrito como requisito de validez), sino por hechos diferentes, que deben ser interpretados como un auténtico consentimiento, aunque sujeto a reglas no necesariamente iguales a los que se derivan de la regulación contractual ordinaria.

2. SOLO PARTICIPAN LOS INVITADOS A LA FIESTA: EL CARÁCTER CONTRACTUAL DEL CONVENIO ARBITRAL

Más allá de la discusión interminable, y muchas veces inútil, sobre la naturaleza contractual o jurisdiccional del arbitraje, creemos que el tema debe ser abordado desde una perspectiva práctica.

Incluso para quienes asumen que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, el convenio arbitral es un contrato, es decir, un acuerdo de voluntades dirigido a crear una relación jurídica de naturaleza patrimonial, más allá de si el procedimiento arbitral es o no una jurisdicción. Si bien considero que el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional, y que el respeto que los órganos jurisdiccionales deben darle se deriva justamente de la obligación que existe de respetar lo que las partes acordaron, creo que para la discusión del alcance del artículo 14º el problema de la naturaleza es inexistente. El artículo 14º refleja la naturaleza contractual del convenio, y busca definir diversas formas en que se puede entender que las partes han consentido en el mismo, se aleja, por tanto, de una concepción procesal según la cual se pueden incorporar terceros a un proceso arbitral porque estamos frente a una jurisdicción.

Partiremos entonces que el arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos, por el que, de manera voluntaria, las partes someten a particulares —los árbitros— la solución de sus conflictos, comprometiéndose así al cumplimiento de la decisión final que ellos adopten. Así, la regla es que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo proviene del acuerdo para arbitrar. En ese sentido, el arbitraje es obligatorio porque se trata de un contrato y, por tanto, vincula a las partes que suscriben el convenio.

La doctrina refiere que el arbitraje, “nace de un negocio jurídico, que como tal, *proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral*. Sin embargo, por medio del contrato

de arbitraje *las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra*" ⁽³⁶⁸⁾ (énfasis agregado).

Dicho consentimiento voluntario se ve plasmado en la suscripción de un convenio arbitral, el mismo que, como regla general, solo puede ser oponible entre las partes firmantes del mismo, pues son ellas —y solo ellas— quienes dieron su conformidad con tal pacto arbitral. Al respecto, DE TRAZEGNIES ha indicado que:

"Por su origen y por su naturaleza, *el convenio arbitral es un contrato*. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. [...] Es en ese sentido que el artículo 1363° del Código Civil prescribe que *los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*. En consecuencia, en tanto que contrato que *se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad*, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, *no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar*, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario)" ⁽³⁶⁹⁾ (énfasis agregado).

Del mismo modo, SUÁREZ ANZORENA indica que "por regla general el arbitraje es una criatura contractual y, como tal, *tiene efectos únicamente entre quienes son partes de la relación jurídica convencional que lo funda y que a la vez lo contiene y limita: el acuerdo arbitral*" ⁽³⁷⁰⁾ (énfasis agregado).

Este criterio no es, gracias a la doctrina, la jurisprudencia arbitral y, en nuestro caso, gracias al artículo 14°, absoluto, al menos en los términos expresados. Es por ello que venimos utilizando la expresión "en principio", pues si bien normalmente las partes se someten al arbitraje en ejercicio de su autonomía privada, actualmente existen figuras en las que dicho sometimiento voluntario no requiere una manifestación expresa y por escrito de quién va a ser parte en el mismo, pudiendo una parte quedar vinculada a un convenio que no haya suscrito.

(368) SALCEDO CASTRO, Myriam, *El Contrato de Arbitraje*, Legis Editores S.A., Bogotá, 2005, p. 114.

(369) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, "El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje". En: *Revista Ius Et Veritas*, N° 29, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 16.

(370) SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, "Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional". En: *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 2. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio 2005, p. 57.

¿Cuál es el alcance del carácter contractual del convenio arbitral? Si uno visualizara el arbitraje como una fiesta, solo deben asistir a ella las personas que han sido invitadas a la misma, pero sólo en cuanto estas deseen asistir. No es legítimo colarse a la fiesta sin invitación y tampoco es legítimo ser forzado a ir a una fiesta a la que uno no aceptó ir.

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede ser forzado a ir a un arbitraje y quién no puede ser forzado a permitir la participación de otro en el arbitraje. Estos principios son:

- a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. En consecuencia, los invitados que aceptaron asistir, ya no pueden dejar de hacerlo si la fiesta está convocada. Este principio, que no es otro que el de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) está protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el *Kompetenz-Kompetenz*, que se orientan a limitar la creación de obstáculos que impidan que se arbitre.
- b. Un tercero al convenio arbitral no puede ser incorporado a la fiesta, si es que no ha aceptado participar en ella. El tercero podrá entonces oponerse al arbitraje planteando excepciones o defensas previas, o incluso de fondo, por las que sostendrá que los árbitros no son competentes para juzgarlos al no ser parte del convenio.
- c. Un tercero no puede meterse a la fiesta sin el consentimiento de quienes ya están en ella. En ese caso, serán quienes ya están incorporados en el arbitraje los que tendrán que oponerse a la incorporación del tercero, sosteniendo que están contractualmente facultados a rechazar su participación. En ese sentido defenderán la idea de la privacidad del arbitraje, es decir, de que el contrato convoca a las partes y solamente a las partes.

De estos principios se deriva la oponibilidad del laudo a los participantes en el arbitraje, y solamente a ellos. Ello puede significar que incluso partes de un convenio arbitral podrían no verse vinculados por el laudo dictado en un arbitraje derivado de dicho convenio, pero en el que no participaron ni se les dio oportunidad de participar, simplemente porque se habría violado su derecho a defenderse y alegar en el mismo. Pero, también se deriva de ello que quienes no son partes del convenio y por tanto no pueden participar en el arbitraje, tampoco quedarán obligados por los términos del laudo.

Bajo esta idea del convenio como figura contractual, son absolutamente ajenas al arbitraje, y por tanto impertinentes a la discusión,

figuras como la del litisconsorcio, en el que la Ley autoriza la participación de personas distintas a los demandantes y demandados. Esas figuras, de naturaleza procesal, funcionan en una situación en el que el juzgador tiene una competencia abierta y general para juzgar a cualquiera, incluso así no sea parte de un convenio.

Pero el árbitro está en una situación totalmente diferente. Su competencia se deriva de un contrato, de un acuerdo de voluntades, y por tanto sólo vincula a las partes de dicho acuerdo. Su competencia es tan relativa como relativos son los alcances del contrato del que se origina. El principio de relatividad del convenio adquiere así una doble dimensión, porque el contrato no sólo obliga a las partes a cumplir sus obligaciones, sino que limita a ellas el mecanismo de solución de conflictos pactado. El resultado de ello es que un laudo que pretenda obligar a quien no es parte del convenio, o quien siéndolo, no fue parte en un arbitraje, pueda estar viciado de nulidad.

3. LOS ALCANCES DEL ARTÍCULO 14° COMO HERRAMIENTA DE NATURALEZA CONTRACTUAL

El artículo 14° respeta la esencia de los principios enumerados en el numeral anterior, pues respeta el carácter contractual del convenio. Por ello, hay que ser cuidadoso en afirmar que la norma permite incorporar terceros al arbitraje.

Sin embargo, el requisito de voluntariedad, como veremos más adelante, está ligado al principio de buena fe. La voluntad tiene que estar ligada a una conducta leal. La voluntariedad no se determina al momento en que el conflicto surge. De hecho, si una parte se resiste a arbitrar u otra a la incorporación de alguien a un arbitraje, es porque en ese momento no tiene la voluntad de que se arbitre. Pero al igual como ocurre en un contrato, la parte que se resiste a cumplir su obligación de entrega de un bien, carece de la voluntad de ejecutar lo acordado. Lo relevante es ver si de la conducta desarrollada por la parte se puede presumir que existió o debía derivarse en buena fe la voluntad de arbitrar.

Un conjunto de supuestos, no pertinentes al artículo 14°, son los llamados arbitrajes obligatorios y los de adhesión, como aquellos que se presentan en la contratación pública⁽³⁷¹⁾, el arbitraje estatuta-

(371) Figura contemplada en el artículo 53° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de la siguiente manera:

“Artículo 53°.- Solución de controversias.

[...]

53.2 Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, *se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje*, según el acuerdo de las

rio⁽³⁷²⁾, los contratos por adhesión⁽³⁷³⁾ y los arbitrajes testamentarios⁽³⁷⁴⁾. En algunos de estos casos la “invitación” a la fiesta está definida por la Ley o en otros por una definición de una forma particular de consentimiento (la adhesión).

El supuesto que nos interesa para este comentario es (i) a aquellos cuyo consentimiento de someterse al arbitraje se determina por su participación activa en el contrato que comprende o al que está vinculado el convenio; y (ii) a quienes pretenden derivar algún derecho o beneficio del referido contrato⁽³⁷⁵⁾.

En el primer grupo de supuestos, estamos ante figuras que no necesitan ni exigen de suscripción del convenio arbitral por las partes en el arbitraje. Como señala DE TRAZEGNIES, refiriéndose a los primeros supuestos, comentando precisamente algunas de estas figuras, “En es-

partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad. [...]” (énfasis agregado).

(372) Figura contemplada en el artículo 12º de la LGA, de la siguiente manera:

“Artículo 12º.- Arbitraje Estatutario.

Constituyen convenio arbitral válido las estipulaciones contenidas en los estatutos o normas equivalentes de sociedades civiles o mercantiles, asociaciones civiles y demás personas jurídicas, que establecen arbitraje obligatorio para las controversias que pudieran tener con sus miembros, socios o asociados; las que surjan entre éstos respecto de sus derechos; las relativas a cumplimiento de los estatutos o validez de acuerdos, y para las demás que versen sobre materia relacionada con las correspondientes actividades, fin u objeto social”.

(373) Figura contemplada en el artículo 11º de la LGA, de la siguiente manera:

“Artículo 11º.- Convenios arbitrales y relaciones jurídicas estándares.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en Cláusulas Generales de Contratación o Contratos por Adhesión, serán exigibles entre las partes en tanto dichos convenios hayan sido conocidos o hayan sido conocibles por la contraparte usando la diligencia ordinaria”.

(374) Figura contemplada en el artículo 13º de la LGA, de la siguiente manera:

“Artículo 13º.- Arbitraje Testamentario.

Surte efecto como convenio arbitral la estipulación testamentaria que dispone arbitraje para solucionar las diferencias que puedan surgir entre herederos no forzosos o legatarios, o para la porción de la herencia no sujeta a legítima, o para las controversias que surjan relativas a la valoración, administración o partición de la herencia, o para las controversias que se presenten en todos estos casos con los albaceas”.

(375) Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral.

“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

tas situaciones, tenemos un *arbitraje entre personas que no suscribieron convenio alguno* y que quizá no hubieran querido estar envueltas en un arbitraje. *Los sucesores simplemente continúan* —quizá contra su voluntad— en la posición de aquel a quien suceden. *Los socios que no firmaron el acuerdo constitutivo* y que ingresan posteriormente a la empresa, *no firmaron tampoco acuerdo alguno*”⁽³⁷⁶⁾ (énfasis agregado).

El problema aquí es uno distinto. Tiene más que ver con formas de expresar la voluntad de arbitrar y de los que potenciales invitados a la fiesta o anfitriones renuentes a permitir la entrada de otros invitados, no deberían poder escapar sin estar vulnerando la buena fe con la que deberían actuar.

Cuando uno atiende a la naturaleza contractual del arbitraje y la compara con el carácter jurisdiccional de la competencia del juez ordinario, encuentra la dificultad principal que se enfrenta al querer incorporar a cualquiera a un arbitraje. Como refiere CAIVANO, “en los tribunales judiciales es generalmente posible incorporar al proceso a múltiples partes y acumular o consolidar varios procedimientos entre las mismas partes. *En el arbitraje, en cambio, la multiplicidad de partes en una o varias relaciones jurídicas vinculadas o la multiplicidad de relaciones jurídicas aún entre dos únicas partes plantean importantes dificultades. En buena medida, esas dificultades se presentan porque, a diferencia de la jurisdicción estatal, de fuente legal y obligatoria, la arbitral es de base contractual* y depende de la existencia de una voluntad inequívoca de todas las partes de someterse a la decisión de los árbitros”⁽³⁷⁷⁾ (énfasis agregado).

Por la naturaleza contractual del arbitraje no es posible acudir a mecanismo como los usados en los Códigos Procesales que admiten la participación de terceros cuyos intereses puedan verse afectados por la sentencia. Como decíamos, la idea de litisconsortes es ajena y extraña al arbitraje a pesar que no es extraño ver que se invoca y, más preocupante aún, ver que se admite por ciertos tribunales arbitrales que, al hacerlo, podrían estar viciando su laudo de nulidad.

Pero, a su vez, la Ley tenía que plantear una solución consistente a la naturaleza del arbitraje. Como señala DE TRAZEGNIES “*si el arbitraje se mantiene en términos estrictamente formalistas y privatistas,*

(376) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. En: *Revista Ius Et Veritas*, N° 29, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2004, p. 21.

(377) CAIVANO, Roque J., “Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, Magna Ediciones, Lima, 2007, p. 67.

excluyendo a los terceros involucrados pero no signatarios, puede ir perdiendo efectividad —y por tanto utilidad— como medio de resolución de conflictos en un mundo cada vez más complejo, donde las controversias nacen dentro de una red entrelazada de relaciones directas e indirectas”⁽³⁷⁸⁾ (énfasis agregado).

DE TRAZEGNIES más adelante agrega que, *“si bien el arbitraje surge de un contrato privado, no puede olvidarse que el árbitro es siempre juez y que, por consiguiente, tiene ante todo un compromiso primordial con la posibilidad de llegar a una solución justa dentro de una controversia dada”*⁽³⁷⁹⁾ (énfasis agregado).

Si bien no compartimos plenamente parte de la aproximación de DE TRAZEGNIES, en el extremo en que parecería sugerir que el árbitro podría incorporar a terceros por ser un juzgador, si plantea que si el Derecho no aborda el problema y encuentra una solución adecuada, la eficacia del arbitraje estaría seriamente en juego.

Por ello, la LA no buscó la solución en figuras procesales ajenas que no se basan en el carácter contractual del mismo. Lo que se buscó es, en consistencia con lo que la jurisprudencia ya venía desarrollando, resolver el problema contractualmente, mediante una mejor definición de que se puede entender por consentimiento. En esa línea, no es intención del artículo 14º autorizar a traer a un tercero al arbitraje. Ello es algo que no es posible por la naturaleza contractual del mismo. El supuesto es que alguien es parte del convenio, a pesar que no firma el mismo. A quien se trae al arbitraje y se hace extensivo los efectos del laudo no es propiamente un tercero, sino una parte no signataria. Ello, recién reconocido por la nueva LA, estaba ya ampliamente reconocido en la doctrina y en la práctica arbitral.

Por ello, la norma, en su primera parte, se basa en dos conceptos centrales: (1) derivar el consentimiento, y (2) principio de buena fe. Si no es posible derivar un consentimiento la primera parte del artículo no es aplicable y no se puede incorporar a la persona al arbitraje. Y para interpretar el consentimiento se debe hacer bajo la lógica de la buena fe. La segunda parte añade un concepto, que es pretender derivar un beneficio de un contrato. En realidad de ese hecho también se deriva un consentimiento, pues quien desea acceder al beneficio debe presumirse que está dispuesto a sujetarse a los límites y obligaciones que ese beneficio significa, incluido el tener que acudir a un arbitraje.

(378) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *op. cit.*, p. 20.

(379) *Ibíd.*

Así, por ejemplo, si una empresa de un grupo económico transfiriera a otra empresa del mismo grupo, un activo importante para defraudar una deuda derivada de un contrato sujeto a un convenio arbitral, puede derivarse de la intención de defraudar de la empresa que recibe el bien estaba tratando de evadir los efectos de una relación jurídico obligatoria. Su simple conducta y el consentir a la defraudación, implica, en buena fe, reconocer que debe quedar vinculada por los efectos de sus actos. Así, esa empresa debe entenderse como parte en un arbitraje, porque conscientemente contribuyó a evadir los efectos del contrato y del convenio arbitral a él vinculado. El consentimiento se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía.

Nótese que con ello la LA está estableciendo algunos principios de formación de consentimiento diferentes a los recogidos en las reglas de arbitraje ordinarias. Puede derivar el consentimiento sin que haya en estricto una oferta y una aceptación en términos convencionalmente aceptados. Está autorizando, con el uso de la buena fe, que por medios de conductas u omisiones, pueda inferirse un consentimiento, incluso en supuestos en que dicha conducta no tenga carácter recepticio, es decir no se haya formulado para ser dirigida a las otras partes del convenio arbitral. En esa línea el artículo 14° debe ser entendido como una regulación que describe formas distintas de formar un consentimiento.

Algo similar se deriva del segundo supuesto contemplado en el actual artículo 14° del LA, referido a que el convenio arbitral se extiende a quienes pretendan derivar beneficios del contrato. En ese caso tampoco hay, en estricto, una intención de someterse a arbitraje bajo los moldes convencionales, pero sí una voluntad que en buena fe conduce a que la parte quede vinculada por el convenio. Por ejemplo, si el beneficiario de un seguro, en el supuesto que fuese diferente al asegurado, pretende, para reclamar su indemnización, recurrir al Poder Judicial y no al arbitraje pactado en el contrato de seguro, su conducta no es consistente con la buena fe. Si bien no suscribió la cláusula arbitral, pretende derivar un beneficio de un contrato sujeto por las partes a arbitraje. En buena fe no puede acogerse su voluntad de desvincularse de una consecuencia a la que las partes que suscribieron el contrato que le concede el beneficio, quisieron someterse. Consentir al beneficio concedido significa aceptarlo con todas sus consecuencias, las deseadas y las no deseadas. Y ello incluye la consecuencia de arbitrar.

Volteando la figura, lo mismo se aplica a la empresa de seguros que pretenda negarse a arbitrar sosteniendo que el beneficiario del seguro no suscribió la póliza y que, por tanto, no es parte tampoco del con-

venio arbitral. Si bien en estricto no suscribió un convenio con dicha parte, sí sabía que un beneficiario podía solicitar los derechos que generaba el contrato. Por tanto, debe entenderse que, en buena fe, aceptó arbitrar no sólo con su contraparte, sino con cualquiera que solicitara recibir el beneficio del contrato. Por supuesto que la empresa de seguro podrá negarse a arbitrar si del contrato se deriva un acuerdo expreso e indubitable de que el convenio arbitral no es extensible a beneficiarios. Pero de no decirse nada en contra, puede derivarse, en buena fe, la voluntad de arbitrar.

Como señala SUÁREZ ANZORENA, si bien en principio el arbitraje es una figura contractual “sin embargo, *la práctica del arbitraje internacional*, tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, *revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifica, en aras de proteger el universal principio de la buena fe*”⁽³⁸⁰⁾ (énfasis agregado).

En la misma línea los profesores ALAN REDFERN y MARTIN HUNTER, junto con NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PRATASIDES han sostenido que la exigencia de un acuerdo firmado y por escrito no excluye la posibilidad de que el mismo alcance también a no signatarios. En efecto, señalan lo siguiente:

“b) terceros respecto del acuerdo arbitral

El consentimiento de las partes es un requisito previo del arbitraje. *Dicho consentimiento se instrumenta mediante el acuerdo arbitral que por lo general, como se analizó anteriormente, se celebra por escrito y está firmado por las partes. Sin embargo, la exigencia de que exista un acuerdo firmado y celebrado por escrito no excluye por completo la posibilidad que un acuerdo arbitral celebrado en forma adecuada entre dos o más partes obligue también a terceros*”⁽³⁸¹⁾ (énfasis agregado).

CAIVANO inclusive señala que “*puede decirse sin exagerar que, en abstracto, no hay dudas acerca de la posibilidad de incorporar al juicio arbitral a quien no ha sido firmante de la cláusula arbitral: el solo*

(380) SUÁREZ ANZORENA, C. Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, N° 2, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio 2005, ps. 57/58.

(381) REDFERN, Alan; Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. 4ta Edición en Español, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2007, p. 240.

hecho de no ser firmante directo del acuerdo no implica que no pueda verse obligado por sus efectos”⁽³⁸²⁾ (énfasis agregado).

Sin embargo, deja claro “que *tampoco puede predicarse*, en sentido opuesto, *que la extensión de las consecuencias del acuerdo arbitral a terceros pueda hacerse de manera automática ni que esta conclusión pueda ser universalmente aplicada*”⁽³⁸³⁾ (énfasis agregado).

Finalmente, CAIVANO indica que “*hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral*. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de ‘terceros,’ que por alguna razón pueden considerarse ‘asimilados a las partes’”⁽³⁸⁴⁾ (énfasis agregado).

4. ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14°

En esa línea consideramos que el artículo 14° puede servir de base, por su estructura, para la incorporación de los principales supuestos, recogidos en la jurisprudencia y en la doctrina, para la incorporación de partes no signatarias al contrato. Estos elementos son:

4.1 Consentimiento

Como ya se indicó el artículo 14° no persigue la incorporación al arbitraje de personas que no han consentido al mismo. Es justamente lo contrario. Persigue determinar qué supuestos pueden ser entendidos como forma de consentimiento a arbitrar, incluso en casos en que el consentimiento no se ajuste a los requisitos requeridos en la legislación contractual común para el perfeccionamiento de un contrato. Durante la discusión del artículo 14° se buscaron identificar supuestos de hecho en que podía entenderse que tal consentimiento podría existir. La Comisión que elaboró el proyecto desistió de tal forma de regular el problema cuando advirtió que era muy difícil contemplar con claridad todos los supuestos posibles. Por eso, cambió la perspectiva y prefirió usar una cláusula general, de texto abierto, para que el intérprete la llenara de contenido. En otras palabras, dejó un texto que permite al intérprete del convenio arbitral definir qué puede enten-

(382) *Ibíd.*

(383) CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. En: <http://www.limaarbitration.net/roque_j_caivano.pdf>. Consulta: 24 de agosto de 2009.

(384) CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *op. cit.*

derse como “consentir”. De esta manera, el artículo se enmarca dentro de la tendencia de la jurisprudencia y la doctrina, que se orienta precisamente a buscar cómo la persona pudo consentir, así no haya firmado el convenio o incluso no haya participado necesariamente en su celebración.

4.2. Buena Fe

El artículo acude en ayuda del intérprete y le indica que la interpretación sobre la existencia de consentimiento debe hacerse según las reglas de la buena fe. Con ello se evitó tener que hacer una enumeración exhaustiva de supuestos, quedando una norma general, donde el estándar de lealtad se convierte en un mecanismo de interpretación. De hecho, el término buena fe fue incorporado al final de la redacción, literalmente el día anterior al envío del proyecto para su aprobación. En la discusión interna en la Comisión se indicó que la buena fe puede servir para cubrir cualquier olvido o vacío que la norma pudiera dejar pero la realidad pudiera demandar. Ello hace la norma permeable a nuevas situaciones o prácticas comerciales que, con el tiempo, puedan ser relevantes para derivar el consentimiento.

4.3. Participación Activa y Determinante

El consentimiento no se deriva de cualquier participación. Actos de mera asesoría o de apoyo no pueden tener como consecuencia ser considerados como formas de consentir. No es cualquier participación. Es una participación de tal naturaleza que de ella se derive una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje. La conducta debe generar la sensación clara que sería injusto e inadecuado dejar a la persona fuera del arbitraje, y que permitir evadir sus consecuencias sería consentir en una conducta fraudulenta. Por ejemplo, si la subsidiaria fue la que ejecutó las obligaciones asumidas por la principal, que era la que había firmado el convenio, la primera queda sometida al convenio porque sin su participación el contrato no se habría ejecutado.

4.4. Negociación, Celebración, Ejecución y Terminación del Contrato

No sólo la conducta debe ser relevante, sino vinculada al contenido contractual. No es una conducta satelital al contrato, sino referida al contrato mismo. Los casos de ejecución parecen los más claros. Si la parte que se pretende traer a arbitraje ejecutó en parte o en el total de las obligaciones, podrá ser traída al arbitraje. IGNACIO SUÁREZ ANZORENA, en una conferencia dictada en Lima a propósito de la entra-

da en vigencia de la LA⁽³⁸⁵⁾, señaló que tenía dudas sobre la inclusión del supuesto de participación en la celebración. Decía que una matriz que negocia un contrato y luego decide usar un vehículo societario distinto (una subsidiaria local) precisamente porque no quiere asumir la responsabilidad del contrato, podría ver afectada su intención si luego, por el mérito del artículo 14°, puede ser traída al arbitraje. Si bien puede ser una preocupación atendible, lo cierto es que ello debe ser mirado desde la perspectiva de la buena fe. Si del contexto de la negociación se deriva que esa fue la intención, el Tribunal Arbitral no debería admitir la incorporación. Y en todo caso, el riesgo puede ser minimizado con una adecuada redacción del convenio arbitral señalando expresamente en el mismo que éste no puede ser expandido a empresas diferentes a la que lo suscribe.

4.5. Pretender Derivar un Beneficio del Contrato

Como ya se analizó antes, la segunda parte del artículo 14° permite incluir en el arbitraje a aquel que pretenda derivar un beneficio del contrato. Un ejemplo muy claro es el del contrato a favor de tercero. En ese caso, el beneficiario que pretenda exigir el beneficio contractual estará sujeto al arbitraje pues, en buena fe, no podría solicitar una parte de lo acordado (aquello que lo beneficia) sin asumir las cargas y obligaciones que sean necesarias para exigir su derecho. Situación similar se dará en el caso de la cesión de derechos o de la cesión de posición contractual. En esos casos no podrá usarse la separabilidad del convenio arbitral para alegar que el mismo no es exigible o incorpora al cesionario. El que en la sesión no se haya hecho mención a que ésta incorpora el convenio arbitral, no es argumento para sustraerse a los alcances de la obligación de arbitrar.

5. CASOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14°

Como se puede ver, dada la cantidad de supuestos a los que el artículo 14° resultaría aplicable, no es nuestra intención abordar la imposible tarea de cubrirlos en este comentario. Por ello, comentaremos cuáles consideramos pueden ser los casos más comunes, sin con ello pretender limitar la aplicación del artículo cuyo texto abierto permitirá posiblemente cubrir muchas más situaciones.

Uno de los casos en que con mayor precisión se han definido los posibles supuestos de expansión del convenio a no signatarios es el

(385) Seminario sobre la Nueva ley de Arbitraje de Perú. Centro de Arbitraje de Amcham, Lima. Septiembre, 2008.

caso *Thomson*⁽³⁸⁶⁾. Si bien la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito denegó la pretensión de la demandante de extender la demanda arbitral a Thomson-CSF S.A., adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (Redifussion Simulation Ltd), dicha Corte aprovechó la oportunidad y sistematizó los supuestos en que los efectos de un convenio arbitral pueden alcanzar a un no signatario:

“(a) Si esa parte es firmante de un contrato que hace referencia expresa y directa a la cláusula arbitral contenida en el otro contrato. [...] (b) Si su conducta indica que está aceptando someterse a arbitraje (c) [...] Si existe, entre el firmante y el no-firmante, una relación de representación o agencia; (d) Si la relación entre la matriz y su subsidiaria es suficientemente cercana como para justificar que se corra el velo societario (Penetración del velo societario); (e) Si quien alega no estar alcanzado por la cláusula arbitral tuvo previamente una conducta contradictoria con esa alegación (Estoppel)”⁽³⁸⁷⁾.

Por su parte, BAGOT y HENDERSON señalan que “tradicionalmente, existen cinco teorías del derecho de contratos que constituyen *excepciones a la obligación de suscripción del convenio arbitral*. Estas excepciones son principios del derecho contractual del common law, y específicamente incluyen: (1) agencia (2) estoppel (3) *alter ego* / *levantamiento del velo* (4) incorporación por referencia, y (5) asunción”⁽³⁸⁸⁾ (énfasis agregado).

Por su parte SUÁREZ ANZORENA, en la exposición que realizó en Lima comentando la nueva Ley antes citada⁽³⁸⁹⁾ hizo incluso una enumeración más amplia, aunque entendemos que varios de los supuestos están comprendidos bajo algunos de los rubros antes citados. Su

(386) Caso *Evans & Sutherland Computer Corporation c. Thomson - CSF S.A.*, adquirente de la sociedad que había suscrito el contrato con la cláusula arbitral (Redifusión Simulation Ltd.).

La referencia al caso en cuestión la encontramos en: CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *op. cit.*, p. 129.

(387) CAIVANO, Roque J., “Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”, *op. cit.*, p. 130.

(388) Traducción libre del siguiente texto:

“Traditionally, there are five theories of agency and contract law that constitute exceptions to the signature requirement. The exceptions are common law principles of agency and contract, and specifically include: (1) agency (2) estoppel (3) alter ego/veil piercing (4) incorporation by reference, and (5) assumption”.

Texto en: BAGOT JR. Michael H. y Dana A. HENDERSON, *Not party, not bound? Not necessarily: Binding third parties to maritime arbitration*, en: *Tulane Maritime Law Journal*, Vol. 26, 2002, p. 436.

(389) Seminario sobre la Nueva Ley de Arbitraje de Perú, Centro de Arbitraje de Amcham, Lima, septiembre, 2008.

enumeración incluye (1) incorporación por referencia (2) asunción de la obligación de arbitrar (3) representación o agencia (4) descorrimiento velo alter ego / grupo de sociedades (5) *Estoppel/Equitable Estoppel* (6) cesión de contrato (7) novación (8) Sucesión por operación legal (por ejemplo casos de insolvencia) (9) subrogación, y (10) tercero beneficiario.

No vamos a analizar todos los supuestos, sino los que consideramos más importantes. Pondremos algún énfasis y dedicaremos algo más de espacio en el más interesante, vinculado a los grupos de empresas y levantamiento del velo societario. En todos los casos que analicemos veremos el tema tanto desde la perspectiva del no signatario que pretende ser traído al arbitraje, como del anfitrión de la fiesta, es decir el signatario que pretende evitar la entrada de un supuesto no invitado.

5.1. Incorporación por Referencia

Este supuesto es recogido doctrinaria y jurisprudencialmente como un supuesto de incorporación de partes no signatarias del convenio arbitral. Cubre el supuesto que una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo.

Sin embargo, en la LA éste no es un supuesto de aplicación del artículo 14° porque está expresamente regulado en el numeral 6 de artículo 13° de la misma Ley, y que es objeto de un comentario distinto⁽³⁹⁰⁾.

5.2. Representación y Agencia

Un primer caso de aplicación es la incorporación al arbitraje del agente o representante de una empresa que sí ha firmado el convenio arbitral. Por ejemplo una empresa extranjera utiliza como representante comercial o agente a una empresa local, la que supuestamente actúa para concretar la venta pero desarrolla una actividad que va más allá de esos alcances. Por ejemplo, pasa a ejecutar directamente las obligaciones del contrato (sin estar formalmente obligada a ello) llegando en ocasiones a facturar directamente por la ejecución de las

(390) *Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral.*

“[...]”

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

prestaciones a cargo de la empresa extranjera. Luego, cuando surge la controversia, el agente se niega a arbitrar sosteniendo que él no es parte en el contrato ni en el convenio arbitral.

Otro alcance es el caso de la empresa que es autorizada por otra a usar sus marcas o imagen comercial y en base a dicho uso, autorizado y apoyado abiertamente por la empresa principal, consigue clientes. Si bien formalmente sólo la franquiciada o agente comercial suscribe los contratos, en los hechos hay una participación activa de la titular de las marcas y la imagen comercial. En esos casos la principal podría ser incorporada al arbitraje.

En los casos reseñados no parecería necesaria la existencia de vinculación de propiedad (accionariado) entre las empresas, siendo suficiente su participación activa del agente principal o de la empresa franquiciante, en su caso.

Desde otra perspectiva el cliente tampoco podría negarse a la participación del agente o representante que gestionó directamente la ejecución del contrato y que no suscribe el convenio arbitral, si consintió y aceptó dicha gestión. Imaginemos que luego de ejecutada la entrega de las prestaciones, el cliente se niega a pagar y la empresa extranjera que firmó efectivamente el contrato pero que dejó que el agente lo ejecutara, tampoco reclama el pago. El agente podría usar la cláusula arbitral para reclamar el cumplimiento de la obligación o incluso participar en el arbitraje en el que la empresa extranjera y el cliente discuten, por ejemplo, la nulidad o el adecuado cumplimiento de las prestaciones ejecutadas.

5.3. Estoppel/Equitable Estoppel/Doctrina de Actos Propios

Si la conducta de una parte genera la legítima expectativa en la otra que está dispuesta a arbitrar, entonces quedará sujeto a la obligación de hacerlo. Ésta es una simple derivación de la doctrina conocida en el *common law* o en derecho internacional como *estoppel*, o en los ordenamientos de origen romano germánico, como Doctrina de los Actos Propios.

El caso más obvio es el de una empresa que admite participar en un arbitraje a pesar de no ser signataria del convenio, y luego pretende excepcionar su participación en otro arbitraje bajo la misma cláusula arbitral alegando que no la ha firmado. La contradicción con su conducta anterior no le permite excepcionar, pues finalmente consintió que estaba dispuesta a arbitrar.

Pero hay casos más problemáticos. La empresa que con su conducta acepta que está obligada por los términos de un contrato al ejecu-

tarlo y luego pretende oponerse al convenio arbitral contenido en ese mismo contrato.

Podríamos decir que la propia redacción del artículo 14° refleja su clara inspiración en esta doctrina. De hecho, la redacción final parece relajar todos los elementos exigidos para su aplicación. Así el artículo se refiere a una conducta determinante en alguna etapa de la vida del contrato y que cuyo actor pretende luego contradecir negándose a aceptar los términos del convenio arbitral al que dicho contrato está sujeto o ligado.

Y no es extraño entonces que el artículo 14° hable de la buena fe, que es el fundamento en nuestro sistema para la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Según la Doctrina de los Actos Propios no es legítimo desconocer con la mano izquierda lo que hace con la derecha. Ello ocurre solo cuando (1) la mano derecha y la izquierda pertenecen al mismo centro de imputación (identidad de sujetos); (2) lo que la mano derecha ha hecho anteriormente permite derivar con claridad que la mano izquierda se encuentra obligada posteriormente a conducirse de la misma manera (carácter vinculante de la conducta original); y (3) efectivamente la mano izquierda está haciendo algo incompatible con lo que hizo la mano derecha (contradicción entre la conducta original y la conducta posterior).

En el caso de la extensión del convenio arbitral podríamos decir que la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido al contrato que la mano derecha aceptó.

La Doctrina de los Actos Propios busca fomentar que las personas sean coherentes en su actuar cotidiano. De esta manera, sanciona a las personas que se comportan contradictoriamente quitándoles la posibilidad de reclamar derechos que en un primer momento sí hubieran podido reclamar.

El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente, basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la conducta originaria. A ello se refiere el artículo 14° cuando exige una participación activa

y determinante en la celebración, ejecución o terminación del contrato.

AUGUSTO MORELLO, al definir la Doctrina de los Actos Propios, señala⁽³⁹¹⁾:

“El fundamento estará dado en razón que la conducta anterior ha generado —según el sentido objetivo que de ella se desprende— confianza en que, quien la ha emitido, permanecerá en ella, pues lo contrario importaría incompatibilidad o contradicción de conductas emanadas de un mismo sujeto, que afectan injustamente la esfera de intereses de quien suponía hallarse protegido pues había depositado su confianza en lo que creía un comportamiento agotado en su dirección de origen”.

Son muchos los autores que se expresan en términos similares⁽³⁹²⁾.

El problema relevante se presenta en relación a dos conductas (una anterior y otra posterior) que pueden entrar en contradicción. Los tres requisitos básicos son entonces que:

- a. Existe una conducta original, que por su naturaleza, circunstancia y características genera una confianza en la otra parte que, bajo el principio de buena fe, indica con claridad que se ha generado un vínculo (obligación) de seguir comportándose de la misma manera. Así, si ha dado a entender que se encuentra vinculado por el contrato, la contraparte puede derivar que se encuentra también vinculado por el convenio.
- b. Existe una conducta posterior que entra en contradicción con la anterior. Así, la negativa a arbitrar entra en contradicción con la conducta que muestra a la parte como vinculado por el contrato.
- c. Ambas conductas son desarrolladas por el mismo centro de imputación, es decir por el no signatario.

(391) MORELLO, Augusto. *Dinámica del Contrato. Enfoques*, Buenos Aires, Librería Editorial Platense, 1985, p. 59.

(392) Por ejemplo EMILIO BETTI (citado por DIEZ PICAZO, *op. cit.*, p. 245) señala “La buena fe, hemos dicho varias veces, implica un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever” (énfasis agregado). LEHMANN (citado por DIEZ PICAZO, *Op. cit.*, p. 245) indica que “La necesidad de coherencia del comportamiento limita los derechos subjetivos y las facultades del sujeto, que solo pueden ser ejercitadas en la medida en que éste ejercicio sea coherente o compatible, no contradictorio, con el comportamiento anterior”. ALSINA ATIENZA (citado por BORDA, *Teoría de los Actos Propios*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, p. 41) indica que la doctrina “Se reduce a que, quien, mediante cierta conducta, positiva o negativa, infunde o crea en otra persona, la confianza fundada de que aquel mantendrá su comportamiento en lo sucesivo, deberá, sí, mantenerlo efectivamente, aunque en su fuero interno hubiere abrigado otro propósito en realidad”.

Es importante; sin embargo, aclarar que la doctrina no se aplica sólo al no signatario, sino a la parte signataria, que habiendo aceptado la participación de la no signataria, pretende negar que esta última solicite arbitraje.

En síntesis, si los requisitos señalados se cumplen durante la ejecución de un contrato, y generan la expectativa razonable que la parte se sujetará a arbitraje, entonces deberá entenderse que la parte está vinculada a la obligación de arbitrar.

5.4. Levantamiento del Velo Societario/Grupos de Sociedades

Este supuesto es uno de los que el artículo 14° abre la puerta con mayor novedad y es uno de los más interesantes, pero a su vez uno de los más problemáticos. Por su naturaleza y complejidad, le prestaremos especial atención en este comentario.

El levantamiento del velo societario en el contexto de la existencia de un convenio arbitral plantea un doble problema, lo que hace aún más complicada la aplicación de esta teoría. A diferencia de un caso judicial en la que el juez enfrenta un importante pero único reto de relativizar el principio de responsabilidad limitada, en el caso de que exista una cláusula arbitral, la propia competencia del árbitro depende del levantamiento. El árbitro tiene que declararse competente para juzgar a una empresa o persona que no ha suscrito el documento del cual deriva su competencia.

A ello se le añade el problema que, al inicio del arbitraje, aún no se han actuado las pruebas, con lo que es difícil saber si corresponde o no levantar el velo. Por eso, los árbitros suelen verse forzados a tomar la decisión de asumir provisionalmente competencia hasta poder determinar en el laudo si existe o no los elementos para levantar el velo. En ese momento recién está claro que es competente y que puede relativizar el principio de responsabilidad limitada. No son pues casos fáciles bajo ningún punto de vista.

Este tipo de casos han generado una interesante pero a su vez poco precisa jurisprudencia en el campo arbitral, siendo la jurisprudencia francesa la pionera en la extensión de la cláusula arbitral a los no signatarios, conformantes del mismo grupo económico. Precisamente el caso francés *Dow Chemical (Dow Chemical France vs. Isover Saint Gobain)* constituye la doctrina principal en lo que a esta teoría se refiere ⁽³⁹³⁾.

(393) La referencia al caso en cuestión la encontramos en REDFERN, Alan; Martín HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 241; en CAIVANO, Roque J., "Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido

Si bien dicho caso trató de la inclusión de empresas subsidiarias —no signatarias de un convenio arbitral— en la parte *demandante*, se trata del caso más emblemático y a partir del cual la doctrina en cuestión ha sido utilizada y extendida en numerosos casos de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) “no solo para expandir el universo de demandantes, sino para expandir el universo de los demandados”⁽³⁹⁴⁾.

En dicho caso, la controversia tuvo origen en dos contratos idénticos que vinculaban a Dow Chemical AG (Suiza) y Dow Chemical Europe con Isover Saint Gobain. En la parte pertinente, los contratos establecían que las controversias que surgieran respecto de ellos se someterían a las reglas de arbitraje de la CCI.

Como consecuencia de crecientes discordancias entre las partes, tanto las empresas Dow Chemical Suiza y Europe, como la subsidiaria Dow Chemical Francia e inclusive la matriz Dow Chemical Estados Unidos, iniciaron un procedimiento arbitral contra Isover Saint Gobain. Sin embargo, esta última solicitó la exclusión de la subsidiaria de Francia y la matriz de Estados Unidos, alegando que no eran partes del acuerdo arbitral. No obstante, al analizar las circunstancias en las que se había celebrado el contrato principal, el Tribunal Arbitral determinó que se había demostrado que Dow Chemical Company (USA) era el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades del grupo y los distribuidores.

En ese sentido, atendiendo a los principios de “unidad y realidad económica” el Tribunal entendió que el grupo de empresas constituía “una única realidad económica” (*une réalité économique unique*) que debía tomar en consideración el tribunal arbitral al determinar que tenía competencia sobre todas las partes designadas. En tal sentido, el Tribunal Arbitral expresamente manifestó que “*la cláusula compromisoria expresamente aceptada por algunas de las sociedades del grupo debería obligar a las otras sociedades que, por su rol en la celebración, el cumplimiento o la extinción de los contratos en los que se insertan dichas cláusulas, y de conformidad con la voluntad común de todas las partes involucradas en el proceso, parecen haber sido auténticas partes de dichos contratos o haber sido principalmente afectadas por ellos y*

signatario”, *op. cit.*, p. 125; en: SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, *op. cit.*, p. 61; en: *Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia, 18-19 February, 2005*, Singapore, ps. 10/11; entre otros.

(394) SUÁREZ ANZORENA, Ignacio, “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”, *op. cit.*, p. 62.

por las controversias a las que pueden dar origen”⁽³⁹⁵⁾ (énfasis agregado). En otras palabras, y en el lenguaje del artículo 14°, las sociedades del grupo habían tenido una participación activa y de maneras determinante, en la negociación, celebración, ejecución o terminación de los contratos.

Posteriormente, el caso llegó a la Corte de Apelación de París la que se negó a anular la decisión del referido Tribunal Arbitral, sosteniendo que aún no habiendo suscrito las terceras empresas el convenio arbitral, por encontrarse ante una única voluntad común, el mismo sí les resultaba aplicable. En efecto, la Corte de París señaló:

“siguiendo una interpretación autónoma de los acuerdos y documentos intercambiados al momento de su negociación y celebración, los árbitros decidieron, por motivos pertinentes y coherentes y en función de la voluntad común de todas las empresas involucradas, que Dow Chemical France y The Dow Chemical Company (USA) *revestían el carácter de partes de dichos acuerdos aunque de hecho no los hubieran suscrito, y que por ende la cláusula compromisoria también a ellas les resultaba aplicable*”⁽³⁹⁶⁾ (énfasis agregado).

Como se ve la Corte, en la línea de nuestra LA, plantea para resolver el caso que debe distinguirse el concepto de parte del concepto de signatarios. Se puede no haber firmado el convenio y aún así mantenerse como parte.

Posteriormente, otras decisiones de la ICC han ido desarrollando esta teoría, enfocando la misma hacia la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias —en calidad de demandados— dada la voluntad fraudulenta con la que fueron creadas. Así, en el caso No. 5103 de la ICC, se utilizó dicha teoría, con el fin de proteger la seguridad de las relaciones comerciales:

“Las tres sociedades demandantes, luego de la conclusión, ejecución, incumplimiento y renegociación de la relación contractual mantenidas con las demandadas, aparecen, según la voluntad común de las partes, al proceso como verdaderas partes en la totalidad de los contratos. Este análisis se apoya, tanto en forma como en fondo, en una marcada y aprobada tendencia de la jurisprudencia arbitral favorable al reconocimiento, en tales circunstancias, de la unidad del grupo [...]. *La seguridad de las relaciones comerciales internacionales exige que sea tenida en cuenta esta realidad económica y que todas las sociedades del grupo sean tenidas*

(395) En: REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 241.

(396) REDFERN, Alan; Martín HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, op. cit., p. 241.

como responsables solidarias de las deudas de las que se beneficiaron directa o indirectamente en este caso"⁽³⁹⁷⁾ (énfasis agregado).

Más adelante, en el caso N° 5721 se reiteró el mismo concepto:

"En resumen, la pertenencia de dos sociedades a un mismo grupo o el dominio de un accionista no pueden ser entendidas, por ellas solas, como razones suficientes que justifiquen de pleno derecho el levantamiento del velo societario. Sin embargo, cuando una sociedad o una persona natural aparece en el centro de las relaciones contractuales vinculadas a un caso particular, conviene examinar con detenimiento si la independencia de las partes no debe ser, excepcionalmente, descartada en favor de un juicio global. Tal excepción será aceptada cuando aparezca una confusión originada por el grupo o por el accionista mayoritario"⁽³⁹⁸⁾ (énfasis agregado).

La figura indicada puede presentarse no sólo cuando la vinculación es abierta y evidente, sino también cuando una empresa, suscriptora de un convenio arbitral, forma otras terceras empresas de "fachada", con el objeto de escapar tanto de sus compromisos contractuales,

(397) Traducción libre del siguiente texto:

"Les trois sociétés demanderesses, lors de la conclusion, l'exécution, l'inexécution et la renégociation de relations contractuelles entretenues avec (les défenderesses), apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure comme ayant été de véritables parties à l'ensemble des contrats. Cette analyse s'appuie, dans sa lettre et dans son esprit, sur une tendance remarquée et approuvée de la jurisprudence arbitrale favorable à la reconnaissance, dans de telles circonstances, de l'unité du groupe [...]. La sécurité des relations commerciales internationales exige qu'il soit tenu compte de cette réalité économique et que toutes les sociétés du groupe soient tenues ensemble et solidairement responsables des dettes dont elles ont directement ou indirectement profité à cette occasion."

ICC matter no. 5103, award of 1988. Citada en: SANDROCK, Otto, "Arbitration Agreements and Groups of Companies". En: <http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithto c=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000>. Consulta: 24 de agosto de 2009.

(398) Traducción libre del siguiente texto:

"En résumé, l'appartenance de deux sociétés à un même groupe ou la domination d'un actionnaire ne sont jamais, à elles seules, des raisons suffisantes justifiant de plein droit la levée du voile social. Cependant, lorsque une société ou une personne individuelle apparaît comme étant le pivot des rapports contractuels intervenus dans une affaire particulière, il convient d'examiner avec soin si l'indépendance des parties ne doit pas, exceptionnellement, être écartée au profit d'un jugement global. On acceptera une telle exception lorsque apparaît une confusion entretenue par le groupe ou l'actionnaire majoritaire."

ICC matter no. 5721, award of 1990. Citada en: SANDROCK Otto, "Arbitration Agreements and Groups of Companies". En: <http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_content.php?page=pub_show_document.php&pubdocid=116200&pubwithto c=ja&pubwithmeta=ja&pubmarkid=914000>. Consulta: 24 de agosto de 2009.

como del alcance del convenio arbitral, determinando ello una clara voluntad de fraude, que no puede ser aceptada por el ordenamiento.

Así, más complicada es la situación en que la vinculación no es abierta ni conocida, sino que es ocultada por medio del uso de testafierros. Sobre el particular, la profesora española HILDA AGUILAR GRIEDER ha manifestado, en relación a los procesos arbitrales, que *“la interposición de una persona, con la finalidad de escapar a los compromisos asumidos, o de quedar ilegalmente en la sombra, es un procedimiento fraudulento, que en ningún caso ha de merecer el amparo de los árbitros o de los jueces estatales”*⁽³⁹⁹⁾ (énfasis agregado).

En la misma línea DE TRAZEGNIES, comentando a SANDROCK señala:

“Como lo describe muy gráficamente el Profesor SANDROCK, *“Estas teorías sobre el descorrimiento del velo societario o sobre las conductas alter ego, pueden ser aplicadas también a situaciones en las que un convenio arbitral ha sido suscrito por una compañía como un alter ego respecto de alguien parapetado detrás del escudo de la personalidad jurídica de la compañía signataria. Ese cerebro oculto detrás de la personalidad jurídica de la signataria puede ser una persona natural u otra compañía. En esos casos, la compañía signataria aparece solo como un strawman [...] (en español, diríamos “testaferro”) que cubre al cerebro de la operación, el cual opera detrás del escudo de su subsidiaria, por ejemplo, puede ser una persona natural o una compañía que controla una empresa con una o varias subsidiarias a las que utiliza como su “santuario refugio” (save haven) para guardar en ellas toda o una parte substancial de la propiedad o activo del negocio, en perjuicio de los accionistas minoritarios de la holding”*⁽⁴⁰⁰⁾ (énfasis agregado)

No podemos concluir; sin embargo, que la aplicación de la doctrina en cuestión no puede realizarse de manera generalizada y sin limitaciones. Por el contrario, de la lectura y análisis de la doctrina y jurisprudencia citada, consideramos que deben comprobarse principalmente dos requisitos: (i) Un elemento que denominaremos objetivo, esto es, la presencia de empresas vinculadas que formen parte de un *mismo grupo económico*; y (ii) Un segundo elemento que denominaremos subjetivo, representado por una *voluntad de fraude común* a todas dichas empresas. De cumplirse estos requisitos, como veremos, es posible aplicar el artículo 14°, pues puede derivarse una participa-

(399) AGUILAR GRIEDER, Hilda, *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 325.

(400) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *op. cit.*, p. 17.

ción en la ejecución del contrato (o más concretamente para buscar la no ejecución del mismo) que en buena fe no debe permitir que el vinculado se proteja en el hecho de no haber suscrito el convenio arbitral frustrado simultáneamente el arbitraje y la propia ejecución del contrato. Como ya dijimos el levantamiento del velo, en concordancia con el artículo 14º, no es un acto de encontrar un tercero al cual traer al arbitraje, sino descubrir a una verdadera parte que se oculta bajo formalidades jurídicas.

El primer objetivo que debe verificarse es la eventual relación entre las empresas o sociedades emplazadas, en el sentido que entre ellas exista una vinculación tal que, detrás de cada empresa, finalmente se encuentre la misma, oculta en aparentes personalidades diferentes. Sin embargo, ello no es suficiente y se debe demostrar también que detrás de dicho vínculo o dicha formación de empresas distintas existió una única voluntad fraudulenta con el fin de perjudicar a sus acreedores. Es esa misma voluntad fraudulenta la que consintió en su momento en arbitrar el caso y, por tanto, convierte en parte a todas aquellas entidades que actúan bajo esa voluntad.

Dichos elementos son claramente descritos por la doctrina, que al respecto ha señalado lo siguiente:

“Doctrina del ‘Grupo de Empresas’

[...] *Adicionalmente a los requisitos de “una realidad económica única” y “el ejercicio de un control absoluto sobre las empresas subsidiarias”, se tiene que debe existir un elemento de intención de “mala fe” o fraude contra una norma legal.*

[...] Las Cortes generalmente van detrás de la personalidad jurídica de una empresa y se dirigen contra los miembros individuales de la misma, o ignoran la personalidad autónoma de cada empresa, *en favor de “la unidad económica constituida por un grupo de empresas asociadas”* ⁽⁴⁰¹⁾ (énfasis agregado).

(401) Traducción libre del siguiente texto:

“‘Group of Companies’ doctrine.

[...] Generally speaking, *in addition to the requirements of ‘one and the same economic reality’ and ‘exercise of absolute power over its subsidiaries’, there has to be an element of fraud or “malafide” intention to defeat a statute or law.*

[...] Courts usually go behind the corporate personality to the individual members or ignore the separate personality to the individual members or ignore the separate personality of each company *in favor of the “economic entity constituted by a group of associated companies”.*

Texto En: *Collection of papers presented at ICC International Court of Arbitration & Singapore International Arbitration Centre Symposium on Institutional Arbitration in Asia 18-19 February.* Singapore, 2005, p. 28.

En el mismo sentido, LAMM también lo confirma:

“A. Una parte que no ha firmado un convenio arbitral puede ser obligado a participar en un proceso arbitral.

1. Perforamiento del Velo Societario/Alter Ego

Las Cortes y Tribunales de EE.UU. ponderan qué nivel de afinidad entre la empresa matriz y sus subsidiarias justifica el ‘perforamiento del velo societario’ y así considerar a una empresa responsable, legal y contablemente, por la acciones de otra. *Aunque la relación matriz/subsidiaria, considerada aisladamente, no es suficiente para obligar o permitir a un no-signatario a arbitrar, las Cortes y Tribunales de EE.UU. han perforado el velo societario cuando una empresa matriz domina y controla totalmente a sus subsidiarias con el propósito de cometer un fraude o cualquier otra ilegalidad. Por tanto, una empresa no-signataria que es considerada el alter ego de una empresa afín, la cual sí firmó un convenio arbitral, puede ser incluida en un proceso arbitral que trate sobre demandas contra su alter ego [...]*⁽⁴⁰²⁾ (énfasis agregado).

DE TRAZEGNIES señala que “es la propia voluntad original de las partes, correctamente interpretada, la que justifica el rasgado del velo societario. Dentro de ese orden de ideas, *una parte no suscriptora debe ser sometida a la obligación de arbitrar cuando la otra parte pretende razonablemente que su conducta ha sido fraudulenta* con el objeto de confundir a la parte demandante o de *colaborar en eludir la responsabilidad de la demandada suscriptora frente a esa demandante en ma-*

(402) Traducción libre del siguiente texto:

“A. A related Party That Has Not Signed an Agreement to Arbitrate May Be Compelled or Permitted to Participate in an Arbitration.

1.- Piercing the Corporate Veil / Alter Ego.

Tribunals and U.S. courts consider whether the level of intimacy of a corporate relationship between a parent and its subsidiary justifies ‘piercing the corporate veil’ and holding one corporation legally accountable for the actions of the other. *Although the parent/subsidiary relationship alone is insufficient to obligate or permit a non-signatory to arbitrate a dispute, both U.S. courts and tribunals have pierced the corporate veil when a parent dominates and completely controls the subsidiary or in order to prevent fraud or other wrongdoing. Thus, a non-signatory corporation that is held to be the alter ego of an affiliate company that signed an arbitration agreement may be required to participate in an arbitral proceeding involving claims against its alter ego. [...]*”

Texto en: LAMM, Carolyn B. y Joselyn A. AQUA, “Defining the party — who is a proper party in an international arbitration before the american arbitration association and other international institutions”. En: *The Geo Wash Int’l L, Rev*, Volumen 34, 2002-2003, ps. 723/723.

teria de la identidad o del status de la obligada por la operación que es materia de la controversia” ⁽⁴⁰³⁾ (énfasis agregado).

Finalmente resta señalar que, dada dicha voluntad fraudulenta y teniendo en cuenta que se entiende que todas las empresas formantes del grupo son en realidad *alter ego* de una de ellas o de todas a la vez, la consecuencia de ello es que se desestime la responsabilidad limitada de cada sociedad —puesto que en realidad forman parte, bajo el principio de buena fe, y dada la realidad económica, de una única entidad— y por el contrario todas ellas asuman solidariamente las obligaciones de todas.

En ese sentido es perfectamente posible, si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos analizados, que una empresa o persona pueda ser incluida, bajo el artículo 14º, como demandante o demandada en un arbitraje bajo la aplicación de la teoría del levantamiento del velo societario.

5.5. Contrato a Favor de Tercero

Es perfectamente legítimo que las partes que celebren un contrato a favor de un tercero, sea bajo el artículo 1437º del Código Civil, o bajo alguna otra modalidad, pacten arbitraje. Pero la pregunta es cuál sería la consecuencia de que el beneficiario del contrato, que no lo ha suscrito, y por tanto tampoco ha suscrito el convenio arbitral, pudiera invocar o ser obligado a ir a arbitraje.

El artículo 14º da, en el marco legal peruano, una respuesta clara a ese problema. En el grado en que el beneficiario pretenda ejercer o preservar el beneficio que el contrato a favor de tercero le concede, quedará sujeto a arbitraje. En ese sentido, para efectos arbitrales, el pretender el ejercicio del derecho o beneficio concedido por el contrato, le da la naturaleza de parte en el convenio arbitral, así la legislación civil lo trate como un tercero al contrato. Por otro lado las partes, concientes de que existe un tercero que para efectos arbitrales es una potencial parte, deben en buena fe admitir que este se presente y pueda arbitrar cualquier controversia que surja en relación al contrato celebrado.

El caso más claro es el del contrato de seguro, ya analizado líneas arriba, en el que el beneficiario de la póliza, en caso a ser distinto al asegurado que suscribió el convenio arbitral, queda obligado a arbitrar si pretende exigir a la compañía aseguradora, el pago de un sinies-

(403) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”, *op. cit.*, p. 19.

tro. Y la compañía aseguradora deberá aceptar someterse a arbitraje con el beneficiario así este no haya suscrito el convenio arbitral, porque sabía por la cobertura concedida que ese beneficiario podía exigir derechos o beneficios bajo un contrato sujeto a arbitraje.

La regla del artículo 14° es clara y tiene una redacción que se presta a una interpretación extensiva, al señalar que el convenio arbitral se extiende también a quien pretenda derivar *derechos o beneficios* del mismo. Así, si quedara alguna duda si lo que se reclama sea o no un derecho, basta que lo que se reclame beneficie a quien lo solicita, para que se le considere parte del arbitraje. La ley no ha querido que meras formalidades jurídicas la priven de eficacia para ampliar el ámbito del convenio arbitral.

Sin embargo otro problema surge sobre qué debe entenderse por *pretendan derivar*. Si estamos ante un contrato a favor de tercero, el artículo 1458° establece que el derecho del tercero surge directa e inmediatamente de la celebración del contrato. Pero según dicha norma es necesario que el tercero haga conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso del derecho. Esta muy claro que si pretende cobrar el beneficio, tendrá que someterse a arbitraje. Pero ¿qué pasaría si el estipulante demanda la nulidad del contrato cuando el beneficiario aún no ha manifestado su aceptación y por tanto nada nos indica que pretenda derivar el derecho o beneficio a su favor. Si bien parecería que de no haber comunicado su aceptación no ha pretendido ejercer el derecho o beneficio y, por tanto, se podría sostener que no ha consentido en el arbitraje, parece que en buena fe lo que corresponde es que se le cite al arbitraje para que exprese si quiere defenderse o no en el mismo, a fin de preservar un derecho que ya existe según la ley así él no haya querido ejercerlo aún.

5.6. Acción Oblicua

Sin embargo, no siempre el beneficio que se pretende derivar de un contrato proviene de un contrato a favor de tercero. Podríamos estar en el caso de la acción oblicua, contemplada en el inciso 4 del artículo 1219° del Código Civil, que faculta al acreedor a ejercer, en vía de acción o de defensa, los derechos de su deudor.

Asumamos que A le debe a B y B le debe a C. C podría ejercer las acciones de cobranza que B tiene contra A de acuerdo al artículo 1219°. La pregunta es si en el contrato del que se deriva la deuda de A a B existe un convenio arbitral ¿puede C acudir a arbitraje por más que no ha suscrito ni el contrato ni el convenio arbitral? Y de ser así ¿está obligado A a aceptar arbitrar con C con quien no ha firmado convenio arbitral alguno, pues su convenio se limita a vincular a A con B?

La respuesta a esas preguntas no es fácil. Sin embargo, es más sencillo sostener que C podrá ser forzado a ir a arbitraje con A (y con citación a B como lo indica el propio artículo 1219º). Finalmente la situación cae dentro del artículo 14º de la LGA, pues C pretende derivar un beneficio o ejercer un derecho contemplado en el contrato entre A y B, y de acuerdo a los términos del mismo. Pero no es tan claro si A puede ser forzado a arbitrar con C, si C lo demanda ante un tribunal arbitral, pues él solo había consentido arbitrar con B, no con C. Siempre se podrá decir, sin embargo, que quien contrae una obligación sabe que está sujeto a la posibilidad de poder ser demandado por los acreedores de su acreedor, y si tiene una cláusula arbitral, que cualquier acreedor podría hacer uso de la misma. Si bien la situación no es del todo clara y corresponderá a la jurisprudencia definir los alcances con los que se interpretará el artículo 14º en estos casos, nos inclinamos a que tal demanda es posible porque estamos frente a una obligación que, en su origen, las partes querían arbitrar. En todo caso, si las partes querían que sólo se arbitrara entre ellas, podrán así indicarlo en el propio convenio, pacto que a nuestro entender es perfectamente válido y recomendable para quien no quiere encontrarse en tal situación bajo el artículo 14º.

Por supuesto que de este tipo de casos surgen infinidad de preguntas que por razones de espacio no podemos abordar. Por ejemplo ¿a quién corresponderá nombrar al árbitro en caso que se demande arbitralmente a A? ¿Debe ser B o C o los dos de común acuerdo? Sin duda el artículo 14º ha abierto muchas posibilidades, pero también nos trae muchos problemas nuevos.

5.7. Cesión, Novación y Subrogación

Finalmente, vamos a abordar los problemas derivados de diversos mecanismos de sustitución de deudores o acreedores en contratos. Los supuestos son varios: novación subjetiva, cesión de derechos o de crédito, cesión de posición contractual o subrogación legal o convencional.

Uno podría encajar estos problemas tanto en la primera parte como en la segunda parte del artículo 14º. Puede decirse que cuando cede o nova un crédito o un contrato, el entrante a la relación está teniendo una participación activa y determinante en la ejecución de un contrato. O puede también decir que está pretendiendo ejercer derechos y beneficios derivados de dicho contrato. Y la verdad es que ambas interpretaciones son posibles y sostenibles.

Somos de opinión que en principio, en todos estos supuestos, se puede invocar el artículo 14º y con ello un no signatario podría en-

trar al arbitraje, aunque siempre teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada situación.

El caso más claro es la cesión de posición contractual, donde todos los que intervienen aceptan el cambio de partes y no se ajustaría a la buena fe que alguno tratará de rechazar luego la aplicación del convenio arbitral, salvo, claro está, que no lo hubiera conocido o podido conocer. Algo similar se podría decir en la novación convencional. En estos casos no parece lógico invocar la separabilidad del convenio arbitral sosteniendo que se cedió el contrato pero no el convenio. La separabilidad del convenio es un mecanismo de protección del mismo, no un mecanismo para mediatizar sus alcances. Y en eso creemos que el espíritu del artículo 14° es bastante claro.

Más complicado es el caso de la cesión de derechos o de créditos o la subrogación. Del lado del cesionario, creemos que el mismo, en tanto haya podido por la operación conocer el convenio, está obligado a respetarlo. Y en el caso del cedido, dado que el crédito original estaba sometido a arbitraje y sabía que por ley o convenio tal cesión o subrogación podría ocurrir, parece lógico presumir que también debe respetar el convenio arbitral. En todo caso los pactos arbitrales podrán limitar esa posibilidad, pero como en casos anteriores consideramos que la interpretación debe ser a favor del arbitraje. De hecho una regla distinta permitiría conductas dirigidas a mediatizar el pacto arbitral por la vía de realizar cesiones de créditos o de derechos a fin de sustraerse a la competencia de los árbitros.

La intención del artículo 14° ha sido ampliar la *cancha* del arbitraje y darle al convenio arbitral mayor eficacia. Es bajo ese espíritu que creemos el artículo debe ser interpretado. Pero sin duda será la jurisprudencia arbitral y judicial la que finalmente definirá los alcances en este tipo de situaciones.

6. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 14° A ARBITRAJES EXTRANJEROS

Si bien el tema es objeto de otro comentario, creemos importante hacer una muy breve referencia a lo que establece el artículo 1°, numeral 2 de la LA, en cuanto a la aplicación del artículo 14° a arbitrajes extranjeros.

Dentro de la estructura monista de la Ley, es muy claro que el artículo 14° se aplica tanto para arbitrajes domésticos como a arbitrajes internacionales, entendiendo por estos últimos aquellos casos en el que el lugar de arbitraje sea el Perú de acuerdo al artículo 5° y, por tanto, sea aplicable la LA.

La regla general es entonces que la LA no se aplica a arbitrajes extranjeros, que son aquellos cuyo lugar de arbitraje sea distinto al Perú y, por tanto, no se aplique la LA peruana. En esos casos será, de ordinario, aplicable la Ley arbitral del lugar del arbitraje.

Sin embargo, el artículo 14° se encuentra entre los pocos casos en que el artículo 1° de la LA considera aplicable algunas de sus normas a arbitrajes extranjeros. Evidentemente ello no significa que los tribunales arbitrales que resuelvan casos en lugares distintos (como Buenos Aires o Miami) tengan que aplicar la LA peruana para definir el alcance del convenio arbitral.

La inclusión del artículo 14° sólo tiene por objeto que los principios en él incluidos sean relevantes en caso de reconocimiento o ejecución de laudos extranjeros en el Perú. En esos casos las Cortes peruanas no podrán dejar de reconocer un laudo que condena a una parte no signataria, si el laudo ha aplicado principios consistentes con el artículo 14°. En ese sentido la LA ha querido que las ventajas sobre extensión del convenio arbitral (nótese que también se incluye el artículo 13° de la LA entre las normas aplicables a arbitrajes extranjeros) que reconoce a los laudos nacionales o internacionales sujetos a su texto se extiendan a laudos dictados bajo leyes distintas, en cuanto tengan que ser reconocidos y/o ejecutados en el Perú. Con ello nuestra Ley se enmarca entre las más modernas existentes, al extender su flexibilidad también a laudos que no se dictan dentro de su ámbito.



Art. 15°.—Relaciones jurídicas estándares.

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:

a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento

principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

COMENTARIO ⁽⁴⁰⁴⁾

SUMARIO: 1. Aciertos y tareas pendientes. 2. El legislador impertinente: las relaciones jurídicas estándares y el artículo 1398° del Código Civil. 3. Tan lejos y tan cerca. Lejos del Código Civil. Cerca de la Ley de Protección al Consumidor. 4. Soluciones eficientes de disputas sin la injerencia del Estado. 4.1. El Arbitraje de Consumo en España. 4.2. La Defensoría del Cliente Financiero en el Perú. 5. El justo medio: difundir el arbitraje y conocer lo que se firma. 5.1. Conocimiento con diligencia ordinaria. 5.2. Presunción de conocimiento del convenio arbitral. 5.3. Diferencia con la Ley anterior. 6. El arbitraje “obligatorio” en otras jurisdicciones: Norteamérica y Europa. 6.1. Estados Unidos. 6.2. Europa. 6.3. Canadá. 7. Argumentos principales contra el arbitraje en las relaciones jurídicas estándares. 7.1. Altos costos. 7.2. Debido proceso. 7.3. Falta de transparencia. 7.4. Riesgo de resultados inconsistentes. 7.5. Falta de reciprocidad entre las partes. 7.6. Desbalance institucional y el efecto del juego repetido. 7.7. Eficiencia procesal y el efecto del juego repetido. 7.8. Falta de protección a las acciones de clase. 8. Única objeción preocupante. Los “arbitrajes de clase”.

“Cara, yo gano; sello, tú pierdes”. Para las asociaciones de defensa de los consumidores, ésta es una frase típica de los proveedores que incluyen cláusulas arbitrales en sus relaciones jurídicas estándares. No estoy de acuerdo con esa frase. En este trabajo veremos que es bueno difundir el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, que es bueno hacerlo permitiendo pactar el arbitraje en cláusulas generales de contratación, y que es bueno asegurarse de que los consumidores formen su voluntad contando con la información necesaria. La nueva Ley de Arbitraje sigue, por tanto, en la línea correcta de su predecesora y apuesta por ese objetivo. Hay; sin embargo, un tema todavía pendiente: la regulación de las acciones de clase tramitadas en sede arbitral.

(404) Por CECILIA O’NEILL DE LA FUENTE: Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por University of Pennsylvania. Profesora de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. ACIERTOS Y TAREAS PENDIENTES

Creo que el artículo 15° de la Ley de Arbitraje (en adelante LA) es una buena norma, por varias razones. Primero, porque supone que el legislador en materia arbitral ya ha hecho una reflexión previa e indispensable sobre el tratamiento que se debe otorgar a la contratación en masa, o, usando los términos de la LA, a las relaciones jurídicas estándares. Bajo el artículo 15° de la LA subyace pues un acertado enfoque sobre la función de las cláusulas generales de contratación y de los contratos de adhesión⁽⁴⁰⁵⁾.

No es el propósito de este trabajo repasar las diversas normas que se ocupan de este tema y menos aún expresar nuestras no pocas preocupaciones con la forma en que la contratación en masa es regulada por el legislador peruano. Sin embargo, para entender por qué el artículo 15° de la LA es una buena norma, es necesario comprender cuál debe ser el rol del legislador al abordar el tema de las relaciones jurídicas estándares.

El artículo 15° de la LA también es una buena norma porque, enarbolando claramente una tesis “pro-arbitral”, se cuida de que quienes suscriben convenios arbitrales sin haberlos negociado sepan que han renunciado a la solución judicial de sus conflictos.

En otras palabras, la norma presenta un balance entre dos objetivos. De un lado, la necesidad de cautelar que quien vaya a arbitraje sepa antes de que surja la controversia que ha renunciado a resolver judicialmente sus pleitos. Esto es así pues si la voluntad de las partes es esencial en la génesis de cualquier contrato, ella tiene especial relevancia tratándose de un convenio arbitral. En ello el artículo 15° continúa con la línea que sigue el tratamiento del convenio arbitral en el resto de la LA, es decir el consentimiento de ambas partes como la fuente de todo arbitraje.

Ese afán de proteger la voluntad de la parte que suscribe el convenio (no llevándola a arbitraje si no era consciente de ello) es conciliado con el propósito de la LA de fomentar el uso del arbitraje y de favorecer su aplicación (arbitraje por referencia del artículo 13°, inciso 6 y la norma de extensión del convenio arbitral contenida en el artículo 14°).

(405) Mientras que en los contratos por adhesión es imposible para el adherente proponer cambios al esquema contractual (impuesto por el predisponerte), de modo que está en la disyuntiva de aceptar o no íntegramente las estipulaciones contractuales (“tómalo o déjalo”), las cláusulas generales de contratación están prerredactadas unilateralmente y por su generalidad o uniformidad son concebidas para integrar una serie indefinida de futuros contratos, los cuales pueden tener sus propias particularidades.

A pesar de lo anterior, me atrevo a decir que el artículo 15° de la LA es una norma incompleta pues no aborda un tema sobre el cual el legislador peruano debería empezar a pensar (y que en otras jurisdicciones ha suscitado no pocos desencuentros): la posibilidad de litigar en sede arbitral las “acciones de clase” o *class actions*.

2. EL LEGISLADOR IMPERTINENTE: LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES Y EL ARTÍCULO 1398° DEL CÓDIGO CIVIL ⁽⁴⁰⁶⁾

No puede abordarse el tema de las relaciones jurídicas estándares y su relación con el arbitraje sin poner en la mesa de debates la posibilidad (mejor dicho, la necesidad) de reformular la aproximación al tema de la contratación en masa. Creo que luego de analizar las herramientas disponibles para regular el tema, corresponde escoger, como hizo el legislador de 1984, una regulación por estándares; la diferencia es que esta vez los estándares deberían ser informativos, no dirigistas que determinen *per se* qué es bueno y qué es malo para los consumidores.

Un estándar dirigista es el que determina los contenidos mínimos y máximos de la regulación. En el caso de un contrato de arrendamiento por ejemplo, es dirigista la norma que establece un plazo máximo de diez años. El estándar informativo, en cambio, pone el acento en la necesidad de brindar información para poder tomar decisiones responsables. Un típico estándar informativo es el asumido por la regulación de contratos de servicios financieros, según la cual para que una modificación unilateral del contrato entre en vigencia, es necesario comunicarlo a los clientes con cierta anticipación.

En el caso de la contratación en masa, si los estándares regulatorios giran del dirigismo a la información, los contratos no pueden ser vejatorios porque estarían vacunados contra las cláusulas abusivas. En determinadas circunstancias pueden activar remedios como la lesión o la anulación por error, pero eso es cosa distinta, que nada tiene que ver con las cláusulas generales de contratación o con los contratos por adhesión. Dichos remedios están disponibles para todos los contratos. Lo que se debe regular entonces son las particularidades de cómo se brinda el consentimiento antes que el contenido mismo del contrato.

(406) “**Artículo 1398°.**- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, a favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindir o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato.”

Naturalmente, esta afirmación puede hacerse cuando los conceptos de economía de mercado y de libre competencia no sólo ya han sido acuñados, sino además interiorizados por los agentes económicos. Cuando entró en vigencia el Código Civil la situación era otra: en el ámbito internacional, la *perestroika* no se había implementado; y en el ámbito nacional, pese a la profunda crisis económica, el gobierno se seguía resistiendo a la des-estatización de la economía.

En esa línea, el artículo 1398º es un fósil jurídico absolutamente divorciado de nuestros tiempos, pues es una norma que condena *per se* a ciertas estipulaciones contractuales por considerarlas abusivas, de modo que no debe coexistir, como ocurre ahora, con las normas de protección al consumidor, generando incoherencias.

Aunque la consecuencia natural de la contratación en masa es poner en evidencia la desigualdad económica y de negociación entre el productor y los consumidores, ello no es reprochable. Lo reprochable más bien es obligar a una negociación pormenorizada, pues ello es incompatible con el desarrollo económico.

De lo que se trata es pues de conciliar dos intereses. De un lado, el interés de hacer la contratación eficiente, y del otro, evitar que producto del excesivo protagonismo de una de las voluntades, el innegable desequilibrio que genera la contratación en masa se vuelva pernicioso.

Llegados a este punto, es fácilmente deducible que el análisis de la contratación está afectado por una fuerte carga ideológica, sobre todo si se tiene en cuenta que incluso se ha llegado a sostener en doctrina que la falta de diálogo en la etapa de tratativas equivale a la ausencia de contratación⁽⁴⁰⁷⁾.

No basta concluir que por ser producto de un acuerdo de voluntades, aunque con fuerzas desiguales, la posibilidad de abuso está descartada. Por el contrario, tomando conciencia de los beneficios de estandarizar transacciones homogéneas, como la reducción de costos y la agilidad del tráfico, dichas transacciones deben ser reguladas sin atentar contra sus propios fines, evitando restricciones que por excesivas terminan no aplicándose en la realidad, y a su vez atendiendo a la necesidad de brindar atención a quienes ameritan protección.

Quienes ameritan protección son los que califican como consumidores, y respecto de ellos ya se ha estudiado y diseñado mecanismos de tutela adecuados. Esto ocurrió a inicios de los noventas, luego de la

(407) BIANCA, Massimo, “¿Son no contractuales los contratos en masa?”. En: *Estudios sobre el Contrato en General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 396.

entrada en vigencia del Código Civil. Los mecanismos de tutela adoptados importan una nueva concepción de protección, que supone el traspaso de información necesaria para que el consumidor decida lo que más le conviene.

Y es aquí donde se vuelve relevante la primera razón por la que el artículo 15° de la Ley de Arbitraje es una buena norma. Decía que lo es porque revela que el legislador en materia arbitral ya ha hecho una reflexión previa sobre el tratamiento que se debe otorgar a las relaciones jurídicas estándares, habiendo concluido que en la contratación en masa los estándares regulatorios deben girar del dirigismo a la información.

Y aunque parezca superada en el Perú la tesis según la cual es vejatorio incluir un convenio arbitral en las relaciones jurídicas estándares⁽⁴⁰⁸⁾, en realidad hay que estar alertas, pues existe una propuesta para modificar el artículo 1398° del Código Civil de modo que califique como cláusula vejatoria, la “Renuncia a la competencia de la autoridad judicial o administrativa, limitaciones a los medios de prueba o inversiones de la carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, correspondería al predisponente”.

El legislador civil, antes y después de la modificación introducida mediante el Código Procesal Civil, y sobre todo quienes propugnan volver a prohibir el arbitraje nacido de relaciones jurídicas estándares, parece compartir la ya superada teoría según la cual “el acuerdo es el resultado de un diálogo lingüístico; el capitalismo no puede tolerar la mutable y ambigua subjetividad del diálogo y por lo tanto simplifica, reduce y empobrece, progresivamente, el carácter personal de la relación; el declive de la palabra en el ámbito de un diálogo cede el paso frente a la pura objetividad de las cosas, las imágenes, los gestos anónimos y repetitivos”⁽⁴⁰⁹⁾.

Nótese que la cita anterior, además de presentar una fuerte dosis anticapitalista, no admite la existencia de contrato sin diálogo previo sobre su contenido. La idea no es nueva, pues en 1941, el teórico de las relaciones contractuales de hecho, GÜNTER HAUPT, escribía que “en la práctica moderna del comercio jurídico y a gran escala, las relaciones contractuales se constituyen distintamente de cómo se ha-

(408) Hasta antes del Código Procesal Civil, vigente desde 1992, el artículo 1398° del Código Civil consideraba inválido pactar arbitraje en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión.

(409) IRTI, Natalino, “Intercambios sin acuerdo”. En: *Estudios sobre el Contrato en General, Estudios sobre el Contrato en General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 370.

bía concebido en las reglas del Código Civil, al margen del acuerdo de voluntades”⁽⁴¹⁰⁾.

Una visión como ésta considera que los contratos estándar, de contratos no tienen más que el nombre.

Hecha la advertencia, no queda más que saludar la posición del legislador arbitral, que afortunadamente ha tomado distancia del anacrónico proteccionismo que subyace al artículo 1398º del Código Civil. Y esta distancia ha podido tomarse asumiendo que la Ley de Arbitraje, lejos de ser un cuerpo normativo aislado, crea sinergias con los demás esfuerzos legislativos para proteger a los consumidores.

3. TAN LEJOS Y TAN CERCA. LEJOS DEL CÓDIGO CIVIL. CERCA DE LA LEY DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR⁽⁴¹¹⁾

A efectos del presente trabajo, asumimos que las personas que celebran convenios arbitrales en el marco de relaciones jurídicas estándares califican como “consumidores” según las normas correspondientes. Admito que es posible contratar con el mecanismo de cláusulas generales o mediante adhesión sin calificar por ello como “consumidor”, pero me parece que la evaluación del artículo 15º de la LA debe centrarse en la protección de esta categoría especial, pues si en una relación contractual el adquirente del producto o servicio no padece asimetría informativa, no hay consumidor al cual proteger.

El Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-PCM (la LPC) sujeta a su ámbito a todas las personas, naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que se dediquen en establecimientos abiertos al público, o en forma habitual, a la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios en el territorio nacional. Además, califica como consumidores o usuarios a las personas naturales que, en la adquisición, uso o disfrute de un bien o contratación de un servicio, actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional y, excepcionalmente, a los microempresarios que evidencien una situación de asimetría informativa con el proveedor respecto de aquellos productos o servicios no relacionados con el giro propio del negocio.

(410) Al respecto, ver BIANCA, Massimo, “¿Son no contractuales los contratos en masa?”. En: *Estudios sobre el Contrato en General*, Ara Editores E.I.R.L., Lima, 2003, p. 394.

(411) El presente artículo fue elaborado durante la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-PCM, y antes de la publicación de la Ley N° 29571, que aprueba el Código de Protección y Defensa del Consumidor.

La LPC protege a los usuarios de bienes o servicios tanto desde el punto de vista procedimental como sustantivo.

Desde el punto de vista procedimental, la protección ofrecida por la LPC no es poco importante, pues es mucho más eficiente para los consumidores ventilar sus discrepancias con los proveedores en sede administrativa que hacerlo en sede judicial (o incluso arbitral). Efectivamente, la Comisión de Protección al Consumidor propicia el uso de mecanismos alternativos de resolución de disputas mediante procedimientos sencillos y rápidos, que atiendan y resuelvan con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios. Es más, los acuerdos celebrados entre consumidor y proveedor para poner fin a sus controversias, y las resoluciones finales que ordenen medidas correctivas a favor del consumidor, son títulos ejecutivos de acuerdo con el Código Procesal Civil.

Esto es importante pues de nada sirve reconocer derechos y acciones a los consumidores, si luego no disponen de cauces adecuados para hacerlos valer.

De otro lado, la protección sustantiva no se otorga mediante la intervención del Estado en el contenido contractual, como pretende el legislador civil, sino que la LPC confiere a los consumidores una serie de derechos que apuntan a obtener su protección mediante la provisión de información para luego estar en capacidad de tomar decisiones responsables.

Ello es así porque una elección informada no es solo un medio para lograr eficiencia, sino que es la eficiencia misma. Por el contrario, una decisión desinformada, en vez de una elección, parece más una apuesta⁽⁴¹²⁾.

En esta misma línea, el Decreto Legislativo N° 1045, Ley Complementaria del Sistema de Protección al Consumidor, señala que en caso de formularios contractuales, los caracteres de éstos deberán ser adecuadamente legibles para los consumidores, no debiendo ser de tamaño menor a tres milímetros. La redacción y términos utilizados deben facilitar su comprensión por los consumidores.

Más allá de que pueda parecer un exceso determinar el tamaño de la letra, lo cierto es que la norma refuerza la tendencia a ponderar

(412) CRASWELL, Richard y Alan SCHWARTZ. *Foundations of Contract Law*. New York: Foundation Press, 1994, p. 301. Traducción libre de: "Encouraging fully informed choice is not only a means to an economic end; it is in a sense an end in itself. Choices made in comparative ignorance are more like guesses than choices. The production of information facilitates genuine choice and thereby serves the interest of autonomy and freedom of contract, as well as economic efficiency".

mejor los mecanismos para proteger a los consumidores: más que el contenido del contrato, lo que le preocupa al legislador es que los proveedores colaboren con sus clientes en la etapa previa a su celebración. Por lo demás, esta cooperación no sólo beneficia a los clientes, sino además a los productores, pues como sabemos, la información es un atenuante del riesgo. Y a menores riesgos, menores posibilidades de controversias.

Ahora bien, si el cliente recibe información, lee el contrato, entiende su sentido, no está de acuerdo con alguna cláusula, pero sabe que sería muy costoso negociarla, tiene la opción de no celebrar el contrato. Si son muchos los consumidores que están en la misma situación, los competidores detectarán la existencia de un nuevo nicho de mercado compuesto por consumidores insatisfechos. Por el contrario, si el consumidor opta por firmar, el Estado no debe intervenir, pues ya cumplió con su deber de protección al brindarle ciertos remedios, como la acción de rescisión o de anulación, por ejemplo.

“Desde esta perspectiva, si el consumidor es la parte débil, no es porque tiene menos recursos, sino porque tiene menos información que el proveedor. Si el problema es que el consumidor no cuenta con poder de negociación, lo que ocurre en los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación, lo que debe averiguarse es si hay un problema de abuso de poder de mercado o colusión (caso en el cual debe actuar la autoridad de competencia) o de falseamiento u ocultamiento de información (caso en el cual debe actuar la autoridad de represión de la competencia desleal o de protección al consumidor), salvo que estemos ante un monopolio natural (caso en el cual el regulador aprobará administrativamente las condiciones del contrato)”⁽⁴¹³⁾.

4. SOLUCIONES EFICIENTES DE DISPUTAS SIN LA INJERENCIA DEL ESTADO

4.1. El Arbitraje de Consumo en España

En España opera el llamado “Arbitraje de Consumo”, que consiste en un procedimiento extrajudicial voluntario, en el que se encomienda a un Colegio Arbitral la resolución de una controversia, con la misma eficacia que una sentencia judicial⁽⁴¹⁴⁾.

(413) GÓMEZ, Hugo, “El ‘Norte’ de las políticas públicas: orientando a las autoridades de competencia, protección al consumidor y regulación”. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, año 3, N° 5, primavera 2007, ps. 186 y 187.

(414) Consulta: 29 de junio de 2009. <<http://www.uncuma.org/Resources/AR-B1001E.pdf>>

En el año 1986 comenzó a desarrollarse la experiencia piloto del arbitraje de consumo, antes de su regulación legal, para conocer así las necesidades reales de su funcionamiento y evaluar la aceptación entre consumidores y empresarios o comerciantes. Esta idea surgió, como ocurrió en el Perú con el cambio de enfoque en la protección de los consumidores, debido a los inconvenientes de la vía judicial, que desanimaban a la mayoría de los consumidores, dejando los conflictos sin resolver. No hay que olvidar que los conflictos de consumo suelen involucrar discusiones de pequeña cuantía.

En 1993 se aprobó el Real Decreto 636/93 que regula el Sistema Arbitral de Consumo, con la intervención de dos tipos de órganos, uno encargado de la administración del arbitraje (Juntas Arbitrales), y otros que son quienes conocen de la controversia concreta y emiten el laudo (los Colegios Arbitrales).

Las Juntas Arbitrales de Consumo otorgan un Distintivo Oficial a las empresas que ofrezcan someterse al Arbitraje de Consumo, de modo que los consumidores puedan enterarse de ello antes de ingresar al establecimiento comercial. El distintivo oficial supone garantizar al consumidor que los posibles conflictos se resolverán rápidamente⁽⁴¹⁵⁾.

En definitiva, el Sistema Arbitral de Consumo permite a las dos partes resolver las controversias (resoluciones obligatorias) sin gastos y sin necesidad de recurrir a los tribunales.

En el Perú hay un mecanismo que aunque diseñado de manera distinta, comparte la ventaja del ahorro de costo y tiempo. Se trata de la Defensoría del Cliente Financiero.

4.2. La Defensoría del Cliente Financiero en el Perú

De acuerdo con el Reglamento del Defensor del Cliente Financiero⁽⁴¹⁶⁾, la función de defensa de los clientes de servicios financieros es desempeñada por una persona designada unánimemente por las entidades financieras que se someten voluntariamente a este sistema. El cargo debe recaer en persona de notorio prestigio e independencia, con reconocida solvencia moral y credibilidad, con formación técnica

(415) Vale la pena mencionar algunas estadísticas. En España en el 2004 se emitieron 15,499 laudos "de consumo". Menos del 30% dieron la razón al consumidor, el 5% se resolvió por conciliación y el 65% restante fueron desestimados. Por lo general, las partes ejecutan voluntariamente los laudos, aunque 302 recurrieron a la ejecución forzosa y 134 fueron impugnados judicialmente. Consulta: 29 de junio de 2009. <http://revista.consumer.es/web/es/20061001/practico/consejo_del_mes/70753.php>

(416) Consulta: 29 de junio de 2009. <www.dcf.com.pe>

adecuada y reconocida competencia en el ejercicio de sus actividades profesionales.

Es función del Defensor, conocer, estudiar y resolver los reclamos que los clientes le planteen en relación con las operaciones, contratos o servicios bancarios. La idea es que además pueda intervenir como mediador entre las entidades financieras y sus clientes con el objeto de llegar a un arreglo amistoso (hay ciertas materias excluidas, como los reclamos cuya cuantía exceda los US\$ 20000,00 o su equivalente en moneda nacional).

Los clientes pueden dirigirse al Defensor cuando estimen que en un contrato, operación o servicio han recibido un tratamiento negligente, incorrecto o ilegal. Previamente deberán agotar las instancias de solución ante la entidad financiera. Si el cliente no queda satisfecho con la solución de su reclamo o si en un plazo mayor de treinta días no hubiese sido atendido, puede interponer su reclamo ante el Defensor.

El cliente no está obligado a aceptar la decisión del Defensor (para aceptarla debe comunicarlo en un plazo máximo de 15 días). En cambio, las entidades financieras sí están obligadas a aceptar la decisión del Defensor. Además, deben ejecutar la decisión en el plazo que se indique, que no podrá ser mayor de tres meses, salvo excepciones⁽⁴¹⁷⁾.

5. EL JUSTO MEDIO: DIFUNDIR EL ARBITRAJE Y CONOCER LO QUE SE FIRMA

En las secciones precedentes hemos visto que el artículo 15º de la LA es una buena norma porque con ella el legislador arbitral se ha apartado de la anacrónica visión del legislador civil, según la cual el Estado puede intervenir en el contenido de los contratos. En esta sección veremos que la norma también es buena porque concilia dos principios esenciales en materia arbitral: favorecer la solución de disputas a través del arbitraje, aunque las estipulaciones contractuales no hayan sido negociadas, pero cautelando que la voluntad para someter las controversias a la decisión de un árbitro sea expresada claramente.

Efectivamente, permitir que el arbitraje sea pactado en cláusulas generales de contratación o en contratos por adhesión servirá para difundir la solución de controversias por la vía arbitral, pues las rela-

(417) En el 2006 se interpusieron 946 reclamos, de los cuales en 826 casos intervino el Defensor, favoreciendo a los clientes el 55% de las veces. En el 2007 se interpusieron 1,304 reclamos, de los cuales en 1,151 casos intervino el Defensor, favoreciendo a los clientes el 57% de las veces. En el 2008 se interpusieron 1,434 reclamos, de los cuales en 1,233 casos intervino el Defensor, favoreciendo a los clientes el 52% de las veces.

ciones jurídicas de consumo suelen ser estándares y repetitivas. Evidentemente, el sometimiento a arbitraje no enerva el derecho de los consumidores a acudir a otros mecanismos de solución alternativos, como los procedimientos seguidos ante la Comisión de Protección al Consumidor o ante el Defensor al Cliente Financiero, de ser competente.

Además, la solución del artículo 15° de la LA es correcta porque, como sucede con las reglas generales de protección a los consumidores, se tutela a los usuarios de bienes o servicios siempre que actúen en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias.

En otras palabras, los linderos de la protección general conferida a los consumidores demarcan también el alcance y sentido del artículo 15° de la LA (asumiendo, como ya se ha dicho, que las relaciones estándares a que se refiere la LA suponen relaciones de consumo). De allí que, para determinar si un contrato de consumo con condiciones estándares contiene o no un convenio arbitral, debe aplicarse el estándar de la diligencia ordinaria, así como el artículo 2° de la LPC según el cual las estipulaciones se interpretan en el sentido más favorable al consumidor. Esta última norma se inspira en el artículo 1401° del Código Civil, según el cual las estipulaciones insertas en cláusulas generales de contratación se interpretan, en caso de duda, a favor de quien no las redactó.

Ahora bien, para propiciar la solución de controversias por la vía arbitral, aunque éstas emanen de relaciones jurídicas estándares, como hizo el artículo 11° de la anterior Ley General de Arbitraje, aprobada por Ley N° 26572 (en adelante LGA), el artículo 15° de la LA pretende asegurarse de que quien se somete a arbitraje sepa o tenía cómo saber que lo está haciendo. Veamos ahora cada una de sus disposiciones.

5.1. Conocimiento con diligencia ordinaria

El numeral 1 del artículo 15° señala que los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.

Nótese la referencia expresa a la diligencia ordinaria, y por tanto al estándar recogido en las normas generales de protección a los consumidores. Así, la única forma posible para evitar el sometimiento a arbitraje es alegar que el convenio no fue conocido, ni que pudo serlo, siempre que se trate de un consumidor diligente. No deberían ser protegidos, por ejemplo, los consumidores que aleguen el desconoci-

miento de la cláusula arbitral porque los caracteres del formulario son pequeños o porque no leyó las condiciones generales del contrato.

5.2. Presunción de conocimiento del convenio arbitral

El numeral 2 del artículo 15º explica cuándo se entenderá, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral fue conocido (pues por las circunstancias un consumidor diligente tendría que haberse enterado).

En el literal a. del numeral 2 se señala que el convenio arbitral se presume conocido si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

Se trata del supuesto más sencillo, en el que no queda el menor resquicio de duda sobre el conocimiento de la existencia de la cláusula de manera previa a la celebración del contrato: el contrato principal (de consumo) se rige por las cláusulas generales de contratación insertadas en el cuerpo del documento (no por referencia), el cual es firmado por las partes. Salvo un caso en el que la existencia del convenio no es clara, y en el que por tanto se aplica el principio por el cual la duda se interpreta a favor del consumidor, no imagino una línea de defensa con la que el consumidor pretenda alegar desconocimiento del sometimiento a arbitraje.

El literal b. del numeral 2 indica la segunda presunción de conocimiento del convenio arbitral, que no admite prueba en contrario: si el convenio arbitral está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

La idea es sencilla. El contrato principal (por ejemplo, de tarjeta de crédito) tiene dos partes: el cuerpo y el reverso. En el cuerpo suele incluirse las condiciones particulares, como la identidad del contratante y, en el ejemplo, la línea de crédito, tasa de interés, fechas de corte, etc. En el reverso del contrato principal se incluyen las condiciones generales, aplicables a una serie indefinida de contratos.

Pues bien, se presumirá que el contratante sabe del convenio arbitral si ocurren tres cosas: (i) el cuerpo del contrato (donde se indican las condiciones particulares) está firmado por las partes; (ii) en el cuerpo del contrato se alude al arbitraje; y (iii) el reverso del contrato, es decir, las cláusulas generales de contratación, incluyen una cláusula de sometimiento a arbitraje. Es decir, aunque la firma del contratante no se encuentra en el reverso del documento (cláusulas generales), se

entiende que las conoce porque sí firmó en el anverso, que hace referencia al arbitraje.

El literal c. del numeral 2 indica la tercera presunción de conocimiento del convenio arbitral, que no admite prueba en contrario: si el convenio arbitral está incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

El caso es parecido al del numeral anterior, con la diferencia que las cláusulas generales de contratación no están en el reverso del contrato principal (el de tarjeta de crédito) sino en un documento aparte. Para que se presuma el conocimiento de la sumisión a arbitraje se requiere también que ocurran tres cosas: (i) el cuerpo del contrato está firmado por las partes (donde se indican las condiciones particulares); (ii) en el cuerpo del contrato se alude al arbitraje; y (iii) las cláusulas generales de contratación se encuentran en documento aparte e incluyen una cláusula de sometimiento a arbitraje. Es decir, aunque la firma del contratante no se encuentra en el documento aparte que contiene las cláusulas generales incluyendo la cláusula arbitral, se entiende que las conoce porque sí firmó el contrato “principal”, que hace referencia al arbitraje.

5.3. Diferencia con la Ley anterior

El artículo 15° de la LA presenta una diferencia con la versión anterior. La norma no reproduce el último párrafo del artículo 11° de la LGA, ley anterior, según el cual: “Si se estableciera que el convenio arbitral no fue conocido o conocible por la contraparte al momento de la celebración del contrato, el estipulante del convenio no puede exigir su aplicación, salvo que posteriormente la contraparte lo acepte expresamente y por escrito. Empero, la contraparte sí puede exigir la aplicación de dicho convenio arbitral, aunque éste no hubiera sido inicialmente conocido o conocible”.

En pocas palabras, lo que decía la norma eran tres cosas. Primero, que el consumidor que no conoció el convenio no podía ser compelido a ir a arbitraje. Segundo, que el consumidor podía ir a arbitraje si posteriormente aceptaba hacerlo. Tercero, el consumidor que no conocía el convenio arbitral al celebrar el contrato principal, sí podía llevar a arbitraje a su proveedor, y no a la inversa.

Haber eliminado esta norma no añade ni quita nada, pues era innecesaria. La primera situación no ameritaba regulación, pues si el usuario no conocía el convenio arbitral (y se acredita que no pudo co-

nocerlo), simplemente no hay voluntad de someterse a arbitraje. En la segunda situación, el consumidor podía ir a arbitraje mediando consentimiento previo (aunque posterior a la celebración del contrato de consumo). Finalmente, la tercera situación es parecida a la segunda, pues para poder llevar a arbitraje al proveedor, se entiende que el consumidor ha expresado su voluntad (también posterior al contrato de consumo) a favor de la existencia de convenio arbitral. Nótese lo extraño de esta situación: la premisa de la norma es que el consumidor no conocía el convenio arbitral, de modo que no se entiende bien cómo puede llevar a arbitraje al proveedor si no sabía de la cláusula arbitral.

Es acertada la eliminación indicada, pues la respuesta a cada una de las situaciones reguladas en ella puede encontrarse en los principios esenciales de la propia LA: nadie puede ser sometido a la jurisdicción arbitral sin haber prestado su anuencia clara y expresa, la cual puede ser previa o posterior al surgimiento de la controversia.

En síntesis, el artículo 15º de la Ley de Arbitraje logra varios objetivos: permite la inclusión de cláusulas arbitrales en series indefinidas de contratos, propicia de esa forma la solución de controversias fuera de la sede judicial, entiende que el rol del Estado en la contratación en masa es usar un estándar de protección a los consumidores que sea informativo y no dirigista, y finalmente, se asegura de que la voluntad de someterse a arbitraje quede claramente evidenciada.

En la sección que sigue veremos que este tema no es pacífico en otras jurisdicciones, como las europeas y norteamericanas, en donde los defensores de una y otra tesis (aceptar o no convenios arbitrales en contratos estándares) defienden apasionadamente sus ideas. Es un gran avance que en el Perú se haya superado esa discusión en el texto de la LA.

6. EL ARBITRAJE “OBLIGATORIO” EN OTRAS JURISDICCIONES: NORTEAMÉRICA Y EUROPA

La siguiente idea resume la visión que las asociaciones de consumidores norteamericanas tienen de las cláusulas arbitrales insertas en cláusulas generales de contratación: si el arbitraje beneficiara a los consumidores de cualquier manera, sería una opción y los consumidores la elegirían⁽⁴¹⁸⁾.

(418) Traducción libre de: “If arbitration were in any way beneficial to consumers, it could be made an option and consumers would choose it” (Richard Alderman, Director, Consumer Law Center, University of Houston Law Center). Consulta: 29 de Junio. <www.citizen.org/documents/ArbitrationTrap.pdf>

Tengo dos objeciones a tal afirmación. La primera es conceptual: si el arbitraje fuese una opción para los consumidores, ello importaría la necesidad de iniciar una negociación. De la misma forma, podría negociarse las cláusulas resolutorias, las que establecen las condiciones del bien o del servicio, y en general, cualquiera de las demás estipulaciones contractuales. Justo lo contrario a lo que se busca con la negociación en masa (ahorrar el costo de negociar, y trasladarlo a los consumidores). Es más, con ese argumento no podría pactarse nada mediante cláusulas generales de contratación porque con ellas los consumidores no tienen opciones.

La segunda objeción es que no se puede presumir que las cláusulas arbitrales en relaciones jurídicas estándares son *per se* abusivas. Más adelante veremos cuáles son los principales argumentos esgrimidos por las asociaciones de consumidores en ese sentido y concluiremos que todos ellos terminan en más o menos la misma razón: un inadecuado ejercicio de la función arbitral. Sin embargo, esto último no se soluciona restringiendo el arbitraje sino por el contrario, fortaleciendo su adecuado ejercicio.

6.1. Estados Unidos

Las asociaciones de consumidores vienen realizando campañas masivas en Estados Unidos contra el arbitraje pactado en relaciones jurídicas estándares, salvo que el pacto se realice luego de surgida la controversia, en cuyo caso, dicen dichas asociaciones, en los hechos los consumidores sí ejercen una opción. En efecto, debido a la naturaleza de “tómalo o déjalo” de las cláusulas generales de contratación, al contratar bienes o servicios los consumidores no tienen reales posibilidades prácticas de oponerse a pactar un arbitraje para resolver las controversias que surjan en el futuro.

Una asociación de consumidores norteamericana llevó a cabo una investigación sobre casos de arbitraje obligatorio en la industria de tarjetas de crédito, litigados en la llamada National Arbitration Forum (NAF) en California. Los principales resultados fueron los siguientes: (i) son muchos los consumidores afectados, pues sólo en California se han litigado 34 mil arbitrajes de consumo entre enero de 2003 y marzo de 2007; (ii) hay un uso reiterado de cláusulas arbitrales en la industria de tarjetas de crédito; (iii) el 99.6% de los casos fueron iniciados por las empresas y el resto por los consumidores; y (iv) el 94% de las decisiones favorecieron a las compañías, no a los consumidores⁽⁴¹⁹⁾.

(419) Consulta: 29 de junio de 2009. <www.citizen.org/documents/Arbitration-Trap.pdf>

Nótese que, nuevamente, las críticas sostenidas por los opositores a los arbitrajes de consumo podrían trasladarse a las demás estipulaciones contenidas en cláusulas generales, como por ejemplo las condiciones para resolver o para prorrogar el contrato. Si lo que quieren los opositores es que las cláusulas arbitrales se negocien antes de ser firmadas, también podrían pretender lo mismo respecto de cláusulas no menos importantes, como la de terminación del contrato, por ejemplo. Justo lo contrario a lo que se busca con la negociación en masa (ahorrar el costo de negociar y trasladar ese ahorro a los consumidores).

Las asociaciones de consumidores añaden que la aceptación de pactos arbitrales en contratos de consumo es una amenaza a los derechos de los consumidores, que es una re-escritura de facto de la Constitución, y que es peligroso que dichas cláusulas se estén propagando no sólo en la industria financiera sino además en cláusulas referidas a servicios públicos y en general a cualquier tipo de transacción comercial⁽⁴²⁰⁾.

Estas feroces críticas estarían dando frutos, pues en Estados Unidos se está debatiendo la llamada Arbitration Fairness Act (Ley de Arbitraje Equitativo)⁽⁴²¹⁾.

Así, partiendo de la premisa que el arbitraje contenido en relaciones jurídicas estándares (mal llamado “arbitraje obligatorio”) es un mal sistema para proteger a los consumidores e incluye estipulaciones injustas para ellos, se ha propuesto modificar la sección 1 del título 9 (“Definiciones”) del United States Code incluyendo una definición de “disputa de consumo” (*consumer dispute*), que involucra la adquisición de bienes o servicios, transacciones monetarias, créditos personales o contratos para la adquisición de vivienda, entre otros.

También se propone modificar la sección 2 del título 9, indicando que ninguna cláusula arbitral contenida en relaciones jurídicas estándares pactada antes de la controversia será exigible si involucra una disputa de consumo o si la disputa involucra partes con desigual poder de negociación.

Desde luego, Estados Unidos no es el único país en que las asociaciones de consumidores vienen luchando para obtener reformas legislativas que prohíban las cláusulas arbitrales en relaciones jurídicas

(420) *Consumer and Media Alert: The Small Print That's Devastating Major Consumer Rights*. Consulta: 29 de junio de 2009. <www.consumerlaw.org/issues/model/arbitration.shtml>

(421) Consulta: 29 de junio de 2009. <www.law.cornell.edu/uscode/9>

estándares. En Europa ocurre algo parecido, con la diferencia que allí los consumidores han tenido más éxito.

6.2. Europa

En Europa la situación es distinta pues en las cortes norteamericanas hay un clima más favorable a este tema, “por ser menos intervencionistas en las transacciones comerciales y menos dispuestas a proteger a la parte débil de la relación. La mayoría de regulaciones no norteamericanas ha respondido rechazando esta tendencia”⁽⁴²²⁾.

La Directiva 93/13/ECC de la Comunidad Europea fue emitida en abril de 1993 para regular los términos de los contratos de consumo (y evitar así que sean injustos). En los fundamentos de la Directiva se señala que su propósito es salvaguardar a los ciudadanos en su rol de consumidores, que como tales deben ser protegidos frente al comportamiento abusivo de los proveedores de bienes o servicios cuya expresión típica es la fijación de condiciones comerciales no negociadas. Se añade que la evaluación del carácter injusto de las condiciones comerciales debe efectuarse respetando el criterio de la buena fe, para lo cual debe tenerse en cuenta el poder de negociación de las partes involucradas.

El artículo 3° de la Directiva señala que una estipulación contractual que no ha sido negociada individualmente es injusta si, contra el principio de la buena fe, causa un desbalance significativo en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor. El artículo 6° obliga a los Estados Miembros a incluir en su legislación interna el deber de que las estipulaciones consideradas injustas no sean oponibles entre las partes. La Directiva contiene un Anexo indicando cuáles son las disposiciones consideradas injustas (una suerte de artículo 1398° del Código Civil), una de las cuales es requerir que las disputas emanadas del contrato sean sometidas a arbitraje.

6.3. Canadá

En Canadá el uso de este tipo de cláusulas es un fenómeno relativamente reciente, pero se está volviendo más común. De hecho, en el caso *Kanitz v. Rogers Cable Inc.* (del estado de Ontario) se consideró válida una cláusula arbitral contenida en un contrato de provisión de servicio de Internet, lo que terminó en el bloqueo de una acción de clase (sobre la relación entre el arbitraje en relaciones de consumo y las acciones de clase volveremos más adelante). Tal decisión jurispru-

(422) *Mandatory Arbitration Report*, 2008. Manitoba Law Reform Commission. Consulta: 29 de Junio de 2009. <www.gov.mb.ca/justice/mlrc/pubs/ma2008.html>

dencial condujo a que en diciembre de 2002 el Gobierno de Ontario dictara disposiciones contra dicho fallo⁽⁴²³⁾.

En el caso *Kanitz* los demandantes, a nombre de todos los contratantes del servicio de acceso a Internet, alegaron judicialmente que Rogers Cable Inc. incumplió su obligación de brindar acceso continuo al servicio de Internet y reclamaron el pago de indemnización por daños. Rogers alegó la existencia de un convenio arbitral, el que en realidad no fue firmado por los consumidores, quienes habían dado a Rogers la posibilidad de modificar unilateralmente las condiciones de los contratos. La existencia de las modificaciones fue incluida en su página web, sin indicar en ella expresamente que se incluyó el sometimiento a arbitraje. Frente a ello, la única posibilidad de defensa para los demandantes era alegar que el acuerdo arbitral calificaba como *unconscionable* y por tanto inexigible.

Nos referiremos varias veces a los términos *unconscionable* o *unconscionability*, al comentar jurisprudencia norteamericana sobre el valor que dan las cortes a los arbitrajes incluidos en las relaciones jurídicas estándares. Aunque no hay una categoría equivalente en la legislación peruana, basta con señalar que a efectos de este trabajo una provisión se entenderá como *unconscionable* si adolece una suerte de vicio de voluntad derivada de la falta de conciencia por parte de uno de los contratantes sobre la existencia y efectos de la estipulación. Hay dos tipos de *unconscionability*, una procedimental y otra sustantiva. Con la primera se analiza el proceso de formación del contrato (como hace la LA con el artículo 15º, la idea es asegurarse de que el consumidor sabe o tiene como saber que se está sometiendo a arbitraje). Con la sustantiva se examina los términos del contrato, analizando la razonabilidad comercial de la transacción, el propósito y efectos de las estipulaciones, la distribución de riesgos, etcétera.

Para evaluar si una cláusula o contrato es *unconscionable* se debe determinar si hay desequilibrio entre el poder de negociación de las partes y si la parte fuerte de la relación ha tomado ventaja sobre la parte débil. El caso *Kanitz* cumplió con la primera de ambas condiciones, pues las cláusulas generales de contratación tienen la naturaleza de *take it or leave it*, pero no pasó la segunda condición, pues no se acreditó que la compañía de cable tomaba ventaja de los consumidores. Así, contrariamente a lo sostenido por los demandantes, la Corte señaló que la mera existencia de una cláusula arbitral no equivale a

(423) *Mandatory Arbitration and Consumer Contracts. Public Interest Advocacy Centre and Option Consommateurs*, November 2004. Consulta: 29 de junio de 2009. <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1291960>

una exención absoluta de responsabilidad y por tanto a un aprovechamiento de la parte débil de la relación contractual.

La principal crítica por parte de las asociaciones de consumidores canadienses a la decisión *Kanitz* es que ésta no midió correctamente el daño que causa permitir la exclusión de las acciones de clase mediante cláusulas arbitrales.

El caso *MacKinnon v. Nacional Money Mart Co.* redujo los alcances del caso *Kanitz*. El caso involucra una compañía que presta dinero a corto plazo y con altas tasas de interés. La Corte negó el pedido de los demandados de prohibir la acción de clase y señaló que procede esta última pues en términos prácticos, sin ella, los consumidores no tienen incentivos para litigar individualmente contra la compañía.

7. ARGUMENTOS PRINCIPALES CONTRA EL ARBITRAJE EN LAS RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES

Teniendo ya idea de que las cláusulas arbitrales en los llamados “contratos de consumo” no son siempre bien recibidas en otros países por las cortes y legislaciones, y sobre todo por los consumidores, veremos una a una las razones que sustentan esas críticas. También veremos que si trasladamos esas críticas al Perú, ellas resultan infundadas, salvo el delicado tema de las acciones de clase, que como veremos luego, presenta más retos que reales dificultades.

7.1. Altos costos

Ésta es la principal crítica, pues de acuerdo con los detractores de las cláusulas arbitrales en las relaciones de consumo, éstas desincentivan a los consumidores a litigar contra el proveedor, sobre todo si ocurre cualquiera de estas dos cosas: (i) que si el consumidor pierde deba reembolsar al proveedor por los gastos legales del proceso; o (ii) que las cláusulas arbitrales vayan acompañadas de otras que limiten la recuperación de las costas y costos del proceso (es decir, que si el proveedor del bien o servicio resulta perdedor, no reembolsará los gastos de defensa legal asumidos por el consumidor).

Aunque es cierto que por lo general el costo de litigar en arbitraje es mayor que el costo de hacerlo en las cortes judiciales, no es menos cierto que, al menos en el Perú, los costos del tribunal arbitral (retribución de los árbitros, administración del proceso, etc.) no son los únicos relevantes. El tiempo asociado con la ineficiencia y sobrecarga procesal de las cortes judiciales —además de en no pocas veces la corrupción— es valioso. Este elemento no es tomado en cuenta por quienes

se oponen a rajatabla al arbitraje en relaciones de consumo, lo que desde ya, deslegitima la solidez de su posición.

Asociada con los costos del litigio arbitral, también se señala como desventaja la falta de competencia en los precios de los servicios de arbitraje, de modo que esto es usado por los proveedores como barrera para evitar que los consumidores inicien procesos contra ellos. Usar este argumento es casi tan absurdo como prohibir el transporte aéreo de pasajeros porque es una sola aerolínea la que presta el servicio, en vez de hacer justamente lo contrario, que es propiciar la competencia.

De hecho, la estructura del propio mercado peruano muestra la existencia de varios centros arbitrales compitiendo (Cámara de Comercio de Lima, Amcham, Centro de Arbitraje de la Universidad Católica, Colegio de Abogados, Colegio de Ingenieros, Sociedad de Minería y Petróleo, etc.), además de la significativa competencia del arbitraje *ad hoc*.

Finalmente, se señala como desventaja de los procesos arbitrales el hecho que para ganar es necesario invertir la mayor cantidad de dinero posible en el litigio, sobre todo por la contratación de expertos, lo cual es muy costoso y contribuye a profundizar el desbalance contra los consumidores. Cabe preguntarse por qué esta inversión en medios probatorios no sería necesaria en sede judicial.

7.2. Debido proceso

Como quiera que el arbitraje emana de un acuerdo entre las partes, éstas son libres de determinar las reglas que gobernarán el proceso. De allí que, señalan los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo, existe la posibilidad de que dichas cláusulas contengan reglas procedimentales que no benefician a los consumidores.

Además, mencionan ejemplos en que las reglas de las instituciones arbitrales atentan contra el derecho al debido proceso. Así, señalan que la National Arbitration Forum (NAF) restringe a las partes el acceso a información sobre el proceso, que los litigantes sí podrían obtener en las cortes judiciales. También señalan que en la mayor parte de casos referidos a la industria de tarjetas de crédito, los árbitros deciden sobre la base de documentos presentados por la compañía, sin que el consumidor los conozca.

No sabemos los detalles de los ejemplos indicados ni por qué se producen semejantes violaciones del debido proceso, pero eso debería arreglarse cambiando las reglas, no prohibiendo el arbitraje. Para seguir con el ejemplo de los aviones, es como prohibir el transporte

aéreo de pasajeros porque una aerolínea (que incluso podría ser monopólica) presta un mal servicio y no cumple con los estándares internacionales de seguridad.

7.3. Falta de transparencia

Se señala que la información emanada del proceso arbitral no puede ingresar al dominio público, a diferencia de lo que ocurre con los litigios judiciales.

Las cláusulas arbitrales surgen de un contrato y a su vez contienen un contrato, de modo que deben ser tratadas como tal. A menos que la información contractual ingrese al dominio público debido a la intervención del Estado (administración de justicia, por ejemplo), tiene que mantenerse en la esfera privada. De allí a que por eso se profunde el desequilibrio entre proveedores y consumidores hay un buen trecho por recorrer.

Esta objeción —la permanencia del litigio arbitral en la esfera privada— suena más bien a una falta de confianza. Lo que una crítica como ésta deja entrever es que hace falta la anuencia del Estado sobre el resultado del proceso, como si con ello quedara “santificado”. Lo que está detrás entonces de esta crítica es la desconfianza en el sistema arbitral, y la forma de rebatirla queda naturalmente fuera de los alcances de este trabajo.

7.4. Riesgo de resultados inconsistentes

Los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo temen que con los mismos hechos, distintos árbitros lleguen a resultados distintos, de modo que sea virtualmente imposible usar fallos arbitrales como precedentes para el futuro.

Por lo menos en el Perú, ésta es la crítica más fácil de rebatir. A diferencia del *common law*, no tenemos el sistema de precedentes.

7.5. Falta de reciprocidad entre las partes

Es así que en las relaciones jurídicas no hay negociación previa. Ello es más grave todavía si se tiene en cuenta que las cláusulas generales de contratación se escriben con letra pequeña y en lenguaje incomprensible para la mayoría.

Dos cosas. Primero, esta crítica deriva de un asunto mayor, que tampoco corresponde abordar en toda su extensión en este trabajo: a los detractores del arbitraje “de consumo” no les gusta las cláusulas generales de contratación y punto. Una vez más, así como el convenio

arbitral no es negociado, tampoco lo es la forma de terminar el contrato o de modificarlo, y en general, otras provisiones contractuales de poca importancia. Elijamos entonces. ¿Nos quedamos o no con las estipulaciones estándares? ¿Favorecemos o no la contratación masiva? y por tanto ¿generamos o no un importante ahorro en negociaciones? Al menos en el Perú la respuesta ha sido afirmativa.

El segundo tema (letra chica y lenguaje incomprensible) se resuelve con estándares, pero los informativos y no los dirigistas, como decíamos al inicio. Recordemos que el derecho medular de los consumidores es a estar bien informados, y esto pasa por establecer estándares adecuados de comunicación con los usuarios, no a meterse en el contenido de sus derechos.

7.6. Desbalance institucional y el efecto del juego repetido.

Los detractores de las cláusulas arbitrales en relaciones de consumo alegan que no hay igualdad entre las partes en lo referido al control sobre el arbitraje, al punto que muchas cláusulas confieren al proveedor la facultad de elegir al árbitro. Esto se resuelve fácilmente: prohibiendo que ello ocurra, como sucede en el Perú (artículo 26º de la LA).

También hay la percepción generalizada de que los árbitros están más dispuestos que los jueces a favorecer a los proveedores en vez de los consumidores, teniendo en cuenta que aquéllos dependen económicamente del número de casos recibidos para resolver. En otras palabras, los árbitros tienen fuertes incentivos financieros para fallar a favor de los proveedores y no de los consumidores porque en buena cuenta ese es su negocio. Para esto, es indispensable que las compañías hagan un seguimiento de los árbitros que tienden a ser favorables a ellas y asegurarse de que sean elegidos.

Sigamos con el ejemplo de los aviones (aunque admito que llevado al extremo). Prohibamos la aviación comercial en el Perú alegando que los funcionarios estatales encargados de dar las licencias correspondientes son corruptos y se guiarán por la cantidad de coimas que recibían de las aerolíneas que no cumplen con las regulaciones aplicables.

Pero además, si una empresa utiliza sistemas arbitrales arbitrarios, ello afectaría su prestigio comercial y perdería clientes en el largo plazo. No hay incentivos claros para que ello ocurra.

7.7. Eficiencia procesal y el efecto del juego repetido.

En cuanto a la preparación requerida por las partes para comparecer en un proceso arbitral, los mismos detractores dicen que las gran-

des corporaciones pueden hacer uso de economías de escala para fortalecer sus posiciones en el arbitraje y preparar los casos. A su vez, la ausencia de acciones de clase en sede arbitral y la naturaleza confidencial de los procesos arbitrales hacen que para comparecer en el proceso los consumidores tengan que maximizar todos sus esfuerzos en preparar el caso.

Sobre la necesidad de que los consumidores se esfuercen para vencer a los proveedores, cabe indicar que indudablemente este esfuerzo es necesario también si la controversia se ventila en sede judicial. Y a las acciones de clase nos referiremos en el siguiente punto.

7.8. Falta de protección a las acciones de clase

Recuérdese que de acuerdo con la decisión *Kanitz*, los consumidores no pueden iniciar acciones de clase cuando existe un convenio arbitral válido. Este fallo generó serias preocupaciones por parte de las asociaciones de defensa de los consumidores, teniendo en cuenta que la importancia práctica de las acciones de clase. Critican el hecho que la principal razón para pactar arbitraje en las relaciones jurídicas estándares es impedir el uso de acciones de clase, que son eficaces armas legales que otorgan el beneficio a los consumidores de agregar pretensiones en un solo proceso y evitar así los costos y riesgos de litigar individualmente.

De hecho, los clientes individualmente considerados tienen pocos incentivos para plantear por su cuenta y riesgo acciones judiciales contra una compañía, teniendo en cuenta que los riesgos de litigar individualmente no son sólo monetarios, sino que están basados en la desconfianza de los individuos frente a las cortes, el temor al resultado, las tensiones propias del litigio, etc. Pues bien, las acciones de clase mitigan estos riesgos.

En el siguiente acápite se abordará este tema con un poco más de detalle, pues en este tema las asociaciones de consumidores sí tienen un punto.

8. ÚNICA OBJECCIÓN PREOCUPANTE. LOS “ARBITRAJES DE CLASE”

En este punto comentaremos algunas decisiones judiciales adoptadas en Estados Unidos, donde las cláusulas arbitrales en contratos de consumo no están prohibidas y donde las cortes han mostrado distintas tendencias frente a la relación de este tema con las acciones de clase⁽⁴²⁴⁾.

(424) SCANLON, Kathleen M. y James CLARE, *Class Arbitration Waivers: The “Severability” Doctrine and Its Consequences*. Dispute Resolution Journal, Feb.-Apr.

En el caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle* la Corte Suprema de Estados Unidos señaló que el análisis sobre si una cláusula arbitral permite o no una acción colectiva es un asunto de interpretación contractual que puede ser decidido por un árbitro (no por un juez).

El fallo generó un efecto directo en el contenido de los contratos de consumo, pues para evitar ambigüedades lingüísticas que puedan llevar a un resultado como el de *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, muchas cláusulas son redactadas prohibiendo expresamente las acciones de clase en arbitrajes. Los consumidores alegan que esas restricciones caen en la doctrina de *unconscionability*, pero con éxito limitado.

Otro fallo que vale la pena mencionar es uno relativamente reciente, del 20 de abril de 2006, recaído en el caso *Kristian v. Comcast Corp.* en el cual la Corte de Apelaciones del Primer Circuito indicó que una prohibición de las acciones de clase contenida en una cláusula arbitral no es exigible pues con ello se restringe la aplicación de las leyes federales y estatales sobre prácticas anticompetitivas (*antitrust*) y porque se vulnera la norma 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil.

En el caso los demandantes eran suscriptores del servicio de cable en la ciudad de Boston, y alegaron la realización de prácticas anticompetitivas (elevar artificialmente el precio del servicio mediante acuerdos de reparto de que eliminaban la competencia). En el año 2001, Comcast Corp. incluyó un convenio arbitral en los acuerdos celebrados con suscriptores. Entre los años 2002 y 2003 se hicieron modificaciones a las cláusulas arbitrales, prohibiendo las acciones de clase.

La Corte de Apelaciones del Primer Circuito señaló que la cláusula arbitral vulneraba las Reglas Federales del Proceso Civil, pues los consumidores no demandarían a los proveedores sin un mecanismo como la acción de clase, lo cual importaría una severa restricción a su derecho de usar acciones colectivas. Según la Corte, esto es especialmente importante tratándose de acciones *antitrust*, que involucran discusiones complejas, testimonios de expertos y múltiples transacciones.

Lo interesante es que en vez de inaplicar íntegramente la cláusula, la Corte solo “eliminó” la prohibición de la acción de clase y ejecutó el resto de la cláusula. Resultado: un proceso con el que ninguna de las partes estaba de acuerdo. Los demandantes se quedaron con una acción de clase, pero en sede arbitral, y los demandados se quedaron con su arbitraje, pero vía *class action*.

En el caso *Kristian v. Comcast Corp.* se estableció la diferencia con el caso *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, pues en este último el contrato guardaba silencio sobre las acciones de clase, de modo que la decisión de si se podía arbitrar acciones colectivas o no, correspondía al árbitro. En cambio, el contrato estándar de *Comcast Corp.* lo prohíbe expresamente.

Mientras que en el caso *Kristian v. Comcast Corp.* se rechazó la prohibición de arbitrajes de clase, en otras decisiones las cortes han sostenido lo contrario (la mayoría de Cortes de Distrito habrían reconocido y aceptado las prohibiciones de acciones de clase).

Es más, se están haciendo esfuerzos legislativos, como en el Estado de Utah, para aprobar leyes que reconocen la validez y exigibilidad de las prohibiciones de acciones de clase mediante cláusulas arbitrales contenidas en contratos de consumo⁽⁴²⁵⁾.

En síntesis, el resultado final del caso *Kristian v. Comcast Corp.* es un “arbitraje de clase”, que es una figura conceptual y procedimentalmente extraña, por ser un híbrido poco usual.

También es interesante tener en cuenta el fallo *Dale v. Comcast Corp.* del 4 de setiembre de 2007 emitido por la Corte de Apelaciones del Décimo Primer Circuito, en el cual la Corte señaló que la cláusula de arbitraje obligatorio no era aplicable porque ello suponía prohibir las acciones de clase, de modo que los afectados no tenían incentivos para demandar individualmente. También indicó que las referidas exclusiones de las acciones de clase (*class action waivers*) tienen que ser examinadas de manera individualizada, caso por caso, considerando todos los hechos y circunstancias, incluyendo el análisis sobre si la estipulación contractual es equitativa, teniendo en cuenta los costos de las acciones individuales frente a las posibilidades de éxito, la posibilidad de recuperar costas y costos, las preocupaciones de política pública, etc. En el caso concreto la Corte señaló que la exclusión era *unconscionable* y anuló la estipulación arbitral.

De otro lado, la reciente postulación de la Jueza Sonia Sotomayor por parte de Barak Obama como vocal de la Corte Suprema ha suscitado numerosas investigaciones sobre su posición en diversas materias jurídicas. Una de ellas es el asunto de los arbitrajes en relaciones de consumo y su relación con las acciones de clase⁽⁴²⁶⁾.

(425) SCANLON, Kathleen M. y James CLARE, *Class Arbitration Waivers: The “Severability” Doctrine and Its Consequences*. Dispute Resolution Journal, Feb.-Apr. 2007. Consulta: 29 de junio de 2009. <www.highbeam.com/doc/1P3-1248285081.html>

(426) SMITH, Q. *Sotomayor’s Position on Arbitration: A Survey of Past Cases and a View to the Future*. Consulta: 30 de junio de 2009. <http://en.wikipedia.org/wiki/Sonia_Sotomayor>

En el caso *American Express Merchants Litigation* la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito (conformado por la Jueza Sotomayor) revocó la sentencia de primera instancia que declaró que los demandantes debían tramitar sus discrepancias (basadas en la *Clayton Act*, una de las normas que regulan el régimen norteamericano antimonopolios) en la vía arbitral. La decisión de segunda instancia señaló por el contrario que los demandantes no podían ejercer efectivamente sus derechos sin una acción de clase en sede judicial. La Corte del Segundo Circuito efectuó un extenso análisis de la importancia y utilidad de las acciones de clase para litigar demandas que individualmente son de poca cuantía.

Lo interesante del caso es que no sustentó la inexigibilidad de la cláusula arbitral en cuestiones de *unconscionability* sino en un análisis sobre la imposibilidad práctica de demandar individualmente al proveedor del servicio.

Esta decisión generó importantes consecuencias, teniendo en cuenta que fue emitida luego de que diversas Cortes de Distrito y de Circuito habían convalidado las exoneraciones de acciones de clase (*class action waivers*).

Aunque potencialmente el caso *American Express* podría generar consecuencias similares en otros aspectos de las cláusulas arbitrales (y no sólo los referidos a acciones de clase), sus efectos son, para algunos, en extremo limitados (lo que revelaría, según dicen, el “estilo” de la Jueza Sotomayor). Ciertamente, el fallo no invalida las exoneraciones de acciones de clase *per se*, sino que requiere un análisis caso por caso.

Otro caso que muestra la misma tendencia es *Specht v. Netscape Communications Corp.*, en el que la Jueza Sotomayor sustentó su voto de confirmar la sentencia de primera instancia por la que se denegó la excepción de convenio arbitral. Indicó que los demandantes no podían ser compelidos a ir a arbitraje porque un consumidor razonable de servicio de Internet no tenía la posibilidad de leer la cláusula arbitral antes de “bajar” el programa adquirido del proveedor.

Como en el caso *American Express Merchants Litigation*, la Jueza Sotomayor fue sumamente meticulosa, revisando cuidadosamente la forma de acceder, paso a paso, al programa informático por parte de cada uno de los demandantes. También investigó las tendencias jurisprudenciales del comercio electrónico a lo largo del país.

En buena cuenta, la Jueza Sotomayor no muestra hostilidad frente al arbitraje, sino que limita sus efectos en determinadas circunstancias, en las que los derechos de los consumidores pueden verse afec-

tados por elementos prácticos, como ya se ha visto en los dos casos mencionados.

Como puede apreciarse, Estados Unidos es un país en el que a pesar de las críticas y de las distintas tendencias de las cortes, en general las cláusulas arbitrales en relaciones jurídicas estándares, con exclusiones de acciones de clase, pueden ser admitidas. En esta línea, es importante mencionar las Reglas para los Arbitrajes de Clase de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) (Supplementary Rules for Class Arbitrations of the American Arbitration Association)⁽⁴²⁷⁾.

Las Reglas de la Asociación Americana de Arbitraje, que se aplican a las disputas sometidas a la AAA, están vigentes desde el 8 de octubre de 2003 y fueron expedidas luego de la decisión de la Corte Suprema del 23 de junio de 2003 en el caso *Green Financial Corp. v. Bazzle*, en la que, como se ha indicado, la Corte señaló que es el árbitro y no las cortes el que decide, como un asunto de interpretación contractual, si está permitido el arbitraje de clase.

Apenas es designado, el árbitro debe determinar en un laudo parcial y fundamentado, si la cláusula arbitral permite un arbitraje de clase. Este laudo parcial se llama *Clause Construction Award*. Las partes tienen un plazo de 30 días para acudir a las cortes judiciales si lo quieren cuestionar.

Si transcurre el plazo sin que el *Clause Construction Award* sea cuestionado judicialmente, el árbitro debe analizar luego si se dan las condiciones para tramitar la acción de clase, para lo cual debe determinar si uno o más miembros de la clase tienen facultades para representar a los demás miembros. Para esto último se tomará en cuenta si la clase es tan numerosa que los litigios individualizados serían impracticables, si hay cuestiones de hecho o de derecho que son comunes a la clase, si los intereses de la clase serán adecuadamente protegidos, y sobre todo, si cada miembro de la clase ha celebrado un acuerdo conteniendo una cláusula arbitral sustancialmente igual a la suscrita por el representante de la clase y los demás miembros de ésta.

Efectuado este análisis, el árbitro emitirá un laudo parcial y fundamentado, denominado *Class Determination Award*. En este laudo se definirá cómo se compone la clase, quién es su representante; se fijan los puntos controvertidos y otros temas. También se debe indicar cuándo y cómo pueden excluirse los miembros de la clase que así lo deseen. Las partes tienen un plazo de 30 días para acudir a las cortes judiciales para cuestionar este laudo parcial.

(427) Consulta: 30 de junio de 2009. <www.adr.org/sp.asp?id=21936>

Transcurrido dicho plazo sin que ello haya ocurrido, el árbitro debe emitir la Notificación de Determinación de la Clase (*Notice of Class Determination*), haciendo los mayores esfuerzos para difundirla, de modo que la mayor cantidad posible de personas pueda enterarse, de acuerdo con las circunstancias. Debe indicar la naturaleza de la acción, la definición de la clase, las pretensiones y defensas previas; debe indicar que cualquier miembro de la clase puede asistir a las audiencias, que cualquier persona puede solicitar que se le excluya de la clase; debe indicar que el laudo tiene efectos obligatorios para todos los miembros de la clase; debe indicar la información relevante sobre la experiencia del árbitro, e indicar también quién es el representante de la clase y quién ejerce la defensa final.

Finalmente, el Laudo Final (*Final Award*) se emite pronunciándose sobre el tema de la controversia. En él se debe especificar o describir a quiénes se dirigió la Notificación de Determinación de la Clase, a quiénes el árbitro identifica como miembros de la clase, y quiénes optaron por ser excluidos de la acción.

Desde luego, las Reglas de la AAA señalan que la confidencialidad propia de los arbitrajes no aplica a los arbitrajes de clase, pues las audiencias son públicas.

Teniendo en cuenta las reflexiones y los avances que sobre este tema ya se han producido, no queda más que admitir que si bien las cláusulas arbitrales en condiciones estándares presentan ventajas no rebatidas con solidez por parte de sus detractores, sí presentan un inconveniente de orden práctico: que los consumidores no pueden unir esfuerzos para litigar contra el proveedor del bien o servicio mediante acciones de clase.

¿Ello debe conducir a la derogación del artículo 15º de la Ley de Arbitraje? Evidentemente no. Lo que debe ocurrir más bien es empezar a pensar en respuestas que concilien tres necesidades: la de propiciar la difusión del arbitraje como mecanismo eficiente de solución de conflictos; la de lograr esa difusión mediante la inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos estándares, asegurando un adecuado mecanismo de formación de la voluntad; y finalmente, permitiendo que los consumidores sujetos a jurisdicción arbitral puedan aprovechar las sinergias propias de las acciones de clase.

Las primeras dos necesidades (difundir el arbitraje y hacerlo mediante cláusulas generales de contratación) ya han sido abordadas correctamente por la Ley de Arbitraje. Lo que le falta es permitir que los consumidores que se sientan afectados se organicen para, respetando el sometimiento a arbitraje, litigar conjuntamente contra el proveedor del bien o del servicio.

Ya hay un avance en el artículo 51° de la Ley de Protección al Consumidor, que habilita a INDECOPI, previo acuerdo de su Directorio, a promover procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia, en defensa de los intereses de los consumidores, conforme a lo señalado por el artículo 82° del Código Procesal Civil⁽⁴²⁸⁾. Estas acciones de clase se tramitan en la vía sumarísima. La norma añade que si en estos procesos se pueden acumular las pretensiones de indemnización por daños y perjuicios, de reparación o sustitución de productos, de reembolso de cantidades indebidamente pagadas y en general cualquier otra pretensión necesaria para tutelar el interés y los derechos de los consumidores afectados, que guarde conexidad con aquéllas.

Esta norma ya aborda las complejidades propias de las acciones de clase, pues señala que el INDECOPI representará a todos los consumidores afectados por los hechos en que se funde el petitorio si aquéllos no manifestaran expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de 30 días de realizadas las publicaciones, vencido el cual se citará a la audiencia de conciliación.

Una vez consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, la indemnización será cobrada por el INDECOPI, que luego prorratará su monto o velará por la ejecución del fallo entre los consumidores que se apersonen ante dicha entidad, acreditando ser titulares del derecho discutido en el proceso.

No es el propósito de este trabajo delinear todos los temas que deberían abordarse en la norma que regule los arbitrajes de clase, sino simplemente poner el tema en la mesa de debates. Solo así se descartará de plano la tesis según la cual las cláusulas arbitrales en las relaciones jurídicas estándares colocan a los proveedores en la situación “Cara, yo gano; sello, tú pierdes”.



Art. 16°.—Excepción de convenio arbitral.

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser

(428) “Artículo 82°.- Patrocinio de intereses difusos: Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor”.

invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.

2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.

3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.

4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.

5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

COMENTARIO ⁽⁴²⁹⁾

SUMARIO: *1. El Convenio Arbitral: sus efectos positivos y negativos.*

1.1. Efectos positivos del Convenio Arbitral. 1.2. Efectos negativos

del Convenio Arbitral. 1.2.1. Efectos negativos en sentido amplio.

1.2.2. Efectos negativos en sentido estricto. 2. Materialización del

efecto negativo del Convenio Arbitral: la excepción del Convenio Ar-

bitral. 2.1. Aspectos procesales vinculados a la excepción. 2.1.1. Ex-

cepciones dilatorias. 2.1.2. Excepciones perentorias. 2.2. Conteni-

do procesal de la excepción de convenio arbitral. 3. Actividad de

las Partes y el Juez Respecto de la Excepción de Convenio Arbitral.

3.1. Actividad de las partes. 3.2. Actividad del juez. 3.2.1. Examen ex-

haustivo. 3.2.2. Examen limitado. 3.2.3. Pluralidad de pretensiones.

(429) Por **ADRIÁN SIMONS PINO**: Socio del Estudio Rebaza, Alcazar & De las Casas - Abogados Financieros. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Lima y de la Maestría de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

3.2.4. Criterio del elemento preponderante. 4. Incidencias Procesales Respecto de la Postulación de la Excepción de Convenio Arbitral. 4.1. Trámite de la excepción. 4.2. Régimen recursivo. 4.3. Patología procesal. 5. Consideraciones finales.

1. EL CONVENIO ARBITRAL: SUS EFECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

1.1. Efectos positivos del convenio arbitral

Como bien refiere BERNARDO M. CREMADES⁽⁴³⁰⁾, si las partes han decidido someter sus diferencias (presentes o futuras) a uno o varios árbitros, no pueden negarse a cumplir lo pactado y, en caso, se produzca un incumplimiento, el propio convenio permite activar el arbitraje sin perjuicio de ejercer la excepción de convenio arbitral en sede judicial (efecto negativo del convenio). En ese orden de ideas, el convenio arbitral contiene prestaciones obligacionales mixtas; una prestación de no hacer (no recurrir a la justicia ordinaria) y, otra prestación de hacer (recurrir al arbitraje en caso surja una controversia).

Como es de verse, en principio, podemos decir que el efecto positivo es puramente contractual, basado en el traslado al arbitraje de los principios básicos del derecho de contratos: autonomía de la voluntad, reciprocidad, relatividad y buena fe⁽⁴³¹⁾.

Sin embargo, consideramos que el contenido contractual del convenio arbitral resulta atípico porque, como bien apunta ENRICO REDENTI⁽⁴³²⁾, éste si bien tiene los caracteres de un contrato, su objeto y contenido son procesales.

Como veremos en las siguientes líneas, la excepción de convenio arbitral se pone de manifiesto cuando surgen los efectos negativos del convenio arbitral.

1.2. Efectos negativos del convenio arbitral

Estos pueden ser entendidos en sentido amplio y en sentido estricto. Veamos.

(430) CREMADES, Bernardo M., "Del convenio arbitral y sus efectos". En: DE MARTIN MUÑOZ, Alberto y Santiago HIERRO ANIBARRO, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons ediciones jurídicas y Sociales, Madrid, 2006, p. 304.

(431) SERRANO GÓMEZ, Eduardo, "Efectos negativo y positivo del convenio arbitral". En: ROGEL VIDE, Carlos, *Comentarios Breves a la Ley de Arbitraje*, Diaz-Bastien & Truan Abogados, Madrid, 2007, p. 70.

(432) REDENTI, Enrico, *El Compromiso y la Cláusula Compromisoria*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1961, p. 21.

1.2.1. Efectos negativos en sentido amplio

A decir de LLUIS CABALLOL este efecto “[...] hace referencia a la variación que experimenta la competencia de los tribunales sobre un determinado litigio”⁽⁴³³⁾. Es decir, el efecto negativo implica un deber de abstención por parte de los jueces tan pronto entran en contacto con una controversia que ha sido sustraída de su competencia, producto del pacto o convenio arbitral.

1.2.2. Efectos negativos en sentido estricto

Este efecto es el que está directamente relacionado con la puesta en acción de la excepción de convenio arbitral. Se produce cuando una parte, incumpliendo el convenio arbitral, decide recurrir a un juez y someter a su decisión una controversia y, la otra parte decide cuestionar la actuación o avocamiento judicial por haber sido sustraída ésta a favor del arbitraje. Ese cuestionamiento, en nuestra legislación procesal, se materializa a través de la postulación de la excepción de convenio arbitral.

2. MATERIALIZACIÓN DEL EFECTO NEGATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL: LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

2.1. Aspectos Procesales Vinculados a la Excepción

El derecho de contradicción se manifiesta o concreta a través del derecho a la defensa. Este derecho procesal de contenido constitucional puede consistir en *defensas de formas* y *defensas de fondo*. Una defensa será de forma cuando se cuestiona la ausencia o presencia defectuosa de algún presupuesto procesal⁽⁴³⁴⁾ o condición de la acción⁽⁴³⁵⁾ y, asimismo, una defensa será de fondo cuando se contesta directamente la pretensión postulada en una demanda (ejemplo: si se demanda el pago de una deuda y se contesta que no se debe, estaremos frente a una típica defensa de fondo). Ahora bien, las excepciones se conducen a través de las defensas de forma y sirven para cuestionar, como ya indicamos, los presupuestos procesales y/o las condiciones

(433) CABALLOL ANGELATS, Lluís, *El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 37.

(434) Los presupuestos procesales están comprendidos por la presencia válida de las reglas de competencia judicial, capacidad procesal y requisitos de la demanda. Sirven para garantizar la existencia de una relación jurídica procesal válida.

(435) Las condiciones de la acción están comprendidas por la presencia válida de la voluntad de la ley, el interés para obrar (interés procesal) y la legitimidad para obrar o *legitimatio ad causam*. Sirven para garantizar un pronunciamiento válido sobre el fondo de la controversia.

de la acción. Las excepciones según los efectos que pueden producir en el proceso se clasifican de la siguiente manera:

2.1.1. Excepciones Dilatorias

Tienen por objeto suspender el trámite del proceso a fin que se enmiende el defecto advertido respecto de algún presupuesto procesal o condición de la acción. Transcurrido el plazo sin que haya sido posible corregirse el defecto advertido, el proceso se habrá extinguido. Si esto último ocurre la excepción dilatoria se habrá convertido en perentoria.

2.1.2. Excepciones Perentorias

Tienen por objeto extinguir definitivamente el proceso en el cual fueron postuladas. Dicho tipo de excepción, a su vez, puede ser sub clasificada de dos maneras: i) perentorias simples —extinguen el proceso sin afectar la pretensión, ejemplo: excepción de incompetencia—, y ii) perentorias complejas —extinguen el proceso y, además, cancelan para siempre la pretensión postulada en la demanda; ejemplo: excepción de cosa juzgada—⁽⁴³⁶⁾.

2.2. Contenido Procesal de la Excepción de Convenio Arbitral

Esta defensa de forma o excepción es el medio adecuado para invocar ante un juez el efecto negativo del arbitraje⁽⁴³⁷⁾.

En tal sentido, la excepción de convenio arbitral es reconocida como un *verdadero impedimento procesal*⁽⁴³⁸⁾, porque impide la continuación del proceso judicial para dar paso al proceso arbitral. Evitando que el juez se pronuncie sobre el fondo de la controversia que las partes han acordado someter a arbitraje.

Esta excepción es considerada como una de naturaleza perentoria simple, porque extingue el proceso judicial sin afectar la pretensión objeto de discusión. En este caso, me parece que el defecto procesal que se debería advertir al momento de su postulación es la *ausencia*

(436) MONROY GALVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*, Librería Studium Ediciones, Lima, 1987, p. 142.

(437) CABALLOL ANGELATS, Lluís, *op. cit.*, p. 51.

(438) MORALES, Maria Cristina, "Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional". En: SILVA ROMERO, Eduardo y otros. *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario - LEGIS, Colombia, 2005, p. 698.

de interés procesal (interés para obrar)⁽⁴³⁹⁾ o sea una condición de la acción, ya que ese estado de necesidad para obtener tutela jurídica frente a un derecho reclamado ha sido dirigido de manera errónea (juez en lugar de árbitro). Por ende, no considero que el impedimento procesal esté referido a la falta de competencia del juez o, como erróneamente se menciona, también, a la “falta de jurisdicción”. Me explico.

Para comenzar, es preciso salir en defensa del arbitraje como una categoría autónoma, distante de las tesis contractual, jurisdiccional o mixta, que poco favor le han hecho al arbitraje. Dicha autonomía reposa sobre “la autonomía de la voluntad y la libertad de los ciudadanos, por una parte, y el ejercicio de la función de los árbitros y la eficacia de dicha función, por otra”⁽⁴⁴⁰⁾.

Poco favor se le ha hecho al arbitraje considerarlo como función jurisdiccional. El arbitraje posee plena autonomía dogmática y legislativa, por lo que no es correcto asimilarlo con una función de naturaleza estatal como la jurisdicción.

Respecto a la autonomía del arbitraje, coincido plenamente por lo expresado por JUAN JOSÉ MONROY PALACIOS en el sentido que el arbitraje no debe estar contaminado de jurisdicción y que su independencia también debe ser defendida en el plano dogmático, porque “[...] el arbitraje no es ni contractual, ni procesal, ni una mezcla de ambos. Es una disciplina autónoma que si bien puede construirse con ayuda de las demás parcelas del derecho, no se identifica con ninguna de ellas. Posee sus propios principios, problemas y especialistas, pero, lejos de aislarse, se integra con las demás ramas del derecho, sin perder su carácter autónomo. Por ello mismo, desde hace algunas décadas muchos juristas convienen en hacer referencia a una rama jurídica específica y diferenciada de las clásicas, cuyo nombre es el Derecho del Arbitraje”⁽⁴⁴¹⁾.

Rompiendo el mito “jurisdicción=proceso”, me atrevo a decir que pueden haber procesos judiciales (cuando coincide la jurisdicción con el proceso) y procesos privados como el arbitraje. En suma, el ar-

(439) MONROY GALVEZ, Juan, *La Formación del Proceso Civil Peruano*, 2ª ed., aumentada, Palestra, Lima, 2004, p. 231, “Se dice que hay interés procesal o interés para obrar cuando la persona ha agotado los medios para satisfacer su pretensión material y no tiene otra alternativa que no sea recurrir al órgano jurisdiccional. Esa necesidad inmediata, actual, irremplazable de tutela jurídica es el interés para obrar”.

(440) BARONA VILAR, Silvia, *Medidas Cautelares en el Arbitraje*, Thompson-Civitas, Navarra, 2006, p. 49.

(441) MONROY PALACIOS, Juan José, “Arbitraje, Jurisdicción y Proceso”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº X, 2008, p. 147.

bitraje es un proceso privado a cargo de jueces privados a quienes se denominan árbitros.

En ese orden de ideas, si la competencia está íntimamente relacionada al ejercicio válido de la función jurisdiccional (proceso judicial= jurisdicción), no resulta correcto hablar de falta de competencia de los jueces al momento de postular una excepción de convenio arbitral. Máxime si los elementos que configuran la competencia judicial son de orden público e improrrogables (salvo la competencia territorial), por lo tanto indisponible por las partes en conflicto.

3. ACTIVIDAD DE LAS PARTES Y EL JUEZ RESPECTO DE LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

3.1. Actividad de las Partes

Para que se produzca la actuación de la excepción, en primer lugar tiene que darse una situación de incumplimiento del convenio arbitral y, como consecuencia de ello, que una parte acuda al Poder Judicial a fin de petitionar ante un juez el conocimiento de una materia controvertida cuya discusión y solución ha sido derivada hacia el arbitraje. Como reacción a ello, la parte demandada que haya sido emplazada con la demanda judicial, podrá postular una defensa de forma (excepción de convenio arbitral) a fin de sustraer del conocimiento judicial la materia controvertida, trayendo como resultado un pronunciamiento judicial aceptando o rechazando tal defensa.

Teniendo en cuenta el principio dispositivo, el convenio arbitral sólo puede ser opuesto al proceso judicial mediante pedido expreso de la parte demandada, a través de la excepción de convenio arbitral. No cabe que el Juez la invoque de oficio.

Por ello, el efecto negativo del convenio arbitral no es inmediato o automático, requiere de una manifestación de voluntad indubitable de parte del demandado, quien deberá materializar esa voluntad a través de una excepción de convenio arbitral.

Sobre el particular, BERNARDO M. CREMADES indica que “[...] El efecto negativo del convenio es por tanto relativo; la existencia de un convenio arbitral no impide que el actor inicie el correspondiente procedimiento judicial, si bien, una vez hecho esto, recae sobre el demandado la decisión de proponer o no la declinatoria para denunciar la falta de jurisdicción del tribunal civil por corresponder el conocimiento de la demanda a los árbitros”⁽⁴⁴²⁾.

(442) CREMADES, Bernardo M., *op. cit.*, p. 312.

Considero importante precisar que de la legislación comparada que ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina (Colombia, Perú, Chile, México, Venezuela, Argentina, Uruguay y España)⁽⁴⁴³⁾, sólo Perú y Colombia regulan autónomamente la excepción de convenio arbitral.

En tal sentido, nuestra Ley de Arbitraje (en adelante LA) regula la excepción de convenio arbitral en su artículo 16º, del mismo modo nuestro Código Procesal Civil la contempla como excepción proponible en el inciso 13 del artículo 446º⁽⁴⁴⁴⁾.

En suma, para que el impedimento procesal prospere, el demandado debe postular adecuadamente la excepción de convenio arbitral, caso contrario (no postule la defensa de forma o lo haga de manera defectuosa e insubsanable) se entenderá que ha existido una renuncia tácita al arbitraje, pero sólo respecto de las materias demandadas judicialmente. En este último supuesto el convenio arbitral seguirá vigente y exigible para cualquier otra materia que sea objeto de controversia entre las partes, conforme lo dispone el artículo 18º de la LA⁽⁴⁴⁵⁾.

3.2. Actividad del juez

Una vez que la parte demandada haya postulado la excepción del convenio arbitral, el juez deberá verificar el cumplimiento de los siguientes requisitos: i) que se haya interpuesto dentro del plazo previsto en cada procedimiento, y ii) que se haya presentado prueba documental que acredite la existencia del convenio arbitral. En caso no se cumpla con tales requisitos, se deberá rechazar *in limine* la excepción propuesta y tener por renunciado al arbitraje conforme lo dispone el artículo 18º de la LA.

Cumplidos los requisitos, cuáles son los límites de actuación del juez respecto a los criterios para apreciar la fundabilidad o infundabi-

(443) MORALES, María Cristina, *op. cit.*, p. 703.

(444) “**Artículo 446º.- Excepciones proponibles.**

El demandado sólo puede proponer las siguientes excepciones:

[...]

13. Convenio arbitral”.

(445) “**Artículo 18º.- Renuncia al arbitraje.**

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente”.

lidad de la excepción propuesta. Al respecto, existen dos criterios claramente diferenciados por la doctrina⁽⁴⁴⁶⁾:

3.2.1. Si el juez debe examinar exhaustivamente todos los elementos que permiten estimarla o desestimarla; o

3.2.2. Si basta una rápida comprobación de la concurrencia de los requisitos más significativos.

RAMOS MÉNDEZ citado por LLUIS CABALLOL⁽⁴⁴⁷⁾, se adscribe a la segunda opción, indicando que “los tribunales deben limitarse a constatar la existencia *prima facie* del convenio arbitral, sin estimar cuestiones como su validez o nulidad”. En cambio, el último de los citados es contrario a dicha posición y opina el juez no sólo debe constatar la existencia documental del convenio arbitral, “[...] sino que se deben analizar también todos los aspectos relativos a la procedencia de la excepción, tanto los alegados por las partes, como los que puedan apreciarse de oficio”⁽⁴⁴⁸⁾.

Ahora bien, en lo que respecta a la posición asumida por el legislador peruano, en el inciso 3) del artículo 16° de la LA se establece que la excepción deberá ser amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo cuando el convenio fuese manifiestamente nulo. Ello quiere decir que el juez estaría prohibido de realizar un análisis exhaustivo de todos los elementos vinculados al convenio arbitral, con la salvedad hecha respecto a la nulidad del convenio.

Sin embargo, consideramos que la referida norma nacional debe ser interpretada de manera sistemática con los tratados internacionales de los cuales el Perú es signatario, como la Convención de Nueva York, que en su artículo II.3 dispone expresamente lo siguiente:

El Tribunal de uno de los Estados contratantes al que se haya sometido 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.

En ese orden de ideas, considero que el juez no debe contentarse con la sola presentación del convenio arbitral y actuar de manera automática por el solo mérito de éste. Si tal fuese la labor del juez, llegaríamos al absurdo que para emitir un pronunciamiento sobre la

(446) CABALLOL ANGELATS, Lluís, *op. cit.*, p. 117.

(447) *Ibíd.*, p. 119.

(448) *Ibíd.*, p. 120.

excepción bastaría con el dictado de un decreto (resolución judicial de mero trámite que no implica ningún análisis lógico volitivo de parte del juzgador).

Por ello integrando lo dispuesto por el inciso 3) del artículo 16º de la LA con la norma II.3 de la Convención de Nueva York, es posible que el juez verifique tres condiciones mínimas para la procedencia de la excepción de convenio arbitral: existencia, validez y vigencia del convenio arbitral.

No obstante lo indicado, pueden presentarse determinadas situaciones procesales excepcionales que obliguen al juez a incorporar otro tipo de análisis respecto de la excepción de convenio arbitral:

3.2.3. Pluralidad de pretensiones

Puede suceder que en el proceso judicial se postulen varias pretensiones a través de las formas de acumulación permitidas. De acuerdo a ello, el efecto negativo del convenio arbitral se produce únicamente con relación al objeto del arbitraje, pudiendo subsistir el proceso respecto de aquello que no está contemplado para el arbitraje. Bajo este supuesto, y pese al análisis de existencia, validez y vigencia del convenio arbitral, es posible declarar fundada parcialmente la excepción y solo sustraer del conocimiento judicial aquello que corresponde ser tratado en sede arbitral.

3.2.4 Criterio del elemento preponderante

Este tema surge cuando se demanda materias que se deben presentar de manera indivisible, pero que una de ellas escaparía al contenido o alcances del convenio arbitral. La doctrina responde a esta problemática de la siguiente manera:

“Sin embargo, nos preguntamos, cuándo cabe entender que dos pretensiones se encuentran relacionadas de tal manera que podemos considerarlas inseparables. PUIG FERROL apunta que la inseparabilidad puede fundarse en causas objetivas y subjetivas, relativas a la voluntad de los interesados. El Tribunal Supremo ha venido aplicando el criterio del *elemento preponderante*, en cuya virtud, si una materia está inseparablemente unida a otra no dispositiva y el elemento preponderante es dispositivo procede acudir al arbitraje y, por tanto, estimar la excepción. Si por el contrario, la cuestión principal es indisponible no cabe acudir al arbitraje”⁽⁴⁴⁹⁾.

(449) *Ibíd.*, p. 133.

Preciso mi posición, la regla es que el juez solo debe apreciar el documento que contenga el convenio arbitral (existencia, validez y vigencia) para amparar o rechazar la excepción. Sin embargo, pueden presentarse algunas situaciones excepcionales, como las descritas anteriormente, que obliguen al juez extender de manera extraordinaria su análisis.

4. INCIDENCIAS PROCESALES RESPECTO DE LA POSTULACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

4.1. Trámite de la excepción

El artículo 447° del Código Procesal Civil establece que la indicada defensa de forma se debe postular dentro del plazo previsto para cada vía procedimental, sin que se suspenda la tramitación del principal. *Lo cual quiere decir que, el demandado, deberá contestar la demanda y ejercer defensa de fondo, a pesar que el tema llevado a los tribunales por el demandante, esté contenido en un convenio arbitral y sometido a la decisión de los árbitros.* Ahora, si se declara fundada la excepción de convenio arbitral, conforme lo dispone el inciso 5) del artículo 451° del Código Procesal Civil, se anulará todo lo actuado y se dará por concluido el proceso (efecto perentorio simple). Ello, sin perjuicio de los medios impugnatorios que pueda interponer el demandante, en contra del auto definitivo que estima la excepción de convenio arbitral.

4.2. Régimen recursivo

El artículo 450° del Código Procesal Civil, indica que contra el auto que resuelve la excepción procede recurso de apelación con efecto suspensivo. Lo cual quiere decir que la eficacia, de la resolución que estima la excepción de convenio arbitral, se mantiene en suspenso en tanto la impugnación haya quedado ejecutoriada (se hayan agotado los medios impugnatorios regulados). Incluso, en el supuesto que la Corte Superior ratifique o confirme el auto que declara fundada la excepción de convenio arbitral, a tenor de lo dispuesto por el inciso 1) del artículo 387° del Código Procesal Civil⁽⁴⁵⁰⁾, es posible interponer recurso de casación ante la Corte Suprema contra dicho auto expedido por la Corte Superior.

(450) “Artículo 387°.- *Requisitos de admisibilidad.*

Contra las sentencias y autos expedidos por las salas superiores que, como órganos de segundo grado, ponen fin al proceso”.

4.3. Patología Procesal

Lo indicado en el párrafo precedente, genera un serio problema para el normal desarrollo del arbitraje. Si bien es cierto que, el inciso 5) del artículo 16º de la LA permite a los árbitros iniciar o continuar con el proceso arbitral, sin perjuicio del trámite procesal ante el Poder Judicial de la excepción de convenio arbitral, es de advertir que se generaría una situación de incertidumbre y de actuaciones paralelas innecesarias. Para muestra un botón: el artículo 447º del Código Procesal Civil establece que la interposición de la excepción de convenio arbitral no suspende los plazos para contestar la demanda judicial, lo cual obligaría al demandado a contestar la demanda ante el juez y ofrecer todos los medios probatorios que le sirvan de sustento, si es que no desea caer en rebeldía y se le apliquen las consecuencias derivadas de su silencio procesal.

Con la regulación procesal antes descrita, tendríamos un régimen recursivo aplicable al auto que resuelve la excepción de convenio arbitral que, inclusive, podría llegar hasta la Corte Suprema vía recurso de casación.

En efecto, como la interposición de la excepción no suspende el trámite del principal, se podría discutir el objeto de la controversia tanto en sede judicial, como en sede arbitral; es decir, de manera paralela, podríamos estar ante un tribunal arbitral que, al mismo tiempo, esté conociendo la misma materia objeto de controversia, incluso podría emitir un laudo antes que se resuelva la excepción de manera definitiva en el Poder Judicial. Ello sin perjuicio, que el tribunal arbitral suspenda el dictado del laudo a la espera de lo que resuelva en definitiva en sede judicial.

Como es de verse, la situación procesal antes descrita en nada favorece al arbitraje y, deja la puerta abierta al ejercicio abusivo de derechos procesales, que tengan como propósito dilatar y/o dificultar la discusión del objeto de controversia en sede arbitral.

Toda esta *patología procesal* antes descrita, se podría evitar si se regulase en nuestra legislación procesal civil la suspensión de todas las actuaciones judiciales con la sola interposición de la excepción de convenio arbitral. Lo propuesto, ya existe en la legislación comparada. En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Civil española en su artículo 64º, inciso 2) establece que el pedido de declinatoria judicial⁽⁴⁵¹⁾ suspende el procedimiento principal, lo cual implica que el plazo para contestar la demanda judicial también queda en suspenso, hasta que se resuelva de manera definitiva respecto de someter el asunto controvertido a arbitraje.

(451) Es el equivalente a la excepción de convenio arbitral.

5. CONSIDERACIONES FINALES

5.1. El efecto negativo del convenio arbitral se pone de manifiesto con la postulación de la excepción de convenio arbitral.

5.2. La excepción de convenio arbitral es una defensa de forma que tiene un efecto perentorio simple, extingue el proceso judicial sin afectar la pretensión objeto de discusión.

5.3. Sobre la base del principio dispositivo la parte demandada, para hacer oponible el arbitraje al proceso judicial, debe postular de manera expresa la excepción de convenio arbitral. El juez no puede invocar de oficio el convenio arbitral.

5.4. Como regla general la actividad del juez se circunscribirá solo a verificar la existencia, validez y vigencia del convenio arbitral.

5.5. Para darle una mayor eficacia al convenio arbitral y evitar que la interposición de la excepción de convenio arbitral sea usada como un medio para entorpecer o afectar el proceso arbitral, considero urgente introducir una reforma procesal en torno al trámite judicial de la excepción.

5.6. Dicha reforma procesal debe regular la suspensión del trámite judicial (incluido el plazo para contestar la demanda judicial) con la sola interposición de la excepción.



Art. 17°.—Derivación de controversia judicial a arbitraje.

Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible conforme a derecho o cuando la ley o los tratados o acuerdos internacionales lo autoricen, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral.

COMENTARIO ⁽⁴⁵²⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Antecedentes Normativos.* 3. *Presupuestos para que opere la derivación a arbitraje.* 4. *La formalización*

(452) Por JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA: Socio del Estudio Echecopar Abogados. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

de la derivación a arbitraje. 5. Pretensiones susceptibles de derivación a arbitraje. 6. La derivación a arbitraje a instancia de parte. 7. Oportunidad en la que procede la derivación al arbitraje. 8. Derivación total y parcial de la materia controvertida. 9. La derivación a arbitraje y los actos procesales ya realizados.

1. INTRODUCCIÓN

La norma bajo comentario regula el supuesto por el cual, las partes de un proceso judicial, en virtud de su autonomía privada, deciden que sus controversias sean sustraídas del ámbito judicial para que las mismas sean derivadas a un arbitraje. En otras palabras, este supuesto se presenta cuando, al momento de celebrar y suscribir un convenio arbitral entre dos sujetos, una controversia ya se ha generado entre ellos y la misma es objeto de un proceso judicial.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La anterior norma que regulaba el supuesto bajo análisis se encontraba recogido en la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572, publicada el 5 de enero de 1996) y establecía literalmente:

“Artículo 17º.- Celebración de convenio arbitral durante un proceso judicial. Si durante un proceso judicial, las partes formalizan voluntariamente un convenio arbitral sobre todas o parte de las pretensiones controvertidas en aquél, deben presentar al Juez un escrito conjunto con firmas legalizadas por el Auxiliar Jurisdiccional, adjuntando copia del convenio arbitral. A la vista de tal documentación, el Juez dispondrá el archivamiento del proceso, o la continuación del mismo respecto de las materias que las partes declaren no haber sometido a arbitraje”.

El Juez no puede objetar el convenio arbitral, salvo que la materia sea manifiestamente no arbitrable de conformidad con el Artículo 1º. Puede también requerir a las partes para que precisen su contenido, o para que aclaren los puntos que considera oscuros.

Los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral con el valor que los árbitros les asignen, salvo pacto expreso en contrario contenido en el convenio arbitral.

A su vez, esta norma reemplazaba a una bastante similar recogida en la anterior Ley General de Arbitraje de 1992 (Decreto Ley N° 25935, publicado el 10 de diciembre de 1992):

“Artículo 11º.- Si durante un proceso judicial, las partes formalizan voluntariamente un convenio arbitral sobre todas o parte de las pretensiones controvertidas en aquél, deben presentar al Juez un escrito conjunto con firmas legalizadas por el Auxiliar jurisdiccional, adjuntando copia

del convenio y, en su caso, de la aceptación de los árbitros. A la vista de tal documentación, el Juez dispondrá el archivamiento del proceso, o la continuación del mismo respecto de las materias que las partes declaren no haber sometido a arbitraje”.

El Juez no puede objetar el convenio, salvo por nulidad manifiesta, pero sí puede requerir a las partes para que precisen su contenido, o para que aclaren los puntos que considere oscuros.

Los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral con el valor que los árbitros les asignen, salvo pacto expreso en contrario contenido en el convenio.

Así, a diferencia de la actual norma, los artículos citados recogían algunos supuestos adicionales que no son tomados en cuenta en la norma vigente, como por ejemplo, lo referente a la derivación parcial de la materia controvertida, la formalidad del convenio, los efectos de las pruebas, la objeción al convenio arbitral, entre otros. Se entiende que la finalidad de la actual norma no es generar un vacío legal, sino brindar una mayor flexibilidad a las formas procesales que faciliten la derivación a arbitraje de las pretensiones y que los supuestos específicos de cada caso, no recogidos en la norma, sean resueltos directamente por las partes o el eventual Tribunal Arbitral que conozca del caso.

3. PRESUPUESTOS PARA QUE OPERE LA DERIVACIÓN A ARBITRAJE

Como se ha señalado, y aunque puede parecer obvio, para que opere la derivación a arbitraje deben presentarse los siguientes presupuestos: en primer lugar (i) debe instaurarse un proceso judicial y, en segundo lugar (ii) las partes de dicho proceso judicial deben formalizar un convenio arbitral sobre la materia que es objeto del proceso; es decir, de la pretensión o pretensiones que serán objeto de sentencia judicial. De este modo, ello también presupone que no existía un convenio arbitral previo entre las partes y por ello no hubo ningún impedimento para iniciar el proceso judicial respectivo o que, en caso contrario, existiendo el mismo, la demandada no opuso oportunamente la excepción de convenio arbitral correspondiente, lo que generó la renuncia tácita al arbitraje (tal y como lo disponen los artículos 16° y 18° de la actual Ley de Arbitraje). También es posible que habiendo interpuesto la excepción en cuestión la misma haya sido declarada infundada por el órgano judicial.

4. LA FORMALIZACIÓN DE LA DERIVACIÓN A ARBITRAJE

Siendo que la derivación a arbitraje no es más que la suscripción de un convenio arbitral, una vez surgida la controversia entre dos sujetos

y llevada al ámbito judicial, la formalidad a seguir debe ser la misma que la regulada para cualquier convenio arbitral, es decir, conforme a lo señalado en el artículo 13º de la actual Ley de Arbitraje. Por lo que, al menos, el convenio debe constar por escrito.

Las normas predecesoras de la actual que hemos citado, las cuales también regulaban la derivación a arbitraje, establecían que además de constar el convenio en un escrito suscrito por ambas partes y dirigido al juez, las mismas debían, adicionalmente, legalizar sus firmas ante el Auxiliar Jurisdiccional respectivo. Consideramos que si bien es posible seguir con esta formalidad bajo las normas de la actual regulación, ello no es estrictamente necesario, pues bastará con que el juez compruebe que la celebración del convenio arbitral ha sido voluntad libre de ambas partes. Así, por ejemplo, las partes simplemente pueden presentar al juez una escritura pública conteniendo el convenio arbitral o incluso, durante alguna de las audiencias judiciales, las partes podrían llegar a un acuerdo sobre la derivación y hacer constar la misma en el acta respectiva dando por concluido el proceso.

5. PRETENSIONES SUSCEPTIBLES DE DERIVACIÓN A ARBITRAJE

En tanto la derivación se fundamenta en un convenio arbitral formalizado con posterioridad a la interposición de una demanda judicial, podrá ser objeto de derivación toda controversia que verse sobre materias de libre disponibilidad (tal y como lo establece el artículo 2º de la actual Ley de Arbitraje). Es decir, la derivación será viable respecto de toda pretensión que se refiera a derechos disponibles de las partes, independientemente del tipo de proceso del que se trate, o mejor dicho, podrían ser objeto de derivación exactamente aquellas pretensiones que, de manera general, puedan ser objeto de un convenio arbitral.

En tal sentido, por ejemplo, no pueden ser materia de derivación las pretensiones incoadas en un proceso de divorcio por causal; sin embargo, sí podrían serlo las tramitadas en un proceso laboral, referidas, por ejemplo, a negociaciones colectivas⁽⁴⁵³⁾ e incluso las que surjan en un proceso de amparo, por ejemplo, las pretensiones referidas al medio ambiente.

(453) Al respecto el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (Decreto Supremo N° 010-2003-TR) señala: “**Artículo 61º.**- Si no se hubiese llegado a un acuerdo en negociación directa o en conciliación, de haberla solicitado los trabajadores, podrán las partes someter el diferendo a arbitraje”.

6. LA DERIVACIÓN A ARBITRAJE A INSTANCIA DE PARTE

En tanto que únicamente depende de las propias partes llegar a formalizar un convenio arbitral, se infiere que la derivación solo puede ser ordenada a pedido de parte. De este modo, aun cuando el juez tenga conocimiento de que las partes de un proceso han suscrito un convenio arbitral sobre la materia controvertida, no podrá ordenar la conclusión del proceso y su derivación al arbitraje si es que las partes no lo han solicitado aún.

Asimismo, en ningún caso el Juzgador podría conminar a las partes a celebrar un convenio arbitral y derivar directamente las pretensiones que son de su conocimiento a un arbitraje. Sin embargo, se debe tener en cuenta que la misma norma señala que, además de la *“iniciativa propia”*, la derivación se puede dar *“a propuesta del juez”*; es decir, que el Juez, al igual como puede propiciar que las partes concilien o transijan sobre su controversia, puede facilitar o promover que las partes celebren un convenio arbitral de ser esa su voluntad.

7. OPORTUNIDAD EN LA QUE PROCEDE LA DERIVACIÓN AL ARBITRAJE

Durante la tramitación de un proceso judicial, el momento en que se puede solicitar la derivación al arbitraje es bastante amplio, teniendo como único requisito que en el proceso en que se la solicita no se haya alcanzado una decisión firme sobre la materia controvertida. A ello se refiere la norma cuando señala que la derivación se puede presentar *“en cualquier estado del proceso”*. En suma, es posible incluso derivar a arbitraje una pretensión que ha sido objeto de recurso de casación y que se encuentre al voto o en discordia. De este modo, de manera analógica a lo regulado en el artículo 16° de la actual Ley de Arbitraje, respecto de la excepción de convenio arbitral, el órgano judicial al que se le solicita la derivación declarará la conclusión del proceso por el solo mérito de la existencia del convenio, salvo que éste sea manifiestamente nulo.

8. DERIVACIÓN TOTAL Y PARCIAL DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

Como se sabe, una demanda judicial puede contener no sólo una sino varias pretensiones, supuesto en el cual se habla de una acumulación objetiva o acumulación de pretensiones. Bajo esta premisa, es perfectamente factible que las partes del proceso, demandante y demandado, decidan derivar a arbitraje todas sus pretensiones o solo determinadas pretensiones y no otras. En el primer caso estaríamos ante una derivación total de la materia controvertida y en el segundo

supuesto ante una derivación parcial. Asimismo, en el primer caso, el juez tendría que declarar concluido el proceso sin declaración sobre el fondo y ordenar el archivamiento del mismo, mientras que en otro caso simplemente se ordenará la continuación del proceso respecto de las materias que las partes no han sometido a arbitraje.

9. LA DERIVACIÓN A ARBITRAJE Y LOS ACTOS PROCESALES YA REALIZADOS

Ahora bien, ¿qué sucede con todos aquellos actos procesales realizados durante la tramitación del proceso judicial? ¿Qué efectos tiene la derivación a arbitraje respecto de los actos procesales ya realizados? En principio, consideramos que la derivación a arbitraje tendría efectos similares a los del desistimiento del proceso, regulado en el artículo 343º del Código Procesal Civil. Es decir, se trataría de un mecanismo de conclusión del proceso judicial sin declaración sobre el fondo, por tanto, las pretensiones derivadas a arbitraje no se ven afectadas de manera alguna. En este supuesto, el juez simplemente declara la conclusión del proceso y ordena su archivamiento, y, de ser el caso, proporcionará copia de las piezas procesales que las partes le soliciten.

En este orden de ideas, el proceso judicial no puede simplemente ser “remitido” al ámbito arbitral en el estado en que se encuentre, puesto que tanto el procedimiento arbitral como el judicial responden a normas y principios distintos que los hacen (al menos en su trámite) incompatibles. Es por ello que debe iniciarse un nuevo proceso arbitral; es decir, debe haber una petición arbitral (de ser el caso) y una nueva demanda, no siendo vinculante lo ya resuelto a nivel judicial respecto de, por ejemplo, los incidentes.

De este modo, nada obsta que la parte demandada interponga en el arbitraje excepciones procesales que ya han sido rechazadas a nivel judicial o defensas que no han sido propuestas anteriormente, salvo, claro está, pacto en contrario de las partes.

Por otro lado, se debe tener presente que a diferencia de sus normas predecesoras, la norma bajo comentario ya no señala que “los medios probatorios actuados en el proceso judicial surten eficacia en el arbitral [...], salvo pacto expreso en contrario [...]”, lo que no significa que actualmente no esté abierta dicha posibilidad, sino que la regla general, respecto de este punto, se ha invertido; es decir, actualmente y en principio, los medios probatorios del proceso judicial no tendrán eficacia dentro del arbitraje, salvo que las partes o los árbitros decidan lo contrario.

En tal sentido, es posible que las partes puedan pactar (o que el Tribunal Arbitral del caso pueda decidir) que a nivel arbitral se tomen

en consideración o se tomen como válidos determinados actos judiciales referidos a la materia probatoria. Así, si en el proceso judicial se producen determinados documentos probatorios producto, por ejemplo, de declaraciones testimoniales o pericias de oficio, es posible que cualquiera de las partes solicite que las mismas sean consideradas como pruebas en el arbitraje. De hecho, en virtud del principio de economía procesal, ello resultaría lo más adecuado a efectos de evitar repetir determinados actos en ambos fueros.



Art. 18°.—Renuncia al arbitraje.

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente, sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.

COMENTARIO ⁽⁴⁵⁴⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes normativos. 3. Respecto de la renuncia expresa y tácita al arbitraje. 4. Respecto de renuncia total o parcial al arbitraje. 5. La oportunidad en que puede plantearse la renuncia al arbitraje. 5.1. La renuncia al arbitraje previa a la controversia. 5.2. La renuncia al arbitraje en el proceso judicial. 5.3. La renuncia al arbitraje en el proceso arbitral.

1. INTRODUCCIÓN

La norma bajo comentario, en líneas generales, regula la posibilidad que dos o más sujetos de derecho, que han suscrito entre ellos, previamente, un convenio arbitral, pueden renunciar a éste, en virtud de su propia autonomía privada. Esto, como parece evidente, implica que las controversias que surjan entre ellas (o que ya hayan surgido) no puedan ser conocidas en el ámbito arbitral, sino que sean conducidas a través de un proceso judicial.

(454) Por JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA: Socio del Estudio Echecopar Abogados. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La anterior norma que regulaba el supuesto bajo análisis se encontraba recogida en la Ley General de Arbitraje (Ley N° 26572, publicada el 5 de enero de 1996) y establecía lo siguiente:

“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”.

A su vez, dicha norma tiene un antecedente anterior recogido en la antigua Ley General de Arbitraje de 1992 (Decreto Ley N° 25935, publicado el 10 de diciembre de 1992):

“Artículo 12°.- 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. En este caso, queda sin efecto el convenio arbitral y las partes se someten a lo que se resuelva en el proceso judicial”.

De esta manera, si bien la nueva redacción de este supuesto de hecho no difiere en mucho de sus predecesoras la misma busca hacer una importante precisión en su aplicación. En efecto, tal y como lo señala la Exposición de Motivos no oficial de la Ley de Arbitraje (elaborada por su Comisión Revisora), este artículo 18° “resuelve una imprecisión generada de la redacción de la Ley vigente [Ley N° 26572]. Así algunos consideraban la renuncia tácita, derivada de no plantear la excepción de convenio arbitral en el plazo previsto cuando se presentaba una demanda judicial, implicaba la renuncia a la integridad del convenio arbitral, no permitiendo que en futuro se vuelva a plantear un arbitraje respecto de otros conflictos que pudieran surgir. El nuevo texto precisa que la renuncia se refiere sólo a las materias demandadas judicialmente, lo que no implica que en el futuro otros temas o conflictos no puedan ser materia de demanda arbitral”.

En otras palabras, la nueva redacción de la norma delimita los efectos y alcances de la renuncia tácita al arbitraje. De este modo, la no interposición de la excepción de convenio arbitral se entenderá como una renuncia a llevar a arbitraje sólo a aquellas pretensiones que hayan sido demandadas, y en ningún caso se extenderá a cualquier otra controversia que pudiera surgir entre las partes, debiendo entenderse que el convenio arbitral celebrado previamente sigue manteniendo su plena vigencia y eficacia.

3. RESPECTO DE LA RENUNCIA EXPRESA Y TÁCITA AL ARBITRAJE

Como se sabe la autonomía privada es la piedra angular sobre la cual se edifica el convenio arbitral. De este modo, sin la manifestación de voluntad indubitable de las partes no puede configurarse un convenio arbitral. Sin embargo, es esa misma autonomía la que le permitirá a las mismas partes que suscribieron un convenio arbitral dejarlo sin efecto, modificarlo o delimitarlo.

Es así que, salvo pacto en contrario, la forma para renunciar al arbitraje es similar a la seguida para celebrar el convenio arbitral mismo; así la renuncia, como establece el artículo 18° bajo comentario, puede constar “en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo”. Ello implica que, de manera similar a lo regulado para el convenio arbitral (artículo 13° de la actual Ley de Arbitraje), la renuncia puede constar en una comunicación electrónica como, por ejemplo, el correo electrónico, el télex o el telefax.

Asimismo, la norma se ha preocupado de identificar un supuesto de renuncia tácita al arbitraje, referido a la no interposición de una excepción de convenio arbitral en la vía judicial dentro de los plazos procesales correspondientes. De este modo, “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”⁽⁴⁵⁵⁾.

En suma, si bien el convenio arbitral trae consigo “[...] el denominado efecto negativo que se traduce en la prohibición a los órganos de la jurisdicción estática de conocer tales cuestiones”⁽⁴⁵⁶⁾, la renuncia expresa o tácita al arbitraje tiene, precisamente, el efecto contrario, permitiendo que el Poder Judicial pueda conocer válidamente materias que fueron previamente objeto de convenio.

4. RESPECTO DE RENUNCIA TOTAL O PARCIAL AL ARBITRAJE

Como se puede colegir, no es necesario que las partes renuncien en su totalidad al convenio arbitral, pudiendo hacerlo sólo respecto de ciertos aspectos o materias. Nuevamente, lo que prima es la voluntad de las partes y el acuerdo al que lleguen para determinar los alcances

(455) CASTILLO FREYRE, Mario y otros, “Comentarios al Proyecto de Modificación de la Ley General de Arbitraje”. En: *Arbitraje y debido proceso*, Palestra, Lima, 2007, p. 204.

(456) MATHEUS LÓPEZ, Carlos A., “Introducción al Convenio Arbitral”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 142, 2005, p. 290.

de su renuncia. Así, por ejemplo, de surgir un conflicto específico entre dos particulares en el marco de contrato que contiene un convenio arbitral, es posible que las mismas decidan que ese conflicto en específico no sea objeto de arbitraje, sino que sea tramitado en la vía judicial correspondiente, siendo que para todas las demás materias contractuales la vía arbitral seguirá siendo la idónea. Así, si es que la renuncia al arbitraje se refiere únicamente a determinadas materias se habla de una “renuncia parcial”. De este modo, por ejemplo, y como ya hemos señalado, en tanto la llamada renuncia tácita al arbitraje (al no interponerse una excepción de convenio arbitral) únicamente comprende a aquellas pretensiones que han sido demandadas y no a otras que pudieran surgir, se trata, en todos los casos, de una renuncia parcial.

5. LA OPORTUNIDAD EN QUE PUEDE PLANTEARSE LA RENUNCIA AL ARBITRAJE

La renuncia al arbitraje puede presentarse bajo diferentes circunstancias, que en cada caso pueden tener efectos o consecuencias distintas. Así, respecto a su oportunidad, la renuncia al arbitraje puede plantearse en tres momentos distintos: (i) cuando aún no se ha generado conflicto o controversia alguna entre las partes (ii) cuando ya ha surgido un conflicto y en base al mismo se ha iniciado un proceso judicial y (iii) cuando ya ha surgido un conflicto y se ha iniciado un proceso arbitral.

5.1. La renuncia al arbitraje previa a la controversia

Bajo este primer supuesto, las partes contractuales pueden simplemente decidir dejar sin efectos un convenio arbitral previamente pactado. Ello implicaría además, que cualquier conflicto entre las partes sea susceptible de ser encausado bajo un proceso judicial. Ahora bien, como hemos señalado, puede que las partes no quieran dejar sin efecto todo el convenio arbitral, sino más bien delimitarlo a determinadas controversias que surjan entre ellas y no para otras.

Si bien el artículo 18º bajo comentario señala que la renuncia al arbitraje puede ser expresa o tácita, resulta difícil que una renuncia tácita puede darse en el supuesto bajo análisis, por el simple hecho que la única manera de dejar sin efecto, modificar o delimitar un convenio arbitral expreso, de una manera extrajudicial, debería ser también una manifestación expresa y escrita en ese sentido.

5.2. La renuncia al arbitraje en el proceso judicial

En el segundo supuesto que se propone, es posible que las partes ya hayan iniciado un proceso judicial entre ellas, pese a haber suscri-

to un convenio para llevar a arbitraje la materia controvertida. Así, en este caso, la interposición de una demanda judicial se puede entender como una invitación a renunciar al arbitraje respecto de las pretensiones demandadas, la cual sería aceptada tácitamente por la otra si es que no interpone la excepción de convenio arbitral en el plazo correspondiente.

Como parece evidente, en estos casos también puede ocurrir una renuncia expresa al arbitraje, la cual podría, por ejemplo, ser puesta de manifiesto mediante un escrito de ambas partes dirigido al órgano jurisdiccional.

Asimismo, en este caso es posible que se dé una renuncia parcial al arbitraje; la que se presentaría cuando, por ejemplo, el demandado sólo interpone excepción de convenio arbitral respecto de determinadas pretensiones y no de otras (renuncia tácita y parcial) o cuando señala expresamente que no cuestionará determinadas pretensiones (renuncia expresa y parcial).

Cabe precisar que si son varios los sujetos demandados respecto de una sola pretensión, sólo se producirá la renuncia al arbitraje si todos ellos se manifiestan en ese sentido o si ninguno de ellos interpone la excepción de convenio arbitral. Así, bastará que sólo uno de los demandados se oponga al proceso judicial para que no opere la renuncia. En efecto, “nótese que si hay varios demandados, la renuncia tácita al arbitraje deben hacerla todos ellos. Bastaría, pues con que uno solo propusiera la declinatoria [excepción de convenio arbitral]. No se puede estimar que haya renuncia tácita si el demandado propone la declinatoria [excepción de convenio arbitral] y, además de alegar la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, alega también subsidiariamente la falta de otros presupuestos relativos a la falta de jurisdicción o competencia del tribunal”⁽⁴⁵⁷⁾.

5.3. La renuncia al arbitraje en el proceso arbitral

En este último supuesto, al surgir el conflicto se inició un proceso arbitral y, durante su tramitación, las partes deciden ya no continuar con el mismo y trasladar su controversia a la vía judicial. De ese modo, el órgano arbitral, a solicitud de parte, tendría que declarar la conclusión del proceso en el estado en que se encuentre.

Así, la parte interesada tendría que iniciar un proceso judicial contra su contraparte, quien no podrá alegar la existencia de un convenio

(457) DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y otros. *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., Tomo II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2002, p. 585.

arbitral, pues éste ha quedado sin efecto. Como puede parecer obvio, depende de las partes precisar si la renuncia es total o parcial. Así, no podría iniciarse (válidamente) un proceso judicial respecto de aquellas pretensiones que no han sido expresamente derivadas a esta vía. De este modo, igualmente, las partes podrían convenir sólo derivar una o algunas de sus pretensiones a la vía judicial, mientras las otras pueden seguir siendo materia de arbitraje.

En suma, “para que la renuncia ponga fin al proceso de arbitraje se requiere: a) Que se haga mediante convenio, b) Que el convenio sea bilateral (o multilateral si son varias partes), recogiendo la voluntad de todos los componentes, c) Que el convenio se formalice por escrito para dar seguridad y fijeza al acuerdo de renuncia; y d) Que la renuncia sea comunicada al árbitro”⁽⁴⁵⁸⁾.



TÍTULO III

ÁRBITROS

Art. 19º.—Número de árbitros.

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros que conformen el tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros.

COMENTARIO ⁽⁴⁵⁹⁾

El artículo 19º del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante LA) aborda lo relativo al número de árbitros, para lo cual opta por el criterio asumido en el artículo 10º de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)⁽⁴⁶⁰⁾,

(458) MERINO MERCHANT, José y otro, *Tratado de derecho arbitral*, 2ª ed., Civitas, Barcelona, 2006, p. 620.

(459) Por NATALE AMPRIMO PLÁ: Socio del Estudio Amprimo Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

(460) “Artículo 10º [de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL].- Número de árbitros

1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.

2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres”.

apartándose de sus antecedentes legislativos, al no establecer la imposición de que siempre el número de árbitros sea impar.

Al respecto, el antiguo Código de Procedimientos Civiles, promulgado por Ley N° 1510, establecía en su artículo 548° que “Toda controversia, sea o no materia de un juicio, puede someterse a la decisión de uno o más árbitros. *El número de éstos será siempre impar*” (énfasis agregado). Esto último, como fluye de la lectura de la Exposición de Motivos del mencionado Código de Procedimientos Civiles, constituyó una innovación en su época. En efecto, la referida Exposición de Motivos, publicada en 1912, explicaba que “El artículo 548° contiene la innovación de que sea impar el número de árbitros. Este principio admitido en casi todos los Códigos, se justifica por las mismas razones que se tienen para establecerlo tratándose de los tribunales comunes y porque, además, o las partes están de acuerdo desde el primer momento en el nombramiento del dirimente, y entonces no hay motivo para que éste no funcione junto con los árbitros constituyendo un tribunal, o no lo están, en cuyo caso los procedimientos para el nombramiento de ese dirimente no se avienen con el fundamento del arbitraje, que es la confianza de las partes litigantes en personas determinadas. Quizás la nueva regla retraerá algunas veces de acudir a este medio para resolver las cuestiones, pero en cambio, lo perfeccionará y prestigiará en los casos en que a él se ocurra (p. 124)”⁽⁴⁶¹⁾.

A su turno, el artículo 1918° del Código Civil de 1984 ratificó, en su primer párrafo, dicho criterio, al establecer: “Los árbitros deben ser designados por las partes en número impar. Si son tres o más formarán tribunal, presidido por el que ellos elijan”.

Opción similar la encontramos en el primer párrafo del artículo 19° del Decreto Ley N° 25935, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de diciembre de 1992, que dispuso: “Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral, presidido por el que ellos elijan”. Sin embargo, el segundo párrafo del referido artículo 19° establecía adicionalmente: “En caso de falta de acuerdo sobre el número de los árbitros o de referencia a un reglamento arbitral, y siempre que sean designados judicialmente, serán tres y el tribunal estará presidido por el de mayor edad”.

El artículo 24° de la derogada Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 (en adelante LGA)⁽⁴⁶²⁾, también reiteró que los árbitros eran designa-

(461) Cita extraída del libro de GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código de Procedimientos Civiles*, Tomo I, Lima, 1977, p. 400.

(462) “Artículo 24°.- Los árbitros son designados en número impar. Si son tres o más forman tribunal arbitral. A falta de acuerdo o en caso de duda, los árbitros serán tres.

dos en número impar y que, a falta de acuerdo o en caso de duda, serían tres.

El artículo 19º de la LA en comentario, ya no exige que el número de árbitros sea impar, dejando abierta, en consecuencia, la posibilidad que las partes puedan convenir que el número de árbitros sea par, lo que podría generar inconvenientes en el funcionamiento del arbitraje, salvo que las partes hubieran pactado un adecuado mecanismo de designación de quien se desempeñará como presidente del tribunal arbitral, e incluso en cuanto a la adopción de decisiones en caso que no se produzca mayoría en las decisiones arbitrales (artículo 52º de la LA).

En esta materia, si bien la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) no establece la exigencia de número impar, hay que señalar que dicho criterio no es seguido de manera uniforme en la legislación comparada y que, por lo demás, en la doctrina las posiciones se encuentran divididas respecto a la conveniencia o no de exigir en la legislación que la conformación del tribunal debe ser impar.

En efecto, como lo recuerda BELLO JANEIRO, además de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), tampoco exigen que el número de árbitros sea impar: el artículo 4º del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, ni el artículo 5º de las normas reguladoras de la American Arbitration Association, ni el artículo 8º de la International Chamber of Commerce, ni el artículo 5.4 de la London Court of International Arbitration, así como tampoco se exige en la United Kingdom Arbitration o en las leyes de arbitraje de Alemania, Holanda y México.

En cambio, la exigencia de número impar figura en el Convenio de 18 de marzo de 1965, de Washington, sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones sobre Estados y nacionales de otros Estados, ratificado el 20 de julio de 1994 (donde se indica, en su artículo 37º, que el Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes), en el artículo 809º del Código di Procedura Civile, el artículo 6.1 de la Ley de Arbitraje 31/1986 de Portugal, el artículo 1453º del Code de Procedura Civil francés, además de estar contemplado en la Ley de Arbitraje de Bélgica y el artículo 12º de la Ley de Arbitraje española, que dispone que el número de árbitros siempre será impar y que, a falta de acuerdo,

Si las partes han acordado un número par de árbitros, los árbitros designados procederán al nombramiento de un árbitro adicional, que actuará como Presidente del Tribunal Arbitral”.

se designará un solo árbitro⁽⁴⁶³⁾. Esta última opción se adoptó, según la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje española, guiada por razones de economía, pues así se reducirían los honorarios y gastos del arbitraje⁽⁴⁶⁴⁾.

En cuando a la doctrina, tenemos que, por ejemplo, REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES⁽⁴⁶⁵⁾ sostienen que, con muy buen criterio, el derecho de algunos países establece que la cantidad de árbitros debe ser impar. Semejante posición es asumida por MONTERO AROCA, quien justifica la procedencia del número impar, pues se corresponde con la composición de los órganos judiciales, en los que la titularidad de la potestad jurisdiccional la tiene siempre un Juez o un número impar de magistrados⁽⁴⁶⁶⁾; así como por MARTÍ MINGARRO, quien considera saludable que la problemática que se genera cuando se producen discordias en tribunales integrados en número par, venga resuelta desde el origen mediante la exigencia de que los árbitros sean designados en número impar⁽⁴⁶⁷⁾.

Posición distinta asume MUÑOZ SABATÉ, quien si bien recuerda que la exigencia legal del número impar se remonta al Derecho romano, en donde un texto del Digesto hablaba de lo conveniente de que el número de árbitros fuera impar a causa de la natural facilidad de los hombres para no ponerse de acuerdo (Digesto 4.8.17), relativiza la referida exigencia legal, al indicar que, “En primer lugar todos sabemos que salvo el caso de unicidad, cualquier pluralidad impar puede a la postre desdoblarse en una diversidad de criterios que impida la formación de una mayoría, dando lugar, por ejemplo a una condena total, una parcial y una absolución[...]”. En segundo lugar, afirma que, “[...] si se trata de un arbitraje institucional, donde los árbitros son nombrados por la institución arbitral al socaire de cualquier interferencia que coarte su independencia y libertad, en tal supuesto no se puede ni mucho menos excluir *a priori* ningún consenso final en la edición del laudo.

(463) BELLO JANEIRO, Domingo. En: *Comentarios breves a la Ley de arbitraje*, Madrid: Díaz-Bastien & Truan Abogados - Editorial Reus S.A., 2007, p. 76.

(464) CORDON MORENO, Faustino, *El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Editorial Aranzadi S.A., Madrid, 2005, p. 339.

(465) REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., ps. 282 y 283.

(466) GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. En: GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente (coordinador). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Editorial Lex Nova S.A., Madrid, 2004, p. 239.

(467) MARTÍ MINGARRO, Luis. En: GONZÁLEZ SORIA, Julio (coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004, p. 138.

No estoy demasiado seguro que el debate de tres pueda ser, por definición, más enriquecedor que el de dos solamente, pero puede haber casos, aunque sean excepcionales, en los que dicha dualidad resulte muy oportuna, por ejemplo, cuando las partes exigen una especialidad arbitral cuya rareza dificulte la selección de los árbitros”⁽⁴⁶⁸⁾.

En el caso peruano, como ya se dijo, no se ha mantenido el principio de imparidad que recogía la LGA, y se ha optado en la LA por el criterio que asume la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), dejándose en libertad a las partes para que determinen el número de árbitros.

Sin embargo, creemos que la LA ha debido contemplar una solución que, en ausencia de acuerdo de las partes, regule la elección del presidente del tribunal arbitral, cuando, habiéndose pactado por ejemplo un número par de árbitros, no se lograse un acuerdo mayoritario para tal fin.

En ese sentido, quizás hubiera sido conveniente contemplar una regla como la que establecía el segundo párrafo del artículo 24º de la anterior LGA, en el sentido de forzar la designación de un *impartial umpire* o árbitro dirimente, aplicable a los casos en que no hubiese logrado un acuerdo para determinar al árbitro que, entre los nombrados, ejercerá como presidente del tribunal. De esta forma, la no definición respecto a quién ejercerá la presidencia del tribunal arbitral hubiese generado que se convoque a un tercer árbitro, que no sólo se integraría al tribunal arbitral, sino que además lo presidiría. Esto último lo planteamos por cuanto la designación del presidente del tribunal arbitral es de suma importancia, por cuanto, conforme lo prevé el artículo 52º de la LA⁽⁴⁶⁹⁾, cuando no hubiese mayoría, las decisiones son adoptadas por quien se desempeña como presidente del tribunal arbitral.

Por otro lado, si bien en la mayoría de los casos el arbitraje está a cargo de uno o tres árbitros, siendo raro que el tribunal lo integren un

(468) MUÑOZ SABATÉ, Luis. En: DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y Santiago HIERRO ANIBARRO (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2006, ps. 325/327.

(469) “Artículo 52º.- *Adopción de decisiones.*

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considerará que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

3. Salvo acuerdo contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.”

número par de miembros, debemos señalar que en algunas oportunidades, ya sea en atención a la complejidad de los asuntos a tratar o para dar cabida procesal a las diferentes partes actuantes, como ocurre con los arbitrajes multipartes, se ha convenido la composición de tribunales arbitrales con más de tres árbitros.

Finalmente, en cuanto a la conveniencia de contar con tribunales arbitrales unipersonales o colegiados, creemos que, como refieren MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA, existen variadas razones y argumentos a favor y en contra de cada una de tales posibilidades. La argumentación en favor de los tribunales unipersonales se centra en una mayor economía y en una mayor celeridad en la emisión del laudo. En cambio, la opción de tribunales colegiados se sustenta en la necesidad de que exista una responsabilidad compartida y mayores posibilidades de acierto en la solución del problema, sobre todo en aquellos arbitrajes que entrañan problemas complejos⁽⁴⁷⁰⁾.



Art. 20°.—Capacidad.

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

COMENTARIO⁽⁴⁷¹⁾

SUMARIO: 1. *Personas naturales.* 2. *Capacidad de ejercicio.* 3. *Incompatibilidad.* 4. *Nacionalidad.* 5. *Requisitos adicionales.*

1. PERSONAS NATURALES

La función arbitral⁽⁴⁷²⁾ propiamente dicha solamente puede ser ejercida por seres humanos, de manera que necesariamente los árbi-

(470) MERINO MERCHÁN, José F. y José María CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª ed., Editorial Aranzadi S.A., Madrid, 2006, ps. 1358 y 1359.

(471) Por GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA: Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

(472) En especial: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, "Requisitos para ser árbitro". En *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 2, Lima, 2006 y MATHEUS LÓPEZ, Carlos Al-

tros han de ser personas naturales⁽⁴⁷³⁾, esto es, sujetos físicos que poseen atributos morales y racionales de entendimiento y voluntad —es decir, discernimiento con capacidad de enjuiciar— y a los que se puedan imputar derechos y deberes. A la inversa, no pueden arbitrar las personas jurídicas o morales (asociativas y colectivas en sus diversas modalidades o incluso individuales, como es el caso de la empresa individual de responsabilidad limitada).

La Ley General de Arbitraje precedente, Ley 26572, previó en el cuarto y último párrafo de su artículo 25° la posibilidad excepcional de que se designara como árbitro a una persona jurídica. Lo mismo establece la Quinta Disposición Complementaria del Decreto Legislativo de la nueva Ley de Arbitraje. Pero ambas normas precisan que para ese supuesto debe entenderse⁽⁴⁷⁴⁾ que tal designación significa solamente actuación de la persona jurídica “como entidad nominadora”, esto es, como el sujeto al que las partes (o, en su defecto, excepcionalmente, un tercero por ellos establecido) confieren la atribución de nombrar a los árbitros, de manera que la persona natural a la que nombre no actúa por cuenta ni en representación de la persona jurídica. [En estricto —para ser claros y exactos desde ahora—, no se trata de nombramiento ni de designación, sino de proposición de los nombres de los árbitros, que si aceptaran la propuesta (artículo 27°) y no fueran objetados por una o ambas partes o, excepcionalmente, por la institución administradora del arbitraje quedan instituidos como tales].

A poco que se mire se advertirá que es conveniente (aunque no consustancial a la institución arbitral) que no se admita que las personas jurídicas ejerzan función arbitral, pues a la postre el análisis, discernimiento y decisión lo tomaría la persona natural que ejerza la representación de la persona jurídica. Me explico, al razonamiento es atributo humano. A las personas jurídicas se les imputan existencia, derechos, deberes, obligaciones, voluntad, etc., pero como parangón o símil pues, en definitiva, su volición es y depende de la de personas naturales.

berto, “Estatuo y función del árbitro en el derecho peruano”. En: *Rivista dell' arbitrato*, Giuffré Editore, Milano, Fasc. 1, 2006.

(473) Véase en particular: FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho de las personas*, Grijley, Lima, 1986. Hay varias ediciones; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*. Hay varias ediciones.

(474) A juicio de CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, UPC, Lima, 2007, p. 273. El entendimiento significaba que la persona jurídica no era árbitro *sensu stricto*.

Como el artículo 1.1 de la LA dispone que se aplica solamente⁽⁴⁷⁵⁾ a los arbitrajes que se lleven a cabo en territorio peruano, el concepto de persona natural aquí empleado es el mismo que tenga establecido la ley nacional en el momento de inicio del arbitraje. Es improbable que en esto haya cambios, de modo que podemos decir que la calidad de persona natural coincide con la de persona humana, conforme al artículo 1° del Código Civil. Y sin distinción de origen, raza, sexo, idioma, religión o condición económica.

En definitiva, las personas jurídicas de toda especie están impedidas de ejercer función arbitral por sí mismas o por delegación. Entiéndase: función arbitral en los términos de rigor jurídico y los característicos de la institución del arbitraje, lo que no es óbice para que, sin la protección que la ley arbitral dispensa a los laudos, haya sujetos con conflictos de intereses que quieran asumir como decisión propia la que para ellos expida una persona jurídica.

¿Sería válida la designación arbitral que haya recaído en persona natural indeterminada pero determinable por referencia a su función o cargo en una persona jurídica? Ejemplo: que el convenio arbitral establezca que será presidente del tribunal quien entonces sea Decano de un cierto colegio profesional, o representante de una institución. Mi respuesta es afirmativa pues tal sujeto será sin duda una persona natural, aunque por voluntad de las partes deba ostentar además un cargo que, a juicio precisamente de esas partes, lo hace más idóneo para el arbitraje.

2. CAPACIDAD⁽⁴⁷⁶⁾ DE EJERCICIO

La norma establece que “pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”. Repárese en que el requisito no es solamente para el momento de aceptación o para cuando el tribunal arbitral ya queda constituido (*cfr.* artículo 27.2), sino que debe entenderse que ha de continuarse en tal aptitud de ejercicio hasta el instante final del proceso, que es cuando concluye la función arbitral. O sea, mientras se es árbitro.

De lo anterior se colige que si por cualquier circunstancia le sobreviene a un árbitro una causal de hecho o derecho que le impida ejercer sus derechos civiles, debe renunciar al cargo. La actual norma

(475) Salvo las excepciones establecidas en el artículo 1.2 del propio Decreto Legislativo.

(476) Sobre los distintos conceptos de capacidad en el ordenamiento jurídico peruano: ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *La capacidad civil de las personas naturales. Tutela jurídica de los sujetos débiles*, Lima, Grijley, 1998.

no contiene (como sí la anterior, artículo 27°) reglas sobre renuncia. Pero el que no tenga reglas no significa que esté prohibido o que sea imposible. En todo caso, si no renunciara sería de aplicación el inciso 1 del artículo 30°: “Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones [...]”.

El precepto bajo análisis reclama “pleno ejercicio”. O sea, no basta la capacidad de goce que tiene todo sujeto; se requiere completa capacidad de ejercicio y en aptitud de poder hacerlo a plenitud. El artículo 42° del CC establece que esta plenitud se alcanza a los dieciocho años, aunque también la confiere el artículo 46° CC para los mayores de dieciséis que hayan contraído matrimonio u obtenido título oficial que les autorice para desempeñar una profesión u oficio. Quienes tengan estas mayorías de edad pueden, sin embargo, no ser capaces para el ejercicio de todo o parte de sus derechos en los casos que enumeran los artículos 43° y 44° CC. O con otras palabras: son sujetos con capacidad restringida; no tienen capacidad plena.

Repárese en que las causales previstas en el artículo 43° CC determinan incapacidad absoluta. No ocurre lo mismo con las del artículo 44°, llamadas de incapacidad relativa, o sea no siempre completa o para todo. Lo cual se comprueba con el artículo 581° CC (a tenor del cual el juez que establezca la interdicción fija su extensión y límites) y con el artículo 591° del mismo Código (conforme al cual las restricciones a la actuación del pródigo, del mal gestor, del ebrio y del toxicómano no necesariamente son totales). No obstante, pues, que en términos civiles ciertas causales de incapacidad relativa no debieran excluir capacidad de arbitrar porque no merman el recto raciocinio, la Ley arbitral es especial y ha querido ser severa puesto que exige la tenencia del pleno ejercicio de la capacidad, no limitada un ápice. (Lo cual, dicho sea de paso, no deja de tener un atisbo de contradictorio, pues permite ser árbitro a quien legalmente posee plenos derechos civiles, pero no sabe leer y escribir, *ergo* no podría leer el laudo y firmarlo, suponiendo que no hubiera sido necesario que leyera otras piezas o actuaciones del proceso arbitral).

Desde luego que además de las causales de los numerales 43° y 44° puede haber otras restricciones de derechos, como son, por ejemplo, las establecidas en el artículo 1366° CC. Pero esas restricciones son específicas para actos singulares y en modo alguno obstativas del ejercicio de los derechos civiles, entendiendo latamente este ejercicio como la posibilidad de poder formar y expresar voluntad y actuar directamente y sin intermediario (representante) sobre los propios intereses personales y patrimoniales y que así sea reconocido por el ordenamiento jurídico.

Punto importante a dilucidar es el de capacidad en relación con el domicilio. El artículo 2070° del CC peruano dispone que:

“[...] la capacidad de la persona natural se rige [...] por la ley de su domicilio.

El cambio de domicilio no altera el estado [civil] ni restringe la capacidad adquirida en virtud de la ley del domicilio anterior.

[...]” (énfasis agregado).

Como expresa la Exposición de Motivos⁽⁴⁷⁷⁾ la regla “impide que la [capacidad] adquirida en el lugar de domicilio se restrinja luego, mediante el cambio de domicilio, pero permite que sea ampliada cada vez que el individuo cambie de domicilio, de acuerdo a la tendencia doctrinaria y jurisprudencial, de optar por la ley más favorable a la capacidad”. Como dice la misma Exposición de Motivos, “[...] el respeto al estado y a la capacidad regularmente adquiridos en otro país es principio recogido en casi todos los textos modernos de Derecho Internacional Privado como el Tratado de Derecho Internacional de Montevideo de 1940 [...]”.

En consecuencia, la capacidad del árbitro —o sea, si posee o no el pleno ejercicio de sus derechos— se determina según la ley de su domicilio, no según la ley peruana si el árbitro (peruano o de otra nacionalidad) ocasionalmente en funciones en el Perú no tiene domicilio en nuestro país.

3. INCOMPATIBILIDAD. REMISIÓN

Incompatibilidad significa carencia o falta de aptitud para que concurren o se adaptan entre sí personas, cosas o situaciones. En este caso se trata de incompatibilidad derivada de voluntad legal. Lo que significa que circunstancias objetivas concretas previstas pueden causar que determinada persona no tenga aptitud para desempeñar función arbitral. En este sentido que expongo, soy del parecer que *incompatibilidad* no significa existencia de relaciones con las partes, con la materia en discusión o con otras personas atinentes al caso singular que pudieran justificar la abstención o recusación del árbitro porque pudieran afectar su independencia o imparcialidad.

La incompatibilidad, pues, no se trata de un motivo limitante de la capacidad o de la neutralidad intelectual, sino restrictivo para ejercer el cargo de árbitro, porque este colisiona —es decir, no es compatible— con otro cargo, actividad o estado en que la persona propuesta como

(477) REVOREDO, Delia (compilador), “Derecho Internacional Privado”. En: *Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo VI, Lima, 1985, ps. 948 y ss.

árbitro se encuentre o que haya antes tenido (por ejemplo, quien fue juez y conoció la materia controvertida o algo vinculado a ella).

La incompatibilidad puede obedecer a disposiciones públicas o a regulaciones privadas. Sobre las razones de incompatibilidad de los funcionarios públicos me remito al comentario del artículo siguiente. Respecto de las privadas, puede suceder que determinados individuos estén sujetos a reglas que les impiden actuar como árbitros, sea por razones laborales o de otra índole, en todo arbitraje o en ciertos arbitrajes.

La existencia de una razón de incompatibilidad que se hubiera infringido podría ser causal de anulación, conforme al artículo 63.1 .c) de la LA, es decir, que la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable. Por tanto, se impone examinar la razón de la incompatibilidad. En efecto, supóngase, por ejemplo, que cierta persona está contratada a dedicación exclusiva por su empleador privado, lo que es ignorado por las partes en conflicto, y, sin embargo, acepta el nombramiento como árbitro. A mi juicio eso constituirá una infracción laboral en que incurra el sujeto, pero no debiera ser motivo de incompatibilidad, a menos que la naturaleza de las labores o actividades impida su coexistencia temporal.

4. NACIONALIDAD

Es precepto tomado literalmente de la ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para la Unificación del Derecho Mercantil Internacional - CNUDMI.

La nacionalidad no es factor que *per se* afecte la capacidad intelectual, el sano y recto discernimiento o el criterio mental, esto es, la posibilidad de juzgar y decidir. Tampoco afecta la capacidad jurídica, según nuestra legislación, ya que, como se ha dicho, la capacidad de obrar queda gobernada por la ley del domicilio, no la de la nacionalidad. Hubiera sido deseable, por tanto, que la acotación acerca de la nacionalidad fuera objeto de otro párrafo dentro del mismo artículo y que el título de este no solamente mencionara la capacidad. Además de una justificación dogmática, hay otra diferencia que también salta a la vista: la regla y exigencia de que el árbitro disfrute de plena capacidad es —me parece que no puede ponerse en duda— imperativa; indisponible; mandatoria. En cambio, la propia norma deja a la voluntad de las partes las influencias o repercusiones de la nacionalidad, pues en definitiva es un factor aleatorio que no necesariamente merma la neutralidad del árbitro, aunque una determinada nacionalidad pueda

producir afinidades o antipatías hacia determinadas partes nacionales de otros países o factores de conexión o leyes aplicables al fondo.

Por eso, partiendo de la premisa de que esta ley se aplica a los arbitrajes realizados en el Perú (artículo 1.1), pero que las partes pueden tener distinta nacionalidad, la norma ha querido poner énfasis en que la coincidencia de nacionalidad del árbitro con la de una de las partes no es por razón que por sí misma constituya impedimento u obstáculo, salvo que las partes así lo hayan establecido, directamente ellas o por sometimiento al reglamento arbitral que hubieran elegido para gobernar el arbitraje.

En ese contexto hay clara concordancia entre esta previsión y los preceptos contenidos en los incisos 1 y 2 del artículo 22º, referidos a los abogados que deban intervenir en los arbitrajes de derecho.

5. REQUISITOS ADICIONALES

Las partes son libres de establecer calificaciones especiales para los árbitros⁽⁴⁷⁸⁾. Normalmente lo pactan en el negocio jurídico del convenio arbitral. Obviamente los reglamentos de las instituciones arbitrales a disposición de las partes también pueden contener requisitos especiales.



Art. 21º.—Incompatibilidad.

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectiva.

COMENTARIO⁽⁴⁷⁹⁾

SUMARIO: 1. *Antecedentes.* 2. *Análisis.*

(478) Véase, por ejemplo: CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURU, *El arbitraje en el Perú. Desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación Bustamante, Lima, 1994, p. 256.

(479) Por GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA: Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

1. ANTECEDENTES

El artículo 26º de la normativa anterior enumeraba con detalle cuáles eran los funcionarios con incompatibilidad legal, precisando además el precepto que la infracción causaría la nulidad del nombramiento y del laudo.

Se consignaba así a los magistrados, con excepción de los jueces de paz los fiscales, los procuradores públicos, los ejecutores coactivos, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional, el Contralor de la República, etc.

2. ANÁLISIS

Empero, la norma anterior omitía a muchos otros funcionarios que por motivo de su cargo o actividad presente o anterior tampoco deberían poder ser árbitros: los Ministros de Estado, los integrantes de tribunales administrativos a dedicación exclusiva (por ejemplo los del Tribunal Fiscal), otros funcionarios o servidores públicos a dedicación exclusiva o que por la naturaleza de sus actividades vigentes o previas no deben arbitrar, quienes por su función anterior han tenido acceso privilegiado a conocimientos o a información, etcétera.

Precisamente para la razón dicha y porque la ley arbitral no es el lugar más idóneo para establecer causas de incompatibilidad, la nueva norma es deliberadamente más elástica y no es necesario que la incompatibilidad esté establecida en dispositivo con rango de ley. Por eso, es que la parte final del artículo menciona “los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectiva”, dando así a entender que esta norma podría ser, por ejemplo, el estatuto de una institución de derecho público, aunque no haya sido aprobado por disposición legal propiamente dicha.

Ahora bien, como puede suceder que las partes o la institución designadora no sepan que el propuesto es funcionario o servidor público o que su cargo no le permite (o le permite con ciertas limitaciones) ejercer como árbitro, lo aconsejable por motivos de prudencia es que se imponga como sana costumbre que, al aceptar el cargo, el propuesto declare especialmente que no le afecta ninguna causa de incompatibilidad por causa de su función pública vigente o anterior.

Aunque otras normas adicionales pueden establecer incompatibilidades, la Ley 27588 estableció (artículo 2.f) que no pueden intervenir como árbitros (artículo 1º) “Los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrati-

vos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan han accedido a información privilegiada o determinantes [...]” en los procesos vinculados a la repartición estatal con la que tuvieron relación.

Nótese que el precepto bajo análisis se refiere a los funcionarios y servidores del Estado peruano, lo que viene a significar que quienes presten servicios a otros Estados o a dependencias de otros Estados quedan sujetos a sus respectivas normas nacionales, que pueden o no establecer incompatibilidad para actuar como árbitro.



Art. 22º.—Nombramiento de los árbitros.

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.

2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.

3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.

4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.

5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en este Decreto Legislativo, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 23º.

COMENTARIO ⁽⁴⁸⁰⁾

SUMARIO: 1. *El requisito de ser abogado para poder actuar como árbitro.* 2. *Reconocimiento de la libertad que tienen las partes para acordar que sean ellas mismas o un tercero quien designe a los árbitros.* 3. *Procedimiento de nombramiento de árbitros residual.* 4. *Imposibilidad de revocar la designación de un árbitro.*

1. EL REQUISITO DE SER ABOGADO PARA PODER ACTUAR COMO ÁRBITRO

El primer apartado de este artículo exige que en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario.

Se trata ésta de una exigencia que nos viene acompañando de antaño ⁽⁴⁸¹⁾ y que además, es exigida por varias legislaciones arbitrales latinoamericanas, como es el caso de Panamá, Costa Rica, Ecuador, Honduras, El Salvador y Venezuela.

Nosotros ya nos hemos pronunciado en diversas oportunidades acerca de que esta exigencia legal lo único que pretende es el mantener un injustificado coto de caza en favor de los abogados, a la par que significa una inaceptable intromisión en la autonomía de voluntad de las partes ⁽⁴⁸²⁾.

Por ello, aquí considero más que pertinente citar a ZULETA ⁽⁴⁸³⁾:

“Una primera limitante se encuentra en el ya tradicional concepto de que los árbitros, siempre que trate del llamado arbitramento en derecho, deberán ser abogados, limitándose la intervención de otros profesionales a los llamados arbitramentos técnicos o al arbitramento en conciencia. Es indudable que las decisiones que involucren la interpretación y aplicación de normas jurídicas requieren de la presencia de expertos para garantizar, en la medida de lo posible, que el laudo pueda hacerse efectivo, pero ello no significa, como se ha considerado tradicionalmente, que en

(480) Por FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

(481) Era ya una obligación impuesta por el antiguo Código de Procedimientos Civiles de 1912, que pasó luego a las Leyes Generales de Arbitraje de 1992 y 1996.

(482) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, UPC, Lima, 2007, ps. 274/285.

(483) ZULETA, Eduardo, “En busca de árbitros y jueces para un arbitramento desnaturalizado”. En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje*, www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-04.html, ps. 7/8.

todo arbitraje de los llamados ‘en derecho’ los árbitros deban ser únicamente abogados.

La internacionalización de la economía, la especialización de los negocios, el tráfico acelerado de bienes y servicios y los avances tecnológicos, por nombrar apenas algunos factores, han resultado en un alto grado de sofisticación de los contratos internacionales y en no pocas ocasiones, si bien los temas materia del arbitraje tienen que ver con cuestiones vinculadas al mundo jurídico (por ejemplo la naturaleza o el incumplimiento del contrato), la cuestión debatida y su resolución dependen más de un claro entendimiento y apreciación de los aspectos económicos, tecnológicos o científicos de la controversia que de la aplicación de una regla jurídica o de un determinado sistema jurídico. Por ello en el arbitramento internacional se acepta sin ninguna resistencia la posibilidad de que las partes nombren como árbitros a profesionales no abogados, en arbitramentos que tradicionalmente y bajo el concepto clásico latinoamericano calificarían como arbitramentos en derecho. Si los abogados-árbitros pueden hacerse asesorar por profesionales de otras disciplinas para comprender los temas que escapan al ámbito del derecho y poder emitir un laudo que realmente defina los puntos materia de la controversia, no repugna, y así se ha entendido en el arbitraje internacional, que árbitros no abogados intervengan como árbitros para definir la controversia, con la asesoría de profesionales del derecho o designando a un abogado como uno de los miembros del tribunal arbitral. En innumerables ocasiones el comerciante, el técnico, el científico o la compañía dedicada a una determinada actividad verán con un mayor grado de confianza a sus colegas de profesión, a quienes conocen su jerga y se mueven en su medio, que a unos distantes y fríos profesionales del derecho con dificultades a veces para comprender la naturaleza misma de las diferencias. ¿Y no es la confianza la base sobre la cual se estructura toda la institución arbitral?”

En todo caso, tal y como están redactados el primer y segundo apartados del artículo bajo comentario, felizmente la aplicación de este requisito se encuentra gravemente limitado, por lo siguiente:

a) No se aplica al arbitraje internacional⁽⁴⁸⁴⁾.

b) Cuando resulte de aplicación al arbitraje nacional, la norma permite el “acuerdo en contrario”, lo que, como bien indica MANTILLA-SERRANO⁽⁴⁸⁵⁾ en referencia a una disposición similar de la Ley de Arbitraje española de 2003, “en nada debería impedir que ese acuerdo conste directamente en el convenio arbitral o en pacto subsiguiente entre las partes, o conste en el reglamento arbitral al cual las partes se hayan sometido”.

(484) Ver comentario al artículo 5° de la Ley de Arbitraje.

(485) MANTILLA SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, p. 102.

Es más, en mi opinión, aun cuando no existiera pacto en contrario en los términos correctamente propuestos por MANTILLA-SERRANO, considero que como el requisito de ser abogado ha dejado de ser uno de orden público (ya que se permite el pacto en contrario), en caso una parte designe a un no abogado y la otra parte no lo recuse en tiempo oportuno⁽⁴⁸⁶⁾, se configurará un supuesto de dispensa⁽⁴⁸⁷⁾.

c) En todo caso, siempre que sea necesario designar a un abogado, “no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera”, lo que posibilita que al menos el universo de potenciales árbitros no se limite en forma alguna a abogados peruanos⁽⁴⁸⁸⁾.

2. RECONOCIMIENTO DE LA LIBERTAD QUE TIENEN LAS PARTES PARA ACORDAR QUE SEAN ELLAS MISMAS O UN TERCERO QUIEN DESIGNE A LOS ÁRBITROS

Como bien indica BACHMAIER WINTER⁽⁴⁸⁹⁾:

“[l]a designación de los árbitros es una de las actuaciones fundamentales de un arbitraje. La institución arbitral, su desarrollo y su eficacia dependen en gran medida de la persona que actúe como árbitro. Entre las ventajas que tradicionalmente se han subrayado en el arbitraje como medio de resolver una controversia, se encuentra el elemento de la confianza en el árbitro: no sólo en su honestidad o imparcialidad, sino también en su capacidad, competencia y discreción para decidir. Pero esa ventaja se convierte en factor de fracaso de la institución arbitral precisamente cuando las partes no tienen confianza en quien ha de desempeñar la función arbitral. Por ello, en la búsqueda de esos elementos que fundan la confianza [...] la legislación arbitral, como norma básica, permite que las

(486) Ver comentario al artículo 29º de la Ley de Arbitraje.

(487) Ver comentario al artículo 28.4 de la Ley de Arbitraje.

(488) GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *El arbitraje internacional en la sección segunda de la Ley N° 26572*, Lima, 2004, p. 128, “[P]ara actuar como árbitro de derecho en el Perú, no se requiere revalidar el título de abogado, tanto en un arbitraje nacional como internacional”. DE TRAZEGNIES G., Fernando, “Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje”. En: *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, N° 1, Lima, 2006, www.limaarbitration.net/fernando_de_trazegnies_granda.pdf, p. 167, “[P]ara los efectos del arbitraje de Derecho, no se exige que el título de abogado haya sido revalidado en el Perú sino que, cuando menos para estos efectos, se reconoce al abogado graduado en el extranjero en posición igual al abogado graduado en el Perú”. Si bien ambas citas están referidas a la hoy derogada Ley General de Arbitraje de 1996, las conclusiones de ambos autores son válidas dentro del actual régimen legal.

(489) BACHMAIER WINTER, Lorena, “Artículo 15º. Nombramiento de los árbitros”. En: ARIAS LOZANO, David (Coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 145.

partes efectúen libremente la designación de los árbitros” o deleguen en un tercero de su confianza, incluida una institución arbitral, la ejecución de tal función”.

Esto es justamente lo que establece el apartado 3 del artículo bajo comento, al disponer que los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo⁽⁴⁹⁰⁾. Los diferentes posibles procedimientos de designación serán tratados al analizar el artículo 23° de la Ley de Arbitraje⁽⁴⁹¹⁾.

3. PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS RESIDUAL

El apartado 5 del artículo materia de este comentario regula el supuesto de que el nombramiento de los árbitros no pueda efectuarse conforme al procedimiento acordado por las partes.

Como bien señala BACHMAIER WINTER⁽⁴⁹²⁾, este apartado se aplica “con independencia de cuál sea la causa por la que no es posible realizar el nombramiento de los árbitros conforme a lo pactado. En este aspecto es indiferente que lo acordado no pueda llevarse a cabo por el incumplimiento de una de las partes, o porque concurre una causa ajena a la voluntad de las mismas”.

En cualquiera de estos casos, corresponderá recurrir a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para que cumpla con la tarea de designación.

Pero, también es posible que la “imposibilidad de la aplicación del procedimiento pactado entre las partes pueda derivar [...] del hecho de que el tercero [...] al que se defirió el nombramiento de los árbitros en el convenio arbitral se niegue a aceptar el encargo o, una vez aceptado, no cumple su función por cualquier motivo, voluntario o ajeno a su voluntad. El problema también se da en el caso en que se hubiera estipulado que la designación de los árbitros la realizaría una institu-

(490) OKEKEIFERE, Andrew I., *Appointment and Challenge of Arbitrators under the UNCITRAL Model Law: Part 1: Agenda for Improvement*. En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 2 Nos. 5/6, 1999, p. 169, opina que disposiciones como la que comentamos “is indeed a perfect example of sacred principle of party autonomy. The parties may agree on anything they deem fit for themselves as the procedure for the appointment of their arbitrator(s). They are after all the best judges of their own interests in such matters so long as they act out of their individual free volition and within the confines of law”.

(491) Ver comentario al artículo 23° de la Ley de Arbitraje.

(492) BACHMAIER WINTER, Lorena, “Artículo 15°. Nombramiento de los árbitros”, *op. cit.*, p. 161. Si bien la autora se refiere al artículo 15° de la Ley de Arbitraje española de 2003, su punto de vista es plenamente aplicable en el Perú.

ción arbitral y en el momento del surgimiento de la controversia esa institución ya no existe, o bien cuando se encomendó la designación a un determinado órgano cuya estructura ha variado o se ha integrado en otro”⁽⁴⁹³⁾. En cualquiera de estos casos o cuando las partes simplemente no han identificado a un tercero o a una institución arbitral y no han podido por cualquier causa nombrar a los árbitros y no han establecido en el camino alguna nueva disposición al respecto, se procederá con el sistema de designación residual de árbitros dispuesto en el artículo 23º de la LA⁽⁴⁹⁴⁾.

4. IMPOSIBILIDAD DE REVOCAR LA DESIGNACIÓN DE UN ÁRBITRO

El apartado 4 del artículo bajo comentario dispone que una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento, salvo acuerdo en contrario.

Esta disposición pretende regular o, mejor dicho, acabar con una indeseable práctica: Una parte designa a su árbitro y se lo informa a la otra parte. Esta última designa e informa a su contraparte acerca de quién es su árbitro, ante lo cual el primero decide “nombrar” a un nuevo árbitro.

Conforme a la norma bajo análisis, esto simplemente no es más posible. Una vez que una parte ha notificado a la otra el nombre del árbitro que ha designado, no cabe “sustituirlo” por otro. Existe sólo una excepción: si el árbitro designado no acepta el encargo⁽⁴⁹⁵⁾.



Art. 23º.—Libertad de procedimiento de nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

(493) *Ibíd.*, p. 161.

(494) Ver comentario al artículo 23º de la Ley de Arbitraje.

(495) Ver comentario al artículo 27º de la Ley de Arbitraje.

a. 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 quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.

b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

COMENTARIO ⁽⁴⁹⁶⁾

SUMARIO: *1. Libertad para configurar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros, pero respetando el principio de igualdad.*

(496) Por FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

2. Diferentes métodos para la designación de los árbitros y el método supletorio dispuesto en el artículo bajo comentario. 2.1. Arbitraje institucional. 2.2. Arbitraje ad hoc.

1. LIBERTAD PARA CONFIGURAR EL PROCEDIMIENTO PARA EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS, PERO RESPETANDO EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

El artículo bajo comentario consagra la libertad de las partes para configurar el procedimiento mediante el cual se designará al árbitro único o a los árbitros y prevé el procedimiento supletorio que habrá que seguirse en caso necesario.

Sobre lo primero, en el siguiente apartado trataré acerca de los diferentes procedimientos de designación de los árbitros que pueden acordar las partes⁽⁴⁹⁷⁾. Aquí, sin embargo, quiero referirme al principio de igualdad que como bien señala MANTILLA-SERRANO⁽⁴⁹⁸⁾, implica “ofrecer a todas las partes el mismo grado de participación en la designación del árbitro”.

Como bien explica BACHMAIER WINTER⁽⁴⁹⁹⁾, “[a]unque en el arbitraje no se desarrolla una potestad estatal, como es el caso de la jurisdicción, ciertos principios y garantías del ejercicio de la función jurisdiccional también han de ser respetados en el proceso arbitral, y en particular en la designación de los árbitros, puesto que los laudos arbitrales, una vez firmes, revisten eficacia de fuerza de cosa juzgada [...] Por ello, la ley prevé un límite a la autonomía de la voluntad de las partes en la designación de los árbitros, con el fin de que el modo en que ésta se realiza no se traduzca en una merma de la garantía de imparcialidad. La exigencia del respeto al principio de igualdad entre las partes en el procedimiento de designación tiene como objetivo evitar que una de las partes decida unilateral o arbitrariamente quién ha de desarrollar la función arbitral, con el consiguiente riesgo para la posición imparcial del árbitro. En definitiva, esta norma constituye una concreción del principio de la imparcialidad del tribunal arbitral, y ésta sólo queda adecuadamente garantizada si en la conformación del órgano decisor han intervenido ambas partes en igual medida”.

(497) También analizaré el procedimiento supletorio dispuesto por la Ley de Arbitraje.

(498) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, p. 103.

(499) BACHMAIER WINTER, Lorena, “Artículo 15º. Nombramiento de los árbitros”. En: ARIAS LOZANO, David (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Thompson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 150.

Como bien señala una vez más MANTILLA-SERRANO⁽⁵⁰⁰⁾, se vulnerará este principio cuando en un convenio arbitral se deje “exclusivamente a la voluntad de una sola de las partes la selección del árbitro [o de todos o de la mayoría de los árbitros que componen un Tribunal Arbitral]”⁽⁵⁰¹⁾.

Muy bien, ¿y cuál es la sanción ante la existencia de un pacto como el identificado en el párrafo precedente? ¿La nulidad del convenio arbitral o la nulidad de la estipulación?

Sobre este particular, identifico que, por ejemplo, el artículo 9° de la Ley General de Arbitraje de 1992 sancionaba la existencia de este pacto con la nulidad del convenio arbitral; mientras que el último párrafo del artículo 14° de la LGA sancionaba esta misma situación con la nulidad de la estipulación. En cambio, la actual LA guarda silencio acerca del remedio aplicable.

Sin embargo, como bien indica BACHMAIER WINTER⁽⁵⁰²⁾, “a falta de una norma expresa que prevea la nulidad de todo el convenio arbitral, la ineficacia sólo debe proyectarse sobre la disposición que atente contra el principio de igualdad. Es la solución más acorde con las normas del CC sobre contratos⁽⁵⁰³⁾ y la más coherente en orden a mantener el desarrollo del arbitraje”.

Es más, en mi opinión, existe un argumento aún más poderoso para reducir la sanción a la estipulación: El acuerdo acerca del pro-

(500) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, op. cit., p. 103.

(501) En cambio, obviamente no se violará este principio si es que una parte tiene la opción de designar a un árbitro, pero decide estratégicamente no ejercer dicha facultad.

(502) BACHMAIER WINTER, Lorena, “Artículo 15°. Nombramiento de los árbitros”, op. cit., p. 151. Si bien la autora se refiere a la legislación española, su punto de vista es plenamente aplicable en el Perú. MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, op. cit., p. 103, “No sobra aclarar que un modo de designación que vulnere la igualdad de las partes no conlleva la nulidad del convenio arbitral. Simplemente, se debe tener por no escrito y debe entonces operar el sistema de designación supletorio previsto en la Ley de Arbitraje”.

(503) Cuando estaba vigente en el Perú el artículo 1918° del Código Civil de 1984, esta norma sancionaba la violación al principio de igualdad con la nulidad de la estipulación. Como bien explicaba CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “Cláusula Compromisoria y Compromiso Arbitral”. En: REVOREDO, Delia (Compiladora). *Código Civil. Exposición de motivos y comentario*, Tomo VI, Lima, 1985, p. 685, “conviene aclarar que la nulidad afectará sólo al pacto [...] [y no] perjudicará en lo absoluto al compromiso. Es esta una aplicación del principio consagrado en el artículo 224°, primer párrafo, del Código Civil, según el cual ‘la nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables’”. Los comentarios hechos entonces por el maestro CÁRDENAS, resultan plenamente aplicables hoy.

cedimiento de designación de los árbitros no es un elemento esencial del convenio arbitral⁽⁵⁰⁴⁾. En consecuencia, si adicionalmente a los elementos esenciales del convenio arbitral, las partes incorporan una estipulación acerca del procedimiento de designación de árbitros que viola el principio de igualdad, pues corresponderá sancionar con la nulidad exclusivamente a ese pacto, pero sin afectar la validez del pacto de sometimiento a arbitraje.

Por último, ¿qué sucederá si finalmente el tribunal arbitral se constituye en violación del principio de igualdad?

Pues entiendo que aquí lo que corresponderá es que la parte afectada, según las circunstancias del caso en concreto, recuse a uno o más miembros del colegiado arbitral⁽⁵⁰⁵⁾ y, si aun así no se subsana el defecto, podrá invocarse contra el laudo el motivo de anulación previsto en el artículo 63(1)(c) de la Ley de Arbitraje⁽⁵⁰⁶⁾.

2. DIFERENTES MÉTODOS PARA LA DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y EL MÉTODO SUPLETORIO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO BAJO COMENTARIO

Como bien identifican REDFERN y HUNTER⁽⁵⁰⁷⁾, existen diferentes métodos para designar a los árbitros, siendo los más comunes los siguientes:

- Mediante acuerdo de las partes;
- Mediante su designación por una entidad gremial;
- Mediante su designación por una entidad profesional;
- Mediante su designación por una institución arbitral;
- Mediante el método de listas⁽⁵⁰⁸⁾;

(504) Ver comentario al artículo 13º de la Ley de Arbitraje. Por todos, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, UPC, Lima, 2007, ps. 226/234.

(505) Ver comentario al artículo 28.3 de la Ley de Arbitraje.

(506) Ver comentario al artículo 63.1.c de la Ley de Arbitraje.

(507) REDFERN, Alan y HUNTER, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, London: Sweet & Maxwell, 1986, p. 160.

(508) El método de listas tiene diversos sub-métodos. Por ejemplo, uno de ellos consiste en el intercambio entre las partes de una lista de "x" número de potenciales árbitros. Otro, por ejemplo, utilizado por la American Arbitration Association (AAA), consiste en que la AAA alcanza a ambas partes una lista idéntica de potenciales árbitros. Sobre este particular, leer a: MCLAREN, Douglas Earl, "Party-Appointed vs List-Appointed Arbitrators: A Comparison". En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 20, Nº 3, 2003, p. 235.

- Mediante el método de que cada parte nombra un árbitro y éstos últimos designan al presidente del tribunal arbitral; y,
- Mediante su designación por el poder judicial.

De todos éstos, el más utilizado, sin duda alguna, es el método según el cual cada parte designa a un árbitro y entre los dos árbitros designados se nombra a un tercer árbitro que presidirá el tribunal arbitral⁽⁵⁰⁹⁾.

No es el momento para analizar cada uno de estos métodos y menos las posibles combinaciones de métodos que se pueden⁽⁵¹⁰⁾ (y algunas veces deben⁽⁵¹¹⁾) acordar entre las partes. Básteme para efectos de entender el funcionamiento residual del artículo 23° de la LA, explicar cómo es que se designa a los árbitros dependiendo de que el arbitraje se lleve adelante ante una institución o centro de arbitraje o se trate de un arbitraje *ad hoc*.

2.1. Arbitraje institucional

Cuando las partes suscriben un convenio arbitral como el siguiente: “Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro 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”⁽⁵¹²⁾; lo que están pactando es un arbitraje institucional, es decir, un arbitraje que será administrado en todas sus fases por una persona jurídica constituida para dicho fin.

(509) Por todos, leer a: FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN *on International Commercial Arbitration*. Emmanuel GAILLARD y John SAVAGE (editores). Kluwer Law International, 1999, p. 543.

(510) BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*. Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventon & Boston, 1994, p. 265, por ejemplo, explica que una combinación de métodos se pueden dar, de la siguiente manera: Cada parte designa un árbitro y luego los dos árbitros se ponen de acuerdo en una lista de cinco potenciales candidatos a presidente, pudiendo cada parte tachar a dos de ellos.

(511) Por ejemplo, y como veremos más adelante, no hay duda que si las partes pactan un arbitraje *ad hoc* con tres árbitros y acuerdan que cada una de ellas designará un árbitro, resultará más que conveniente identificar a una entidad gremial o profesional o a una institución arbitral que nombre a los árbitros faltantes en caso una de las partes no nombre a su árbitro o los dos árbitros designados por las partes no puedan ponerse de acuerdo en el nombre del tercer árbitro.

(512) Cláusula modelo de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, según modificatoria vigente a partir del 1 de setiembre de 2008.

En estos casos, apelar a alguno de los posibles métodos de designación de los árbitros que he descrito, dependerá de lo que disponga el reglamento de arbitraje de la institución arbitral correspondiente.

Lo primero que uno debe verificar es si el reglamento de la institución arbitral acordada permite que las partes puedan elegir libremente el método de designación de árbitros de su preferencia⁽⁵¹³⁾, ya que algunos centros de arbitraje establecen un método en particular que las partes no pueden pactar en contrario. En todo caso, si las partes no acuerdan un método de designación (cuando ello es reglamentariamente posible), las instituciones arbitrales suelen establecer un método supletorio aplicable.

A renglón seguido hay que verificar si el reglamento arbitral permite a las partes nombrar libremente a sus árbitros, ya que existen algunas instituciones arbitrales que exigen a las partes el designar únicamente a personas que están registradas en su lista de árbitros o se reservan la facultad de ratificar o de designar a alguno o todos los árbitros⁽⁵¹⁴⁾.

Independientemente de lo indicado en los párrafos precedentes, el reglamento de la institución arbitral regulará el procedimiento y los plazos dentro de los cuales las partes, los árbitros o la propia institución, procederán a la designación de los árbitros, correspondiendo siempre a dicha institución el nombramiento de alguno o de todos los árbitros cuando las partes o los árbitros ya designados no cumplan con realizar el nombramiento respectivo⁽⁵¹⁵⁾.

De esta manera, cuando estamos ante un arbitraje administrado o institucional, todo lo relativo a la forma y plazos para el nombramiento de los árbitros estará regulado por el reglamento arbitral aplicable⁽⁵¹⁶⁾.

(513) Por ejemplo, sí lo permite el artículo 26(1) del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

(514) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN on International Commercial Arbitration, *op. cit.*, p. 473, "Arbitral institutions are at liberty to provide in their rules that the institution will only intervene on a subsidiary basis to resolve difficulties with the appointment of the arbitrators. Equally, they may provide that the institution will play a more active role, either by compiling list of arbitrators from which the parties are free to choose, or by reserving a right to confirm (or reject) the arbitrators proposed by the parties or the party-appointed arbitrators, or even by itself directly appointing some or all of the arbitrators (usually the sole arbitrator or the third arbitrator)".

(515) *Vid.*, por ejemplo, el artículo 12º de las Reglas de Arbitraje del Centro de Arbitraje AMCHAM-Perú y el artículo 27º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

(516) VÁRADY, Tibor, "On Appointing Authorities in International Commercial Arbitration". En: *Emory Journal of International Dispute Resolution*, Vol. 2, 1988, p. 312, "If the parties entrusted their dispute to an institutional arbitration tribunal, the lack of their further cooperation with respect to the nomination of arbitrators, and the absence

2.2. Arbitraje *ad hoc*

En el arbitraje *ad hoc* las partes tienen libertad para establecer, si así lo desean, el método de designación de árbitros que mejor se acomode a sus intereses, siempre y cuando no se viole el principio de igualdad. Sin embargo, como ellas no cuentan con una institución arbitral que les administre su arbitraje, el método de designación que acuerden tiene que ser lo suficientemente inteligente y completo, a efectos de garantizar que el tribunal arbitral finalmente será nombrado en su integridad.

Una manera de lograr esa finalidad es incorporando en el pacto arbitral la intervención de terceros (denominados en doctrina “entidades nominadoras”)⁽⁵¹⁷⁾ a quienes se les difiere sea directamente o en caso alguna de las partes no colabore en la designación, la labor de nombrar a uno o más árbitros⁽⁵¹⁸⁾.

Ahora bien, si las partes no han pactado un método de designación de árbitros, los apartados a y b del artículo bajo comento establecen uno supletorio, dependiendo el número de árbitros que deberán de intervenir en la resolución de la controversia.

Así, si las partes han pactado un arbitraje con árbitro único o han acordado que todos los miembros del tribunal arbitral o el presidente del mismo serán nombrados de común acuerdo, ellas tendrán un plazo de quince (15) desde el primer requerimiento para cumplir con hacerlo.

Por su parte, en caso se haya pactado un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros⁽⁵¹⁹⁾, cada parte⁽⁵²⁰⁾ tendrá sucesivamente quince (15) días para nombrar a un árbitro y los dos árbitros así designados contarán con idéntico plazo para nombrar al tercer árbitro, quien presidirá el tribunal arbitral⁽⁵²¹⁾.

of detailed provisions in the arbitration agreement, would not normally render the arbitration agreement inoperative. By choosing an institution, the parties have placed their arbitration clause against a normative background which provides solutions.”

(517) Ver comentario al artículo 22.3 de la Ley de Arbitraje.

(518) VÁRADY, Tibor, “On Appointing Authorities in International Commercial Arbitration”, *op. cit.*, p. 342, “The choice of an appointing authority reinforces the viability of the arbitration clause and brings about its self-reliant functioning”.

(519) Conforme a lo dispuesto en el artículo 19° de la Ley de Arbitraje, si las partes no pactan el número de árbitros, se entiende que serán tres.

(520) El apartado c del artículo bajo comentario dispone que si existe pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes de forma conjunta deberán designar a un árbitro y, seguidamente, los demandados deberán hacer lo mismo.

(521) Independientemente de que se trata de un método supletorio, lo cierto es que es el método más usado por las partes tanto en el arbitraje institucional, como en

Por último, si el método elegido por las partes o, a falta, el dispuesto supletoriamente en este artículo, no culmina (por cualquier motivo) exitosamente en la constitución del tribunal arbitral o en la designación del árbitro único, el apartado d de este artículo establece que la parte interesada puede acudir a la entidad nominadora residual de árbitros que, en este caso, serán las Cámaras de Comercio⁽⁵²²⁾.

En el arbitraje nacional, será la Cámara de Comercio del lugar acordado por las partes para llevar adelante el arbitraje y, a falta, la del lugar donde se ha celebrado el convenio arbitral. Si no existe una Cámara de Comercio en alguno de dichos lugares, el nombramiento será realizado por la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

Por su parte, si el arbitraje es internacional, el apartado e del artículo bajo comentario dispone que la entidad nominadora residual será la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje y, si nada se ha pactado al respecto, la Cámara de Comercio de Lima.

Esta se trata de una respuesta legal singular⁽⁵²³⁾, ya que en la gran mayoría de las legislaciones arbitrales del mundo se prevé que la entidad nominadora residual de árbitros será un juez⁽⁵²⁴⁾.

Considero que ha pesado en la decisión del legislador la consolidación de la práctica arbitral en el Perú que comenzó en el año 1996 con la dación de la hoy derogada LGA y, especialmente, de la prácti-

el *ad hoc*. BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration in the United States*, op. cit., p. 61, "For three-person panels, most clauses call for each party to nominate an arbitrator, and for the two 'party-arbitrators' to attempt to agree on a chairman".

(522) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, op. cit., ps. 105/106. Como bien explica el autor, la intervención de la entidad nominadora residual de árbitros se dará sólo "para evitar la inoperabilidad o ineficacia de un procedimiento de designación (ya sea, por ejemplo, por mala redacción del convenio arbitral o por carencia o inexistencia de la institución arbitral designada) que impida la puesta en marcha del arbitraje o aun porque el procedimiento acordado vulnere la igualdad de las partes según lo ya comentado".

(523) Aunque no es única en su género. En efecto, por ejemplo, el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (Ginebra, 1961) establece en su artículo IV que cuando las partes se han sometido a un arbitraje *ad hoc* y una de ellas no colabora en la designación de los árbitros, el interesado podrá solicitar el nombramiento al Presidente de la Cámara de Comercio competente del país en el cual tenga su residencia habitual o su sede social la parte omitente en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje.

(524) VÁRADY, Tibor, "On Appointing Authorities in International Commercial Arbitration", op. cit., p. 314, "Today, in most countries, statutory or other municipal rules provide for court assistance in the constitution of the arbitration panel or in the choice of a single arbitrator".

ca arbitral en las Cámaras de Comercio del país⁽⁵²⁵⁾. Además la pobre performance que tuvieron los jueces como entidades nominadoras residuales de árbitros, tanto en el tiempo requerido para lograr las designaciones, como en la incertidumbre acerca de las personas a ser nombradas para fungir como árbitros.

En todo caso, no niego que se trata de una decisión discutible. Sin embargo, como siempre le digo a mis alumnos universitarios, llegar ante la autoridad residual significa que los abogados de las partes no han hecho bien su tarea al momento de pactar un convenio arbitral. Por tanto, si algún operador del arbitraje no se encuentra feliz con la opción asumida en la LA, pues bastará que pacte un arbitraje institucional o, si desea someterse a un arbitraje *ad hoc*, que establezca una cláusula eficiente que garantice la constitución del tribunal arbitral.



Art. 24°.—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 el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) 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 d. del artículo 23°.

COMENTARIO⁽⁵²⁶⁾

Sin árbitros no hay proceso arbitral. Consiguientemente, uno de los aspectos a los que debe prestarse especial interés es el relativo al nombramiento de árbitros, debido a que es en esta etapa donde suelen producirse grandes entrapamientos, especialmente cuando alguna de las partes se propone evadir el arbitraje, o cuando las reglas acorda-

(525) Por ejemplo, según información que me ha proporcionado el doctor Paolo del Águila, Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, esta entidad ha administrado entre 1996-2009 1,721 casos por un monto equivalente a los dos mil doscientos millones de dólares americanos. Además, es de público conocimiento la cada vez mayor actividad arbitral en cámaras de comercio, como las de Trujillo, Piura, Tacna, entre otras.

(526) Por **ENRIQUE FERRANDO GAMARRA**: Socio Principal del Estudio Osterling Abogados. Vice Presidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

das por las partes para la designación de los árbitros son inoperantes, dificultando la correcta integración del Tribunal Arbitral.

El artículo 22º de la LA establece en su tercer numeral que “los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo”. Si el nombramiento de los árbitros ocurre, bien porque las partes lo realizan o bien porque la institución arbitral o el tercero cumplen con el encargo conferido, el Tribunal quedará integrado y solo restará que se instale para dar inicio propiamente al proceso arbitral. El problema se presenta cuando el nombramiento no llega a producirse y las partes no han previsto algún remedio para resolver esa situación. Casos típicos de entrapamiento son los siguientes:

- Cuando una de las partes es renuente a designar a su propio árbitro.

- Cuando habiendo pluralidad de demandantes o demandados, éstos no se ponen de acuerdo en el árbitro que desean designar.

- Cuando habiéndose estipulado que sea alguna institución arbitral la que practique la designación de los árbitros, ésta no cumple con el encargo, lo rechaza o declina su designación como institución encargada de nombrar a los árbitros o como institución administradora del arbitraje.

- Cuando el tercero a quien se le ha encargado la designación de los árbitros no cumple el encargo, lo rechaza o declina su designación como encargado de nombrar a los árbitros.

- Cuando la institución arbitral o el tercero tienen incompatibilidad para desempeñar el encargo conferido.

- Cuando la institución arbitral o el tercero son impedidos de cumplir el encargo a través de una medida cautelar.

- Cuando los árbitros designados por las partes no se ponen de acuerdo en la designación del Presidente.

Estas situaciones no constituirían un verdadero problema si las partes hubieran previsto algún procedimiento supletorio para el nombramiento de los árbitros que fuera lo suficientemente eficaz como para superar el obstáculo inicial.

Sin embargo, aun si las partes no previeran nada para resolver la situación, el artículo 23º de la LA establece reglas supletorias que permitirían a éstas nombrar a los árbitros y continuar con el trámite. Esas reglas reivindican el principio de libertad de procedimiento de nombramiento, reconociéndoles a las partes la atribución de realizar

el nombramiento en la forma y dentro de los plazos previstos en dicho precepto⁽⁵²⁷⁾.

El verdadero escollo se produce si todas las reglas anteriores fallan y consecuentemente, debe ser la ley la que provea algún mecanismo infalible que asegure que el arbitraje tendrá lugar; algún procedimiento tan sólido y eficaz que sea incluso capaz de superar la reticencia de la parte renuente al arbitraje.

El remedio de la Ley General de Arbitraje derogada consistía en encargar al juez la designación del árbitro. Para ese efecto, se había previsto un proceso que se iniciaba ante un Juez Especializado en lo Civil y terminaba en la Corte Superior. Si bien en teoría el procedimiento judicial parecía expeditivo, los casos que terminaban en el Poder Judicial podían demorar de tres meses a dos años, según la cantidad de “medios defensivos” que opusiera la parte dispuesta a impedir el arbitraje, y en ocasiones no se alcanzaba el objetivo de nombrarse a los árbitros. Absurdamente, quienes auténticamente pactaban el arbitraje para no tener que recurrir al Poder Judicial con el fin de resolver su controversia, debían hacerlo “previamente” para conformar el Tribunal Arbitral.

La novedad de la nueva ley es haber suprimido este engorroso y poco eficiente trámite, y haberlo reemplazado por una atribución que se confiere a las Cámaras de Comercio, para designar a los árbitros que falten para conformar el Tribunal Arbitral.

En efecto, tanto el artículo 23°, acápite d) como el artículo 24° de la LA atribuyen a la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral —cuando no se hubiere pactado el lugar del arbitraje— la función de nombrar a los árbitros que correspondan, cuando no se haya llegado a nombrar tales árbitros con arreglo a los mecanismos previstos en el precitado artículo 23° de la LA, o el encargo de efectuarlo dado a la institución arbitral o el tercero haya sido rechazado.

En este sentido, el artículo 24° de la LA recoge las siguientes reglas:

(527) GARRO sostiene que: “en todas las legislaciones se reconoce a las partes plena autonomía para decidir el nombramiento de árbitros y el procedimiento de su selección. [...] Solamente en caso de que las partes no hayan acordado el tipo, número y proceso de selección de los árbitros, cabe a la ley proveer un régimen supletorio de la voluntad de las partes. [...] El principio de autonomía de la voluntad debe ser respetado hasta donde sea posible”. GARRO, Alejandro M., *El arbitraje en la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y en la Nueva Legislación Española de Arbitraje Privado: Un Modelo para la Reforma del Arbitraje Comercial en América Central*. Nueva York: Transnational Juris Publications Inc., 1990, ps. 36/37.

1. La institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros tiene un plazo para cumplir con su encargo. Dicho plazo puede ser determinado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por la ley, la cual confiere al encargado un plazo de 15 días contados a partir de la solicitud de su intervención.

2. De no cumplirse con designar al árbitro en el plazo determinado, el encargo se entenderá rechazado.

3. Ante el supuesto de rechazo del encargo y, a falta de acuerdo distinto de las partes, el nombramiento será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje; del lugar de celebración del convenio arbitral o de la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.

Con relación a estas reglas, la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje señala que se ha producido un cambio sustantivo respecto del mecanismo de designación de árbitros. Este cambio se encuentra orientado a reforzar el principio de autonomía de la voluntad y a reducir la intervención judicial y así lograr una mayor celeridad en los arbitrajes. Asimismo, se postula que la nueva propuesta implica conferir una gran responsabilidad a las Cámaras de Comercio a fin de que actúen con independencia e imparcialidad, señalándose que la actuación de las Cámaras es supletoria o residual a la voluntad de las partes, de manera que siempre éstas podrán establecer un mecanismo distinto y segundo, que no es la primera vez que una ley asigna una función de este tipo a las Cámaras, pues como se sabe existe el ejemplo del registro de protestos de títulos valores.

Así, la antigua ley establecía, por un lado, un plazo menor para el cumplimiento del encargo y, por otro, que a falta de acuerdo de las partes para designar a un nuevo encargado, sería el juez quien asumiría dicha función. Sin embargo, como se ha visto, bajo la antigua ley un pacto arbitral podía llegar a convertirse en un pésimo negocio pues el proceso judicial terminaba siendo en no pocas ocasiones una suerte de vía previa antes de recurrir a la vía arbitral, situación que precisamente se pretendía evitar.

Con base en esta experiencia, a fin de favorecer un desarrollo eficiente del arbitraje, la nueva ley decidió reforzar el carácter autónomo del arbitraje; buscar procedimientos de nombramiento de árbitros que no hagan necesaria la intervención del Poder Judicial, en la medida que los procesos judiciales suelen ser más largos que el proceso arbitral mismo; y, en ese sentido, establecer como regla la participación de las Cámaras de Comercio⁽⁵²⁸⁾.

(528) Sobre el particular, en la Exposición de Motivos del Proyecto Modificatorio de la Ley General de Arbitraje elaborado por la Comisión Técnica para la Revisión

En este punto, la Ley de Arbitraje se aparta de la Ley Modelo UNCITRAL, así como de regulaciones que tradicionalmente han sido referentes para el caso peruano (como la Ley de Arbitraje española, por ejemplo), las cuales mantienen al Órgano Jurisdiccional como el tercero que designará al árbitro de manera residual. Como se ha comentado, la experiencia con el Poder Judicial en nuestro país no ha sido buena, lo cual ha sido la principal razón por la cual la nueva ley escoge a las Cámaras de Comercio para que desempeñen esa función. Sin embargo, la opción de sustraer esa competencia del Poder Judicial y asignársela a las Cámaras de Comercio tiene algunas implicancias. Así, por ejemplo, existen aspectos que bajo la antigua ley eran solucionados por la aplicación supletoria del Código Procesal Civil al proceso de designación judicial, que ahora ya no son aplicables. En tal sentido, la no aplicación del Código Procesal Civil a dicho proceso nos lleva a hacernos las siguientes preguntas:

i) ¿Qué ocurriría en caso de conflicto de competencia? Si tenemos en cuenta que una de las reglas es el sometimiento a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana, podría darse el caso en que más de una Cámara de Comercio se considere competente en razón a su proximidad geográfica. A ello se suma el interés que podría tener alguna de las partes en generar un conflicto de competencia o en hacer que éste se resuelva a favor de sus intereses.

Para tales supuestos no resultarían aplicables las normas del Código Procesal Civil sobre conflicto de competencia, lo cual entramparía ostensiblemente el proceso de designación. Téngase presente al respecto que las Cámaras de Comercio no están regidas por normas especiales, ni están sujetas a supervisión alguna, por lo que no existe garantía de idoneidad y profesionalismo en el cumplimiento de este importante encargo legal, más allá de la seriedad y conocida reputación de algunas Cámaras de Comercio.

de la Ley N° 26572 (conformada por Resolución Ministeria, N° 027-2006-JUS) se señalaba que uno de los objetivos de la reforma era reforzar el carácter autónomo del arbitraje, tanto de la jurisdicción ordinaria como de las reglas procesales comunes, reconociéndolo como una institución que tiene sus propios principios y reglas. Así, “[...] la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial ha planteado algunas dificultades. [...] Algunas de ellas se derivan de un mayor intervencionismo judicial. Otras se derivan de las propias normas vigentes que al contemplar la necesaria colaboración que los jueces deben dar al arbitraje (en especial en los procesos de designación de árbitros...) no han considerado que en ocasiones la recarga del despacho judicial no permiten una atención debida y oportuna. A ello se suma muchas veces la manipulación por parte de abogados litigantes de algunas instituciones arbitrales para, por la vía de judicializar ciertos temas, limitar o mediatizar las ventajas que el arbitraje significa”.

ii) ¿Qué pasaría si alguna de las partes cuestionara la decisión de la Cámara y decidiera ventilar su cuestionamiento ante el Poder Judicial? La protección al derecho de defensa podría llevar al Órgano Jurisdiccional a dar trámite a este pedido, lo cual nos colocaría exactamente en la posición que la nueva ley pretendía evitar.

Indudablemente, todo cambio de sistema conlleva aspectos que deberán ser depurados conforme vaya avanzando la casuística.

Otro aspecto que merece ser comentado es que en la antigua ley se establecía una regulación diferente dependiendo de si el arbitraje era nacional o internacional, ante la situación de incumplimiento del encargo de designación de árbitro. Así, se afirmaba respecto de la antigua ley que “[...] c) Cuando las partes han pactado un arbitraje *ad hoc* antes de que surja la controversia, caben dos opciones: 1) que las partes hayan designado a una entidad nominadora de árbitros para que se encargue de nombrar a uno o más árbitros o para que cumpla con dicha misión en caso alguna de las partes incumpla con hacerlo (artículos 20º y 101º de la LGA), situación que evitará la intervención judicial; 2) que no exista entidad nominadora de árbitros, situación en la que las partes tendrán que designar a sus árbitros de conformidad con el procedimiento pactado o, en su defecto, de acuerdo con el trámite supletorio dispuesto por la LGA (artículos 21 y 102 de la LGA⁽⁵²⁹⁾). En este supuesto, si todos los árbitros no son designados en el arbitraje nacional habrá que acudir al juez (artículo 23º de la LGA), mientras que en el arbitraje internacional corresponderá solicitar el apoyo correspondiente a cualquiera de las instituciones arbitrales que operan en el lugar del arbitraje o en la

(529) “Artículo 102º.- Norma supletoria de nombramiento de árbitros.- A falta de acuerdo acerca del procedimiento de designación de árbitros, en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los árbitros así designados nombrarán al tercero quien presidirá el tribunal arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los diez (10) días de recibido un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los diez (10) días contados desde su nombramiento, la designación será hecha por la institución arbitral que la parte interesada 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. En el arbitraje con árbitro único, o cuando las partes hayan acordado que el nombramiento de los árbitros se efectuará de común acuerdo, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre su designación, transcurrido diez (10) días de la primera propuesta, el mismo se hará por la institución arbitral que señale cualquiera de las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo anterior. A falta de designación del Presidente del Tribunal Arbitral, asumirá tal condición el árbitro designado por los miembros del tribunal arbitral”.

ciudad de Lima, a elección del interesado (artículos 102° y 103° de la LGA)”⁽⁵³⁰⁾.

En cambio, la Ley de Arbitraje prevé la misma regulación tanto para el arbitraje nacional como para el internacional, en su objetivo de unificar ambos tipos de arbitraje y así promover y facilitar el comercio y la inversión. Como se señala en su Exposición de Motivos, uno de los cambios sustanciales de la nueva ley es el tránsito de un sistema dual a un sistema monista de regulación del arbitraje nacional e internacional. Si bien el sistema dualista tuvo su razón de ser en antigua ley, cuando la práctica del arbitraje en el Perú era casi inexistente, convenimos en que en la actualidad ya no se justifica, habiendo sido lo más adecuado proceder a la adopción de una legislación arbitral monista; es decir, una legislación que establezca las mismas reglas de juego tanto para arbitrajes locales como internacionales, reservando para estos últimos algunas disposiciones particulares que se requieren por su propia naturaleza.

Un último aspecto a ser evaluado consiste en si el acuerdo de las partes al que se hace referencia en el artículo 24° de la LA debe ser un acuerdo previo a la situación de incumplimiento (convenio arbitral) o debe ser un acuerdo posterior. La norma en cuestión no establece una especificación al respecto por lo que debe recurrirse a la interpretación de la misma. Para ello, deberá seguirse, desde luego, además de los principios ya señalados, las reglas de interpretación previstas en el artículo 6° de la LA. El literal b) de dicha norma establece que debe optarse por la interpretación que sea más favorable a la autonomía de la voluntad de las partes, siempre que ello no implique la afectación de la igualdad de las partes o genere dilaciones o estancamientos indebidos para el inicio del arbitraje. En tal sentido, resultaría válida la celebración de pactos posteriores al incumplimiento que tengan por objeto solucionar el incumplimiento o regular la forma en que el tercero deberá efectuar la designación, sin perjuicio de que estos aspectos puedan haber sido válidamente contemplados en el convenio arbitral.



Art. 25°.—Nombramiento por las Cámaras de Comercio

1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una

(530) CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 119.

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.

2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.

3. 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 procederá a efectuar el nombramiento.

4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23º y en el artículo 24º, dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.

5. 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.

6. En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.

7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

COMENTARIO ⁽⁵³¹⁾

SUMARIO: 1. *Nombramiento por las Cámaras.* 2. *Supuestos.* 3. *Órgano de designación.* 4. *Requisitos.* 5. *Procedimiento.* 6. *Condiciones.*

1. NOMBRAMIENTO POR LAS CÁMARAS

El nombramiento de árbitros, por defecto de las partes, a cargo de las Cámaras de Comercio es una de las mayores innovaciones de la Ley de Arbitraje, por cuanto sustituye en este punto la tradicional intervención judicial para componer el Tribunal Arbitral, ante dificultades originadas por la falta de designación de una de las partes, de los árbitros o de ambas partes de común acuerdo.

La fuente de esta norma se encuentra en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial firmado en Ginebra en 1961, que en su artículo IV contempla la intervención del Presidente de la Cámara de Comercio correspondiente en determinados supuestos: i) para nombrar un árbitro; ii) para sustituir uno o varios árbitros; iii) para determinar el lugar del arbitraje; iv) para fijar las normas procesales que deberán observarse por el árbitro; v) para designar a la institución arbitral que las partes no hubiesen designado; y, vi) para definir el modo o clase de arbitraje (*ad hoc* o institucional) ⁽⁵³²⁾.

Para los casos i) y ii) el Convenio establecía la competencia del Presidente de la Cámara de Comercio del país en el cual tenga su residencia habitual o su sede social el demandado, en el momento de la presentación de la demanda de arbitraje. Para los demás casos era competente el Presidente de la Cámara de Comercio del lugar de arbitraje convenido por las partes o bien el Presidente de la Cámara de Comercio del lugar de residencia habitual o sede social del demandado, en el momento de presentación de la demanda de arbitraje ⁽⁵³³⁾.

La Ley de Arbitraje se ha inspirado en este Convenio para dejar de lado la intervención judicial, para efectos sólo de la designación de los

(531) Por **ROGER RUBIO GUERRERO**: Secretario General del Centro de Arbitraje de AmCham Perú.

(532) Es preciso señalar, sin embargo, que esta parte del Convenio fue reemplazada por el Arreglo relativo a la Aplicación del Convenio Europeo de Arbitraje Comercial Internacional, firmado en París en 1962, que contempla la intervención judicial en estos casos.

(533) Para estos efectos, el artículo X establecía que al firmar, ratificar o adherirse al Convenio, las partes contratantes debían remitir al Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas una lista de las Cámaras de Comercio u otras instituciones de su país, cuyos Presidentes desempeñarían estas funciones.

árbitros⁽⁵³⁴⁾. Pero al lado de esta fuente de la norma existen al menos 2 importantes razones para depositar las designaciones residuales en las Cámaras de Comercio y no en los tribunales ordinarios: i) porque las Cámaras de Comercio se han encargado de desarrollar arbitrajes entre los comerciantes y hombres de negocios durante siglos, y ii) porque estas designaciones reducen costos de transacción para las partes que ya no tienen que soportar la carga procesal de los tribunales ordinarios para conseguir el nombramiento de un árbitro⁽⁵³⁵⁾.

Frente a esta opción legislativa, algunas voces sin mayor reflexión han reclamado que existe una suerte de monopolio o preferencia hacia las Cámaras de Comercio, en perjuicio de otras instituciones arbitrales. Al respecto, debe tenerse en cuenta que no estamos hablando del universo de las designaciones de árbitros sino únicamente de las designaciones residuales, es decir, cuando las partes no hayan cumplido con efectuar una designación que les corresponde y no hayan designado una autoridad nominadora para estos efectos o cuando ésta no cumpla con el encargo. Las partes tienen la posibilidad de designar a sus árbitros o designar a una autoridad nominadora que lo designe, sin ninguna restricción.

Ahora bien, depositar las designaciones residuales en cualquier institución arbitral a elección del interesado, consideramos hubiera creado incertidumbre jurídica en la constitución de los tribunales arbitrales. En efecto, con una norma de esa naturaleza, en el caso de un árbitro único, por ejemplo, podía ocurrir que las partes acudieran a instituciones arbitrales diferentes, por lo que hubiera tenido que establecerse un mecanismo de prioridad o de prevalencia de una frente a la otra y hubiera tenido que definirse una instancia para que resuelva estos casos. Este riesgo implícito convenció a los miembros del Grupo de Trabajo de la Ley a descartar una alternativa abierta y a optar por un mecanismo seguro y confiable que no suscite ninguna duda y que pueda favorecer la composición del tribunal arbitral y el inicio del arbitraje.

Las Cámaras cumplen además diversas funciones en beneficio del comercio, como el protesto de títulos valores y la emisión de certifi-

(534) Nótese también como el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 elimina la intervención judicial para efectos del nombramiento de árbitros, estableciendo que toda designación residual de árbitro debe estar a cargo de una autoridad nominadora y cuando las partes no hubieran designado a una autoridad nominadora deben recurrir al Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya para que designe una autoridad nominadora que cumpla con efectuar la designación correspondiente. Ver artículo 6º del Reglamento.

(535) Con la norma anterior, que depositaba las designaciones residuales en el juez, en el distrito judicial de Lima, un procedimiento de designación de árbitro podía tomar aproximadamente 6 meses.

cados de origen, que son funciones delegadas por ley. No existe pues ningún inconveniente para delegarles la función de designar árbitros en forma residual, que forma parte de las funciones arbitrales que vienen desempeñando desde hace mucho tiempo en todo el mundo.

Una cuestión importante por precisar es que las Cámaras de Comercio a las que se refiere la ley son las Cámaras de Comercio que existen en cada provincia de la República, según la Primera Disposición Complementaria, las cuales en algunos casos pueden tomar diferentes denominaciones, como Cámara de Comercio e Industria; Cámara de Comercio y Producción; Cámara de Comercio, Agricultura e Industria; Cámara de Comercio, Industria y Turismo; y similares combinaciones. La nota característica, sin embargo, es que debe tratarse de una Cámara de Comercio asentada en una provincia, están excluidos cualquier otro tipo de gremios empresariales y también las Cámaras de Comercio Binacionales. En caso exista más de una Cámara de Comercio en una misma provincia debe entenderse que la ley confiere el encargo de designación residual a la de mayor antigüedad.

2. SUPUESTOS

Los supuestos en los que las Cámaras de Comercio intervienen para designar árbitros y que se contemplan en los artículos 23° y 24° de la Ley son los siguientes:

i) Cuando no hay acuerdo de las partes para designar al árbitro único, a todos los árbitros o al presidente del tribunal arbitral.

ii) Cuando una parte o una pluralidad de partes no designa a un árbitro que le corresponde.

iii) Cuando no hay acuerdo de dos árbitros para designar al presidente del tribunal arbitral.

iv) Cuando un tercero no cumple con efectuar el nombramiento respectivo.

3. ÓRGANO DE DESIGNACIÓN

El Convenio Europeo depositaba la designación de los árbitros en el Presidente de la Cámara de Comercio correspondiente, la ley, en cambio, ha establecido que la designación será efectuada por la persona u órgano que la Cámara determine, debe entenderse en sus Estatutos o en sus reglamentos internos. Se ha establecido esta fórmula en razón de la existencia de Centros de Arbitraje con funciones autónomas dentro de las Cámaras de Comercio, a fin de permitir que sean éstos los que se encarguen de la designación según sus Reglamentos.

Ahora bien, si la Cámara de Comercio no tuviere un Centro de Arbitraje encargado de este tipo de funciones y no hubiere establecido una persona u órgano para estos fines, la designación será efectuada por el máximo órgano de la Cámara de Comercio. De esta manera, la ley ha establecido de forma precisa los criterios para determinar quién debe designar en las Cámaras de Comercio, aun cuando no haya sido previsto en sus Estatutos y reglamentos internos.

4. REQUISITOS

Para que la Cámara de Comercio cumpla con la designación respectiva, es necesario que cuente con información básica sobre las partes, la controversia y el arbitraje. Por esta razón, se exige que la parte interesada presente su solicitud con: i) los datos generales de la otra parte (nombre, denominación social y domicilio); ii) una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje; iii) la acreditación de la existencia del convenio arbitral; y, iv) la solicitud de arbitraje.

La descripción de la controversia es necesaria porque permite a la Cámara de Comercio cumplir con el encargo de manera más eficiente, escogiendo a la persona más idónea que el caso requiere. No es necesario hacer una relación de las pretensiones, basta describir la controversia suscitada entre las partes en términos generales y hacer referencia al contrato o a la relación jurídica de la que se deriva la controversia. Aunque la norma no lo exige, es aconsejable también acompañar el contrato o documento que contiene la relación jurídica respectiva para mejor conocimiento de los términos de la controversia⁽⁵³⁶⁾.

El requisito fundamental, sin embargo, es acreditar la existencia del convenio arbitral. Lo que legitima la intervención de la Cámara para designar un árbitro es que exista un convenio arbitral que vincule a las partes. Para estos efectos deberá recurrirse al contenido y las diversas formas del convenio arbitral que se establece en el artículo 13º de la ley. Si no se cumple con acreditar la existencia del convenio arbitral, la Cámara podrá rechazar la solicitud de nombramiento.

El convenio arbitral es importante además para determinar la forma en que la Cámara debe cumplir con la designación, es necesario que conozca la forma de composición del Tribunal Arbitral y los requisitos que deben tener los árbitros para cumplir con lo pactado por las partes.

(536) Véase a modo de referencia el artículo 8(1) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

La solicitud de arbitraje se exige para los casos de falta de designación de una parte, es una forma de acreditar que con anterioridad se ha requerido a la otra parte para que designe sin que lo haya hecho, razón por la cual se pide la intervención de la Cámara de Comercio.

5. PROCEDIMIENTO

Las Cámaras de Comercio pueden establecer un procedimiento para los casos de designación residual; sin embargo, en nuestra opinión, no pueden establecer mayores requisitos a los establecidos en la ley, sin perjuicio de su derecho a cobrar una tasa por el servicio que presta⁽⁵³⁷⁾. La ley ha querido regular un procedimiento simple para el caso en que las Cámaras no hayan establecido un procedimiento en particular. Así, la ley establece que presentada la solicitud de designación será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de 5 días y que vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.

La Ley exige que se ponga en conocimiento de la otra parte la solicitud de designación antes de proceder a designar, para escuchar lo que tenga que expresar. Frente a esta solicitud, la otra parte puede tomar básicamente 2 medidas: i) comunicar que ha cumplido con la designación con anterioridad, en cuyo caso deberá acreditar esta situación; y, ii) designar al árbitro dentro de los 5 días. En ambos casos, consideramos que la finalidad de la designación del árbitro está cumplida y no corresponde la intervención de la Cámara de Comercio.

Tómese en cuenta que la designación por las Cámaras es un mecanismo residual, si se produce la designación por la parte, ya no se justifica la designación de la Cámara. En este sentido, los plazos del artículo 23° para la designación de árbitros, son plazos que tienen como efecto activar el mecanismo de designación por las Cámaras pero no se trata de plazos extintivos del derecho de las partes para designar. En cambio, una vez que la Cámara designa, consideramos se extingue automáticamente el derecho de la parte de designar al árbitro, por cuanto tuvo toda la oportunidad para designar y no cumplió con hacerlo en el tiempo apropiado.

(537) Al respecto, si bien las Cámaras de Comercio tienen derecho a cobrar por este servicio, es importante tener en cuenta que se trata de una actividad que no requiere de un trabajo complejo y extraordinario, en particular en el caso de las Cámaras de Comercio que tienen Centros de Arbitraje y que, por consiguiente, realizan designaciones con regularidad y cuentan con una lista de árbitros para estos fines. En cualquier caso, sea que estemos ante Cámaras de Comercio con experiencia o sin experiencia en arbitrajes, debe cobrarse precios razonables por este servicio.

La Cámara está obligada a cumplir con el nombramiento en un plazo razonable, de no verificarse la designación de la otra parte transcurridos los 5 días. Se discutió en el Grupo de Trabajo la conveniencia de establecer un plazo para las Cámaras en estos casos y se decidió que lo más adecuado era dejar que las Cámaras actúen dentro de un plazo razonable, según las circunstancias del caso. De cualquier manera, las Cámaras deben tener en cuenta que es importante actuar sin demora a fin de componer el tribunal arbitral y dar inicio a las actuaciones arbitrales.

La ley exige que en caso de arbitrajes nacionales, las Cámaras de Comercio efectúen el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad. Esta disposición está dirigida sobre todo a Cámaras de Comercio que tienen Centros de Arbitraje que cuentan con listas de árbitros para desarrollar sus actividades. La razón es permitir que los árbitros de una institución tengan iguales oportunidades de ser designados en un arbitraje. Sin embargo, este procedimiento aleatorio debe respetar la especialidad del caso, por lo que los árbitros elegibles deben contar con experiencia en la especialidad que el caso requiere. Para cumplir con este dispositivo es recomendable que las Cámaras, aunque no cuenten con Centros de Arbitraje, cuenten al menos con listas de árbitros para designaciones residuales. No obstante, la falta de una lista de árbitros no impide en lo absoluto que las Cámaras cumplan con la finalidad designación en la forma que estimen apropiada.

Una cuestión más de enorme importancia, las Cámaras sólo tienen competencia para designar árbitros sobre la base de la existencia de un convenio arbitral. Las Cámaras no están en posición de evaluar la validez o los alcances del convenio arbitral o si la controversia es susceptible de arbitraje, la ley no les ha conferido esa potestad. Si una de las partes plantea estas cuestiones para impedir la designación de un árbitro, la Cámara no puede pronunciarse bajo ninguna circunstancia sobre estos aspectos para justificar su designación, basta con que verifique la existencia del convenio arbitral para designar y cerrar su intervención. Cualquier excepción u objeción sobre el convenio arbitral debe ser planteado ante el tribunal arbitral que se constituya.

6. CONDICIONES

Las condiciones que debe observar la Cámara para proceder a la designación de árbitros son las siguientes: i) los requisitos establecidos por las partes; ii) los requisitos establecidos por la ley; y, iii) tomar las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

Las partes tienen plena libertad para establecer las condiciones que deben reunir los árbitros que resolverán la controversia, de manera que al designar un árbitro la Cámara debe observar que cumpla con los requisitos exigidos por éstas. La Cámara también debe tener en cuenta los requisitos impuestos por la ley para ser árbitro. A estos efectos debe tenerse en consideración los artículos 20° y 21° de la ley que exigen que el árbitro se encuentre en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que no se encuentre en algún supuesto de incompatibilidad. Asimismo, la Cámara debe tomar en consideración toda información que se encuentre al alcance para designar un árbitro que reúna las condiciones de independencia e imparcialidad.

En arbitrajes internacionales, tratándose de árbitro único o presidente del Tribunal Arbitral, la norma expresa que se debe tener en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes⁽⁵³⁸⁾. Esto es una práctica generalmente seguida en los arbitrajes internacionales, que funciona más como una apariencia que como una garantía de la independencia e imparcialidad del árbitro⁽⁵³⁹⁾, pero que es recomendable seguir, teniendo en cuenta los diversos criterios de nacionalidad para personas físicas y jurídicas del derecho comparado⁽⁵⁴⁰⁾.

En cualquier caso, para designar un presidente o un árbitro único debe tenerse en consideración factores como la sede del arbitraje, la ley aplicable al fondo de la controversia, el idioma, la naturaleza de la controversia, la ley aplicable al arbitraje, entre otros⁽⁵⁴¹⁾.

Por último, es preciso advertir que la decisión de designación de un árbitro que toma la Cámara es definitiva y no está sujeta a revisión o impugnación, por esta razón la Cámara debe ser muy cuidadosa al nombrar un árbitro.



(538) Aunque la norma no lo contempla, creemos también que este mismo criterio debe considerarse respecto de los árbitros ya designados, como lo contempla el artículo 15.6 de la Ley Española de Arbitraje.

(539) Ver REDFERN, Alan & Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Fourth edition, Thomson/Sweet & Maxwell, London, 2004, p. 204.

(540) La norma ha sido recogida del artículo 11(5) de la Ley Modelo de la CNUDMI; sin embargo, debe tenerse en consideración los desarrollos posteriores de los reglamentos arbitrales. Ver artículo 9(5) del Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 6(4) de las Reglas de Arbitraje Internacional del ICDR, artículo 6° de la LCIA y artículo 20° del Reglamento de Arbitraje de la OMPI.

(541) Una guía interesante de estos criterios puede encontrarse en DERAIS, Yves & Eric SCHWARTZ, *A Guide to ICC Rules of Arbitration*, Second edition. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, ps. 172/175.

Art. 26º.—Privilegio en el nombramiento.

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.

COMENTARIO ⁽⁵⁴²⁾

El artículo 26º del D. Leg. N° 1071 resulta concordante, en primer término, con el artículo 23º del mismo dispositivo legal, por el que se regula el procedimiento de nombramiento de los árbitros, ratificándose la libertad que tienen las partes para acordar el procedimiento aplicable al nombramiento de los árbitros, pero precisándose que ello no puede significar que se vulnere el principio de igualdad.

Como se sabe, la referida regla general, por la cual la elección de los árbitros está sujeta a la libre voluntad de las partes, se encontraba ya prevista en el artículo V.1.d) de la Convención de Nueva York de 1958 ⁽⁵⁴³⁾ y en el primer párrafo del artículo II de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 ⁽⁵⁴⁴⁾. Esta libertad, como refiere RIVERA, hace a la esencia del procedimiento arbitral, cuya primera característica es la posibilidad de elegir el juez que ha de juzgar ⁽⁵⁴⁵⁾.

En nuestro país, el antiguo Código de Procedimientos Civiles, promulgado por Ley N° 1510, establecía en su artículo 551º que los árbitros debían ser nombrados por las partes “[...] y de común acuerdo”. La Exposición de Motivos del citado Código, que fuera publicada en 1912, explicaba que “Como regla general, se ha establecido en el artículo 551º que los árbitros sean nombrados por los interesados y de común acuerdo. Prácticamente, esta regla no impide que cada parte designe a su árbitro, pero tiende a que el nombramiento del tercero,

(542) Por NATALE AMPRIMO PLÁ: Socio del Estudio Amprimo Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

(543) Según el cual: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si es que esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”.

(544) Según el cual: “El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero sea éste persona natural o jurídica”.

(545) RIVERA, Julio C., *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 211.

que en la generalidad de los casos resuelve la discordia, sea el fruto de la voluntad de los contendientes”⁽⁵⁴⁶⁾.

A su turno, el Código Civil de 1984 ratificó, en el primer párrafo de su artículo 1918°, que el nombramiento de los árbitros debía ser efectuado por las partes, aun cuando suprimió la expresión “de común acuerdo” que contenía el artículo 551° del Código de Procedimientos Civiles, por considerarla obvia, según refiere CÁRDENAS QUIRÓS⁽⁵⁴⁷⁾.

En su segundo párrafo, el artículo 1918° del Código Civil estableció que “Es nulo el pacto de deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros”. Como en su momento expresó LOHMANN LUCA DE TENA, el legislador quiso “[...] evitar que en la designación de árbitros se vulnere la regla per conditio o de equilibrio de las partes, y cuya derogación convencional podría permitir designar árbitros inescrupulosos o acomodaticios a favor de una parte y en desfavor de la otra”⁽⁵⁴⁸⁾.

Por Decreto Ley N° 25935, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de diciembre de 1992, se aprobó la Ley General de Arbitraje que, en su Primera Disposición Final derogó los artículos 1906° al 1922° del Código Civil (es decir, todo el Título XI de la Sección Segunda de su Libro VII, relativo a la Cláusula compromisoria y compromiso arbitral). El Decreto Ley N° 25935 fijó también como regla general que los árbitros eran designados directamente por la partes (artículo 18°) y estableció, en el último párrafo de su artículo 9°, que “Es nulo el convenio arbitral que concede a una de las partes derecho exclusivo para la designación de los árbitros, para la fijación de la materia objeto de arbitraje, o para establecer las reglas del proceso arbitral”.

Obsérvese que, a diferencia de lo regulado en el artículo 1918° del Código Civil (según el cual la nulidad afectaba sólo al pacto mediante el cual se acordaba deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros; lo que, en consecuencia, y a la luz de lo previsto en el primer párrafo del artículo 224° del Código Civil⁽⁵⁴⁹⁾, no perjudicaba al compromiso arbitral), el Decreto Ley

(546) Cita extraída del libro de GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código de Procedimientos Civiles*, Tomo I, Lima, 1977, p. 403.

(547) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “Cláusula compromisoria y compromiso arbitral”. En: REVOREDO, Delia (compiladora) *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI, Lima, 1985, p. 684.

(548) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El Arbitraje, Biblioteca Para leer el Código Civil*, 2ª ed., Vol. V, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 136.

(549) El primer párrafo del artículo 224° del Código Civil señala que “La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables”.

Nº 25935 señalaba la nulidad del convenio arbitral, ampliando incluso las causales, pues ya no se limitaba a lo relativo a la designación de los árbitros, sino que también se preveía la nulidad por conceder a una de las partes el derecho exclusivo para la fijación de la materia objeto de arbitraje o para establecer las reglas del proceso arbitral.

El Decreto Ley Nº 25935 fue derogado por la Ley Nº 26572, que entró en vigencia el 06 de enero de 1996, y que aprobó una nueva Ley General de Arbitraje, la que, en el último párrafo de su artículo 14º, estableció que “Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento”. Evidentemente dicha redacción superaba la que contempló el Decreto Ley Nº 25935, pues no sólo se hacía la salvedad que lo que resultaba nulo era la estipulación que violaba el principio de igualdad y no el convenio arbitral que contenía la voluntad de someterse a arbitraje, sino que, además, se sancionaba con nulidad la estipulación que colocaba a las partes en cualquier situación de privilegio (que es una expresión más amplia), respecto de la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento.

El artículo 26º del D. Leg. Nº 1071 tiene su antecedente inmediato en el referido último párrafo del artículo 14º de la Ley General de Arbitraje que fuera aprobada por la Ley Nº 26572, aun cuando el texto vigente ha restringido sus alcances sólo al caso de una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de una de las partes. El referido artículo 26º es pues concordante con el principio de igualdad que inspira al arbitraje y que además la actual ley ha precisado de forma expresa en el primer párrafo de su artículo 23º, siguiendo la redacción que a su turno se plasmó en la Ley de Arbitraje española, Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, en su artículo 15.2⁽⁵⁵⁰⁾.

Adicionalmente, podemos señalar, coincidiendo con GONZÁLEZ MALABIA, que el principio de igualdad recogido en la Ley de Arbitraje española, como en nuestro reciente D. Leg. Nº 1071, se inspira en el artículo 18º de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 1985, según el cual “deberá tratarse a las partes con igualdad y

(550) Según el cual: “Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad”.

darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer su derecho”⁽⁵⁵¹⁾.

Por otro lado, el artículo 26° en comentario, también resulta concordante con el artículo 63°, literal c., del mismo D. Leg. N° 1071, según el cual el laudo puede ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales estuvieran en conflicto con una disposición del D. Leg. N° 1071, “de la que las partes no pudieran apartarse”. Respecto de esto último, hay que precisar que dicha causal de anulación del laudo ya se encontraba contemplada en el artículo 73°, inciso 3, de la LGA, Ley N° 26572, así como en el artículo 34° de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y en el artículo 41° de la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003).

Como ya expresamos, si bien el D. Leg. N° 1071, al regular el procedimiento de nombramiento de los árbitros permite que las partes acuerden libremente el mismo, éste no puede vulnerar el principio de igualdad y, en concordancia con ello, el artículo 26° en comentario sanciona con nulidad cualquier estipulación que coloque a alguna de las partes en una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros.

En ese sentido, si el tribunal fue nombrado de acuerdo al procedimiento convenido por las partes, que colocó a una de ellas en una situación de privilegio en la designación de los árbitros, el laudo que dicho tribunal arbitral emita podrá ser objeto de anulación, siempre que la parte afectada hubiese efectuado un reclamo expreso en su oportunidad ante el propio tribunal arbitral y éste lo hubiese desestimado. Esto último debido a que el inciso 2 del artículo 63° del D. Leg. N° 1071 exige este reclamo previo ante el propio tribunal arbitral, como requisito de procedibilidad del recurso de anulación.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, al comentar los límites a la libertad de diseñar un método de constitución del tribunal arbitral, se pregunta si ¿cualquier ventaja estratégica debe interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación de los árbitros?; y si ¿la institución arbitral, la autoridad designadora o los árbitros, al detectar la más ligera ventaja a favor de una de las partes, deben hacer caso omiso del método incluido en el acuerdo arbitral y aplicar el mecanismo previsto como supletorio en el reglamento o derecho arbitral? A

(551) GONZÁLEZ MALABIA, Sergio. En: BARONA VILAR, Silvia (coordinadora). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 1ª ed., Civitas Ediciones SL, Madrid, 2004, ps. 591 y 592.

continuación señala que si las respuestas son positivas, cabría analizar si: ¿no invitaría ello la invalidez del laudo, pues después de todo, se estaría dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes?

Dentro de la práctica internacional, es conocido un caso francés también citado por el mismo GONZÁLEZ DE COSSÍO: el caso Dutco, que involucró un arbitraje multipartes en el que existían tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco), que contrataron para la construcción de una fábrica de cemento. En el contrato respectivo, del que las tres compañías eran partes, se incluyó un acuerdo arbitral CCI que contempló un tribunal arbitral de tres miembros. Dutco inició el arbitraje demandando, en conjunto, a BKMI y Siemens, y nombró su árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó a los demandados que designen un árbitro, lo que fue rechazado por éstos, argumentando que sus diferencias les impedían ponerse de acuerdo sobre un mismo árbitro. En vista de lo anterior, la Corte de Arbitraje CCI designó al árbitro y continuó el procedimiento, llegándose a emitir un laudo, que fue cuestionado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados sostenían que se trataba de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara su propio árbitro, de forma tal que participara en forma igualitaria en la constitución del tribunal arbitral. La Corte de Apelación de París rechazó la solicitud sosteniendo que no había habido violación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, en vista que el acuerdo arbitral podía interpretarse en el sentido de requerir que dos de las partes designaran un árbitro único entre ellas. La Corte de Casación estuvo en desacuerdo y anuló el laudo sosteniendo que el principio de igualdad de las partes en la designación del árbitro es un aspecto de orden público que no puede ser renunciado⁽⁵⁵²⁾.

Como se ve, la discreción de las partes sobre la designación de los árbitros no es ilimitada, máxime cuando nuestro ordenamiento contempla como un elemento esencial del principio de igualdad y del debido proceso, el procedimiento de nombramiento de los árbitros.



Art. 27º.—Aceptación de los árbitros.

Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento,

(552) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 2008, ps. 173 y 174.

cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.

Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

COMENTARIO ⁽⁵⁵³⁾

El artículo 27° del D. Leg. N° 1071 aborda lo relativo a la aceptación de los árbitros, disponiendo, en su párrafo 1, que, salvo que las partes hayan convenido algo distinto, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito, dentro de los quince días siguientes a la comunicación de su nombramiento; entendiéndose que, en caso transcurra dicho plazo sin que comunique su aceptación, no la acepta.

Respecto del párrafo 1 del referido artículo 27°, hay que precisar que éste constituye una novedad en nuestra legislación, pues la anterior regulación no contemplaba norma similar. En efecto, ni el Código de Procedimientos Civiles, ni el Código Civil, ni el Decreto Ley N° 25935, ni la Ley N° 26572, contenían en sus textos un plazo perentorio para que los árbitros comuniquen su aceptación. Más bien, el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, cubriendo el vacío legislativo, sí contemplaba un plazo para que los árbitros designados expresen su aceptación ⁽⁵⁵⁴⁾.

En ese sentido, el texto en comentario ha sido tomado del artículo 16° de la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003), según el cual “Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro, dentro del plazo de quince días a contar desde el siguiente a la comunicación del nombramiento, deberá comunicar su aceptación a quien lo designó. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta el nombramiento”.

Como se aprecia de la comparación de ambos textos (esto es, del párrafo 1 del artículo 27° del D. Leg. N° 1071 y del artículo 16° de la Ley de Arbitraje española), éstos presentan dos diferencias: la primera de ellas consiste en que la normativa peruana ha omitido indicar ante quién deben los árbitros comunicar su aceptación, a diferencia de la

(553) Por NATALE AMPRIMO PLÁ: Socio del Estudio Amprimo Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

(554) El artículo 23° del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establecía un plazo de cinco días para que el árbitro designado exprese su aceptación.

Ley de Arbitraje española que precisa que tal comunicación debe efectuarse “a quien lo designó”. La segunda diferencia la encontramos en la forma en que debe ser comunicada la aceptación: mientras la normativa peruana exige la comunicación, aceptando que el nombramiento sea “por escrito”, la Ley de Arbitraje española, en lógica coherencia con los tiempos de desarrollo tecnológico que vivimos, y como sostienen JUEGA y GONZÁLEZ MALABIA⁽⁵⁵⁵⁾, a la evolución legal, doctrinal y jurisprudencial que se viene produciendo al adaptar la normativa y su interpretación a la realidad social, “[...] ha suprimido tales formalismos equiparando al documento escrito tradicional cualquier soporte óptico, electrónico o informático que permita su ulterior consulta”⁽⁵⁵⁶⁾. Sobre esto último, no comprendemos las razones por las que el legislador peruano no ha hecho la salvedad que si efectuó en los artículos 13º, párrafo 4, y 55º, párrafo 2, del D. Leg. N° 1071, relativos al convenio arbitral y al laudo, estableciendo que, cuando el artículo 27º exige que la comunicación que deben remitir los árbitros aceptando su nombramiento sea escrita, ello también se entiende cumplido cuando ésta consta en una comunicación electrónica, que permita su ulterior consulta.

Volviendo al comentario del párrafo 1 del artículo 27º del D. Leg. N° 1071, hay que señalar que dicho precepto ratifica, una vez más, que la voluntad de las partes es el principio inspirador del arbitraje, pues la norma bajo análisis empieza precisando que “Salvo acuerdo distinto de las partes”, el plazo para comunicar la aceptación en el nombramiento es de quince días. Es decir, que dicho plazo sólo se aplicará en ausencia de un régimen convencional distinto que hayan convenido las partes, conforme a la libertad de procedimiento reconocida en el artículo 23º del mismo D. Leg. N° 1071. Obviamente, el régimen convencional se constituirá en el primer sistema regulatorio del arbitraje, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

En ese sentido, las partes, en aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, podrán alterar, ya sea ampliando o reduciendo, el plazo previsto en la norma con carácter general para que los árbitros comuniquen su aceptación. Incluso se podrá convenir que dicho plazo comience a contar a partir de un momento distinto al del día siguiente a aquel en que se comunica el nombramiento.

(555) GONZÁLEZ MALABIA, Sergio. En: BARONA VILAR, Silvia (coordinadora). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*. 1ra edición, Civitas Ediciones SL., Madrid, 2004, p. 627.

(556) JUEGA, Luis M. En: *Comentarios breves a la Ley de arbitraje*. Díaz — Bastien & Truan Abogados, Editorial Reus S.A., Madrid, 2007, p. 96.

De otro lado, son diversos los comportamientos que el árbitro nombrado puede adoptar cuando recibe la comunicación en la que se da cuenta de su nombramiento. Así, podrá: a) responder la comunicación aceptando el nombramiento; b) responder la comunicación no aceptando el nombramiento; c) no responder; o, d) responder fuera de plazo.

Si responde aceptando, el árbitro tendrá que hacerlo dentro de un plazo que, como regla general, se ha establecido en quince días, a contar desde el día siguiente a aquel en el que se le comunica su nombramiento, salvo, claro está, que el plazo o el momento desde el cual se computa sea distinto, por así haberlo pactado las partes. Si bien el artículo 27°, párrafo 1, no precisa a quién se dirige la comunicación, debe entenderse que ésta se cursa a quien le comunica el nombramiento.

Una segunda posibilidad, consiste en que el árbitro nombrado responda a la comunicación en la que se informa de su designación, pero lo haga para no aceptarla. En tal supuesto, aun cuando el párrafo 1 del artículo 27° del D. Leg. N° 1071 guarda silencio al respecto, consideramos que se tendrá como no hecho el nombramiento y, por lo tanto, se llevará a cabo un nuevo nombramiento, teniendo que utilizarse el mismo sistema utilizado precedentemente.

La tercera posibilidad consiste en que el árbitro nombrado no comunique su aceptación en el plazo previsto; esto es, que guarde silencio. En tal supuesto se coloca el párrafo 1 del artículo 27° del D. Leg. N° 1071, en cuya parte final se prevé que si el árbitro nombrado, “[...] en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento”. Nos encontramos pues ante un caso, en el que la ley atribuye un significado al silencio, lo que es válido conforme lo contempla el artículo 142° del Código Civil, según el cual “El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”. De esta forma, en caso el árbitro no comunique nada, se considerará que su silencio implica una manifestación tácita en el sentido de no aceptar su nombramiento. En cuanto a esto último, del silencio del árbitro nombrado, o de su contestación fuera del plazo, no puede afirmarse que se derive responsabilidad alguna a los árbitros por los daños y perjuicios que tal actuar pueda generar a las partes o a la propia institución arbitral, pues, como afirma GONZÁLEZ MALABIA, “[...] ninguna obligación de aceptación del arbitraje recae sobre los mismos, ni tan siquiera por estar incluidos en el listado elaborado por una concreta institución, pues dicha aceptación depende, única y exclusivamente, de su voluntad”⁽⁵⁵⁷⁾.

(557) GONZÁLEZ MALABIA, Sergio, *op. cit.*, p. 641.

La cuarta posibilidad consiste en que el árbitro comunique su aceptación en el nombramiento, pero lo haga de manera extemporánea; es decir, fuera del plazo previsto. Aquí, si bien la norma en comentario atribuye a la no comunicación oportuna de aceptación un sentido determinado (la no aceptación del nombramiento), vale la pena analizar si, en todos los supuestos, nos encontramos ante una situación de preclusión insubsanable.

Creemos que, si, por ejemplo, el árbitro fue nombrado por ambas partes de común acuerdo, nada impedirá que éstas den por válida su aceptación, aun cuando la misma se comunique extemporáneamente. Si eso ocurriese, creemos que ninguna de las partes podría solicitar la anulación del laudo bajo el argumento que la aceptación del árbitro fue extemporánea.

El párrafo 2 del artículo 27º del D. Leg. Nº 1071 dispone que una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

El párrafo 2 del artículo 27º en comentario es de suma importancia, pues implica que, una vez producida la aceptación de los árbitros, no se requiere de ningún acto posterior para que el tribunal arbitral se considere constituido. De esta forma, se corrige la errónea práctica que se venía generando, consistente en entender que se necesitaba de un “Acta de Instalación” en la que participen las partes, para que el tribunal arbitral recién pueda actuar.

Con la norma en comentario, queda claro que el tribunal queda constituido con la aceptación de los árbitros y, en consecuencia, a partir de allí puede adoptar decisiones, como lo contempla el párrafo 1 del artículo 47º del mismo D. Leg. Nº 1071, según el cual “Una vez constituido el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere 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”.



Art. 28º.—Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

2. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes, sin demora cualquier nueva circunstancia. En cualquier momento del arbitraje, las partes podrán pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes o con sus abogados.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

5. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

COMENTARIO ⁽⁵⁵⁸⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las causales de recusación dentro de la ley vigente. 3. Las recusaciones básicas. 4. Los conflictos de interés. 5. Criterios institucionales. 6. Precisando el conflicto de interés. 7. Los principios generales. 8. Las listas. 9. La lista roja no dispensable. 10. La lista roja dispensable. 11. La lista Naranja. 12. La lista verde. 13. El Código Ética de la CCL. 14. La noción de conflicto de interés como concepto vivo.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el arbitraje se ha convertido en una institución ampliamente usada en el Perú y ello ha llevado, como en todo asunto que marcha, a descubrir problemas en el camino, no ya en el nivel puramente académico sino en el práctico, que exigen necesariamente soluciones razonables y coherentes. Una de ellas es el conflicto de interés: ¿Cuándo puede decirse que existe conflicto de interés en aquel que es propuesto como árbitro? ¿Qué situaciones merecen ser consideradas como conflictos de interés y qué objeciones basadas en esta categoría son simplemente majaderías o quizá, intentos de encontrar

(558) Por **FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA**: Socio del Estudio Fernando de Trazegnies. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

la razón de la sinrazón, argucias utilizadas por la parte demandada para retrasar la instalación del tribunal o su funcionamiento?

Los casos de recusación en el Perú han sido variados y, aunque hasta hace poco no sucedían con demasiada frecuencia, presentan un espectro bastante amplio: desde conflictos de interés de naturaleza bastante clara, como que el árbitro sea socio del Estudio de abogados del defensor legal de alguna de las partes en el mismo arbitraje, pasando por casos menos claros como cuando el árbitro ha sido alguna vez en el pasado abogado de alguna de las partes en otro asunto, hasta casos pintorescos como la impugnación basada en que el árbitro recusado es colega como profesor universitario del abogado de una de las partes o que el árbitro es amigo del padre del abogado o del apoderado de alguna de las partes o incluso como expresión del disgusto por la anterior participación política de un árbitro, la que no es compartida por una de las partes o por sus abogados.

Sin embargo, en los últimos tiempos se advierte una proliferación de recusaciones que no son sino estrategias para lograr ventajas (muchas veces ilícitas) en la composición del tribunal arbitral o en el procedimiento del arbitraje. Así, hay recusaciones motivadas en un deseo de impedir la constitución del tribunal arbitral o de retardar el procedimiento. Hay otras recusaciones en las que una de las partes recusa sistemáticamente al árbitro nombrado por la otra con el objeto de que, después de varias recusaciones (en las que muchas veces el recusado renuncia por razones de amor propio, sin permitir la discusión de su caso), se llega a obtener un árbitro quizá con alguna simpatía o vinculación con la parte que empleó sistemáticamente el método recusatorio para lograr ese resultado.

Hay recusaciones bastante más complicadas que obedecen a razones abominables desde cualquier punto de vista. Así, he conocido un caso en el que una de las partes recusa sorpresivamente al árbitro nombrado por ella misma aduciendo que carece de las calidades de especialista requeridas en el convenio arbitral. Obviamente, el tribunal se preguntó cómo podía esa parte haber designado a esa persona si no tenía las calidades requeridas, ya que es ella quien debió juzgar este hecho antes de hacer la propuesta. Sin embargo, la verdadera razón estaba oculta y era más indecente: una vez aceptado como árbitro, la parte que lo había designado le propuso confidencialmente pagarle sus honorarios como una *cuota litis* sobre lo que esa parte pudiera obtener si ganaba el arbitraje. Dado que el árbitro nombrado rechazó de plano tal proposición porque comprometía gravemente su imparcialidad al hacerlo socio de una de las partes, esa misma parte le ofreció entonces una suma de dinero para que renunciara y así les permitiera nombrar a otro que estuviera de acuerdo con una propuesta de esta

naturaleza. Como el árbitro no aceptó tampoco que le “compraran” su renuncia por considerarlo una inmoralidad, la parte en cuestión procedió a recusar a su propio árbitro.

2. LAS CAUSALES DE RECUSACIÓN DENTRO DE LA LEY VIGENTE

La nueva Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, de 28 de Junio de 2008, hoy en vigencia, ha evitado señalar en detalle las causas de recusación de los árbitros, lo que parece razonable si se tiene en cuenta que éstas pueden ser muy variadas y circunstanciales.

Pero establece dos criterios *sine qua non* el árbitro queda descalificado: su independencia y su imparcialidad, los que deben ser mantenidos a lo largo de todo el proceso.

La independencia y la imparcialidad, aunque parezcan sinónimos a primera vista, no lo son. La independencia se refiere a la ausencia de una relación objetiva y subordinada con alguna de las partes (ser abogado de una de ellas, por ejemplo), mientras que la imparcialidad obvia las relaciones formales y aprecia si pueden existir otras vinculaciones del árbitro con alguna de las partes que afecten su juicio imparcial (haberse pronunciado previamente sobre esta materia, tener negocios con uno de los litigantes, etc.).

Estos dos grandes temas tienen que ser examinados y precisados por el tribunal frente a cada caso concreto. Y notemos que la ley exige que esa independencia (ausencia de relación objetiva) y esa imparcialidad (ausencia de relación subjetiva) deben existir no sólo al inicio del proceso sino que deben mantenerse a todo lo largo del proceso arbitral. Por consiguiente, como lo establece el artículo comentado de la ley, la recusación puede interponerse en cualquier momento, dentro de los diez días de conocida la causal. Sin embargo, se prohíbe interponer una recusación cuando comienza a correr el plazo de emisión del laudo, porque se supone que ya a estas alturas de la controversia las partes han tenido plenamente conocimiento de los árbitros y de sus relaciones y, por lo tanto, han tenido amplia oportunidad para formular recusaciones si lo estimaban oportuno: en cambio, una recusación, después de haberse llevado a cabo todo el proceso, simplemente afectaría la eficiencia del arbitraje y se prestaría para maniobras intimidantes y dilatorias de alguna de las partes.

3. LAS RECUSACIONES BÁSICAS

Sin embargo, previamente al análisis de la independencia y la imparcialidad a que se refiere el artículo comentado de la LA, existe una condición básica, elemental de recusación, que consiste en el hecho

de que cabe duda de que la persona no reúna las condiciones para ser árbitro: “no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley”, dice el acápite 3°, *in fine*, de la norma comentada.

Esta regla se refiere a los casos de capacidad y de incompatibilidad funcional, tratados en los artículos 20° y 21°, respectivamente, por la misma LA.

Los árbitros tienen ciertas condiciones de capacidad establecidas por la propia LA, como que se trate de personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Esto significa que no se puede nombrar como árbitro a una sociedad ni a un Estudio de abogados. Claro está que puede nombrarse a una persona que forma parte de una institución experta en arbitrajes o de un Estudio de Abogados y que realiza su labor como parte del servicio que presta para su institución o Estudio. Pero frente a las partes, la responsabilidad es exclusiva y plena de la persona natural que ha aceptado el cargo de árbitro, independientemente del hecho de que arbitrar pudiera ser parte de los servicios que presta para una persona jurídica.

En segundo lugar, esa persona natural nombrada árbitro debe estar en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. No puede ser árbitro un menor de edad, aunque sea muy inteligente y el arbitraje se refiere a situaciones que conoce bien. Tampoco puede ser árbitro quien está sujeto a una curaduría debido a algún tipo de restricción de sus derechos civiles.

Un campo en el que la LA trae significativas innovaciones es el referido al hecho de ser abogado como condición para ser árbitro.

Como se recordará, la ley anterior establecía que los arbitrajes que debían ser resueltos en derecho, tenían que estar a cargo de abogados; en cambio, en los arbitrajes de equidad o de conciencia podían intervenir como árbitros personas que no tuvieron esa profesión.

La Ley actual ha mantenido esa condición para el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, pero le ha quitado su carácter determinante al establecer que las partes pueden, si lo tienen a bien, pactar en contrario y nombrar a personas que no son abogados para conformar tribunales arbitrales que deben juzgar de acuerdo a Derecho (artículo 22°, inciso 1). Ésta es una innovación interesante que permite incorporar, por ejemplo, a un especialista cuando la materia a discutir es muy técnica (un ingeniero petrolero, un experto en bolsa de valores, un físico atómico quizá) que proporcione la visión especializada de los hechos a los otros árbitros abogados que deben encargarse de poner todo ello dentro del marco jurídico. Sin embargo, la norma

es tan amplia que permitiría nombrar un tribunal compuesto por tres ingenieros mecánicos para resolver un caso de responsabilidad civil derivado de un accidente producido por una máquina de transporte o de fabricación, pero me temo que estas personas tendrían muchas dificultades para incluir los elementos técnicos del acto dañino dentro de nociones como las de responsabilidad subjetiva u objetiva, responsabilidad vicaria, grado de contribución de la víctima al daño, etc. Y que el arbitraje termine convirtiéndose en uno de equidad a pesar de que las partes habían dispuesto que tenía que ser de derecho; lo que indudablemente puede dar lugar a una gran cantidad de nulidades ante el Poder Judicial, afectando la importancia del arbitraje.

Aún más, la ley expresamente exonera a los abogados árbitros de toda experiencia jurídica, por cuanto dispone que “Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera” (artículo 22°, inciso 2). Esto significa que una persona que estudió Derecho dentro del romanticismo de su juventud, se graduó de abogado pero nunca ejerció su profesión sino que se dedicó toda su vida al comercio, podría ser incorporado como árbitro de derecho a un tribunal que se supone que tiene que conocer muy bien la ley vigente que está obligado a aplicar.

Por otra parte, la Ley dispone también que, “Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera” (artículo 23°, inciso 2), ni aún si el arbitraje hubiera sido pactado como uno de Derecho. Sin embargo, hubiera sido interesante aclarar el tema que se refiere a los abogados peruanos o extranjeros graduados en el extranjero y que no han revalidado su título en el Perú. La respuesta formal a esta pregunta sería que quien no ha revalidado su título de abogado en el Perú no es reconocido como tal por la ley peruana y, por consiguiente, no puede ser árbitro, si el arbitraje es de derecho. Sin embargo, esta situación no perjudica la posibilidad de que importantes juristas extranjeros —que no han revalidado su título en el Perú— puedan ser miembros de tribunales arbitrales establecidos en el Perú para conocer arbitrajes internacionales, dado que la ley prevé expresamente que “En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo” (artículo 22°, inciso 1, *in fine*).

Esto en lo que se refiere a causales de recusación debido a falta de capacidad en función de las exigencias determinadas por ley. Sin embargo, las partes pueden ponerse de acuerdo para exigir capacidades adicionales; y, en consecuencia, los árbitros que no cumplan con ellas pueden ser igualmente recusados, sin que ello implique una

descalificación general para ser árbitro ni una falta de independencia o de imparcialidad. En este sentido, las partes pueden exigir que los árbitros tengan experiencia, por ejemplo, en materia de seguros, dada la naturaleza del caso; o que el árbitro no sea simplemente abogado sino que tenga una cierta experiencia en Derecho Marítimo para participar en un arbitraje entre una compañía naviera y el dueño de la carga transportada; o, de manera más general, tratándose de un tema jurídico muy difícil, los árbitros tengan más de 10 años de abogados en ejercicio o que sean profesores universitarios, etc. En los arbitrajes de conciencia o equidad se pueden exigir también conocimientos especializados no jurídicos: no basta que el árbitro propuesto sea una “buena persona” sino que además debe ser ingeniero o médico o vinculado a los negocios de exportación, etc., por ejemplo, sucede este caso cuando un productor y un distribuidor internacional de uvas establecen que las controversias entre ellos sólo pueden ser resueltas por árbitros de conciencia, pero que conozcan de mercados internacionales y/o del cultivo de la vid.

Es importante destacar que tales exigencias especiales pueden surgir del propio Convenio Arbitral o pueden formar parte del Reglamento de una determinada institución cuando se trata de un arbitraje patrocinado institucionalmente. El sometimiento de las partes al régimen de un cierto arbitraje institucionalizado implica el sometimiento también de los reglamentos de tal institución que pueden establecer requisitos o incompatibilidades especiales para sus árbitros.

Es importante notar que la ley peruana no funda ninguna causal *per se* de recusación en la nacionalidad del árbitro. Ya la ley anterior había consagrado el principio de que el nombramiento de árbitros tanto de derecho como de equidad podía recaer en personas nacionales o extranjeras. La nueva ley establece igualmente al señalar que “la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro”, pero coloca esta norma dentro del marco de la libertad de las partes al precisar que ello será así “salvo acuerdo en contrario de las partes” (artículo 20°, *in fine*).

Existe una causal adicional de recusación que se refiere a la “incompatibilidad funcional”, esto es, el hecho de que ejerzan ciertas funciones que hacen inconveniente su participación en un tribunal arbitral porque desbalancean las relaciones internas del tribunal. Por ejemplo, resultaría muy difícil para los árbitros resolver de manera independiente y personal si el presidente del tribunal es el Presidente de la República.

La LGA optaba por designar directamente las personas que no pueden ser árbitros, sin perjuicio de las leyes propias de cada función

que pudieran crear limitaciones adicionales. Así, no podían arbitrar el Presidente de la República, los Vicepresidentes, los Parlamentarios y los miembros del Tribunal Constitucional: tampoco los oficiales generales de las Fuerzas Armadas y Policiales. Otra función cuya exclusión es muy importante a fin de deslindar la jurisdicción arbitral de la judicial, es la de ser magistrado; y la anterior ley la hacía extensiva a los exmagistrados, aunque sólo respecto de las causas que han conocido como tales. Y, finalmente, el Contralor General de la República en los procesos arbitrales donde participan entidades sometidas a su control.

La actual Ley ha preferido remitir la definición de estas incompatibilidades a las leyes del Servicio Público, al establecer que “Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas” (artículo 21°). Sin embargo, ésta no parece ser la mejor solución, porque no solamente complica la determinación de la incompatibilidad al tener que referir-la a una multitud de leyes ajenas al arbitraje sino que, además, abre la puerta para que alguna de esas leyes permitan que sean árbitros funcionarios que, desde una lógica arbitral, no debieran serlo: se ha transferido a los Poderes Públicos la capacidad de determinar quién puede ser árbitro y quién no puede serlo dentro de sus filas.

4. LOS CONFLICTOS DE INTERÉS

Delimitada así la recusación por incapacidad e incompatibilidad, podemos regresar a las causales derivadas de la independencia y de la imparcialidad que debe mantener el árbitro.

Éstas son bastante más subjetivas y podríamos calificarlas en general como casos de “conflicto de interés”.

Obviamente, de imparcialidad y de independencia (la ley anterior se refería incluso a “dudas” sobre estos temas) es moverse a través de un terreno incierto, poblado por situaciones borrosas, ambiguas y sutiles. Por ello se requiere de algunas pautas adicionales que nos permitan navegar con un mínimo de seguridad por este mar neblinoso en el que aparecen y desaparecen sombras de otras embarcaciones, sin que lleguemos a tener un criterio seguro para establecer si estamos en rumbo de colisión o si se trata de elementos indiferentes al curso de nuestro proceso arbitral. ¿Cuáles son los criterios prácticos que nos permiten saber cuándo una situación afecta la independencia y/o la imparcialidad del árbitro?

Intuitivamente podemos pensar que recusar a un árbitro porque ha trabajado con un Gobierno que —a juicio político de la parte recu-

sante— no respeta el Derecho y que por tanto debe considerarse que no tiene una visión recta de las cosas, no puede ser admisible, porque se trata de un juicio político, subjetivo como son todas las opiniones políticas. No estamos aquí ante un conflicto de interés sino de una presunta incapacidad que no está fundada en la ley. Por otra parte, el pretendido fundamento incurre en la subjetividad y la pasión propia de todo juicio político.

Igualmente, podemos decir que la acusación de que un árbitro es profesor en una determinada universidad donde también es profesor el abogado de la parte contraria, tampoco puede ser admisible porque nos quedaríamos sin árbitros: la mayor parte de los árbitros son profesores universitarios. En cambio, si el árbitro es socio de la parte contraria en el negocio que ha dado origen a la controversia, evidentemente existe la posibilidad de dudar de su imparcialidad. Y si ese árbitro es el padre del abogado de la parte contraria, también podemos tener esa duda de su independencia; aunque si solamente es primo de ese abogado la situación es mucho más discutible y exige precisar hasta qué grado de parentesco se puede considerar para justificar una duda.

Por eso, se hace indispensable contar con patrones lo más objetivos posibles para determinar cuándo hay conflicto de interés en la realidad concreta del proceso.

5. CRITERIOS INSTITUCIONALES

En el caso de los arbitrajes administrados por alguna institución, encontramos que muchas veces este tipo de instituciones administradoras incluyen en sus Reglamentos normas específicas al respecto. Este es el caso de la Cámara de Comercio de Lima, de la American Chamber y del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Algunas veces, esas instituciones tienen además Códigos de Ética que precisan en mayor grado este tipo de circunstancias, como sucede con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Hay, por el contrario, otros reglamentos institucionales que no se han preocupado del problema y prácticamente repiten la norma general de la ley.

Pero también nos puede ser útil la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como internacional y extranjera, así como los textos guías preparados por algunos centros internacionales de arbitraje. No cabe duda de que las nociones a que me he referido y cuya aclaración y precisión requerimos, son —o deberían ser— relativamente similares en todas partes, independientemente de las diferencias entre las distintas legislaciones. Más aún, dentro de un mundo globalizado, la perspectiva de lo que es considerado razonable en esta materia tiende a ser la misma.

6. PRECISANDO EL CONFLICTO DE INTERÉS

Quizá el esfuerzo más grande realizado hoy en día en este sentido ha sido la elaboración de un documento fundamental llamado Lineamientos sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional⁽⁵⁵⁹⁾, por la International Bar Association.

Si bien los documentos institucionales son válidos sólo para los procesos que se lleven a cabo bajo su patrocinio y, por tanto, los Lineamientos de la International Bar Association carecen de fuerza legal o contractual en nuestro medio, presentan muchas ventajas.

En primer lugar, se trata de un texto actual, ya que fue publicado en el año 2004. De otro lado, fue preparado por 19 expertos de catorce países, por lo que nos orienta de manera bastante segura con relación a lo que la costumbre internacional de nuestro tiempo admite bajo el concepto de conflicto de interés. En tercer lugar, no solamente recoge las más modernas tendencias sobre el tema, sino que además las expone en forma sistematizada, lo que facilita mucho su visión de conjunto.

Es probable que nos puedan surgir dudas sobre la ubicación de ciertas situaciones dentro de la sistematización o que encontremos situaciones relativamente similares en lugares muy diferentes. Toda sistematización es tentativa y, salvo en las matemáticas, tiende a ser incompleta. Pero no cabe duda de que el trabajo de reflexión realizado por una institución tan seria nos proporciona un esquema muy sugestivo para la reflexión concreta sobre el tema.

Los Lineamientos comienzan señalando que el incremento de los conflictos de interés es un desafío al arbitraje.

El hecho de que el mundo de los negocios funcione actualmente muy interconectado, crea relaciones y, por tanto, posibilidades de conflictos de interés, que antes no hubieran sido imaginables. Y, por ello, los árbitros usualmente no están seguros de qué es lo que constituye un conflicto de interés dentro de la complejidad del mundo moderno, por lo que asumen actitudes muy diversas frente a temas similares.

No revelar cierto tipo de vinculaciones puede constituir una falta grave en un árbitro. Pero, por otra parte, comunicar a las partes cualquier tipo de relaciones, sin importar si son serias o si son leves, puede llevar a un abuso por parte de litigantes renuentes que aprovechan de

(559) International Bar Association: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, approved on 22 May 2004, Londres, Reino Unido, en adelante denominado en este artículo como "los Lineamientos".

esta situación para cuestionar al árbitro y eventualmente removerlo, con las consecuencias de las consiguientes dilaciones del procedimiento y de impedir que participe el árbitro en quien tiene confianza una de las partes.

En esta forma, dicen los Lineamientos, se crea una tensión entre el derecho de las partes a conocer las situaciones que puedan razonablemente suscitar dudas de la imparcialidad o independencia de uno de los árbitros y, del otro lado, el derecho de las partes de nombrar al árbitro de su preferencia y de tener un desarrollo normal, relativamente rápido, del procedimiento arbitral.

Notemos cómo esta tensión se reproduce exactamente en nuestro medio, ya que las dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro son causales de recusación de acuerdo a la ley peruana conforme hemos visto anteriormente. Y sucede que se ve cada vez más en nuestro medio que, en efecto, los demandados que preferirían dilatar el proceso utilizan la vía de las recusaciones para hacerlo y además obligan así a la otra parte a nombrar un árbitro que no era su primera preferencia.

Es para manejar equilibrada y puntualmente esas situaciones que se han preparado los Lineamientos. Los expertos que intervinieron en su preparación declaran que esos Lineamientos reflejan lo que ellos entienden como la mejor práctica internacional actual y que han tratado de balancear las varias y a veces contradictorias preocupaciones de los principales actores arbitrales, tales como las partes, sus abogados, los árbitros y las instituciones arbitrales.

7. LOS PRINCIPIOS GENERALES

El punto de partida es el principio común a todas las normas sobre conflictos de interés, que también está contenido en nuestra LA y que se repite, aunque no sea necesario, en muchos de los reglamentos de las instituciones arbitrales. Este principio general —que ha sido tomado por la ley peruana como por muchas otras del artículo 12° de la Ley Modelo de UNCITRAL— se refiere a que el árbitro debe ser imparcial e independiente de las partes, tanto al momento de aceptar el encargo como a lo largo de todo el proceso hasta el momento del laudo. Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos legales no precisan estos términos (“imparcial” e “independiente”), como no lo hace la nueva ley peruana. De ahí la importancia de ensayar un desarrollo al nivel de principios aplicados a situaciones específicas, a fin de permitir su aplicación más segura y objetiva a los casos concretos.

Como puede apreciarse de su lectura, los Lineamientos parten exactamente del mismo punto que el establecido como básico por

nuestra ley peruana y, en ese sentido, nos ayudan a desentrañar el sentido del Derecho nacional.

En consecuencia, el árbitro debe declinar el nombramiento o declarar la situación a las partes, según el caso, si tiene dudas sobre su imparcialidad y/o independencia o si, aunque él mismo no dude, el caso es de tal naturaleza que una tercera persona pudiera razonablemente dudar de su neutralidad.

A partir de ese punto, podemos ir más lejos agregando que un criterio seguro consiste en considerar que hay dudas justificadas si una informada y razonable tercera persona, sin relación con la controversia, alcanzara a pensar que el árbitro puede verse afectado en su juicio por circunstancias que no se derivan de la argumentación de las partes.

Sin necesidad de mayor cuestionamiento, podríamos considerar *iuris et de iure* que una duda justificada sobre la independencia o imparcialidad del árbitro existe si hay identidad entre una de las partes y el árbitro o si el árbitro es representante o funcionario de una de las partes de la controversia o si el árbitro tiene un interés significativo, ya sea personal o económico, en el resultado de la controversia. Todas estas causales terminantes de recusación derivan del gran principio que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. En estos casos, el llamado a ser árbitro, que de alguna manera está asociado con alguna de las partes en los resultados del proceso arbitral, debe declinar la invitación, sin necesidad de esperar la recusación.

Ahora bien, existen también una serie de situaciones en las que el árbitro puede sentir que no afectan su imparcialidad o independencia pero que pudieran dar lugar a que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.

En este caso, el árbitro no debe renunciar sino simplemente declarar esa situación. En estas circunstancias, el árbitro propuesto está obligado a revelar (*disclosure*) a las partes, a sus co-árbitros y a la institución arbitral, las vinculaciones que pudieran dar lugar a esa eventual duda antes de aceptar el cargo. Claro está que efectuar tal declaración implica que ese árbitro está convencido de que tales hechos no afectan su independencia de criterio, porque si no fuera así simplemente debería declinar el nombramiento. Si declara no es por una duda personal sino por consideración a lo que los demás actores del arbitraje pudieran pensar al respecto, permitiéndoles con la revelación que hagan una mejor evaluación de la situación. Y ciertamente, toda duda del árbitro sobre si debe o no poner ciertos hechos en conocimiento del tribunal y de las partes debe, en principio, ser resuelta a favor de la divulgación del hecho. Pero es importante destacar que el acto de comunicar ciertos hechos —lo que pudiera ser necesario para que no

existan dudas sobre su imparcialidad— no implica en manera alguna una admisión de conflicto de interés y ni siquiera revela una duda propia del árbitro sino sólo una consideración hacia las partes y sus colegas en aras de la transparencia del proceso.

También es cierto que actitudes excesivamente escrupulosas debilitan innecesariamente la confianza de las partes en el tribunal, lo que no es conveniente. Pero, pese a ello, es preciso insistir en que toda duda sobre la obligación de declarar debe resolverse a favor de hacer la declaración: el principio que debe regir la conducta del árbitro es *in dubio pro declaratione*. Si las partes, luego de conocida la declaración, no objetan al árbitro, se considerará que las situaciones declaradas son irrelevantes y que el árbitro puede participar en el proceso sin que se le pueda formular posteriormente cuestionamiento alguno por la causa declarada.

8. LAS LISTAS

Hasta aquí en cuanto a principios generales se refiere.

Pero cuando descendemos al terreno de lo fáctico y analizamos las situaciones particulares que pudieran ser consideradas como conflicto de interés, encontramos que no todas tienen el mismo grado de conflictividad y que no podemos tratar a todas de la misma manera, limitándonos a realizar un corte seco entre lo que fundamenta una recusación y lo que no la fundamenta.

Como los matices son muy sutiles en esta materia, debemos encontrar la forma de juzgar las cosas con diferente grado de exigencia y ponderar la recusación en función de los agravantes o atenuantes del contexto. Y es importante que esos principios se plasmen en orientaciones más concretas que se refieran a situaciones que fácilmente ocurren en la práctica actual del arbitraje; sin perjuicio de que estas listas de situaciones específicas no se entiendan taxativamente sino con carácter meramente enunciativo y explicativo.

En este sentido, los Lineamientos de la International Bar Association adoptan un método muy ingenioso y convincente: distinguen entre varias situaciones que pueden llevar a una recusación dentro de ciertas circunstancias, según el grado de alerta que corresponde a cada situación presuntamente conflictiva. Así, ese documento clasifica los conflictos potenciales en los siguientes tres grandes tipos, que van de más a menos:

(a) La Lista Roja contiene situaciones concretas que a cualquier tercera persona ajena al problema pueden darle dudas justificadas sobre un árbitro respecto del caso específico, ya que existe un con-

flicto de interés objetivo. Fundamentalmente, esta Lista corresponde a la existencia de identidades entre árbitros y partes, contrariando el principio de que nadie puede ser juez de sí mismo. En estos casos, el árbitro está obligado a inhibirse de conocer la causa; y, si no lo hace, será recusado. En esta materia, las más graves de las situaciones inhabilitan *iuris et de iure* al presunto árbitro frente a ese caso en particular, sin posibilidad de convalidación. Pero también hay otras que permiten una convalidación si todas las partes están de acuerdo en que no hay conflicto, aceptando que la persona se mantenga como árbitro y lo manifiestan expresamente. De esta manera, la Lista Roja se subdivide a su vez en dos listas: la Lista Roja de Situaciones No Dispensables y la Lista Roja de Situaciones Dispensables.

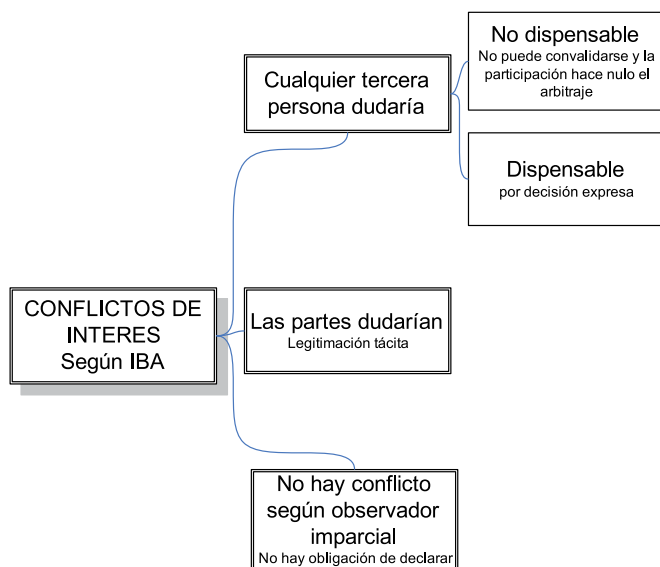
(b) La Lista Naranja contiene situaciones que pueden ser vistas cuando menos por las partes como dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro; es decir, a diferencia de los casos comprendidos en la Lista Roja, aquí el supuesto conflicto no es objetivo sino que puede dar lugar a desconfianza o irritación en una de las partes del arbitraje, sensibilizada con el caso. Sin embargo, pese a no tratarse de un conflicto objetivo, el árbitro debe ponerse en la situación de las partes y hacer una declaración de las circunstancias que pudieran ser mal vistas por ellas. Pero esas circunstancias no lo inhabilitan automáticamente, por el contrario, ese árbitro puede quedar tácitamente legitimado si las partes no lo objetan dentro de un cierto plazo. La diferencia fundamental con la Lista Roja Dispensable es que en ese caso se requeriría una dispensa expresa, mientras que en los casos naranja basta que, conociendo los hechos, no se haya producido objeción de las Partes. De ahí también que la comprobación posterior de la existencia de estas situaciones no conlleva necesariamente la nulidad del arbitraje aunque no haya habido divulgación expresa, en particular si el proceso se lleva a cabo con conocimiento de las partes y sin que éstas objeten al árbitro.

(c) La Lista Verde contiene circunstancias en las que no aparece ningún conflicto actual desde el punto de vista de un observador imparcial. Por consiguiente, el árbitro no tiene obligación de declarar nada.

Como puede verse, la Lista Roja corresponde a casos en los que notoriamente existe un conflicto de interés, visto por cualquier tercero. En el otro extremo, la Lista Verde describe aquellos casos que no deben ser confundidos con conflictos de interés. Y la Lista Naranja está constituida por una franja intermedia de casos de conflicto de interés de menor gravedad que no son considerados tales si ninguna de las partes presenta objeción. Algunos de los casos de la Lista Naranja tienen plazos (por ejemplo, número de años atrás en que el árbitro pro-

puesto prestó un servicio legal a una de las partes) que, al vencerse, hacen que la situación pase a formar parte de la Lista Verde.

Un esquema de esta estructura de Listas puede apreciarse a continuación:



Hagamos a partir de aquí el ejercicio de examinar los casos concretos que los Lineamientos enuncian como ejemplos de situaciones típicas de cada una de las categorías mencionadas. Obviamente, esa enumeración no es taxativa sino meramente indicativa. Y en todo momento hay que tener presente que las fronteras entre una y otra de las categorías pueden ser muchas veces muy tenues.

9. LA LISTA ROJA NO DISPENSABLE

Empezaremos por la Lista Roja No Dispensable, que agrupa a las más graves situaciones de conflicto de interés.

Ahí encontramos fundamentalmente las situaciones que antes hemos calificado como conflictivas *iuris et de iure*, porque infringen el principio básico del arbitraje que establece que nadie puede ser árbitro de sí mismo. Los Lineamientos dan cuatro ejemplos de esta situación, que son los siguientes:

- i. El primero se basa en la existencia de una identidad entre una de las partes y el árbitro o, en caso de personas jurídicas, en que el árbitro sea el representante legal de una de las partes. Como puede apreciarse, aquí estamos ante el caso más flagrante: el árbitro y la parte son física o prácticamente la misma persona. Por

- consiguiente, la situación antes descrita puede ser calificada objetivamente como de falta absoluta de independencia.
- ii.* El segundo se refiere al caso de que el árbitro sea Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervisión de la empresa o, en general, que tenga una influencia similar sobre el control de una de las partes. En esta condición, podemos pensar también que objetivamente no existe independencia pues no podemos imaginar al Gerente de una empresa o a uno de los miembros de su Directorio votando a favor de un laudo contrario a su empresa; le es imposible votar en contra porque ello lo llevaría a cometer una falta contra sus deberes de Gerente o de Director.
 - iii.* El tercero contempla la situación en la que el árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en el resultado del proceso. En esta situación es importante el adjetivo “significativo”. Esto quiere decir que podemos pensar que la independencia del árbitro no se verá necesariamente afectada de manera radical si tiene algunas acciones de la empresa que es una de las partes del arbitraje, compradas en la Bolsa como inversión, en una cantidad que no constituye una participación determinante en el total de las acciones de la empresa ni tampoco es una parte importante del patrimonio personal del árbitro. Si ésta última situación fuera el caso, habría que calificar la situación dentro de la Lista Roja Dispensable, que le permitiría ser árbitro sólo si hay acuerdo expreso de las partes. Pero si ese árbitro tiene un porcentaje decisivo —que no tiene que ser necesariamente más del 50% de las acciones de la empresa sino incluso una cantidad menor pero que le da el control—, incurriría inevitablemente en una causal de la Lista Roja No Dispensable y no podría ser árbitro de tal controversia.
 - iv.* El cuarto ejemplo se refiere fundamentalmente a los abogados de empresas; aunque también, cuando estamos ante arbitrajes de conciencia, puede afectar a los árbitros que son contadores, ingenieros consultores u otros profesionales independientes a quienes la empresa parte ha solicitado servicios. En estos casos, se entiende que pertenecen a la Lista Roja No Dispensable cuando el árbitro es asesor de manera regular de una de las partes y él mismo o su Estudio de abogados o su firma consultora obtiene de ese cliente un ingreso económico significativo. Notemos también aquí el adjetivo “regular” y la condición del ingreso “significativo”. Si la vinculación profesional no es continua y actual o si lo que obtiene como ingreso por sus servicios legales de ese cliente no es significativo, estaríamos dentro de la Lista Naranja.

10. LA LISTA ROJA DISPENSABLE

Veamos ahora los casos de la Lista Roja dispensable. Todavía estamos frente a situaciones que objetivamente pueden ser interpretadas como falta de independencia. Pero las partes podrían considerar que esa relación objetiva de dependencia no afecta el arbitraje en curso y, por consiguiente, puede ser dispensada. Las categorías de este tipo de relaciones planteadas en los Lineamientos son nueve, algunas de las cuales son mostradas a su vez con varios casos típicos. Las examinaremos también una por una:

i. La primera está basada en la relación del árbitro con la materia de la disputa. En vista de ello se tiene en cuenta la situación en que el árbitro haya asesorado legalmente o proporcionado una opinión como experto legal sobre el tema de la controversia a una de las partes o a una entidad afiliada a alguna de las partes. Y la existencia de conflicto se extiende incluso a los casos en que, sin haber asesorado previamente a ninguna de las partes, ha estado sin embargo de alguna manera involucrado en el caso. Como se puede ver, se trata de situaciones graves. No estamos aquí frente a un interés personal del árbitro que genere una identidad con la parte. Pero no hay duda de que quien ha emitido antes opinión como asesor legal en las diferentes formas posibles, es probable que no tenga la imparcialidad frente al arbitraje que hubiera sido de esperar. En una nota se aclara que cuando los Lineamientos hablan de empresas afiliadas, se están refiriendo a todas las empresas que forman parte de un grupo de empresas, incluyendo a las matrices. Debe advertirse, sin embargo, que no se habla de un asesoramiento en un caso similar o en una materia análoga sino directamente a una de las partes o a una entidad vinculada a la parte, sobre el objeto del mismo proceso.

ii. La segunda categoría “Roja Dispensable” consiste en que el árbitro tenga interés directo o indirecto en la disputa. Concretamente, nos encontramos aquí con el caso de que el árbitro, sea directa o indirectamente, posea acciones de la sociedad que es parte del arbitraje o de alguna de sus afiliadas. Como se recordará, si la participación es significativa se incurre en una causal de la Lista Roja No Dispensable. Por tanto, aquí estamos hablando de una participación no significativa.

Forma parte también de esta segunda categoría el hecho de que un familiar cercano —y por tal se entiende el cónyuge, los hermanos, padres o incluso las parejas estables— tenga un interés significativo en el resultado de la disputa. Aquí vemos que, tratándose de familiares, los Lineamientos son menos exigentes que cuando se trata del árbitro

mismo: una vez más, se matiza el alcance del conflicto requiriendo no simplemente que haya interés sino que además éste sea significativo.

Finalmente, siempre dentro de esta segunda categoría de la Lista Roja dispensable, encontramos el caso de que el árbitro o un familiar cercano sostengan una estrecha relación con un tercero que a su vez pueda estar expuesto a recurso por la parte perdedora de la controversia.

iii. La tercera categoría se refiere a las relaciones del árbitro con las partes y con los abogados de ellas.

Dentro de este marco está el caso de que el árbitro represente o asesore usualmente a una de las partes o a una empresa afiliada. En este caso se usa el adverbio “actualmente” (currently) mientras que en la Lista Roja No Dispensable se ha utilizado “regularmente” (regularly). Lo que se quiere significar es que, si se trata de una relación profesional continua, estamos en el caso no dispensable. En cambio, el asesoramiento que se brinda en la actualidad —obviamente en materias ajenas a las del caso— pero que es ocasional, puede ser dispensado por acuerdo de las partes. Veremos en la Lista Naranja los casos de asesoramientos no actuales sino pasados y los límites de tiempo a considerar.

Dentro de este mismo marco se ubican los casos en los que el árbitro tiene en ese momento la representación ya no de una de las partes, sino del abogado o si es actualmente miembro del Estudio de abogados al que pertenece quien asesora a una de las partes. Asimismo, es también un caso de Lista Roja Dispensable si el árbitro es Gerente, Director o miembro del Consejo de Supervisión de una firma vinculada a una de las partes, siempre que esa firma vinculada esté directamente involucrada en los asuntos que son materia del arbitraje. Como hemos visto, si esta relación profesional fuera con la propia firma que es parte en el arbitraje, la situación sería no dispensable. Pero tratándose aquí solamente de una empresa vinculada, no solamente es una situación dispensable por las partes sino que además se exige que la firma con la que se tiene vinculación esté directamente involucrada con la materia arbitral. Esto significa que si la empresa “A” contrata con la empresa “B” para construirle una planta de procesamiento de minerales y encarga la obra civil a su filial A2, si el árbitro es Gerente o Director de A se encontrará dentro de la causal roja no dispensable y deberá inhibirse. En cambio, si es Gerente o Director de A2 tiene que declararlo, pero las partes pueden aceptar que continúe como árbitro. Ahora bien, si es Director de Ax que es otra filial de A, pero que se dedica a asesorar a las empresas agrícolas y no tiene relación alguna con el pleito, la situación baja a la Lista Naranja.

Habría que considerar también como caso propio de la Lista Roja Dispensable la situación en la que el Estudio jurídico del árbitro, en una época anterior, ha prestado servicios vinculados directamente con el caso. O si su Estudio de abogados tiene una significativa relación comercial con una de las partes o con una empresa afiliada de una de las partes.

Como correlato de lo dicho anteriormente en la relación de conflictos de interés no dispensables, encontramos aquí que si el árbitro asesora en forma regular a una de las partes o a una empresa vinculada pero ni él ni su Estudio obtienen un ingreso significativo por ello, esta relación profesional podría ser dispensada por acuerdo entre las partes.

Las relaciones familiares pueden dar lugar también a situaciones que, sin llegar a la gravedad de los casos no dispensables, crean situaciones embarazosas. Por ejemplo, tendría que declarar su condición y no puede quedarse como árbitro si las partes expresamente no lo aceptan, aquel que tiene una cercana relación familiar con una de las partes si es persona individual o, si es persona jurídica, con su Gerente, uno de sus Directores, uno de sus miembros del Consejo de Supervisión o con cualquier persona que tenga una relación de influencia similar con una de las partes o con los abogados de una de las partes. Igualmente, habrá que proceder de la misma forma si un familiar cercano del árbitro tiene un interés económico significativo en una de las partes o en una empresa vinculada a ella.

11. LA LISTA NARANJA

La Lista Naranja simplemente obliga a hacer una declaración de la situación. Frente a tal declaración, las partes tienen necesariamente que pronunciarse contra el árbitro para que éste quede excluido del arbitraje, mientras que si no se pronuncian debe considerarse al árbitro como aceptado.

Aquí vamos a encontrar gran parte de aquellas situaciones similares a las anteriormente descritas pero que, por decantación sobre la base del uso de adjetivos de grados, han ido quedando fuera de la Lista Roja en cualquiera de sus dos formas. En general, advertimos que estas situaciones no se refieren tanto a la falta de independencia como más bien a la posible falta de imparcialidad.

De esta manera, encontramos cinco grandes categorías con sus respectivos casos específicos.

i. La primera de esta categoría naranja se refiere a los casos de relación profesional con alguna de las partes.

En este caso, lo que define su pertenencia a esta lista es que el árbitro haya tenido relación profesional en los últimos tres años con alguna de las partes o también que, durante el mismo período haya asesorado a un tercero en contra de una de las partes. Y lo mismo se aplica al Estudio de abogados del árbitro, aun cuando el árbitro no hubiera tenido intervención personal en ese servicio profesional.

Es importante destacar dos situaciones que se derivan de arbitrajes anteriores. Así, si dentro del período de tres años, el árbitro ha sido nombrado antes árbitro por una de las partes o una de sus empresas vinculadas en dos o más ocasiones, está incurso en la Lista Naranja. Y lo mismo sucede si el árbitro simplemente ha formado parte de un tribunal arbitral en un asunto conexo que haya involucrado a una de las actuales partes o de sus compañías asociadas.

En todos estos casos, el límite es de tres años.

ii. La segunda categoría naranja se refiere a servicios que se prestan actualmente a una de las partes o a sus compañías asociadas, por el Estudio de abogados del árbitro, en los casos de que el ingreso económico por este concepto no sea significativo y el árbitro mismo no haya tenido vinculación con tales servicios. Y esta situación se extiende a otros Estudios de abogados que compartan honorarios con el Estudio del árbitro. O al propio árbitro y a su Estudio cuando presta servicios a una de las partes pero en asuntos que no tienen nada que ver con la materia controvertida.

Podemos imaginarnos el Estudio de Juan Pérez que asesora a la distribuidora de productos veterinarios denominada Clonación Ininterrumpida S.A.C. en asuntos laborales. Se presenta una controversia entre Clonación Ininterrumpida S.A.C. y una empresa ganadera sobre la eficiencia de los productos vendidos. En este arbitraje, Clonación Ininterrumpida S.A.C. nombra como árbitro a Juan Pérez. Éste tendría que declarar su relación de asesoramiento en otra materia jurídica (relaciones laborales), pero, de acuerdo a las reglas para la Lista Naranja, si las partes no lo objetan puede seguir como árbitro.

iii. La tercera categoría naranja tiene que ver con las relaciones entre un árbitro con los otros árbitros o con los abogados de las partes.

Dentro de esta categoría encontramos los casos en que dos árbitros del mismo tribunal pertenecen al mismo Estudio o cuando menos, si no lo es ahora, en los últimos tres años se presentó esa situación, sea con otro árbitro o con el abogado de una de las partes.

También puede suceder que un abogado del Estudio de uno de los árbitros sea árbitro en otra controversia que involucra a una de las partes o a una compañía vinculada a ella. Otro caso posible es que un

miembro cercano de la familia del árbitro sea miembro del Estudio que defiende a una de las partes en el arbitraje, aunque no se ocupe personalmente del caso.

Una situación contemplada en los Lineamientos y que, a mi juicio, no es aplicable dentro de nuestro medio, es que el árbitro sea amigo personal del abogado de alguna de las partes. En el Perú, dado que hemos estudiado en pocas universidades, gran parte de los abogados somos amigos personales unos de otros. De manera que si se quisiera aplicar estrictamente esta regla, nos quedaríamos rápidamente sin árbitros y nos encontraríamos en el absurdo caso de tener que recurrir a árbitros extranjeros.

iv. La cuarta categoría tiene relación con las actitudes del árbitro respecto de alguna de las partes que hacen dudar de la imparcialidad requerida.

Puede darse el caso que el Estudio de Abogados al que pertenece el árbitro esté actuando profesionalmente contra una de las partes o de una empresa vinculada, lo que haría pensar en una animadversión del árbitro contra esa parte. O que, por el contrario, se sospeche de una excesiva afinidad del árbitro con una de las partes porque en los últimos tres años ha sido su empleado o su socio.

Aquí también notamos una causal que no se ajusta a nuestro medio social y profesional, más pequeño y más vinculado entre sí que el que se da en Estados Unidos o Europa. Los Lineamientos ponen en duda —y, por tanto, colocan dentro de la Lista Naranja— los casos en que exista una amistad personal entre el árbitro y el Gerente o el Director o una persona con un cargo similar de las partes, sus empresas vinculadas e incluso de los testigos o de los expertos. Es posible imaginar que, en el arbitraje internacional, árbitros y partes no se conozcan, salvo en situaciones extraordinarias; en cambio, dentro del arbitraje nacional —y más en un medio como el Perú— esto es perfectamente frecuente, sin que ello ponga en cuestión la independencia de las personas.

v. Finalmente, en la última categoría naranja los Lineamientos han colocado situaciones varias.

Así, se ubican situaciones tales como que el árbitro haya previamente declarado en forma pública su posición frente a la materia controvertida. O que el árbitro forme parte del Consejo de la institución arbitral patrocinante con capacidad para nombrar árbitros y resolver controversias bajo la jurisdicción de tal institución que pudieran surgir dentro del arbitraje.

12. LA LISTA VERDE

Por último, la Lista Verde incluye situaciones que, aunque pudieran parecer conflictos de interés, no deben ser consideradas como tales.

Por ejemplo, los Lineamientos nos dicen que el hecho de que el árbitro haya publicado antes un ensayo o haya dado una conferencia académica sobre el tema jurídico involucrado en la controversia arbitral, es irrelevante mientras no se haya mencionado ese caso específico.

También si el Estudio del árbitro está asociado con otro Estudio que presta servicios para una de las partes en materias desvinculadas del arbitraje y no comparten honorarios, no hay necesidad ni siquiera de declarar este hecho.

Asimismo, los contactos con los otros árbitros o con los abogados de las partes en las asociaciones culturales o de investigación académica, no ponen en cuestión la imparcialidad del árbitro.

Es igualmente fuera de toda noción de conflicto de interés el hecho de que el árbitro y el abogado de una de las partes hayan servido juntos como árbitros en un tribunal anterior o que el árbitro y algunos de los ejecutivos de las partes hayan trabajado juntos como expertos o en otra tarea profesional o hayan sido ambos árbitros en un caso anterior. Tampoco es relevante que el árbitro tenga un número insignificante de acciones de las sociedades que son partes en el arbitraje o de sus empresas vinculadas cuando están inscritas en Bolsa.

Un punto interesante es el caso de que una de las partes haya convocado previamente a uno de los actuales árbitros para tratar sobre el caso antes de nombrarlo y quizá como antecedente de tal nombramiento. En esa hipótesis, el hecho pertenece a la Lista Verde y no debe ser declarado si la reunión se limitó a tratar sobre la disponibilidad de este abogado para ser nombrado árbitro por esa parte, a explicitar sus calificaciones para esta tarea y a discutir los nombres de las personas que pudieran ser elegidas como presidente del tribunal, sin tocar en ningún momento los aspectos substantivos de la controversia.

13. EL CÓDIGO DE ÉTICA DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

La única institución arbitral peruana que ha intentado explicitar y concretar en situaciones específicas las nociones de independencia e imparcialidad que establece la ley, es el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Las normas institucionales de esta entidad, referente a este tema, no están en el Reglamento de Arbitraje sino en el Código de Ética que se aplica tanto a árbitros como a conciliadores.

Estas normas están expresadas en los artículos 5° y 6° (de alguna manera también el 7°) de dicho Código de Ética y contienen —quizá de una manera más somera y menos matizada— gran parte de las situaciones antes mencionadas al tratar los Lineamientos de la International Bar Association.

Sin embargo, hay algunas diferencias fundamentales. La relación de la Cámara de Comercio no establece ninguna gradación de situaciones que pudieran sugerir un conflicto de interés. Y, consecuentemente, no puede aplicar reglas diferentes según el grado de compromiso que implique cada situación. Tampoco señala los casos que no son conflicto de interés aunque pudieran parecerlo.

En realidad, la normatividad de la Cámara de Comercio se limita a ordenar una declaración jurada a cada árbitro de no estar incurso en las situaciones listadas en los artículos mencionados de dicho Código de Ética. Sin embargo, el Centro de Arbitraje de la Cámara cuenta con un Consejo Superior de Arbitraje al cual son elevadas las altercaciones sobre conflictos de interés y que, dada la calidad de sus miembros, suple las imprecisiones de las normas institucionales.

14. LA NOCIÓN DE CONFLICTO DE INTERÉS COMO CONCEPTO VIVO

Sin embargo, a pesar de todo el trabajo desarrollado por instituciones y juristas en torno de este problema y del interesantísimo esfuerzo realizado por la International Bar Association, ciertamente no se ha dicho la última palabra. Todo lo que he mencionado anteriormente no son sino opiniones, costumbres jurídicas o, en el mejor de los casos, reglas aplicables dentro de un entorno legal determinado.

La nueva ley que venimos comentando se ha limitado —muy en su sitio, porque como ley general no puede entrar en detalles— a señalar la falta de independencia y/o de imparcialidad. Pero frente a cada aparente conflicto de interés, cada tribunal tendrá que resolver si efectivamente tal conflicto existe y su nivel de gravedad, interpretando las nociones de independencia y de imparcialidad.

La noción de conflicto de interés es un concepto vivo; y esto significa que, como la vida misma, está en movimiento y en evolución. Cada caso nuevo ayuda a repensar una afirmación anterior o a precisar un concepto desde una perspectiva nueva. Dilucidar en qué consiste el conflicto de interés y cuáles son sus grados es una tarea permanente; y

es una cuestión que constituye un desafío para todos los abogados que estamos involucrados con el arbitraje.



Art. 29°.—Procedimiento de recusación.

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.

2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.

c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.

d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23°.

ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23°.

iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23°. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.

3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.

4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.

5. La renuncia de un árbitro 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 emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo 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.

7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

COMENTARIO ⁽⁵⁶⁰⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El procedimiento de recusación.* 2.1. *¿Desde cuándo procede la recusación?* 2.2. *¿Hasta cuándo procede la recusación?* 2.3. *El laudo dictado por árbitro incurso en causal de recusación. El recurso de anulación sustentado en ello.* 3. *La Justificación de la recusación.* 4. *El trámite.*

(560) Por **ENRIQUE PALACIOS PAREJA**: Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Si bien el procedimiento de recusación no es un tema de gran complejidad que haya merecido análisis importantes de la doctrina arbitral, reviste importancia pues se trata del camino que hay que recorrer para lograr un objetivo trascendente como es apartar del proceso al árbitro que, por cualquier circunstancia, pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

No es materia de este comentario analizar los motivos de recusación a que se refiere el artículo 28° de la LA, por lo que sobre ellos me limitaré tan sólo a afirmar que se trata de una cláusula abierta, pues no están previstas específicamente las circunstancias que justifican la recusación. Lo cierto es que debe tratarse de supuestos que afecten la confianza de las partes en los árbitros para resolver el conflicto de intereses. En ese sentido, la relación del árbitro con las partes o cualquier influencia de las mismas sobre aquél, que puedan ensombrecer la imagen del árbitro, sembrando dudas sobre su imparcialidad o independencia, podrán constituir causal de recusación. La confianza de las partes hacia los árbitros puede verse impactada no sólo por razones que afectan su imparcialidad o independencia, sino por aquellas que inciden en su capacidad para desempeñar adecuadamente su función. Por ello, procede también la recusación sustentada en que el árbitro carece de las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

2. EL PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN

El artículo 29° de la LA permite que las partes puedan pactar un procedimiento de recusación de árbitros o que se sometan al previsto en un reglamento arbitral. A falta de estos se aplica el procedimiento establecido en la norma, cuyas características más saltantes paso a comentar.

2.1. ¿Desde cuándo procede la recusación?

La LA dispone que la recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva. Esto se condice con la buena fe y lealtad procesales, y se justifica en que la recusación responda a una efectiva percepción de la afectación a la independencia e imparcialidad del árbitro por la parte recusante, lo que ocasiona que dicha parte no pueda tolerar su presencia en el proceso desde el momento que conoció la causal. De esta manera, luego de conocida la causal y antes de formular la recusación, la parte recusante no deberá haber formulado ningún pedido en el proceso respecto del cual el árbitro cuestio-

nado pueda tomar alguna decisión. Si así fuera, estaría manifestando tácitamente una dispensa de la causal. Por ello, en vez de la fórmula “tan pronto sea conocida la causal”, hubiera preferido que la norma en comento señalara que la recusación se plantea en “la primera oportunidad” que se tenga para hacerlo. Creo que este último término resulta menos ambigüo, más objetivo, y evita la discusión sobre cuál es el tiempo que se considera debió haber transcurrido para que la recusación se haya solicitado “tan pronto” se conoció la causal.

Ahora bien, ¿a partir de qué etapa del proceso se puede recusar a un árbitro? Conforme al artículo 33º de la LA, el proceso arbitral se inicia en la fecha de recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje, pero como es obvio, cualquier recusación deberá tener como presupuesto que el árbitro designado haya comunicado a las partes su aceptación al nombramiento. Luego de ello, ¿deberá esperarse a que el tribunal se haya instalado? La respuesta es no. Bastará con que el tribunal se haya constituido, como consecuencia de la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, en concordancia con el artículo 27º de la LA. En tal sentido, la recusación puede formularse desde el momento en que el tribunal está constituido, aunque no se haya instalado. En efecto, así como el artículo 47º de la LA permite a los árbitros dictar medidas cautelares desde que el tribunal está constituido, aunque no instalado, así también podrá el tribunal dar trámite a la recusación formulada luego de su constitución y antes de su instalación. Ello es absolutamente coherente con la exigencia de plantear la recusación tan pronto sea conocida la causal o en la primera oportunidad que se tenga para hacerlo, de manera de evitar que el árbitro cuestionado tenga la menor posibilidad de tomar decisiones en el transcurso del proceso, mientras no se resuelva su recusación, como podría ser por ejemplo mediante la adopción de medidas cautelares. Recordemos que, por lo demás, conforme al artículo 29º, inciso 4 de la LA, el trámite de la recusación no suspende las actuaciones arbitrales.

2.2. ¿Hasta cuándo procede la recusación?

El artículo 29º, inciso 3 de la LA establece que, salvo pacto en contrario, iniciado el plazo para laudar no procede recusación alguna, con lo cual en esta etapa del proceso arbitral las partes, a pesar de conocer de alguna circunstancia que afecte la imparcialidad o independencia del árbitro, no pueden solicitar que éste sea apartado del proceso por la vía de la recusación. Como veremos más adelante, lo que podrían hacer las partes, de manera conjunta, es acordar la remoción del árbitro. Sin embargo, la misma norma dispone que el árbitro “debe” con-

siderar su renuncia si se encuentra en alguna circunstancia de recusación, bajo responsabilidad.

2.3. El laudo dictado por árbitro incurso en causal de recusación. El recurso de anulación sustentado en ello

¿Qué pasa si el árbitro no cumple el deber de considerar su renuncia a la que me he referido en el acápite anterior, o simplemente no renuncia? No tengo duda que la parte perjudicada podrá impugnar el laudo, pues al haber sido emitido por el árbitro incurso en causal de recusación se ha violado el derecho fundamental de la parte al debido proceso, al haber sido juzgado por un árbitro que no es imparcial o que carece de independencia. Recordemos que el arbitraje, como todo proceso, debe contar con las garantías mínimas que garanticen la tutela jurisdiccional efectiva a través de un debido proceso legal. Sin duda alguna, la imparcialidad e independencia del árbitro constituye una garantía fundamental en el proceso arbitral, en tal grado que sin ellas el árbitro —y cualquier juzgador— carecería de autoridad. La autoridad del árbitro o del juez, en el proceso judicial, se sustentan en su imparcialidad y en su independencia.

Para impugnar el laudo, la LA establece el recurso de anulación. Pero el artículo 63° sólo permite la interposición de este recurso por las causales taxativamente previstas en él, entre las cuales no está la trasgresión del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva. A pesar de ello, la duodécima disposición complementaria de la LA señala que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje. Es decir que, mientras por un lado el artículo 63° no prevé la vulneración del debido proceso como una de las causales del recurso de anulación que en *numerus clausus* enuncia, la duodécima disposición complementaria de la misma Ley establece que el recurso de anulación es la vía idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado. En tal sentido, soy de la opinión que debe estarse a la duodécima disposición complementaria de la LA que, como corresponde a su naturaleza, integra, perfecciona, complementa el artículo 63° de la misma Ley, de manera que mediante el recurso de anulación se puede impugnar el laudo por trasgresión a derechos fundamentales. Nuevamente, si partimos del concepto que el proceso arbitral debe contar con las garantías mínimas de todo proceso, resultaría absurdo que no existiera una vía o un recurso que permita corregir aquellas situaciones en las que dichas garantías no son respetadas. Esta conclusión es concordante con el precedente vinculante establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 6167-2005-PHC/TC.

Esta solución es aplicable también para el caso en que la parte recusante se encuentre disconforme con la resolución recaída en la recusación. El inciso 7 del artículo 29º de la LA dispone que la decisión que resuelve la recusación es inimpugnable. Sin embargo, expresamente reconoce el derecho de la parte recusante para cuestionar la decisión desestimatoria de la recusación mediante el recurso de anulación contra el laudo. No tengo la menor duda que dicho recurso se sustentará en la afectación al derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva, en tanto la parte no ha contado con un juzgador imparcial.

3. LA JUSTIFICACIÓN DE LA RECUSACIÓN

El procedimiento previsto por la norma en comentario establece que en la recusación hay que justificar debidamente las razones en que se basa, presentando los documentos correspondientes. A primera vista podría aparecer como innecesaria la exigencia legal de la justificación debida de las razones de la recusación, pues todo pedido formulado al tribunal sin duda debe estar debidamente sustentado para lograr una resolución estimatoria. De no ser así, como ante cualquier petición deficientemente fundamentada, la resolución que se emita será desestimatoria. Cuando la LA exige justificar debidamente las razones en que se basa la recusación, significa que la circunstancia que se invoca como sustento debe referirse a un suceso u ocurrencia concreto, directo, certero y susceptible de ser razonablemente comprobado, de manera que no se trate de un evento distante o especulativo.

De este modo, se exige también presentar “los documentos correspondientes”. Esto último parecería estar limitando la actividad probatoria de la recusación a la prueba documental. Soy un convencido que no es así. No existe razón alguna para restringir el derecho fundamental de las partes a la prueba destinada a acreditar la existencia de la causal que siembra dudas sobre un aspecto tan importante como la imparcialidad e independencia del árbitro. Para la prueba de este trascendental extremo debe admitirse cualquier medio probatorio, típico o atípico, de actuación inmediata o diferida; incluso podrá sustentarse la decisión también con algún suceso de los medios probatorios, como los indicios o las presunciones.

Aunque también resulta innecesario que la Ley lo diga, pues en concordancia con la exigencia contenida en el artículo 139º, inciso 5 de la Constitución, toda resolución jurisdiccional debe estar debidamente motivada. Aquella que resuelva sobre la recusación de un árbitro tiene que expresar con claridad cuál es la causal que justifica amparar la recusación, cómo se afecta la certeza respecto de la imparcialidad

e independencia del árbitro y cómo se ha acreditado la mencionada causal.

4. EL TRÁMITE

Como no puede ser de otro modo, la Ley otorga al árbitro recusado y a la otra parte la oportunidad de manifestar lo que a su derecho convenga frente a la recusación, dentro del plazo de 10 días de notificados con ésta. Se trata simplemente de la expresión del principio de bilateralidad que inspira al proceso y del respeto al más elemental derecho a la defensa del árbitro recusado. En la absolución de este trámite la parte no recusante puede convenir en la recusación o el árbitro puede renunciar. En cualquiera de los dos casos se procede al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma que correspondería nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente. Eso quiere decir que, si a quien se ha recusado es al árbitro designado por alguna parte, ésta procederá al nombramiento del sustituto y, si el recusado fue el presidente del tribunal, los otros dos árbitros elegirán un nuevo presidente.

Una de las modificaciones importantes de la nueva ley en cuanto al trámite de la recusación y designación de árbitros, es que prescinde totalmente de la participación del Poder Judicial, estableciendo la intervención de las Cámaras de Comercio. De esta manera, se evita la instauración de procedimientos judiciales que retardarían innecesariamente el proceso arbitral. Así, tratándose de árbitro único, la recusación la resuelve la institución arbitral que lo designó y, a falta de ésta, la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral. Si no existe Cámara de Comercio en ninguno de estos lugares, resuelve la Cámara de Comercio de la localidad más cercana. Tratándose de tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, la recusación es resuelta por los demás árbitros por mayoría absoluta. Si se produce empate, resuelve el presidente del tribunal, salvo que él sea el recusado.

Se ha introducido una modificación para el caso de empate entre los árbitros en la resolución de la recusación formulada contra el presidente del tribunal. La ley anterior establecía que ante este empate resolvía el árbitro de más edad. La nueva ley señala que resuelve la institución que hubiese nombrado al presidente o, en su defecto, la Cámara de Comercio. ¿Cuál es la razón de esta modificación? Debo entender que obedece a que, cuando se promulgó la Ley General de Arbitraje anterior las instituciones arbitrales y las cámaras de comercio no habían desarrollado lo suficiente como para asumir la función que hoy les otorga la LA para resolver estos empates. Así, para evitar que la decisión la adoptara el Poder Judicial, se optó porque resolviera

el árbitro de mayor edad. Hoy en día las instituciones arbitrales y las cámaras de comercio sí podrían desarrollar adecuadamente esa función, por lo que la LA se las da, eliminando la competencia del árbitro de mayor edad para resolver el empate. Me resisto a pensar que la modificación responda a la percepción del legislador que, siendo el árbitro de mayor edad designado por alguna de las partes, se sienta tentado a resolver de manera poco objetiva, manteniendo o apartando al árbitro recusado en concordancia con el interés de la parte que lo designó. Definitivamente, no comparto esta línea de pensamiento sobre la ética y la conducta de los árbitros, según la cual a éstos (en tanto son designados por las partes) no se les puede exigir el mismo nivel de independencia, imparcialidad y discreción que a un Juez. Sin embargo, resulta sintomático que en la LA se haya eliminado una norma tan contundente y precisa como la del artículo 18° de la derogada Ley N° 26572, según la cual “Los árbitros no representan los intereses de ninguna de las partes y ejercen el cargo con *estricta* imparcialidad y absoluta discreción” (énfasis agregado). Pareciera que se está reconociendo que el árbitro de parte no tiene que ser tan estricto en su imparcialidad, que el hecho de haber sido designado por aquella parte justifica “cierto grado” de parcialidad. Discrepo frontalmente con este punto de vista. Me resulta inaceptable pensar, y menos admitir, que el árbitro pueda resolver manteniendo al árbitro recusado que efectivamente incurre en motivo de recusación, o apartando al que no lo hace, sólo para favorecer a la parte que lo designó. Si aceptamos esto no deberá sorprendernos que también al laudar dicho árbitro resuelva en base a los intereses de quien lo designó, prescindiendo de su propia convicción. No niego la posibilidad de que esta situación patológica se pueda presentar en algunos casos, pero la Ley no puede regular el proceso arbitral partiendo de que ésta sea la regla general.

De otro lado, cuando se recusa a más de un árbitro por la misma causa y el presidente no se encuentra entre los recusados, resuelve este último. Si entre los recusados está el presidente, resuelve la Cámara de Comercio conforme a las reglas expuestas precedentemente. Esta solución también será la aplicable para el caso de que el tribunal en pleno sea recusado. Cabe hacer hincapié que la solución prevista en la norma para esta recusación colectiva es para los casos en que los árbitros sean recusados por la misma causa. Si más de un árbitro es recusado pero cada uno por causas distintas, la recusación de cada árbitro debe ser resuelta por los otros dos. Si se produce empate entre los árbitros para resolver alguna de estas recusaciones deberán aplicarse las reglas que acabo de comentar, es decir, en la recusación de un árbitro de parte el empate lo resuelve el presidente, y si este es el recusado, el empate lo resuelve la institución arbitral o la Cámara de Comercio.



Art. 30°.—Remoción.

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29°. Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.

3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden no continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23°, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el apartado 1 de este artículo.

COMENTARIO ⁽⁵⁶¹⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Los motivos de la remoción. El árbitro renuente.* 3. *El procedimiento. La decisión sobre la remoción es inimpugnable. Oportunidad.*

(561) Por ENRIQUE PALACIOS PAREJA: Socio del Estudio Jorge Avendaño — Forsyth & Arbe Abogados. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

A diferencia de la recusación, mediante la remoción las partes acuerdan apartar al árbitro, pero no porque no goce de la confianza de las partes, sino porque se encuentra impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o porque simplemente no las ejerce dentro de un plazo razonable.

La remoción del árbitro no estaba prevista de manera expresa en la anterior Ley General de Arbitraje, que en su artículo 28° incluía entre las causales de recusación a la incompatibilidad, cuyos supuestos explicaba remitiéndose al artículo 26° de la misma ley, que regulaba en realidad casos de impedimento para actuar como árbitro. En ese sentido, el impedimento para actuar como árbitro por razones de derecho, que hoy es motivo de remoción, era una causal de recusación.

Con la actual LA queda claro que la remoción supone la existencia de situaciones de hecho o derecho que impiden que el árbitro ejerza sus funciones o que, sin existir dichas situaciones impeditivas, en la práctica el árbitro no cumple con ejercerlas dentro de un plazo razonable.

2. LOS MOTIVOS DE LA REMOCIÓN. EL ÁRBITRO RENUENTE

Las razones fácticas que impidan al árbitro ejercer su función pueden ser de la más diversa índole, desde problemas de salud, comunicación, transporte, que le impiden ejecutar el cargo, así como incumplimiento o mal desempeño de sus funciones en forma manifiesta, desorden de conducta en forma pública que afecte el nombre del árbitro o el prestigio de la función a su cargo, negligencia en el ejercicio de sus funciones que perjudique o pudiera perjudicar el procedimiento arbitral, su desarrollo o celeridad. Se trata de circunstancias de hecho que no le permiten al árbitro desarrollar adecuadamente y con propiedad la labor que le corresponde como tal, a pesar de no tener ninguna relación con las partes que afecte su imparcialidad e independencia y de cumplir con los requisitos, exigencias y calificaciones establecidos en la ley o en el pacto.

En cuanto a los impedimentos de derecho, pueden responder por ejemplo a la incapacidad declarada judicialmente, que ocasiona que el árbitro incumpla con la exigencia del artículo 20° de la LA, según el cual los árbitros deben ser personas naturales en pleno ejercicio de sus derechos civiles. También es causal de remoción el incurrir en incompatibilidad, que como lo indica el artículo 21° se presenta cuando el árbitro sea funcionario o servidor público del Estado Peruano, dentro

de los márgenes señalados por las normas de incompatibilidad respectivas.

Se trata entonces de circunstancias de hecho o de derecho que hacen que el árbitro sea inhábil, pues no está en las condiciones indispensables para ejercer el cargo, o simplemente no las ejerce dentro de un plazo razonable, como consecuencia de lo cual las partes acuerdan separarlo del proceso. Si no existe acuerdo entre las partes para la separación, el pedido de una de ellas se tramita conforme al procedimiento de la recusación.

Los incisos 2 y 3 de la norma que comento regulan la figura del árbitro renuente, que es aquel que rehúsa participar en las actuaciones arbitrales o está reiteradamente ausente de las deliberaciones del tribunal arbitral. El árbitro renuente puede ser removido por decisión de los otros árbitros, quienes toman esta medida sin pedido ni acuerdo de las partes, a quienes notifican de la providencia correspondiente con posterioridad. Estamos entonces en una situación en la que, aun cuando las partes no lo hayan acordado o una de ellas solicitado, los demás árbitros deciden continuar con el proceso e incluso laudar prescindiendo del árbitro renuente, bastando tan sólo la comunicación de esta decisión a las partes, de manera que cualquiera de ellas, o ambas, puedan solicitar la remoción del árbitro y su sustitución. Es de notar que en este caso se produce el apartamiento del árbitro sin necesidad de que se solicite su remoción. Es más, esta puede no llegar a producirse nunca, dado que la norma en comento faculta —no obliga— a las partes a solicitar la remoción del árbitro luego que los demás árbitros decidieron continuar el proceso sin él. Debe tenerse presente que si las partes no solicitan la remoción, el proceso continuará e incluso concluirá con la emisión del laudo con la sola participación de los árbitros restantes. Sólo se podrá evitar esta situación solicitando la remoción del árbitro renuente, de manera que al resolverse declarándose fundada la solicitud se produzca la vacancia y la consecuente suspensión de las actuaciones arbitrales mientras se designa el árbitro sustituto, en aplicación del artículo 31°, inciso 2 de la LA. Está en manos de cada una las partes, entonces, decidir si quieren que el árbitro renuente sea sustituido o si continúa el proceso tan sólo con los demás árbitros, hasta el laudo. Si quieren lo primero, solicitarán la remoción.

Merece un comentario aparte el caso en que el árbitro haya sido condenado penalmente por un delito doloso o sancionado por un tribunal de ética. ¿Puede ser removido el árbitro por esa causal? Para responder a esta pregunta debemos partir por percibir que el árbitro es la estrella, el protagonista principal del arbitraje. Tiene la excelsa función de impartir justicia con plena independencia, sin estar sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribu-

ciones. Resuelve un conflicto de intereses con autoridad de cosa juzgada, sin posibilidad de que su decisión sea revisada, con excepción del extraordinario recurso de anulación. Resuelve incluso sobre su propia competencia. Por lo tanto, este importantísimo personaje tiene que ser impoluto. No puede haber sobre él ninguna duda, ninguna sombra que pueda afectar su imagen. En tal sentido, si es condenado penalmente por un delito doloso, debe ser apartado del ejercicio de su cargo. Resulta inconcebible que quien mediante una actuación u omisión voluntaria incurre en conductas antijurídicas quebrantando la ley penal, pueda ejercer la función de impartir justicia, decidiendo sobre los derechos de los demás. No tengo duda que en base al mismo razonamiento, una sanción por un tribunal de ética, por ejemplo de un colegio profesional, también deberá prosperar como una causal para la remoción del árbitro.

3. EL PROCEDIMIENTO. LA DECISIÓN SOBRE LA REMOCIÓN ES INIMPUGNABLE. OPORTUNIDAD

Si no existe acuerdo entre las partes para la remoción y una de ellas sostiene la inhabilidad del árbitro, se aplican las reglas sobre el procedimiento de recusación previsto en el artículo 29° que he comentado precedentemente. La decisión sobre la remoción, al igual que la que recae sobre la recusación, es definitiva e inimpugnable. La pregunta que surge es si, como sucede en la recusación, la parte que solicitó la remoción puede cuestionar dicha decisión mediante el recurso de anulación del laudo. Para responder a esta interrogante no basta con acudir a la norma. Debemos analizar el contenido de la decisión.

Veamos:

En la recusación se está evaluando en definitiva si el árbitro es imparcial e independiente. Se resuelve entonces sobre un elemento que forma parte del contenido del debido proceso y de la tutela judicial efectiva, en tanto se está manteniendo como árbitro a quien no es imparcial. En la decisión que rechaza la remoción se está manteniendo a un árbitro inhábil, que por razones de hecho o derecho no está en condiciones de realizar su función, o que simplemente no las viene cumpliendo. Definitivamente, esta decisión afecta también el contenido del derecho fundamental al debido proceso, como es el contar con un juzgador no sólo imparcial, sino habilitado para poder ejercer su función jurisdiccional y que efectivamente la lleve a cabo. Recordemos que el acceso irrestricto a la jurisdicción (en este caso arbitral) tiene como finalidad que el justiciable disfrute de la prestación jurisdiccional, por lo que el Estado en los procesos judiciales y el tribunal arbitral

en los procesos arbitrales, se encuentra en la obligación de atender a que se logre esta finalidad. Para ello el tribunal debe estar habilitado para brindar esta prestación. De lo contrario, se está vulnerando el derecho de acceso a la jurisdicción.

Finalmente, la remoción, a diferencia de la recusación, puede producirse Aun cuando ya se hubiera iniciado el plazo de ejecución del laudo, pero sólo cuando las partes lo hayan acordado, cesando de inmediato el árbitro removido. Si la remoción es unilateral se aplicará la misma regla que para la recusación.



Art. 31º.—Árbitro sustituto.

1. Salvo disposición distinta de este Decreto Legislativo, a falta de acuerdo entre las partes se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituto.

2. Producida la vacancia de un árbitro, se suspenderán las actuaciones arbitrales hasta que se nombre un árbitro sustituto, salvo que las partes decidan continuar con el arbitraje con los árbitros restantes, atendiendo a las circunstancias del caso.

3. Una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el punto a que se había llegado en el momento en que se suspendieron las actuaciones. Sin embargo, en caso de sustitución de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, éstos deciden a su entera discreción, si es necesario repetir todas o algunas de las actuaciones anteriores. En caso de sustitución de cualquier otro árbitro, decide el tribunal arbitral.

COMENTARIO ⁽⁵⁶²⁾

El origen contractual del tribunal arbitral permite que las partes regulen por anticipado la sustitución de sus miembros. Así, en el convenio arbitral podrían estar identificados los árbitros titulares e incluso los suplentes. Si no se hubieran previsto los árbitros suplentes, las

(562) Por **ENRIQUE PALACIOS PAREJA**: Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados. Profesor de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

partes podrían haber pactado un procedimiento para la designación del árbitro sustituto.

En concordancia con lo expuesto, la vacancia de un árbitro, ya sea como consecuencia de una recusación declarada fundada, de una remoción resuelta positivamente o acordada por las partes, o de la renuncia de un árbitro, se cubre nombrando a un árbitro sustituto, siguiendo el procedimiento pactado, o en su defecto, el mismo procedimiento previsto para la designación del árbitro sustituido. La LA establece en el artículo 23º el procedimiento supletorio a la voluntad de las partes, al cual simplemente me remito.

Como vimos anteriormente, si las partes no han pactado algo distinto, el trámite de recusación o de remoción no suspende las actuaciones arbitrales. Sin embargo, salvo pacto en contrario, producida la vacancia luego de la decisión en el procedimiento de recusación o remoción, y mientras no se nombre al árbitro sustituto, las actuaciones arbitrales quedan suspendidas, de manera que, reconstituido el tribunal continúa el proceso desde el estado en que quedó como consecuencia de la suspensión, salvo que el sustituido sea árbitro único o el presidente del tribunal arbitral, en cuyo caso éstos deciden si es necesario repetir algunas o todas las actuaciones arbitrales. Si la sustitución es de cualquier otro árbitro, el tribunal toma la decisión según las circunstancias del caso. Es sin duda positiva la norma que deja estas decisiones a criterio del tribunal, pues dependiendo de cada proceso y de las actuaciones que se hayan producido, nadie mejor que los propios juzgadores para decidir si requieren que ciertas actuaciones se deban repetir para formar adecuadamente su criterio o convicción sobre el caso.

Para finalizar, sólo quiero incidir que, entre los supuestos de vacancia que dan pie a la designación del árbitro sustituto, no está el apartamiento del árbitro renuente a que me he referido al comentar el artículo 30º, pues como ya he indicado en ese caso, los demás árbitros continúan con el proceso hasta el laudo inclusive, salvo que alguna de las partes solicite la remoción.



Art. 32º—Responsabilidad.

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.

COMENTARIO ⁽⁵⁶³⁾

SUMARIO: 1. *Naturaleza de la Responsabilidad del árbitro y plazo de prescripción.* 2. *Factores de atribución y causas de daño.* 3. *Pluralidad de árbitros.* 4. *Inalterabilidad del Laudo.* 5. *Nulidad y Responsabilidad.* 6. *Sugerencias.*

La responsabilidad del juzgador, sea éste un juez o un árbitro, ha sido siempre motivo de consideraciones que llaman preocupadamente a la prudencia. No es un tema sencillo, en el que pudiera existir un acuerdo más o menos generalizado. Por el contrario, las posiciones han sido siempre muy diferentes y enfrentadas y se encuentran envueltas en toda clase de dudas y justificados temores.

Revisaré a continuación algunos de los aspectos más controvertidos de la responsabilidad de los árbitros. Dado que sobre este tema sólo existe una única norma legal —el artículo de la Ley de Arbitraje materia de este comentario— utilizaré como referencia las normas sobre responsabilidad de los jueces, haciendo las salvedades y distinciones correspondientes.

1. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

No hay duda de que, dentro del Derecho moderno, el proceso judicial pertenece al Derecho Público. En ese sentido, la responsabilidad de los jueces está normada por la Ley Orgánica del Poder Judicial y por el Código Procesal Civil. Estas disposiciones legales son complementadas con las normas del Código Civil sobre responsabilidad por daños. De primera intención podríamos decir que, dado ese carácter público, la responsabilidad de los jueces se aleja de la responsabilidad contractual (por cuanto no existe un contrato que la sustente) y, más bien, como dice Luis PUIG, “presenta perfiles mucho más afines a la responsabilidad extracontractual” ⁽⁵⁶⁴⁾.

Sin embargo, el artículo 515° del Código Procesal Civil peruano establece que, tratándose de la responsabilidad de los jueces, “El monto del resarcimiento, su exoneración y la carga de la prueba del daño causado se regulan por las normas del Código Civil referidas a

(563) Por **FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA**: Socio del Estudio Fernando de Trazegnies. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

(564) PUIG FERRIOL, Luis, *Apuntes sobre responsabilidad civil de jueces y magistrados después de la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000*. 7 de enero, p. 15. <https://www.rexurga.es/pdf/COL184.pdf>

la inexecución de obligaciones, en cuanto sean aplicables”. Por consiguiente, dado que la responsabilidad extracontractual no supone la inexecución de obligaciones pactadas sino la indemnización por las consecuencias de un daño ocurrido entre personas que no tienen necesariamente una relación jurídica basada en un acuerdo, debemos concluir que la responsabilidad de los jueces se rige por las normas de la responsabilidad contractual mientras no se opongan a normas específicas contenidas en el Código Procesal Civil y en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ahora bien, ¿tienen también los árbitros una responsabilidad de carácter contractual?

A diferencia del juez, el árbitro es nombrado por las partes o por la institución arbitral para que realice una labor determinada a cambio de una remuneración específica. Por consiguiente, parecería que, en este caso, estamos conceptualmente más cerca aún de una responsabilidad contractual que en el caso de los jueces.

Si ese fuera el caso, una de las consecuencias más significativas estaría referida al plazo de prescripción, dado que, mientras que la responsabilidad extracontractual prescribe a los dos años⁽⁵⁶⁵⁾, la responsabilidad del árbitro prescribiría recién a los diez años⁽⁵⁶⁶⁾.

Ciertamente, parece una aberración que el árbitro pueda ser responsabilizado durante todo ese tiempo. Esto no sucede con el juez a pesar de que la ley asimila su responsabilidad a la de la inexecución de obligaciones porque, a diferencia de lo que sucede con la LA, el legislador del Código Procesal previó esta situación anormal y estableció una norma específica para corregirla que sólo otorga un plazo de tres meses para iniciar la acción de responsabilidad contra el juez, contado a partir del momento en que la resolución que causó el daño se encuentre ejecutoriada⁽⁵⁶⁷⁾.

Por tanto, dada la ausencia de una limitación específica para ejercer la acción de responsabilidad, que debiera haber sido contemplada en la ley, el árbitro es responsable por los daños que cause a las partes durante un plazo cuando menos de dos años si consideráramos que se trata de una responsabilidad extracontractual, pero que podemos pensar que llega a diez años si, por las razones antes expuestas, consideramos que se trata de una responsabilidad contractual.

(565) Código Civil peruano: artículo 2001º, inciso 4.

(566) Código Civil peruano: artículo 2001º, inciso 1.

(567) Código Procesal Civil peruano: artículo 514º.

Debe advertirse también que el artículo 32°, comentado en esta nota, incluye entre los responsables a la institución arbitral que patrocina el arbitraje cuando no es un arbitraje *ad hoc*. Más adelante, al tratar sobre los actos que pueden considerarse como causantes de daños, volveré sobre los alcances de esta responsabilidad. Pero desde ya advertimos que existe frente a ella la misma amenaza de diez años de responsabilidad.

Atendiendo a ello, pienso que en cuanto al plazo para interponer la acción existe un vacío en la nueva LA que tiene que ser salvado con una inevitable norma posterior, la que, siguiendo las pautas de la responsabilidad de los jueces, debería limitar la acción a los tres meses contados a partir de que el laudo se encuentre firme. Y considero que debe referirse al laudo y no a cualquier resolución intermedia para evitar intromisiones judiciales durante el proceso arbitral, que distorsionarían su naturaleza y podrían ser utilizadas para intimidar a los árbitros.

En este último aspecto, es interesante advertir que la ley española sobre responsabilidad de los jueces no habla de “la resolución [en general] que causó daño” como en nuestro Código Procesal Civil⁽⁵⁶⁸⁾ sino que contiene una disposición expresa en el sentido de que “no se admitirán las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusables, irroguen en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución “que ponga fin al proceso” en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios”⁽⁵⁶⁹⁾.

Existen algunas resoluciones o actos procesales intermedios que pueden dar lugar al daño antes de que termine el proceso, en la medida que no afecten el proceso mismo: *exempli gratia*, la recusación de un árbitro a mitad del proceso por haber ocultado una causal de impedimento. En este caso, la demanda por daños y perjuicios puede plantearse contra tal árbitro tan pronto quede fuera del tribunal, por cuanto a partir de ese momento ya no forma parte del proceso arbitral. Pero mientras se trate de situaciones que involucren a los árbitros en ejercicio, las demandas correspondientes deben tramitarse sólo cuando el laudo se encuentre firme y el proceso terminado.

(568) Código Procesal Civil peruano: artículos 513° y 514°.

(569) Ley procesal civil española: artículo 403.2.

2. FACTORES DE ATRIBUCIÓN Y CAUSAS DE DAÑO

El artículo de la Ley que es materia de este comentario indica como obligación, cuya infracción puede originar daños, al hecho de “cumplir el encargo”. Debemos suponer que esta expresión significa llevar adelante el arbitraje y emitir un laudo. Pero, conforme a las normas sobre responsabilidad contractual, la infracción puede consistir en el no cumplimiento, en el cumplimiento defectuoso y en el cumplimiento tardío.

El caso del no cumplimiento es perfectamente claro (o parece serlo): el árbitro que, después de haber aceptado, se niega sin causa suficiente a llevar adelante el proceso o a participar en el laudo, está incumpliendo el encargo y, por tanto, debe responder por los daños que ello cause. El cumplimiento tardío parece ser también claro en tanto que se incurra en el incumplimiento de los plazos establecidos para el arbitraje, fundamentalmente el plazo para laudar.

Menos claro es el cumplimiento defectuoso. ¿Qué es lo que puede considerarse un defecto? ¿Podría una de las partes sostener que ha producido un cumplimiento defectuoso porque, a su manera de ver, no se ha adoptado la interpretación correcta de la ley aplicable? Nótese que esto puede poner en peligro el desarrollo del razonamiento jurídico del árbitro desde el momento que su interpretación puede ser entendida siempre por la parte perdedora como defectuosa o falsa. Y como en el Derecho, por su propia naturaleza, nos encontramos ante lo que los medievales llamaban “materia controvertible”, siempre habrá diferentes interpretaciones posibles. Es verdad que algunas pueden ser irracionales y deben ser descartadas; otras muchas tendrán un distinto grado de aprobación y dependen de las circunstancias y de la manera de pensar del árbitro. Pero, respecto de estas últimas, ¿dónde está el límite entre lo aceptable y lo defectuoso?

Es sumamente significativo destacar que la Ley peruana de arbitraje, en el artículo comentado, ha sido muy clara cuando establece que los únicos factores de atribución, en el caso de la responsabilidad de los árbitros, son el dolo y la culpa inexcusable.

Esta norma es particularmente importante para no dar apoyo a una estrategia intimidatoria con la posibilidad de demandas basadas en errores sin mayores consecuencias, pequeñas negligencias o simplemente diferencias de interpretación en materia controvertible. La ley ha querido ser muy severa y restrictiva, autorizando la reclamación de daños sólo en el caso gravísimo del dolo y, tratándose de negligencia, sólo cuando ésta es inexcusable.

Cabe advertir que éste es el mismo criterio que rige para los daños que pudieran cometer los jueces, ya que el Código Procesal Civil restringe tal responsabilidad a los mismos factores de atribución mencionados, esto es, al dolo y a la culpa inexcusable⁽⁵⁷⁰⁾.

La LA no define lo que significan dolo ni culpa inexcusable dentro de una situación de juzgamiento. Pero podemos aprovechar las definiciones que da el Código Procesal Civil, respecto de la responsabilidad de los jueces, sobre estos dos factores generadores de responsabilidad.

Es así como se establece que hay dolo cuando “el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia”⁽⁵⁷¹⁾.

Como puede verse, el dolo no requiere de mayor explicación y su inserción como criterio de responsabilidad parece perfectamente justificada. El problema surge con la definición de culpa y, particularmente, de culpa inexcusable. Como dicen OSTERLING y CASTILLO, “La culpa es otro de los conceptos más delicados para el Derecho, por los matices del vocablo y por las diversas valoraciones legislativas y doctrinales que presenta”⁽⁵⁷²⁾.

El Código Civil define la “culpa inexcusable” como una negligencia grave⁽⁵⁷³⁾. Pero ¿qué puede ser considerado como negligencia grave tratándose de la conducta del árbitro frente al proceso y a las partes? ¿Cuál es el umbral que, al franquearlo, abandonamos los recintos de la culpa leve y de la culpa a secas⁽⁵⁷⁴⁾ para entrar en los dominios de la culpa inexcusable?

La jurisprudencia francesa y la mayor parte de los autores, nos dicen Planiol y Ripert, asimilan la falta grave al dolo, porque si la falta grave es un acto consciente, aunque no sea intencional, prácticamente estamos hablando de dolo⁽⁵⁷⁵⁾. Pero eso no nos ayuda para encontrar

(570) Código Procesal Civil peruano: artículo 509°.

(571) Código Procesal Civil peruano: artículo 509°, segundo párrafo.

(572) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE, *Compendio de Derecho de las Obligaciones*, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 847.

(573) Código Civil peruano: artículo 1319°.

(574) Hay discrepancias en doctrina sobre si entre la culpa inexcusable y la culpa leve existe otra culpa, por así llamarla “normal” (*culpa lata*), que no tiene los agravantes para ser inexcusable, pero que tampoco tiene los atenuantes para ser considerada leve. Y hasta se habla de una culpa levísima. Pero ello es irrelevante para el tema que nos ocupa.

(575) PLANIOL, Marcel y Georges RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo VI, *Obligations*, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, N° 405, París, 1930, p. 568.

si existe una culpa inexcusable en la conducta de un árbitro. Tampoco nos ayudan algunas disquisiciones doctrinales que, con otras palabras, encierran un círculo vicioso: es inexcusable lo que es grave; y es grave lo que es inexcusable.

Si regresamos a las normas sobre responsabilidad de los jueces, encontramos que la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que las resoluciones deben ser motivadas “bajo responsabilidad”⁽⁵⁷⁶⁾, principio que también recoge la Ley de Arbitraje⁽⁵⁷⁷⁾. Y luego el Código Procesal Civil señala directamente que incurre el juez (entiéndase también el árbitro) en culpa inexcusable “cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado”⁽⁵⁷⁸⁾.

En este caso, comprobamos que la norma es más precisa y explicativa que el artículo 1319º del Código Civil al que antes he hecho referencia. Aquí se tipifican ciertas situaciones: resolver *contra legem*, resolver la controversia con una interpretación fantástica de la ley que no tiene fundamento racional serio, y desconocer las pruebas actuadas por las partes. Esta norma, aunque no rige para los árbitros, puede ser tomada como guía para entender la culpa inexcusable que la LA reconoce como razón para pretender una indemnización por los daños causados por el árbitro. Podríamos agregar dentro del contenido de la culpa inexcusable situaciones tales como los casos de infracción manifiesta de la ley o de omisión de algún trámite o solemnidad obligados por mandato legal bajo pena de nulidad.

El tema que merece especial cuidado es el de la interpretación. Si partimos del principio que en Derecho no existen deducciones matemáticas sino que todo requiere ser evaluado y organizado para poder ser entendido y juzgado, entonces la interpretación es un elemento esencial del razonamiento jurídico y se presenta de manera usual en el Derecho. Como sostenía Kelsen⁽⁵⁷⁹⁾, todas las normas admiten varias interpretaciones y el juzgador tendrá que escoger entre ellas atendiendo a criterios que no están en las normas mismas sino en la perspectiva con que mira las cosas. Pero decir que la norma tiene varias interpretaciones no significa que tiene todas las interpretaciones imaginables: siempre hay varias interpretaciones posibles, pero, sin perjuicio de ello, la misma norma tiene muchas interpretaciones imposibles porque carecen de justificación racional y resultan contradictorias con el

(576) Ley Orgánica del Poder Judicial: artículo 10º.

(577) Ley de Arbitraje, Decreto Leg. No. 1071, artículo 56º, inciso 1.

(578) Código Procesal Civil peruano: artículo 509º, tercer párrafo.

(579) Kelsen, Hans, *Théorie Pure du Droit*. Trad. française de la 2e. édition de la “Reine Rechtslehre” par Ch. Eisenmann. Dalloz, París, 1962, ps. 456/459.

texto y con el concepto generalmente aceptado. Como alguna vez dijo Umberto ECO, si Jack el Destripador nos dice que cometió sus crímenes inspirado en una interpretación del Evangelio según San Lucas, es probable que aun quienes apoyan las líneas más creativas de la interpretación pensarían que el tal Jack había leído a San Lucas en forma descabellada⁽⁵⁸⁰⁾.

Dentro de este orden de ideas, de ninguna manera deberían admitirse juicios de responsabilidad contra árbitros simplemente porque se cuestiona la interpretación de una o de algunas normas utilizadas en el laudo. La culpa “inexcusable” sólo se configura cuando la interpretación es “insustentable”, es decir, cuando resulta manifiestamente absurda, al punto que su aplicación da un resultado *contra legem*. Si admitiéramos cualquier tipo de objeción a la interpretación del árbitro —incluyendo la peregrina tesis de que las normas no necesitan interpretación— estaríamos autorizando una suerte de revisión sancionatoria en el plano judicial de casi todos los procesos arbitrales, porque muchas veces la parte que ha perdido intentaría demandar al Tribunal Arbitral por daños y perjuicios.

En ese sentido, es muy sabia la decisión contenida en la sentencia del Tribunal Supremo español de 9 de febrero de 1999 al precisar que, aún en el supuesto de haberse adoptado un criterio discutible, incluso erróneo, ello no origina un supuesto de responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados. La misma consideración es valedera para los árbitros.

No debemos, pues, olvidar que en cualquiera de los casos —no cumplimiento, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío— sólo puede atribuirse responsabilidad al árbitro si tales incumplimientos son producto del dolo o de la culpa inexcusable. Y, por el contrario, tenemos que ser muy estrictos (interpretación restrictiva) en la determinación de lo que puede ser calificado como culpa inexcusable.

Con relación al tema de los factores de atribución en la responsabilidad de los árbitros, cabe señalar también que si esta responsabilidad es considerada extracontractual, la culpa y aún el dolo se presumen; y el descargo corresponde al autor del pretendido daño⁽⁵⁸¹⁾. En cambio, tratándose de responsabilidad contractual, como parece ser la orien-

(580) Eco, Umberto, *Interpretation and overinterpretation*, Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press, 1992, p. 24.

(581) Código Civil peruano: Artículo 1969°. Nótese que nuestro Código ha infringido en este caso el principio clásico que establece que “*dolus numquam praesumitur*”. Sin embargo, puede entenderse que ello sea así debido a que, tratándose de responsabilidad extracontractual, no hay distinción entre las consecuencias del dolo y las de la culpa: ambas generan igual responsabilidad, por lo que el dolo equivale

tación de nuestra legislación, la prueba del dolo o de la culpa inexcusable —que son los factores de atribución que nos interesan respecto de la responsabilidad de los árbitros— corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso⁽⁵⁸²⁾.

Hemos dicho que la institución arbitral también es susceptible de responsabilidad, de acuerdo a la norma comentada. Obviamente, esta responsabilidad sólo se produce cuando hay una institución patrocinadora y no en los casos de arbitrajes *ad hoc*; y es en este sentido que debe entenderse la expresión “en su caso” que utiliza el texto legal.

¿Y por qué situaciones responde la institución arbitral? No puede responder por el laudo aunque éste infrinja directamente la ley porque a tal institución no le corresponde inmiscuirse en la labor de juzgamiento que corresponde exclusivamente a los árbitros. Pero podemos imaginar ciertas responsabilidades en el nombramiento de los árbitros y en el desarrollo del proceso.

Habrà una negligencia en el nombramiento del árbitro cuando éste ha sido efectuado por la institución arbitral sin exigirle el juramento sobre la ausencia de impedimentos para asumir tal función. Más tarde, se encuentra que esa persona tenía una relación familiar, comercial o profesional con una de las partes, lo que provoca su recusación y la anulación de todo lo actuado en el proceso, el cual tiene que recomenzar; y esto genera daños a las partes.

Por otra parte, la institución arbitral actúa como Secretaría del Tribunal durante el desarrollo del proceso. Por consiguiente, los errores o demoras en los actos secretariales generan responsabilidad para la institución arbitral.

3. PLURALIDAD DE ÁRBITROS

En la mayor parte de los arbitrajes, el árbitro no es uno solo —aunque a veces puede suceder— sino un Tribunal o Panel compuesto por tres árbitros. La pregunta es: ¿responden estos árbitros solidariamente por los daños causados por el Tribunal, dado que trabajan como un equipo? Como se puede apreciar, el tema de la responsabilidad solidaria de los árbitros aparece en tanto que problema cuando el arbitraje se lleva a cabo por un órgano colegiado. No es el caso del arbitraje con Tribunal unipersonal.

en este caso a una culpa, sin que el hecho de que sea gravísima repercuta sobre la indemnización.

(582) Código Civil peruano: artículo 1330º.

Si fuera de aplicación la responsabilidad extracontractual contaríamos afirmativamente sobre la base de que la ley dispone que “Si varios son responsables del daño, responderán solidariamente”, sin perjuicio que quien pagó la totalidad de la indemnización pueda repetir contra los otros⁽⁵⁸³⁾.

Sin embargo, hemos dicho que la ley peruana asimila la responsabilidad del juez a la contractual, al hablar de ella relacionándola la inexecución de obligaciones⁽⁵⁸⁴⁾. Y ciertamente la responsabilidad del árbitro se acerca más a la contractual que a la extracontractual que la responsabilidad del juez, incluso con mejor argumentos. Ahora bien, las normas sobre inexecución de obligaciones establecen que “La solidaridad no se presume. Sólo la ley y el título de la obligación lo establecen en forma expresa”⁽⁵⁸⁵⁾.

Por consiguiente, dentro de la legislación peruana, la ley no establece la solidaridad de los árbitros que conforman el Tribunal arbitral. Por otra parte, debo decir que no he encontrado nunca un pacto de solidaridad de los árbitros con las partes, por las responsabilidades que se pudieran derivar de sus actos dentro del arbitraje. Tampoco lo he visto incluido en los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales nacionales ni extranjeras. Por el contrario, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, contiene en su Reglamento una norma que no sólo ignora la solidaridad sino que excluye toda responsabilidad de los árbitros; la regla establece la exoneración total de responsabilidad respecto de los árbitros, la Corte, la Cámara de Comercio y sus empleados, frente a cualquier persona por cualquier tipo de “hechos, actos u omisiones relacionados con el arbitraje”⁽⁵⁸⁶⁾. Por consiguiente, en los arbitrajes ante la CCI no sólo no existe responsabilidad solidaria de los árbitros sino que simplemente no existe responsabilidad a secas.

En el Perú, salvo que se establezca un pacto expreso entre las partes o que la solidaridad figure en el Reglamento de Arbitraje de la institución arbitral —ninguna de las dos cosas son legalmente imposibles— debemos considerar que los miembros de un Tribunal arbitral tienen solamente una responsabilidad mancomunada y que ésta se rige por las reglas de las operaciones divisibles⁽⁵⁸⁷⁾.

(583) Código Civil peruano: artículo 1983°.

(584) Código Procesal Civil: artículo 519°.

(585) Código Civil peruano: artículo 1183°.

(586) ICC - Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: Reglamento de Arbitraje, París, 1998, artículo 34°.

(587) Código Civil peruano: artículo 1982°.

Adicionalmente a estas consideraciones, cabe señalar que los árbitros pueden evitar su responsabilidad al momento de aprobar el laudo, emitiendo un voto singular, distinto del de la mayoría que podría estar incurso en una irregularidad inexcusable en la interpretación de la ley.

4. INALTERABILIDAD DEL LAUDO

La ley no dice nada respecto de la situación del laudo respecto del cual se ha declarado fundada una acción de responsabilidad contra los árbitros, lo que puede basarse en una grave irregularidad en la aplicación de la ley.

En mi opinión, es obvio que una sentencia de responsabilidad no puede alterar el laudo arbitral, porque implicaría atentar contra la *res iudicata*, lo que indudablemente sería gravísimo. Dado que el laudo no es revisable —salvo en los casos taxativos de anulación— constituye *res iudicata*; de la misma manera que las resoluciones en última instancia de la Corte Superior o de la Corte Suprema no son revisables aunque todos los juristas del país digan que son equivocadas. Por otra parte, el proceso arbitral y el proceso de responsabilidad son dos acciones diferentes, por lo que la segunda no puede alterar los resultados de la primera. Además, precisamente la imposición de una responsabilidad civil a los árbitros y la obligación de pagar los daños y perjuicios se justifica en la medida de que se ha producido un daño contra ellos, lo que no sería el caso (o cuando menos sería un daño diferente y menor) si el laudo pudiera ser corregido por la sentencia de responsabilidad.

5. NULIDAD Y RESPONSABILIDAD

Finalmente, un problema complicado de interpretación se presenta con relación a la anulación del laudo y su relación con la responsabilidad de los árbitros. Frente a este tema, surgen dos preguntas:

a) Todo laudo declarado nulo, ¿da lugar a responsabilidad de los árbitros que tramitaron el proceso y suscribieron tal laudo?

b) Toda acción de responsabilidad, ¿supone que el laudo haya sido previamente declarado nulo a fin de que quede establecida la gravedad o inexcusabilidad de la negligencia arbitral?

El artículo 63º de la Ley de Arbitraje establece taxativamente⁽⁵⁸⁸⁾ las causales de anulación del laudo (no existe en este caso la diferencia

(588) Decreto Legislativo, N° 1071, Ley Peruana de Arbitraje: artículo 62º.

civilista entre nulidad y anulabilidad, considerándose ambas lo mismo).

Ahora bien, seis de las siete causales mencionadas se refieren a los aspectos formales del proceso, tales como falta de notificación, irregular composición del tribunal arbitral, laudo sobre asuntos no sometidos al arbitraje o no susceptibles de arbitraje según la ley o que la controversia haya sido decidida fuera del plazo pactado. Y hay una, la primera, que se refiere no al laudo ni a la actuación de los árbitros sino a la validez del convenio arbitral. Hay también una causal un tanto esotérica que se refiere a que el laudo pudiera ser contrario al orden público internacional. Sobre esto último puede hablarse mucho, pero no es el objeto de estos comentarios.

Notemos que ninguna de estas causales se refiere a la emisión de un laudo en un arbitraje de derecho que resulte *contra legem*. Por consiguiente, el Poder Judicial no puede inmiscuirse de ninguna manera en los aspectos substantivos del laudo bajo el pretexto de una posible nulidad. Por tanto, si se produjera un caso de esta naturaleza, vale decir, un laudo *contra legem*, la parte afectada no podría impugnarlo ni obtener su modificación vía el recurso de anulación. El laudo queda como está. Pero sí podría iniciar una acción judicial de daños y perjuicios contra los árbitros amparándose en el artículo 32° de la Ley de Arbitraje, por cuanto el laudo sería producto de una negligencia inexcusable, si es que no es resultado de un dolo.

Frente a estas comprobaciones, podemos intentar una respuesta a las preguntas antes formuladas.

a) ¿Todo laudo declarado nulo por el Poder Judicial da lugar a una responsabilidad de los árbitros por daños y perjuicios? No necesariamente, porque para ello la causal de nulidad debiera ser producto de dolo o de negligencia inexcusable; y, en cambio, muchas veces la falla procesal puede haber pasado casi inadvertida y constituir, desde el punto de vista subjetivo del árbitro, sólo una negligencia leve. De otro lado, si el laudo es declarado nulo porque el compromiso arbitral era nulo, los árbitros no tienen ninguna responsabilidad por ese hecho anterior al inicio del procedimiento arbitral; salvo que hubiera sido alegada tal nulidad por alguna de las partes durante el proceso dando lugar a una resolución del Tribunal arbitral que descarta esa objeción a pesar de que el convenio arbitral era efectivamente nulo. Por consiguiente, cabe la posibilidad de que se produzcan anulaciones que no supongan ni el dolo ni la negligencia inexcusable de los árbitros.

b) Toda acción de responsabilidad, ¿supone que el laudo haya sido declarado nulo? Tampoco, porque es posible plantear una acción de responsabilidad en razón de que se considera que, tratándose de un

arbitraje de derecho, se ha resuelto *contra legem* privilegiando la equidad. En este caso, el laudo no es nulo, pero los árbitros son responsables del daño causado por el laudo válido pero en desacuerdo con la ley. Reitero que no basta para incurrir en responsabilidad que los árbitros adopten una interpretación novedosa ayudándose con criterios de equidad sino que esa interpretación debe ir directamente contra lo dispuesto por la ley; si se trata de una interpretación quizá inusitada pero que entra dentro de los parámetros o marcos determinados por el texto literal de la ley, no estaríamos ante una negligencia inexcusable sino ante un laudo bien pensado y razonado creativamente.

En consecuencia, si consideramos que el dolo o culpa inexcusable sólo se manifiestan a través de algunas de las causales de anulación, sólo habría responsabilidad en el caso de sentencias anuladas. Pero he señalado en los párrafos precedentes que esta premisa no es correcta, ya que puede existir dolo o culpa inexcusable que no estén comprendidos en las causales de anulación del laudo.

6. SUGERENCIAS

Como conclusión de lo expuesto, sin perjuicio de corregir mediante una ley al problema el plazo de prescripción de la responsabilidad del árbitro, pienso que hay que ser muy prudentes en la aplicación del artículo 32º de la nueva Ley Peruana de Arbitraje, para evitar el riesgo de que todo arbitraje termine en una acción judicial contra los árbitros enervada por la parte perdedora aduciendo negligencias que le causan daño.

No cabe duda de que el sistema arbitral de resolución de conflictos, así como tuvo un ascenso extraordinario en el Perú a partir de la segunda mitad de la década del noventa del siglo pasado, podría sufrir un retroceso radical si los árbitros son perseguidos con acciones de responsabilidad que los llevarían a rehuir la aceptación del encargo. Podría suceder que los abogados y juristas prefirieran ser contratados como defensores o asesores de las partes en un arbitraje antes que como árbitros, produciendo una seria escasez de árbitros competentes; y ello llevaría a un decaimiento inevitable del arbitraje en general.

Como dice el jurista argentino GREGORINI, Eduardo L. la responsabilidad civil de los árbitros, no es un aspecto del arbitraje “de aplicación corriente y no sería deseable que lo fuera”⁽⁵⁸⁹⁾.



(589) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., “El arbitraje y la responsabilidad de los árbitros”. En: La Ley, Nº 199. Buenos Aires, 16 de octubre de 2008.

TÍTULO IV

ACTUACIONES ARBITRALES

Art. 33°.—Inicio del arbitraje.

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

COMENTARIO ⁽⁵⁹⁰⁾

El Artículo 33° se refiere al inicio del arbitraje. Es un asunto aparentemente irrelevante y sencillo, pero en realidad es de suma importancia. Permite establecer objetivamente cuando es que estamos ante un arbitraje en curso. Esto es necesario, por ejemplo, para el cómputo y definición de los plazos de prescripción y caducidad.

Con este artículo se refuerza la seguridad jurídica para las partes respecto de la gama de derechos que pueden ser afectados en forma directa o indirecta como consecuencia de un arbitraje.

Del mismo modo, en lo referido a la tramitación del arbitraje, resulta de suma importancia precisar cuándo es que el mismo se ha iniciado, pues así podemos llevar un registro cronológico de las actuaciones arbitrales y de los plazos respectivos, con miras a la emisión del laudo arbitral y otras resoluciones.

De donde fluye que la precisión en la determinación del inicio del arbitraje contribuye a la seguridad jurídica de las partes y del propio arbitraje. Es un artículo que tiene un doble efecto. Lo que se traduce en aspectos sustantivos y en aspectos referidos a la tramitación de las actuaciones arbitrales. Es una disposición que implica un avance respecto de la normativa derogada.

De otro lado, como demuestra la práctica arbitral peruana, la determinación de cuándo es que comienza un arbitraje, es un asunto que puede llegar a ser discutible y que en la época de vigencia de la norma derogada así como en la de la norma anterior a la derogada, generó múltiples complicaciones y motivó el uso de argucias procedimentales en las partes litigantes con la finalidad de intentar impugnar el laudo.

(590) Por FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI: Profesor de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

En efecto, esta incertidumbre sirvió de base para que las partes intenten plantear la nulidad del laudo arbitral por presunto vencimiento del plazo para laudar. Evidentemente, si no había claridad en cuanto al inicio, tampoco la había en cuanto al final del arbitraje.

Con lo que se abría la posibilidad de alegar la nulidad del laudo por vencimiento del plazo para laudar, en orden a que la legislación derogada mantenía adicionalmente una regulación imprecisa en cuanto a la causal de nulidad de laudo por vencimiento de plazo.

Reitero, la determinación de cuándo es que comienza un arbitraje puede ser un asunto crítico, que puede poner en riesgo a las partes y al arbitraje, incrementando los costos de transacción respectivos. Esto se debe, entre otros aspectos y como es evidente, a que estamos ante una cuestión que depende de la nomenclatura utilizada en el marco normativo. Pero también depende de la concepción jurídica adoptada en la definición del arbitraje y, por ende, en el ordenamiento jurídico correspondiente.

Lo primero, porque la nomenclatura identifica los conceptos y sus alcances o consecuencias para las partes. Mientras que la concepción jurídica constituye el marco referencial a partir del cual cabe hacer interpretaciones ante una duda o ante la oscuridad de la norma.

En la doctrina especializada se aprecia que la concepción jurídica o naturaleza del arbitraje no es un tema pacífico⁽⁵⁹¹⁾, en orden a que existe un dilema teórico para explicar lo que jurídicamente es el arbitraje⁽⁵⁹²⁾. Esto no impide, sin embargo, el perfeccionamiento de la legislación sobre la materia. La norma objeto de comentario es en este sentido una expresión de la evolución legislativa y además recoge más de una década de experiencia arbitral.

De otro lado, en el caso peruano apreciamos que la nueva LA adopta la denominación “actuaciones” para referirse, en general, al arbitraje que se inicia con, valga la redundancia, la solicitud de la parte para someter la controversia a arbitraje, activando las estipulaciones del convenio arbitral. Esta nomenclatura no es casual y su utilización tiene razones bien fundadas en la doctrina y, en especial, en la práctica arbitral.

(591) Cf., BARRACLOUGH, Andrew y Jeff WAINCYMER, “Mandatory Rules of Law in International Commercial Arbitration”. En: *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 6, 2005, ps. 208/211.

(592) Cf., Yu, Hong Lin, “Explore the Void - An Evaluation of Arbitration Theories”. En: *International Arbitration Law Review*, 7, 2004, ps. 180/190.

Nótese entonces que la LA no se refiere al “proceso arbitral” ni al “procedimiento arbitral”, sino simplemente a las “actuaciones arbitrales”. Se produce un deslinde tácito con las nociones jurídicas de “proceso” o “procedimiento”. Nótese que en ambos casos los abogados entendemos que estamos ante contextos formales preestablecidos y regidos por el principio de legalidad que guía el funcionamiento del Estado.

Del mismo modo, en cada caso se produce la acción del justiciable o del administrado, pues éstos ejercen sus derechos ante la autoridad estatal correspondiente. Como es evidente, la autoridad de los árbitros no es equivalente a la autoridad de los jueces y de las autoridades administrativas. Por lo que no resulta conveniente usar la denominación proceso o procedimiento para referirse a las actuaciones arbitrales.

Asimismo y desde otra perspectiva, el proceso judicial concluye mediante una sentencia emitida por el órgano jurisdiccional competente, a partir del ejercicio del derecho de acción de los ciudadanos. Mientras que el procedimiento administrativo puede concluir mediante una resolución de la autoridad administrativa, que concierne al administrado y causa estado.

En ambos casos, como sabemos, concurren una serie de principios y derechos que sustentan el debido ejercicio del poder estatal, en el marco del estado de derecho y, por ende, de las normas constitucionales y legales correspondientes. Se garantiza así la tutela de los derechos de los ciudadanos o administrados ante la autoridad y el poder del Estado. Se racionaliza entonces mediante el ordenamiento jurídico, el ejercicio del poder soberano en las diversas funciones estatales.

En cambio, en el caso del arbitraje, la forma en que se ejerce el poder obedece a la naturaleza especializada y “autocontenida”⁽⁵⁹³⁾ de este medio de solución de controversias y donde, en general, la autonomía de la voluntad inspira la conformación del convenio arbitral y condiciona el desarrollo del *íter* arbitral en sus distintas modalidades.

(593) En el sentido que propone la Teoría Reflexiva del Derecho, siguiendo a CALLIESS, cuando analiza los alcances conceptuales de la *Lex Mercatoria*: “[...] *That is to say regulated self-regulation is the core political concept behind Reflexive Law. However, Reflexive Law is not meant to be a political concept in itself. To the detriment, like self-regulation it is a concept which potentially fits to all kinds of policies, from neo-conservative subsidiarity, over neo-liberal spontaneous ordering in free markets, to neo-socialist or communitarian ideas of democratic self-government in small and cosy parts of society*”. En: CALLIESS, Galf - Peter, “Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide To An Autonomous Legal System”. En: *German Law Journal*, N° 17 (01 November 2001) - *Legal Culture*, <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=109>

En este contexto, la autoridad estatal no constituye un elemento relevante para la conformación del *íter* arbitral, pero sí lo es en lo concerniente, por ejemplo, al auxilio o apoyo jurisdiccional que corresponda, así como en lo relativo al control jurisdiccional del laudo.

En el arbitraje nos encontramos ante un sistema de balances, “pesos y contrapesos”, que equilibran el *íter* a partir de lo pactado por las partes en el convenio arbitral y estando a lo decidido por los árbitros, en el marco del ordenamiento jurídico. En consecuencia, el principio de legalidad no se encuentra presente en la misma forma que en la jurisdicción estatal, pero brinda garantías y otorga seguridad jurídica.

Sin perjuicio de lo que puedan los ordenamientos jurídicos establecer respecto de las competencias arbitrales especializadas⁽⁵⁹⁴⁾, la autoridad estatal no es relevante en la conformación del *íter* arbitral.

En todo caso, no lo es en la misma intensidad que en el proceso judicial o que en el procedimiento administrativo, siendo su rol de carácter residual.

Lo que en modo alguno debe entenderse como una afirmación que pretende destacar el detrimento del poder del Estado respecto del arbitraje y mucho menos debe entenderse como una crítica negativa al rol estatal⁽⁵⁹⁵⁾.

En efecto, soy de la opinión que la relación entre el arbitraje y el Estado debe de estar definida claramente en el plano institucional y jurídico, respetando las respectivas autonomías, pero procurando congruencia entre el poder de la autoridad estatal y el poder de los actores arbitrales.

De modo que no es conveniente confundir el concepto jurídico de la jurisdicción estatal, sea ésta jurisdiccional o administrativa, con el arbitraje y su esencial concepción jurídica. Los árbitros no son jueces ni tampoco ejercen, en esencia, ni función jurisdiccional estatal ni función administrativa.

(594) Estas se pueden conformar mediante ley, como en el caso de la Ley de Contrataciones del Estado peruano o mediante otras disposiciones legales de carácter nacional o internacional. En todos estos casos, el acceso al arbitraje, la forma en que se llevarán a cabo las actuaciones e incluso las reglas sobre laudo arbitral, obedecen a criterios especializados, de conformidad con las necesidades inherentes a ámbitos económicos específicos.

(595) Cabe destacar que el Estado peruano ha sido un promotor permanente del arbitraje, en especial desde los años noventa en adelante, cuando se procedió a la creación de diversas competencias arbitrales especializadas, tanto mediante la promulgación de normas legales de diversa jerarquía, como mediante la ratificación de tratados internacionales.

Esto, por cierto, debe ser distinguido claramente de los efectos jurisdiccionales que pueda tener el laudo arbitral, una vez que cumple los requisitos establecidos en el marco normativo respectivo y con sujeción a la legislación sobre la materia.

Profundizando en el análisis, también es cierto que en la LA se adopta la denominación “actuación”, que remite finalmente a la idea de conjunto de “autos” o “actuados”. Cuando los abogados hablamos de los “autos”, generalmente nos referimos a un conjunto de actuaciones o piezas de un procedimiento judicial.

Podemos entonces válidamente interpretar, por analogía, que si la actual LA se refiere a las actuaciones arbitrales, en realidad se está refiriendo a las actuaciones o piezas de un arbitraje y no de un proceso judicial.

De donde cabe inferir válidamente que el “todo” es el *iter* o *itineris* arbitral, más no el proceso o procedimiento arbitral. Máxime cuando podemos comprobar que existe legislación, doctrina y jurisprudencia que nos permite sostener algo tan evidente. En especial, en el Derecho Comparado y a partir de la doctrina que explica la vinculación histórica del arbitraje comercial con la *curia mercatoria* y con la evolución del *ius mercatorum*⁽⁵⁹⁶⁾.

Lo que ocurrió, por cierto, siglos antes del surgimiento de la concepción del Estado Moderno. Según algunas fuentes, esto se dio en la Europa de los siglos XI al XIII⁽⁵⁹⁷⁾ y posteriormente, mediante un pro-

(596) John EWART formuló en 1903 un excelente ensayo publicado en el *Columbia Law Review* sobre el significado y alcances del *Law Merchant* como cuerpo normativo. EWART estaba de acuerdo con el Profesor BURDICK, cuando éste planteaba las siguientes proposiciones a partir de los alcances e influencia del *Law Merchant*: 1. Que está demostrado que había foros especializados e independientes de solución de controversias (*pepoudrous, staple courts, courts merchants*) similares a los foros arbitrales. 2. Que dichos foros funcionaban de manera diferente a las cortes que impartían justicia en el marco del *common law*. 3. Que las decisiones de dichos foros se basaban en la *Law Merchant*. 4. Que la *Law Merchant* era comúnmente aceptada en las principales ciudades europeas. 5. Que la *Law Merchant* puede ser considerada como fuente originaria de una serie de instituciones jurídicas de principios del S. XX. Ver: EWART, John, “What is the Law Merchant?”. En: *Columbia Law Review*, Vol. III, N° 8. March 1903, ps. 135/136.

(597) Es conveniente tener en cuenta que la doctrina no es pacífica ni uniforme en lo que concierne a reconocer la importancia de los gremios y las ferias en la práctica arbitral comercial que se desarrolló entre estos siglos. Según algunas fuentes, solamente se trató de una necesidad de brindar seguridad al comercio, mientras que según otras fuentes, se habría tratado de una época fructífera en la producción de modelos de regulación mediante usos y costumbres, que incluso se extendió a los medios de solución de controversias como las formas primigenias de lo que sería luego el arbitraje comercial moderno. Ver: VOLCKART, Oliver y Antje MANGELS, “Are the

ceso de expansión importante del comercio, a partir del siglo XVII en adelante⁽⁵⁹⁸⁾.

De otro lado y regresando al análisis del artículo 33º de la LA, si hacemos una revisión del texto, encontraremos numerosas referencias a las “actuaciones” y sólo seis oportunidades en las que excepcionalmente se usa la palabra “proceso”.

De estas seis menciones, cinco se refieren al proceso judicial o jurisdiccional estatal, mientras que el Artículo 47º, numeral 2, inciso b, es la única oportunidad en la que la LA se refiere al “proceso arbitral”. A mi modo de ver, en este inciso la LA se refiere equivocadamente al proceso, pues también en este caso se debió utilizar la denominación “actuaciones arbitrales”.

Sin duda y atendiendo a la reiterada y uniforme utilización de la nomenclatura “actuaciones arbitrales” en la LA, en el caso del artículo 47º nos encontramos ante un lapsus del legislador.

La utilización preeminente del término “actuaciones”, reitero, contrasta con el régimen derogado, en orden a que éste utilizaba indistintamente varias nomenclaturas para referirse a lo mismo (proceso, procedimiento, actuaciones, etc.).

Lógicamente, al existir diversas nomenclaturas, también se generaba inseguridad jurídica. Como sabemos, los abogados seguimos siendo los principales usuarios de la LA y del arbitraje.

De modo que si no se precisan con claridad los conceptos a utilizar, inmediatamente se abren espacios innecesariamente amplios para la interpretación jurídica, a ser utilizados de acuerdo a los intereses de quien interpreta; es decir, del abogado litigante en sede arbitral.

Dicha amplitud interpretativa permite, atendiendo a las posiciones subjetivas de las partes en litigio, que se desarrollen argumentos sobre la base de las más variadas perspectivas, para procurar imponer una posición sobre la otra. De esta manera, como es lógico, no necesariamente se satisfacen las necesidades inherentes a la integridad del arbitraje y tampoco se brinda la respectiva seguridad jurídica para las partes.

roots of the modern ‘lex mercatoria’ really medieval?”. En: *Southern Economic Journal*, Vol. 65, Nº 3, Jan., 1999, ps. 427/450.

(598) Cf., BERMAN, Harold y Colin KAUFMAN, “The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)”. En: *Harvard International Law Journal*. Number I, Vol. 19, 1978, ps. 220/ 277.

Recuerdo, por ejemplo, aquella tesis que sostenía un colega, que decía que el arbitraje sólo podía iniciarse con la presentación de la demanda arbitral, una vez que el tribunal arbitral se encontraba instalado, puesto que sólo en ese momento se verificaba la existencia de “jurisdicción” en el arbitraje.

A su vez, otro colega replicaba que no bastaba con que el tribunal arbitral se encontrara instalado, pues era necesario que el tribunal, contando con “jurisdicción” en ejercicio, declarara “abierto” el “proceso” arbitral, para darlo por iniciado.

Entre otras interpretaciones que es ocioso citar aquí, pero que son producto de la confusión de paradigmas, pues se encuentran en el imaginario de algunos juristas, que carecen de la correcta comprensión del instituto, de conformidad con sus raíces y concepción jurídica esencial.

Adicionalmente, dentro del régimen actual del artículo *sub comentario*, se entiende que la solicitud de inicio del arbitraje es el pedido unilateral de la parte interesada, cursado a la contraria, a efectos de dar a conocer a ésta su interés por someter una controversia a arbitraje.

Este es un hito en el *íter* arbitral de la ley peruana, que es congruente con la doctrina contemporánea del convenio arbitral. Queda claro, ahora sí, que si bien se requieren dos partes para pactar el convenio, sólo basta la acción de una para iniciar el arbitraje.

Y esto no perjudica la posibilidad que existan disposiciones especiales sobre este asunto en los reglamentos de las instituciones arbitrales o en las competencias arbitrales especializadas.

De donde fluye que no es necesario que el Tribunal Arbitral se encuentre constituido ni ejerciendo sus funciones para dar por iniciado un arbitraje. Tampoco es necesario que alguien declare “abierto” el arbitraje.

La parte interesada, dadas las condiciones o estipulaciones del convenio arbitral, simplemente actúa de conformidad con lo establecido en dichas estipulaciones y activa el *íter*. Por cierto que forma parte del *íter* la etapa de designación de los árbitros.

El marco legal en materia de arbitraje otorga a las partes los respectivos medios de defensa. Esta iniciativa de parte para iniciar el arbitraje es congruente con las libertades inherentes a la conformación de los convenios arbitrales y con las libertades reguladas por los ordenamientos jurídicos más avanzados sobre la materia.

Quedan eliminadas las dudas que surgían a partir de la lectura de diversos artículos de la LA derogada, pues ésta no contenía una regla objetiva para definir cuando es que estamos ante el inicio de un arbitraje.

Tampoco precisaba la norma derogada cual era el medio a utilizar a efectos de activar el arbitraje. En todo caso, si bien cabía interpretar a partir de la práctica y el texto de la norma cuando es que nos encontramos ante el inicio del arbitraje, lo cierto es que no había un artículo específicamente dedicado a este asunto.

De ahí que en la práctica arbitral peruana, ante la incertidumbre derivada del marco normativo, se terminó resolviendo estos temas en el acta de instalación del tribunal arbitral y en cada arbitraje en particular. Dicha acta muchas veces excedía los alcances del propio convenio arbitral, con el pretexto de normar el arbitraje. O, en el peor de los casos, terminaba contribuyendo a la innecesaria “procesalización” del arbitraje, “jurisdiccionalizándolo” desde la instalación de los árbitros.

Cabe agregar que el hecho que no se requiera contar con un Tribunal Arbitral preexistente, a efectos de dar por iniciado un arbitraje, es una precisión sumamente importante. En este punto conviene comentar la perspectiva doctrinaria adoptada por el legislador peruano desde el año 1979, cuando el arbitraje fue incorporado como “jurisdicción independiente” en la Constitución Política del Estado.

Se creó así un paradigma que lleva 30 años de vigencia en el Perú y mediante el cual el arbitraje es percibido como un “cuasi” proceso judicial o, lo que es peor, como un proceso judicial de menor jerarquía, calidad o intensidad. Si bien el estudio de las percepciones no es una disciplina jurídica, no podemos negar que genera influencias en la forma de pensar de las personas que deben cumplir o interpretar las leyes.

Esto ha dado lugar a diversas patologías en la interpretación y en el ejercicio mismo del arbitraje. Adicionalmente, se le ha “hiperconstitucionalizado” innecesariamente y, por ende, se pretende someterlo al mismo marco conceptual que el que rige para la Jurisdicción Estatal, pero con el manto de “independencia” antes referido.

Dicho manto, reitero, de aparente independencia, ha generado en la práctica un efecto inverso, pues en vez de proteger al arbitraje, ha servido para que incluso el Tribunal Constitucional peruano proceda a la refundación, también patológica, del arbitraje peruano⁽⁵⁹⁹⁾.

(599) Es el caso de la jurisprudencia constitucional recaída en el expediente, N° 6167-2005-PHT/TC, entre otros.

De esta manera, se viene erosionando en forma sutil al instituto, resultando imprescindible tomar acción para regresarlo a sus orígenes.

En tal sentido, concordamos plenamente con MANTILLA SERRANO, cuando señala que: “[...] el arbitraje siempre ha existido (y ha sido reconocido) tanto en América (incluida Latinoamérica) como en Europa y en la mayor parte del mundo, a pesar de que no existiera norma constitucional alguna que lo consagrara [...]”⁽⁶⁰⁰⁾.

Prosigue el autor señalando que “[...] sin lugar a dudas, la razón para ello radicaba en que, de la misma forma en que no es necesario consagrar constitucionalmente el derecho de las partes para contratar libremente, no se hacía necesario autorizar el sometimiento al arbitraje cuando ya había disposiciones que consagraban la posibilidad de disponer libremente de ciertos derechos”⁽⁶⁰¹⁾.

Si bien se puede percibir como un lugar común el sostener que el arbitraje “siempre ha existido”, cabe destacar que esto es absolutamente cierto y así lo confirmó la ya lejana doctrina jurídica de principios del siglo XX⁽⁶⁰²⁾.

El arbitraje no solamente ha existido desde siempre sino que es anterior al surgimiento del Estado Moderno. Es más, autores como WOLLAVER, sostienen que el origen del arbitraje se encuentra “perdido en la oscuridad de los tiempos”⁽⁶⁰³⁾.

Esto es así, porque al igual que la *Lex Mercatoria*, simplemente antecede a cualquier sistema jurídico, tal como actualmente entendemos este concepto en su acepción moderna. De modo que cualquier indagación seria y profunda sobre sus orígenes, corresponde esencialmente a la historia del desarrollo social y de la ética⁽⁶⁰⁴⁾.

Por su parte, CARBONNEAU cita diversas fuentes para resaltar el carácter particular que tiene el arbitraje, precisando que en realidad los comerciantes no han valorado jamás de manera positiva los medios jurisdiccionales-estatales de solución de controversias e incluso

(600) MANTILLA SERRANO, Fernando, “La autonomía del Arbitraje Internacional ¿Hacia un Arbitraje realmente autónomo? En: *Arbitraje Internacional, tensiones actuales*, Bogotá, 2007, p. 210.

(601) *Ibíd.*

(602) *Cf.*, EWERT. *Ibíd.*

(603) Ver: TRAKMAN, Leon, “The Evolution of the Law Merchant: Our Commercial Heritage.” En: *Journal of Maritime Law and Commerce*, Vol. 12, N° 1, October 1980.

(604) *Cf.*, WOLLAVER, Earl, “The Historical Background of Commercial Arbitration.” En: *University of Pennsylvania Law Review*. December 1934, ps. 132/146.

los han percibido históricamente como ajenos a su actividad comercial⁽⁶⁰⁵⁾.

Ello se debe a que el proceso judicial corresponde a valores y convicciones políticas antes que a las necesidades del tráfico comercial y económico. De modo que los comerciantes prefieren un medio confidencial y especializado de solución de controversias, que se ajuste a dichas necesidades, antes que un proceso judicial público que no es práctico y difícilmente se adecúa a la realidad del comercio.

Concluye CARBONNEAU que el simple y sencillo “sentido común de carácter comercial” constituye un argumento poderoso en contra de la posibilidad de someter controversias de carácter económico-comercial a la autoridad jurisdiccional estatal y de ahí el también poderoso efecto transformador que tiene el arbitraje.

La perspectiva de este autor merece especial atención y en gran medida contribuye a entender con mayor claridad porqué la actual ley se refiere preferentemente a las actuaciones arbitrales antes que al proceso o procedimiento arbitral⁽⁶⁰⁶⁾.



Art. 34º.—Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su

(605) Ver: CARBONNEAU, Thomas, “Commercial Peace and Political Competition in the Crosshairs of International Arbitration”. En: *Duke Journal of Comparative and International Law*, Spring 2008, ps. 311/338.

(606) *Ibíd.*

criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

COMENTARIO ⁽⁶⁰⁷⁾

El artículo se basa en el principio de la autonomía e igualdad de las partes para establecer libremente las reglas del arbitraje, otorgando un amplio campo de acción a éstas y estableciendo un orden para la determinación de dichas reglas.

La libertad de las partes es inherente a las libertades individuales reconocidas y protegidas constitucionalmente en el ordenamiento jurídico, siendo éste justamente el espacio de regulación inherente al arbitraje, a lo que se suma la necesidad, tal como está normado en la norma constitucional peruana, de regular el arbitraje del Estado.

El primer inciso del artículo objeto de comentario hace mención al acuerdo entre las partes para la definición de las reglas arbitrales. En principio, dependiendo de lo que establezca la ley o la normativa que corresponda a una competencia arbitral especializada, el arbitraje suele ser producto de una negociación entre las partes, basándose así en el ejercicio de la voluntad, a partir de la libertad inherente al individuo en el sentido kantiano ⁽⁶⁰⁸⁾.

De donde es lógico que una ley general sobre la materia se encuentre orientada por el principio de la autonomía y de la libertad de las partes para pactar el arbitraje. Y, por ende, también es lógico que ello se refleje en la posibilidad de pactar libremente las reglas que regirán el arbitraje.

El elemento de lo razonable, recogido en el artículo objeto de comentario, surge en el caso que los árbitros deban determinar las reglas del arbitraje, ante la falta de acuerdo entre las partes o si éstas no lo pactaron.

Es en este sentido que se entiende la mención a las “reglas más apropiadas”, teniendo en cuenta las “circunstancias del caso”. En modo

(607) Por **FRANZ KUNDMÜLLER CAMINITI**: Profesor de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

(608) Cf. MORGAN, Edward, “Contract Theory and the Sources of Rights: An Approach to the Arbitrability Question”. En: *Southern California Law Review*, Vol. 60, 1987, p. 1070.

alguno cabe entender o interpretar a partir de esto la aplicación necesaria de la legislación procesal civil ni tampoco es admisible la aplicación de reglas “inapropiadas”.

Es éste un asunto de particular importancia, en orden a que desde la perspectiva de la autonomía o regla de autonomía arbitral, existe una relación que abarca tanto lo relativo a la determinación de las reglas del arbitraje y sus actuaciones, como lo relativo a la determinación de la ley aplicable para resolver la controversia o cuestión de fondo.

En efecto, según GRIGERA NAON: “Puede decirse, entonces, que la determinación autónoma de las partes, y en defecto de ellas, por los árbitros, de las reglas de derecho o del derecho aplicable al fondo de la controversia sometida a arbitraje, depende de la determinación autónoma por aquéllas del marco procesal al amparo del cual será conducido el proceso arbitral”⁽⁶⁰⁹⁾.

El hecho que las partes puedan pactar libremente las reglas del arbitraje, tiene además especial incidencia e importancia en el arbitraje internacional y constituye un factor que demuestra la simetría que existe entre los aspectos económico-comerciales y la finalidad pragmática del arbitraje, como medio eficiente de solución de controversias, hoy universalmente aceptado.

De modo tal que, atendiendo al interés de las partes, éstas pueden tranquilamente dar forma a su arbitraje, tanto en lo concerniente a las reglas que servirán para llevar adelante las actuaciones, como en lo que concierne a la legislación aplicable para resolver el fondo, incluyendo la posibilidad que las partes pacten la solución de la controversia mediante la aplicación del leal saber y entender de los árbitros en un arbitraje *ex aequo et bono*.

Adicionalmente, debemos tener en cuenta que las últimas tendencias que se pueden observar en la doctrina especializada y que refuerzan la tesis de la relevancia de la teoría de las autonomías en el arbitraje, se orientan a explicar el fenómeno de la aplicación de los principios que sustentan al arbitraje y su creciente aplicación generalizada en el ámbito global.

En tal sentido, KAUFMANN KOHLER señala que esto se debe, en especial, a dos factores. Ambos constituyen incentivos para la apli-

(609) GRIGERA NAON, Horacio, “El Derecho Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional”. En: *El Contrato de Arbitraje*, Editorial Legis. Universidad del Rosario, 2005, p. 608

cación de dichos principios y, por ende, su reconocimiento generalizado⁽⁶¹⁰⁾.

Por un lado, y en materia de arbitraje internacional, es evidente que la aplicación de la legislación del lugar del arbitraje para regular las actuaciones arbitrales, es en la actualidad una ficción. Y, por ende, también lo es la pretendida vigencia de la teoría jurisdiccional del arbitraje por parte de un importante sector de la doctrina⁽⁶¹¹⁾.

La tendencia a favor de la no aplicación de la legislación local al arbitraje se debe, principalmente, a que en un número creciente de casos el lugar o sede formal del arbitraje, no necesariamente guarda conexión con el lugar en el que efectivamente se llevan a cabo las actuaciones arbitrales. Esto es así debido a la realidad de las dinámicas económico-comerciales contemporáneas. A ello se suma el creciente impacto de las tecnologías de la información y comunicaciones.

Y, de otro lado, la misma autora precisa que hoy se está dando un fuerte proceso de uniformización de las leyes de arbitraje en el mundo, lo que implica que los estándares vienen siendo debidamente interiorizados a escala global y en forma creciente.

Esto implica que, en gran medida, las leyes de arbitraje más avanzadas, son hoy “intercambiables” entre sí. En consecuencia, el impacto de la aplicación de las leyes nacionales de arbitraje, a partir de presuntas bondades comparativas, ha disminuido significativamente en el mundo⁽⁶¹²⁾.

Cabe agregar además la marcada tendencia a regular en forma unificada el arbitraje en el mundo. Cosa que ha ocurrido, por ejemplo, en el caso de la legislación peruana, que finalmente ha eliminado la distinción entre la sección dedicada al arbitraje internacional y la dedicada al arbitraje nacional, regulando en un solo cuerpo normativo el arbitraje y precisando con algunos artículos las normas para el tratamiento del arbitraje internacional.

Para NOTTAGE, el proceso de armonización se encuentra dentro de la gama de actuales características del arbitraje en el mundo. Hoy se aprecia una marcada influencia de los conceptos jurídicos contenidos en la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

(610) Cf. KAUFMANN KOHLER, Gabrielle, “Globalization of Arbitral Procedure”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, ps. 1317/1322.

(611) Cf., Yu, Hong Lin; *Ibíd.*

(612) Cf. KAUFMANN KOHLER; *Ibíd.*

Se puede verificar así la influencia significativa de dicha Ley Modelo en los países que tomaron como base el Derecho continental europeo, como es el caso de los países de América Latina. Nótese que el proceso de armonización sólo comprendió originalmente a los países de raigambre jurídica anglosajona⁽⁶¹³⁾.

Así como la norma incluye el principio de libertad de las partes para pactar las reglas del arbitraje, también se incorpora en forma clara y expresa la obligación de brindar trato igualitario para las partes dentro del arbitraje. Este trato igualitario es una derivación del propio convenio arbitral y obliga a los árbitros, de modo que su violación incluso puede arriesgar la validez del laudo arbitral.

Con prescindencia de la competencia arbitral especializada que corresponda, es justamente en el convenio arbitral donde las partes se encuentran en pie de igualdad. En consecuencia, será imposible que prevalezca alguna disposición contenida en el convenio arbitral, que coloque en ventaja a una de las partes sobre la otra. En esencia estamos hablando de la igualdad de las partes a partir del convenio.

Se trata entonces específicamente de una igualdad arbitral y no de una igualdad de las partes ante la ley ni mucho menos se trata de una igualdad de las partes ante la autoridad jurisdiccional estatal. Ambos son ejemplos de igualdad inherentes al ordenamiento jurídico.

En el caso de la igualdad ante la autoridad jurisdiccional, el marco normativo nos remite directamente a la noción de debido proceso y a los correspondientes derechos del justiciable ante el juez. En suma, reitero, la igualdad arbitral tiene que ser entendida como inherente al convenio arbitral.

De otro lado, nótese que la expresión pragmática de la igualdad arbitral radica en la obligación de los árbitros de permitir que cada una de las partes haga valer sus derechos con suficiente oportunidad.

A su vez, el artículo contiene un orden de prelación en el caso de no existir disposición aplicable pactada por las partes para efectos de llevar a cabo el arbitraje. De ser así, se aplicará supletoriamente la ley. Y si en ésta no se cuenta con disposiciones aplicables, el artículo dispone que se aplicarán los usos y costumbres en materia arbitral⁽⁶¹⁴⁾.

Debemos tomar en consideración que la aplicación de los usos y costumbres se refiere a un conjunto de buenas prácticas, medidas, dis-

(613) Cf. NOTTAGE, Luke, "The Procedural Lex Mercatoria, the past, present and future of International Commercial Arbitration". En: CDAMS Discussion Paper. 03/1E, September 2003, p. 24.

(614) Cf. KAUFMANN KOHLER; *Ibid.*

posiciones, etc., que han sido percibidas como legítimas y que cuentan con la aceptación generalizada de los interesados en el funcionamiento del arbitraje nacional e internacional.

En consecuencia, no se trata de una categoría conceptual de carácter etéreo sino de un marco conceptual de “derecho blando” o “*soft law*” que responde a la realidad especializada de las prácticas inherentes al arbitraje⁽⁶¹⁵⁾.

Atendiendo a lo que establecen diversas fuentes de la doctrina arbitral contemporánea, no cabe duda que los usos y costumbres en materia arbitral son relevantes y su aplicación resulta indispensable para una ley que, como lo es la ley materia de comentario, se basa en el estado actual de la técnica.

En este punto también encontramos una innovación respecto de la anterior ley, puesto que ésta no contenía referencia a los usos y costumbres en materia arbitral. Adicionalmente, nótese que la disposición materia de comentario establece un orden de prelación que excluye también en este caso la aplicación del código procesal civil y de cualquier otro cuerpo normativo cuya aplicación se inapropiada.

Finalmente, en el último inciso del artículo materia de comentario se regula la posibilidad que los árbitros puedan ampliar plazos, incluso si se trata de plazos vencidos.

Esta disposición se basa en los problemas presentados en la práctica y se orienta por la necesidad de brindar flexibilidad al arbitraje, a partir de la necesidad de reconocer la importancia de los temas de fondo. Estos merecen especial atención, por encima de la problemática de los plazos. De modo que los plazos se encuentren al servicio del arbitraje y no perjudiquen su desarrollo.

En suma, los artículos 33° y 34° objeto de comentario refuerzan la autonomía del arbitraje en lo que concierne a los aspectos fundamentales del inicio de las actuaciones y de la libertad para la regulación de éstas. En consecuencia, constituyen un avance importante respecto de la forma como estos asuntos eran regulados en la legislación derogada.



Art. 35°.—Lugar del arbitraje.

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determi-

(615) Cf. NOTTAGE; *Ibíd.*

nará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.

COMENTARIO ⁽⁶¹⁶⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Importancia del lugar del arbitraje - Lex Arbitri.* 2.1. *Materias Arbitrales.* 2.2. *Validez del Convenio Arbitral.* 2.3. *Autonomía de los árbitros e intervención de la autoridad judicial.* 2.4. *Normas Supletorias.* 2.5. *Efectos del Laudo.* 3. *Factores a tomar en cuenta para la elección del lugar.* 3.1. *La actitud estatal frente al arbitraje en el país seleccionado.* 3.2. *Facilidades para la Ejecución del Laudo.* 3.3. *Ubicación del objeto de controversia y proximidad a las pruebas.*

1. INTRODUCCIÓN

La facultad de escoger el lugar del arbitraje descansa en el principio fundamental de la autonomía de las partes, quienes al convenir someter sus disputas a un mecanismo de solución de controversias alternativo al de las cortes nacionales, pueden, asimismo, decidir el lugar en donde quieren desarrollar las actuaciones arbitrales, según sus preferencias.

Cuando se trata de un arbitraje internacional, la elección del lugar del arbitraje, sin embargo, tiene implicancias que van mucho más allá de la simple elección de la sede del procedimiento.

La principal consecuencia de la selección de una plaza en particular como sedes o lugar del arbitraje, es la consecuente aplicación de las normas y competencia de las autoridades de la sede, lo que, como veremos, puede tener un sinnúmero de implicancias que pueden determinar el éxito o fracaso del arbitraje.

Tenemos así que, en ese orden de ideas, el artículo 1° de la LA establece que, el ámbito de aplicación de nuestra ley, se extiende a todos los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio peruano.

(616) Por **MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL**: Socia del Estudio Ehecopar Abogados. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia Diplomática del Perú.

Ahora bien, a falta de acuerdo, tal como lo indica el inciso 1 del artículo 35°, bajo comentario, la elección del lugar corresponderá al tribunal, quien para su elección deberá tener en cuenta “las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”⁽⁶¹⁷⁾.

Por “circunstancias del caso” debe entenderse que los árbitros deben tomar en consideración las características particulares de la disputa. No existe un recetario predeterminado que establezca qué características priman a la hora de la elección, por lo que ésta deberá realizarse caso por caso. Por ejemplo, podría escogerse el lugar en donde se encuentre la mayor cantidad de pruebas, o el lugar donde domicilie la mayoría de los árbitros, o el lugar neutral más próximo a las partes y árbitros; entre otros.

Asimismo, existe debate sobre el concepto de “conveniencia de las partes”, en tanto se trata de un concepto subjetivo de difícil definición. Lo que queda claro es que el árbitro no puede simplemente designar un lugar a su mero arbitrio, sino que deberá considerar los criterios que a su juicio determinen lo que se ha venido en llamar “la conveniencia de las partes” a fin de asegurar que el arbitraje sea lo más justo y eficiente posible.

Con respecto al inciso 2 del artículo, se establece que el tribunal puede reunirse en cualquier lugar que considere adecuado. Así pues, se distingue entre el lugar o sede del arbitraje y el lugar donde determinada actuación del mismo pueda efectuarse. Es decir, se reconoce la posibilidad de llevar adelante actuaciones arbitrales en un lugar distinto a la sede del tribunal. Ello es razonable, pues puede ser necesario o conveniente realizar alguna actuación en lugar distinto a la sede. Es claro, por ejemplo, cuando se trate de una inspección ocular, que ella deba realizarse fuera de la sede del arbitraje.

Es interesante también anotar que en arbitrajes internacionales es muy frecuente que las partes puedan tener con el Tribunal coordinaciones a través de conferencias telefónicas o videoconferencias en la medida en que todas estén dispuestas a participar. Esto suele ser muy útil para dar agilidad a las actuaciones.

Debe tenerse en cuenta, que el realizar reuniones fuera de la sede es de índole meramente práctico y no tiene efectos en las normas aplicables al arbitraje, como sí sucede con el lugar del arbitraje propiamente dicho, que más que un concepto geográfico es uno jurídico.

(617) Cfr., FERNANDEZ ROZAS, José C., *Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral*. En: Lima Arbitration, N° 2, 2007, p. 28.

Asimismo, los árbitros están facultados para realizar sus deliberaciones en cualquier lugar que estimen conveniente. Incluso no debe haber inconvenientes para que los árbitros deliberen en reuniones no presenciales, es decir, mediante videoconferencias o conversaciones telefónicas.

2. IMPORTANCIA DEL LUGAR DEL ARBITRAJE - *LEX ARBITRI*

Como hemos mencionado, la elección del lugar del arbitraje trae consigo una serie de implicancias para el posterior desarrollo y éxito del procedimiento.

Lo principal que debe quedar claro a la hora de estudiar el lugar del arbitraje, es que su determinación vincula al procedimiento con una *lex arbitri*, que fijará un marco legal base del arbitraje. La *lex arbitri* influye en el arbitraje de diversas formas. A continuación veremos las principales implicancias que puede tener la *lex arbitri* en el proceso arbitral.

2.1. Materias Arbitrales

Cada estado fija a su criterio qué materias son las que permite o prohíbe someter a arbitraje.

Es la ley de la sede del tribunal, *lex arbitri*, la que determina la arbitrabilidad de una materia. Es importante tener en cuenta que la actitud de los estados frente al arbitraje varía mucho de país a país y en tanto el arbitraje implica facultar a partes privadas, a no acudir a las cortes nacionales, la posición de los estados frente a esta posibilidad puede variar. Es decir, pueden existir normas distintas, con respecto a la materia arbitrable y esto debe tenerse presente a la hora de definir sede, para evitar que la materia a arbitrar pueda resultar vedada de acuerdo a la *lex arbitri*.

En el caso peruano, inciso 1 del artículo 2º, de la LA, se establece como regla general, que son susceptibles de arbitraje las controversias que versen sobre materias de libre disposición, así como aquellas que la ley o los tratados internacionales autoricen.

Este es el criterio que prima para los casos en que el Perú es lugar del arbitraje.

2.2. Validez del Convenio Arbitral

La validez del Convenio Arbitral depende finalmente de lo que diga la ley que se aplique para definir los requisitos del convenio. Y lo cierto es que será la *lex arbitri* la que definirá cuál es la ley que establece los

requisitos del convenio arbitral y determina en última instancia si el convenio arbitral es o no válido. En tal sentido, si bien no necesariamente es la *lex arbitri* la que establece directamente los requisitos, sí es ella la que señala la ley que los establece, con lo que podemos decir que, indirectamente, influye en determinar la validez del Convenio Arbitral.

Nuestra LA dispone en su artículo 13.7 que cuando el arbitraje sea internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano.

Recordemos que de acuerdo con la doctrina más generalizada, el convenio arbitral debe constar por escrito. Debemos tener en cuenta que incluso cuando ese sea el requisito habrá que ver que se considera como “por escrito”. Podemos encontrar leyes en las que para cumplir este requisito, es necesario que la cláusula esté contenida en un contrato. De ser ese el caso, la cantidad de convenios válidos se verá reducida. En cambio, si como lo hace la LA, se establece una definición amplia de “convenio por escrito”, el resultado será un ambiente más amigable con respecto a la institución arbitral.

Tenemos como antecedente la norma anterior a la LGA. Con esa norma, en el Perú existía una regulación desfavorable al arbitraje, en tanto dividía al convenio arbitral en dos conceptos separados: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. Según esta aproximación, las partes celebraban una cláusula compromisoria acordando someter a arbitraje cualquier controversia futura que surja entre ellas y luego, una vez surgida la controversia específica, debían celebrar otro contrato, un compromiso arbitral, para ir al arbitraje. Esta normativa, restaba espacio al arbitraje, puesto que lo común era que, al momento de presentarse la controversia, una de las partes rehusase firmar el compromiso arbitral.

Nuestra ley asume hoy un enfoque muy amplio de lo que es el Convenio arbitral, estableciendo que “se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

Vemos así que nuestra LA establece un criterio favorable a la validez del convenio arbitral. No sólo contempla un criterio amplio de convenio arbitral, sino que favorece su validez indicando que si el convenio cumple alternativamente con los requisitos de alguna de las normas a las que puede considerarse vinculado éste será válido. Es decir, que

asume una postura favorable a la eficacia del convenio, lo que constituye al Perú en una plaza atractiva para el arbitraje internacional.

2.3. Autonomía de los árbitros e intervención de la autoridad judicial

El tener como marco para el arbitraje una ley que restringe las facultades del tribunal arbitral y/o de las partes y abre la puerta para la intervención judicial puede tener consecuencias nefastas en el arbitraje.

Así pues, dependerá de las normas de la *lex arbitri*, el que exista mayor o menor capacidad de intervención de los jueces y cortes del país en los procesos arbitrales. Es pues importante verificar que la ley procesal del lugar de sede del arbitraje, permita que los jueces coadyuven al proceso, en aquello que sea necesario, pero no imponga restricciones a las facultades o proceso a cargo de los árbitros, ni permita interferencias indebidas.

Una *lex arbitri* que permita a los jueces intervenir el arbitraje y por ejemplo, de acceso a los tribunales a suspender actuaciones, o a conocer de la impugnación de resoluciones distintas al laudo, puede en última instancia enervar la utilidad de la vía arbitral, al conllevar que pueda a través de decisiones de los tribunales, paralizarse o desactivarse los procesos arbitrales.

2.4. Normas Supletorias

De otro lado, la *lex arbitri* tendrá el rol de, en ausencia de determinados pactos, completar la voluntad de las partes. Esto cobra mayor importancia cuando las partes no han acordado la aplicación de un Reglamento Arbitral. Si hay Reglamento, este llenará los vacíos de la cláusula y/o determinará las reglas del proceso. Pero si no lo hay, todos los vacíos se llenarán de acuerdo a lo que establezca la *lex arbitri*.

En tal sentido, conviene tener presente los temas que cuando no están definidos en la Cláusula Arbitral, terminarán siendo cubiertos por la *lex arbitri*. Entre los temas más relevantes están:

- La determinación de si el arbitraje es de derecho o de conciencia.
- El número, requisitos y forma de designación de los árbitros.
- La entidad que designa a los árbitros a falta de nominación de acuerdo de las partes.
- Las causas y procedimiento de recusación.

- Las reglas relacionadas a notificaciones y plazos.
- El proceso arbitral mismo.
- El carácter de definitivo o apelable del laudo.

Esta lista, que no es exhaustiva, nos permite ver cómo una norma procesal arbitral puede influir en el procedimiento, a través de normas supletorias. Si estos temas no son resueltos en la propia cláusula quedarán a la definición de la *lex arbitri*.

Así, por ejemplo, una norma podría contener una disposición según la cual a falta de pacto de las partes, el arbitraje deberá ser de conciencia y no de derecho. Dos partes que hayan escogido un foro como lugar del arbitraje y no hayan evaluado si se someten a la aplicación de un arbitraje de derecho o no, podrían terminar en uno de conciencia, sin que ésta haya sido la común intención.

Pero lo que es más grave, una *lex arbitri* puede llegar a considerar que algunos de estos temas no quedan a la libertad de las partes y señalar limitaciones a la voluntad. Así podría establecer un procedimiento predeterminado para el arbitraje, limitando el que los árbitros puedan fijar el número de audiencias y el procedimiento al que deban someterse las partes, lo que atentaría contra la flexibilidad de la institución arbitral.

Por ello, en cualquier caso, aun cuando procuramos definir los temas más importantes en la cláusula, es preciso cobrar conciencia del rol de la *lex arbitri* y que el no conocerla puede determinar que las partes se vean sometidas inadvertidamente a normas que no deseaban para su arbitraje.

A este respecto, nuestra LA, basándose en la Ley Modelo UNCITRAL, establece criterios considerablemente flexibles y amigables hacia el arbitraje, fijando claramente la capacidad de los árbitros de fijar su propia competencia, de declarar la admisibilidad de pruebas, y limitando la intervención judicial a un mínimo posible de casos. De igual forma, da plena libertad a las partes para pactar el procedimiento, reglas e idioma que deseen.

2.5. Efectos del laudo

Uno de los temas más importante es que la *lex arbitri* definirá las causas y procedimiento de anulación de un laudo. Además, serán los jueces o Cortes de la sede, los que conocerán de los pedidos de anulación.

Probablemente sea este el elemento que unido a la autonomía de los árbitros influye más en considerar a una plaza como un buen lugar para arbitrar.

Como ya señalamos las interferencias del Poder Judicial pueden generar que la institución arbitral se torne ineficaz. También puede hacerlo el hecho de que existan normas que permitan a las Cortes revisar el fondo de los laudos y/o anularlos, sin que exista una causa con un sustento suficiente. Sin duda es preciso mantener causas de anulación, pero para que un lugar sea una buena sede para el arbitraje, será necesario que las causas y procedimientos de anulación sean razonables y que las Cortes no tiendan a anular los laudos en forma indiscriminada.

Así, por ejemplo, en el caso de nuestra LA, el artículo 63°, inciso 1, literal f, establece como causal de anulación el hecho de que, tratándose de un arbitraje internacional, el objeto de la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo contradiga el Orden Público Internacional peruano.

Esta causa de anulación, es una causa que es usual y aceptada en la legislación comparada. Pero vemos que cuando se elige el lugar del arbitraje, no sólo se está ligando al arbitraje a una ley procesal específica, sino también a una sociedad y cultura determinadas, con una serie de creencias y valores específicos. De esta forma, cuando las partes eligen un determinado lugar como sede de su arbitraje, están a su vez atando al laudo a estas consideraciones de Orden Público Internacional, que no necesariamente responden a sus valores culturales.

3. FACTORES A TOMAR EN CUENTA PARA LA ELECCIÓN DEL LUGAR

Ya se han discutido las diversas implicancias que la elección del lugar del arbitraje puede tener en un arbitraje. En la práctica, estas consideraciones han generado un fenómeno conocido como *Forum Shopping*, que consiste en buscar el lugar más atractivo para desarrollar un arbitraje. Así pues, a continuación se ofrece una breve descripción de los factores que las partes o los árbitros (en caso de ausencia de acuerdo) deben tener en cuenta al momento de elegir en donde llevar a cabo su arbitraje.

3.1. La actitud estatal frente al arbitraje en el país seleccionado

Ya hemos explicado en el punto anterior cómo las diversas actitudes estatales en cuanto al arbitraje generan diversas leyes arbitrales que, según estén reguladas, pueden tener varias implicancias importantes en el desarrollo de un arbitraje, llegando incluso a causar su imposibilidad o ineficacia.

Así pues, como ya dijimos el factor probablemente más importante que las partes, o en su caso los árbitros, deben esclarecer al momento de fijar el lugar del arbitraje, es precisamente cuál es esta actitud estatal de la sede y cuáles han sido sus efectos en la ley arbitral del país en cuestión.

Uno de los problemas más importantes que las partes deben tener en cuenta al evaluar la actitud estatal frente al arbitraje, es el nivel de interferencia del Poder Judicial en el procedimiento, puesto que justamente, lo que motiva a las partes a acudir a un arbitraje, es la posibilidad de evadir un proceso judicial largo, costoso y muchas veces impredecible.

Como señala CANTUARIAS⁽⁶¹⁸⁾, en la propia América Latina existen ejemplos de políticas inamistosas al arbitraje en países como Brasil, Costa Rica y Venezuela. Señala el autor que en Brasil, por ejemplo, persiste aún la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral y en Venezuela, se pone en duda la facultad de los árbitros de declarar su propia competencia.

De esta forma, las partes, y los árbitros, deben evaluar cuidadosamente si la ley arbitral de la sede, establece algún tipo de control posterior del proceso o del fondo del laudo una vez que este es dictado, pues de ser el caso, en última instancia las partes terminarían siendo escrutadas por una Corte a quien no quisieron encargar la solución de su proceso.

3.2. Facilidades para la Ejecución del Laudo

Las partes pueden haber escogido un lugar con una ley arbitral de alta calidad y obtener un laudo que satisface plenamente los intereses de ambas partes. Sin embargo, es importante que al momento de escoger el lugar del arbitraje, las partes tengan en cuenta los efectos de esta elección en la ejecución del mismo. Por ejemplo, en el caso en que el laudo sea dictado en un lugar distinto a aquél en donde se encuentren los bienes materia de la controversia.

En efecto, en ciertas ocasiones ejecutar un laudo arbitral dictado en el extranjero, puede resultar complicado, en tanto las legislaciones nacionales pueden establecer los requisitos particulares, no de demostrar la finalidad del laudo para poder proceder a su ejecución. Esta figura se conoce en doctrina como doble exequátur, dado que probar la finalidad de un laudo puede resultar sumamente complicado y mu-

(618) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, ps. 84/85.

chas veces se requiere atravesar un procedimiento en el lugar donde se dictó el laudo, para demostrar que ya no caben más recursos contra la decisión del tribunal y otro en el lugar donde se decidió ejecutar finalmente el laudo.

Debe aclararse, sin embargo, que gracias a la vigencia de la Convención de Nueva York para la ejecución de sentencias arbitrales dictadas en el extranjero de 1958, la figura del doble exequátur se ha visto drásticamente reducida, en virtud al gran número de estados parte de esta Convención. Sin embargo, no puede descartarse de plano la posibilidad de que las partes, por diversos motivos, escojan como lugar del arbitraje un Estado que no sea parte de la Convención.

No tener la certeza de que el laudo es fácilmente ejecutable en el lugar donde se pretende ejecutarlo puede resultar en un severo perjuicio para las partes.

3.3. Ubicación del objeto de controversia y proximidad a las pruebas

Como mencionamos al inicio de este comentario, las circunstancias particulares del caso deben jugar un rol al momento de seleccionar el lugar del arbitraje. Esto se aplica tanto a los árbitros como a las partes, puesto que si bien estas últimas no están obligadas a tomarlas en cuenta, no hacerlo podría significarles altos costos y severos problemas en el futuro.

Así, las partes deben evaluar que el lugar donde se ejecuta un contrato es probablemente el lugar donde estarán los principales elementos de la controversia. Si bien no es determinante, si resulta que ese lugar es una buena plaza arbitral, debiera ser considerado como el lugar del arbitraje, pues pueden reducirse costos, al tener fácil acceso a las pruebas y elementos de juicio que permitan resolver el caso. Si resulta pues, que es probable que los potenciales testigos y documentos, queden ubicados en un determinado lugar, puede ser lo más razonable si la *lex arbitri* es razonable, que ese sea un lugar sede adecuado.



Art. 36º.—Idioma del arbitraje.

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstan-

cias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión del tribunal arbitral se haya previsto algo distinto, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones del tribunal arbitral.

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.

COMENTARIO ⁽⁶¹⁹⁾

SUMARIO: *1. Introducción. 2. Los problemas relacionados con la elección del idioma. 2.1. El problema del idioma predeterminado. 2.2. El Lenguaje inicial del arbitraje. 2.3. El idioma de los árbitros. 2.4. Pluralidad de idiomas. 2.5. Idioma de Comunicación 3. Factores a tener en cuenta en la elección del idioma. 3.1. Predominio de un idioma en la relación contractual. 3.2. Accesibilidad del idioma. 3.3. Dominio del idioma. 3.4. Idioma de la ley. 3.5. Facilidad para traducir.*

1. INTRODUCCIÓN

Aun cuando no se trata de una regla reservada exclusivamente para el arbitraje internacional, la necesidad de una disposición relacionada con el idioma del arbitraje, trae implícita la existencia de elementos de internacionalidad en la relación contractual. Es claro que el tema será relevante cuando las partes del contrato no comparten el idioma o, en todo caso, cuando el idioma de la ley aplicable o del lugar del arbitraje, no sea un idioma común a las partes. Es en estas situaciones cuando revestirá importancia como definir el idioma de las actuaciones arbitrales.

Respondiendo a la naturaleza esencialmente voluntaria de la institución arbitral, la regla natural es que sean las partes quienes acuerden el idioma del arbitraje. Siendo que son las partes las que deciden someter su controversia a arbitraje, es lógico que ellas, dentro de su propia autonomía de la voluntad, puedan fijar el idioma en el cual éste se desarrollará.

El artículo bajo comentario toma así la regla que encontraremos en la legislación comparada. El idioma de las actuaciones arbitrales será

(619) Por **MARÍA DEL CARMEN TOVAR GIL**: Socia del Estudio Ehecopar Abogados. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia Diplomática del Perú.

definido por las partes. Sólo ante la ausencia de acuerdo entre partes, es que surge, como solución supletoria, que los árbitros pueden proceder a determinar el idioma del arbitraje.

Así pues, sea mediante acuerdo o mediante decisión del tribunal, el artículo establece que esta elección deberá aplicarse a los escritos de las partes, las audiencias, laudos y decisiones o comunicaciones del tribunal arbitral. Asimismo, establece la excepción de que el tribunal, salvo oposición de una de las partes, pueda ordenar la presentación o actuación de una prueba en idioma distinto al acordado.

A lo largo de los años la cuestión del idioma del arbitraje ha pasado más o menos inadvertida en la doctrina nacional. Con la globalización del sistema económico internacional y la política sostenida de inserción comercial del Perú en los mercados del mundo, se multiplica la posibilidad de enfrentar disputas con socios comerciales de los rincones más alejados del planeta. La idea de enfrentar un arbitraje con partes que no compartan el mismo idioma, no es ya para nada distante y pasa a convertirse en un tema que debe estar presente al momento de la redacción de la cláusula arbitral y esto es algo que los abogados debemos tener en cuenta si hemos de especializarnos en arbitraje.

Como veremos en las líneas siguientes, la elección del idioma puede ser crucial para el arbitraje y las consecuencias prácticas que acarrea no deben desestimarse ni despreciarse.

2. LOS PROBLEMAS RELACIONADOS CON LA ELECCIÓN DEL IDIOMA

2.1. El problema del idioma predeterminado

Muchas veces y por diversos motivos, la decisión de acordar previamente el idioma del arbitraje es dejada de lado por las partes. A veces por descuido, otras veces por no haber llegado a un acuerdo. Lo cierto es que, en muchos casos, las partes dejan el problema de escoger el idioma del arbitraje para cuando se inicie el mismo y finalmente, muchas veces lo dejan a los árbitros.

Es preciso tener en cuenta que cuando no se establece el idioma en la cláusula arbitral, pero sí se establece en ésta el sometimiento a las Reglas de un Centro de Arbitraje, la forma de definir el idioma, será la que haya establecido el Reglamento del Centro de Arbitraje.

De un estudio comparado de las reglas de los principales centros de arbitraje podemos afirmar que la regla del Centro reconocerá la elección de las partes. Era frecuente también que, a falta de acuerdo, el Reglamento señale que el idioma será establecido por los árbitros,

como lo hace la regla supletoria del artículo bajo comentario. Pero, esto no siempre es así, y los Reglamentos Arbitrales incluyen provisiones diversas y, por lo tanto, no procede dar por hecho que serán los árbitros quienes determinen el idioma a falta de acuerdo. Muchas veces las partes asumen que, eso es así, que a falta de acuerdo, la elección del idioma es necesariamente facultad de los árbitros. Es importante, sin embargo, dar una lectura cuidadosa al reglamento arbitral de la institución escogida, para conocer como se definirá el idioma.

Así, por ejemplo, en el caso del Reglamento del CIADI, la regla establece que si las partes no conviniesen en un idioma para el procedimiento, cada una podrá escoger a tal efecto uno de los idiomas oficiales (a saber, español, francés e inglés) y cualquier instrumento podrá presentarse en cualquiera de dichos idiomas, debiendo las resoluciones y el laudo del tribunal y sus actas redactarse en ambos idiomas del procedimiento, y las dos versiones serán igualmente auténticas.

Otro ejemplo lo encontramos en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC por sus siglas en inglés). Ahí se establece que en ausencia de pacto, el idioma chino será el “idioma oficial” del procedimiento⁽⁶²⁰⁾. No es muy difícil imaginar el problema que puede constituir para una empresa peruana el no haber escogido un idioma neutral en un caso como este.

También varios reglamentos de arbitraje de centros peruanos fijan al español como el idioma predeterminado del arbitraje si es que las partes no logran ponerse de acuerdo. Este es por ejemplo el caso del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, que en su artículo 10° establece que “los procesos arbitrales se desarrollarán en idioma castellano, salvo pacto distinto de las partes [...]”, y del Reglamento de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, que fija, en su artículo 26°, que “salvo pacto en contrario el arbitraje se desarrollará en idioma español [...]”.

Como hemos dicho, cuando la cláusula someta el proceso a las reglas de un determinado centro de arbitraje, la norma supletoria del reglamento del centro desplazará y sustituirá a la norma supletoria de la LA y, por lo tanto, habrá que recurrir a la regla del Reglamento.

(620) “Article 67 Language.- 1. Where the parties have agreed on the arbitration language, their agreement shall prevail. Absent such agreement, the Chinese language shall be the official language to be used in the arbitration proceedings [...]”.

2.2. El Lenguaje inicial del arbitraje

Ante la ausencia de un pacto, la doctrina internacional⁽⁶²¹⁾ señala que existe un problema relacionado con qué idioma debe usarse en las comunicaciones entre las partes; entre ellas y la institución arbitral y entre las partes y los árbitros, desde el momento que se solicita el arbitraje, hasta el momento en que los árbitros determinan el idioma aplicable al procedimiento.

En efecto, si no hay un idioma establecido y ambas partes son de diversos países, con distintos idiomas, puede surgir el problema de cuál es el idioma que debe regir sus comunicaciones. Debemos sin embargo partir de que, por lo general, la cláusula arbitral forma parte de un contrato y si la situación es la descrita, es decir, si las partes del contrato no comparten un idioma, es muy probable que el contrato, aun cuando no haya definido el idioma del arbitraje, sí haya establecido un idioma para las comunicaciones entre las partes. En todo caso, de no ser así, el contrato estará redactado en un idioma y en tal caso debe entenderse que las comunicaciones se harán en el idioma en que está redactado el contrato. Puede, sin embargo darse el caso, que es relativamente frecuente, que el contrato se haya redactado en dos idiomas. En tal caso, debiéramos entender que, para estar seguros del valor de la comunicación que se envía a la otra parte, ella debe hacerse en los dos idiomas, o por lo menos en el idioma que coincide con el de la otra parte, corriendo por cuenta de quien dirige la comunicación las traducciones.

En todo caso debería asumirse que no cabe comunicarse en un idioma distinto de aquel o aquellos en que se ha redactado el contrato.

2.3. El idioma de los árbitros

Vinculado a este tema está sin duda el del idioma de los árbitros. Si existe acuerdo previo sobre el idioma del arbitraje, o si a falta de acuerdo, está definido el idioma por la regla del centro de arbitraje, debe entenderse que los árbitros que se designen deben dominar el idioma del arbitraje. Sería extraño que si el idioma está ya establecido, una de las partes designe un árbitro que no está en capacidad de seguir el arbitraje en el idioma en cuestión y si lo hace, el árbitro no debiera aceptar el encargo.

(621) Cfr., VÁRADY, Tibor, *Language and Translation in International Commercial Arbitration: From the Constitution of the Arbitral Tribunal Through Recognition and Enforcement Proceedings*, Cambridge University Press, 2007, p. 17.

Pero cuando no se ha definido el idioma y este va a quedar a la determinación de los árbitros, el tema puede presentar problemas importantes. De hecho, al no haber idioma previamente establecido, las partes no están limitadas por ello respecto de los árbitros que designan, por lo que podrían designar árbitros que hablen distintos idiomas. Lo que a primera vista, parecería ser un problema sencillo, podría realmente complicarse. Siguiendo a VARADY puede darse el caso de que, ante la inexistencia de un pacto sobre el idioma a ser utilizado, se llegue al extremo de que las partes terminen designando a árbitros que no tengan cómo comunicarse entre sí (ninguno hable un idioma que el otro domine) y el arbitraje, a pesar de ya tener un tribunal constituido, termine cayéndose y regresando a foja cero por la imposibilidad de llevar adelante el procedimiento.

Sin duda si se quiere facilitar el arbitraje, el tema del idioma debe estar presente en la elección del árbitro, pues, una de las consideraciones que deben ser tomadas en cuenta para su designación, es el idioma o los idiomas en que se llevará adelante el arbitraje.

2.4. Pluralidad de idiomas

De acuerdo con el texto del artículo bajo comentario, el tribunal arbitral puede determinar más de un idioma para un arbitraje. Esta situación puede ser conveniente cuando el tribunal arbitral es bilingüe y domina los dos idiomas del arbitraje. En tal caso las partes podrán expresarse cada una en su idioma y los documentos presentarse en el idioma en que hayan sido redactados, con la garantía de que el Tribunal estará en capacidad de comprender perfectamente el caso. En todo caso, las traducciones serán sólo las necesarias para las partes, si es que estas no dominan los dos idiomas, pero, ello no trasciende en el proceso arbitral mismo.

De no contarse con un tribunal bilingüe, vemos que podría establecerse la regla del uso paralelo de los dos idiomas. Esto, sin embargo, trae consigo una serie de problemas prácticos que pueden hacerlo complicado, pues, será preciso que todos y cada uno de los escritos y los documentos, sean traducidos correctamente, lo que genera para las partes y sus abogados una inversión de tiempo y de costo que no puede dejarse de lado.

De hecho, el elegir dos idiomas implica mayores costos para las partes. Esto no sólo por el hecho de tener que solicitar traducciones, sino por la necesidad de revisar y asegurarse de que las traducciones sean perfectamente equivalentes. De lo contrario, el tribunal podría enfrentar complicaciones conforme avancen las actuaciones. Así pues, en caso de discordancia, ¿prima alguna redacción? Por ejemplo,

los escritos se hayan presentado en alemán y en chino. Que ocurrirá si uno de los árbitros usa la redacción en alemán el otro la redacción en chino y llegan a que los sentidos no concuerdan.

Por ello, ante la imposibilidad de tener un tribunal perfectamente bilingüe y enfrentar un proceso en dos idiomas, considero mejor que las partes se replanteen la falta de acuerdo y por consideraciones prácticas, intenten usar un solo idioma para el arbitraje. Esto será desde luego en la medida de que todos los árbitros dominen uno de los idiomas. De lo contrario, no será posible evitar el uso de los dos idiomas, enfrentando todos los temas prácticos que esta decisión conlleva.

2.5. Idioma de Comunicación

El artículo bajo comentario regula, como su texto lo indica, el idioma correspondiente, entre otros, a las comunicaciones de las partes con el tribunal. Sin embargo, deja de lado el caso de las comunicaciones entre las partes y la institución arbitral que administra el procedimiento.

En efecto, si las partes deciden arbitrar en Perú y determinan como idioma aplicable el sueco, en el supuesto de que les fuera posible conseguir un tribunal que hable sueco y se constituya el tribunal, queda claro que será particularmente difícil que la institución arbitral que administre pueda enviar todas las comunicaciones hacia las partes en sueco.

La pregunta es entonces, en qué grado se aplica la elección del idioma, a las comunicaciones entre la institución arbitral y las partes. Siguiendo nuevamente a VARADY⁽⁶²²⁾, es válido que la institución arbitral designe un listado de idiomas predeterminados para las comunicaciones entre ésta y las partes que sea separado e independiente del idioma que las partes escojan, en última instancia, para su proceso. Esto permite que la institución esquivé el problema de tener que comunicarse con sus usuarios en todos los idiomas que éstos puedan haber elegido.

Esta determinación, sin embargo, trae consigo otra pregunta, que se relaciona con determinar hasta qué punto se extiende la separabilidad del idioma seleccionado por la institución para sus comunicaciones con las partes. Así pues, una primera interpretación, la más limitada, establece que este idioma separado para las comunicaciones entre la institución y las partes es aplicable únicamente hasta el inicio del arbitraje, momento a partir del cual la institución deberá

(622) VARADY, Tibor, *op. cit.*, ps. 34/36.

comunicarse con las partes en el idioma que los árbitros hayan seleccionado para el procedimiento. Una segunda interpretación, mucho más amplia, entiende que las comunicaciones se refieren a todas las comunicaciones emitidas por la institución, sea antes o después de iniciado el arbitraje.

Una tercera posición ecléctica, es aquella que establece que el idioma seleccionado por la institución es aplicable a todas las comunicaciones entre ésta y las partes, sea antes o después de iniciado el arbitraje, siempre y cuando en estas comunicaciones la institución no esté actuando en nombre o en asistencia de los árbitros.

3. FACTORES A TENER EN CUENTA EN LA ELECCIÓN DEL IDIOMA

Dadas las complicaciones legales y prácticas que la elección del idioma puede acarrear, al momento de redactar la cláusula arbitral es preciso tener en cuenta la necesidad de elegir el idioma aplicable evaluando las distintas consideraciones de acuerdo a las características particulares de la relación contractual. A continuación se ofrecen algunas cuestiones a tener en cuenta.

3.1. Predominio de un idioma en la relación contractual

Es verdad que la LA permite a las partes escoger “libremente” el idioma o los idiomas del arbitraje. Sin embargo, ésta libertad de elección debe ir de la mano con la realidad. De hecho, las partes que llegan a un arbitraje han tenido una relación contractual o comercial previa. Ellas se han relacionado y normalmente lo han hecho en un idioma. Por lo general, hay un idioma que prima en las comunicaciones que se han cursado entre sí y en los documentos que han usado. Lo más adecuado, cuando en la relación contractual ha primado un idioma, es definir ese idioma como el idioma de las actuaciones del arbitraje.

3.2. Accesibilidad del idioma

Otro tema relevante es la factibilidad de utilización del idioma en el foro. De poco serviría que las partes sean libres de pactar el arbitraje en Suahili, si resulta difícil designar árbitros que dominen ese idioma, personas en la sede que puedan hablar el idioma, o traductores e intérpretes que puedan razonablemente asistir en la traducción. En tal sentido, debe de buscarse un idioma que permita en términos prácticos llevar adelante el arbitraje.

La relativa uniformidad lingüística de nuestra región, ha hecho que nuestra percepción del problema no le otorgue demasiada importancia, pues al fin y al cabo de 13 territorios (12 estados y un territorio de ultramar) en Sudamérica, 9 hablan un mismo idioma, siendo que con Brasil existe relativa facilidad para entendernos y con las Guyanas simplemente no hay demasiada interrelación comercial como para que presente un problema.

De otro lado, en nuestros países se suele dominar relativamente bien el inglés, lo que hace que no haya un problema mayor para aceptar la comunicación en dicho idioma, aun cuando este pueda resultar poco práctico cuando la mayoría de las comunicaciones y documentos contractuales hayan sido en español.

Sin embargo, si, como hemos dicho, el Perú continúa su proyecto de inserción en los mercados del mundo, la posibilidad de tener que arbitrar con una contraparte que hable un idioma ajeno al español o al inglés aumente y, por ello, el factor de accesibilidad del idioma cobra mayor relevancia.

En efecto, imaginemos por ejemplo que durante las negociaciones para una transacción internacional, la empresa A, domiciliada en Perú y de capitales peruanos, se encuentra evaluando el idioma a pactar en la cláusula arbitral con su contraparte, la empresa B, de capitales malayos y domiciliada en Malasia. Si ambas partes pactan que el lugar del arbitraje será Lima y la empresa B está dispuesta a permitir que el arbitraje se lleve a cabo tanto en malayo como en español, surge la pregunta de si esto es practicable.

Un primer análisis nos llevaría a pensar que sí, que la opción de que cada parte lleve el arbitraje en su idioma puede parecer atractiva. Pero ¿qué probabilidades reales tendrán las partes de encontrar árbitros que hablen malayo ó español y peor aún los dos idiomas a la vez? Una parte reticente a ir al arbitraje, podría intentar dilatar los procedimientos, argumentando que si se designa a un árbitro que no entienda uno de los idiomas, se estaría recortando su derecho de defensa, en tanto el árbitro tendría que depender de un traductor para entender los argumentos legales de las partes, por lo que podría exigir que los árbitros hablen ambos idiomas y la dificultad en encontrarlos podría volver al arbitraje imposible. En este caso, por ejemplo, tal vez la mejor alternativa sería buscar un idioma puente y pactar, por ejemplo, un arbitraje en inglés, en tanto que ambas partes estarían en mejores condiciones de traducir sus documentos a este idioma, que de encontrar árbitros calificados que hablen español y malayo.

3.3. Dominio del idioma

Otro tema importante es que al pactar un idioma, uno sea capaz de realmente dominarlo. Muchas veces suele confundirse quién debe dominar el idioma. En muchos casos, el factor más relevante será que el idioma lo dominen los abogados del caso. De hecho, si en un caso toda la documentación del proceso está en español y la ley también, será importante contar con abogados que dominen el español, aun cuando no sea el idioma de la sede. Aun cuando no sea la única consideración, si debe ser una consideración para las partes al momento de definir el idioma.

3.4. Idioma de la ley

El idioma de la ley arbitral y/o de la ley de fondo también es relevante al momento de elegir un idioma, puesto que facilitaría el arbitraje, en tanto será más sencillo poder presentar los argumentos de las partes sin tener que entrar en discusiones sobre si un concepto establecido en la ley ha sido o no bien traducido.

3.5. Facilidad para traducir

Finalmente, si las partes deciden escoger un tercer idioma para el arbitraje, de tal forma que no se le dé ventajas a una sobre la otra, un importante factor para determinar este idioma es la facilidad con que puedan conseguirse traductores.

Normalmente los arbitrajes implican extensa documentación que debe ser traducida y pactar un idioma del cual haya poca disponibilidad de traductores en el lugar donde se encuentran estos documentos, es sin duda una desventaja, por más que pueda ser una ventaja en términos de dominio del idioma y ley aplicable.



Art. 37°.—Representación.

1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.

2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario.

3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10º, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.

4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.

COMENTARIO ⁽⁶²³⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La representación procesal y el arbitraje como estructura procesal flexible. 3. Los cambios en la Ley de Arbitraje y el fortalecimiento de la autonomía arbitral. 4. A modo de conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 37º de la Ley de Arbitraje (en adelante LA) es un claro ejemplo de la manifiesta vocación que busca posicionar al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos, autónomo frente al proceso civil.

En efecto, dicho dispositivo al regular aspectos de la representación procesal aplicable a las partes que intervienen en el proceso arbitral, concede a éste un “aura” de autosuficiencia normativa, que lo aleja de toda aplicación supletoria de la norma procesal civil.

Lo dicho es consecuencia de la implícita aceptación de los roles diferenciados que le corresponde asumir a la Ley de Arbitraje y al Código Procesal Civil, como estructuras procedimentales que responden a contextos y reglas diferentes. Como es de entender, estas diferencias se originan en la naturaleza misma de cada uno de estos mecanismos de solución de conflictos. Mientras que la estructura arbitral se sustenta en el acuerdo de voluntades de las partes y en el poder discrecional de los árbitros, que permiten una efectiva capacidad de adaptación y

(623) Por **HUGO MOROTE NUÑEZ**: Socio del Estudio Rosselló Abogados. Profesor de Contratos de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC y de la Universidad ESAN.

control sobre las reglas del proceso, conforme lo requiera cada conflicto de intereses; en el proceso civil estamos ante una estructura diseñada por el Poder Público para todos los justiciables de la sociedad, donde las reglas procedimentales son imperativas para todo proceso, con una vocación centralizada para impartir, por mandato constitucional, justicia a toda la sociedad.

No debemos olvidar que este reconocimiento de la autonomía del proceso arbitral ha involucrado un cambio en la tendencia que llevaba —por una inadecuada interpretación de la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil⁽⁶²⁴⁾— a un “desbordado trasvase” de las instituciones del derecho procesal civil a los procesos arbitrales. Es así como esta “judicialización” del arbitraje se puso de manifiesto con el reiterado uso supletorio de contenidos e instituciones del proceso civil, ante ciertos vacíos y lagunas de la ley arbitral.

Es a partir de dichos antecedentes que debe ponerse en relieve el esfuerzo que ha significado dotar a la LA de una lógica procedimental propia, que a través de instituciones adaptadas a la flexibilidad del proceso arbitral, cimenten su autonomía. Es en ese mismo sentido, que las disposiciones de la LA que regulan la representación en el proceso arbitral, responden a la flexibilidad de las reglas arbitrales, prescindiendo —como veremos— de formalismos exigibles para el proceso civil pero que no resultan adaptables al proceso arbitral.

2. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL Y EL ARBITRAJE COMO ESTRUCTURA PROCESAL FLEXIBLE

La intervención de una persona natural o jurídica en un proceso judicial está marcada por la necesidad de hacer visible y oponible la representación que concede. Sin duda, el carácter imperativo de las disposiciones que regulan este procedimiento hace de obligatorio cumplimiento las formalidades que son exigidas para el ejercicio de la representación procesal.

Frente a esta estructura procesal, tenemos al proceso arbitral cuyo origen contractual concede a las partes la potestad de flexibilizar para el caso concreto que las convoca, toda formalidad requerida para hacer oponible la intervención de sus representantes.

(624) “*Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil*.”

Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”.

Si bien los artículos 33º⁽⁶²⁵⁾ y 108º⁽⁶²⁶⁾ de la derogada LGA, reconocían a las partes y, a falta de acuerdo, a los arbitros un margen de libertad suficiente para determinar las reglas del proceso arbitral, para muchos la falta de regulación sobre aspectos relacionados con la representación procesal, hacía “necesaria” la aplicación de las normas que regulan la representación procesal en el Código Procesal Civil.

En efecto, considerando que la flexibilidad es inmanente al arbitraje y que la discrecionalidad permite a las partes y a los arbitros enfrentar los vacíos y deficiencias de las reglas aplicables al proceso arbitral, y a pesar que en el artículo 34º de la LGA se establecía un procedimiento supletorio que, a decir de Roger Rubio⁽⁶²⁷⁾, debía aplicarse “en bloque” cuando no se tuvieran reglas del proceso, se tendió a incorporar al arbitraje, instituciones del proceso judicial que, como la representación procesal, no eran adaptables al origen consensual de dicho mecanismo alternativo de solución de controversias.

3. LOS CAMBIOS EN LA LEY DE ARBITRAJE Y EL FORTALECIMIENTO DE LA AUTONOMÍA ARBITRAL

Sobre la base de lo que ha sido expuesto líneas arriba, la LA ha introducido importantes cambios destinados a cimentar la autonomía del proceso arbitral, dotándolo de mecanismos procesales adaptados a su naturaleza y dinámica procedimental. Tratándose de la representación, los principales cambios son los siguientes:

(625) “**Artículo 33º de la LGA. 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 encomiendan su organización.

A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes. La decisión será notificada a las partes.

Durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

(626) “**Artículo 108 de la LGA.- Determinación del procedimiento.**.- Con sujeción a las disposiciones de la presente Sección, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Sección, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas [...]”.

(627) RUBIO GUERRERO, Roger, “Ruido en la Calle Principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. En: *Themis. Revista de Derecho*, N° 53. Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima, 2007, p. 19.

- Prescendencia de toda formalidad para la delegación de facultades procesales.

Las partes, sean éstas personas naturales o jurídicas, podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.

Vemos que, a diferencia de la representación exigida para el proceso civil, respecto a la cual la Sala Civil de la Corte Suprema⁽⁶²⁸⁾ ha reiterado que no se requiere que el poder otorgado mediante Escritura Pública sea inscrito, y que tratándose de una persona jurídica los poderes de sus representantes sí son actos inscribibles, en el proceso arbitral no se exige que la delegación de facultades de representación conste en Escritura Pública, bastando, sin ninguna formalidad adicional, que la autorización al representante conste únicamente por escrito⁽⁶²⁹⁾.

Sobre el particular, cabría considerar que en tanto pueda dejar constancia de su contenido, el medio o forma utilizada para exteriorizar la autorización, podrá ser considerado el escrito que contiene el acto jurídico de apoderamiento.

A partir de lo antes indicado, cabría preguntarse si estas condiciones se cumplen en una comunicación electrónica. Entendemos que si la información consignada en dicha autorización puede ser accesible para su posterior consulta, incluso este “mensaje de datos” reuniría las condiciones para que la autorización contenida en un correo electrónico pueda “legitimar” la intervención de un representante en el proceso arbitral.

- Salvo prueba en contrario, se presume que el apoderado dispone de facultades para disponer de los derechos sustantivos de su representado.

La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos procesales previstos en la LA para el proceso arbitral, sin restricción alguna. En ese sentido, salvo disposición en contrario, estas atribuciones incluyen la ejecución de actos de disposición de los derechos sustantivos que se discutan en las actuaciones arbitrales.

(628) Sentencia de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema, recaída en el Expediente N° 739-98 del 11 de noviembre de 1998.

(629) Es preciso tener presente que esta prescindencia de formalidades adicionales la encontramos también en el inciso 2 del artículo 13° de la LA, cuando precisa que el convenio arbitral puede constar por escrito. Este dispositivo, a su vez, encuentra su sustento en el numeral 2 del artículo 7° de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional que incluye las enmiendas aprobadas en 2006.

En consecuencia, a diferencia de lo establecido en la normatividad del proceso civil antes referida, específicamente en lo que concierne a los alcances del artículo 75º del Código Procesal Civil, en el proceso arbitral no se requerirá contar, prescindiendo en este caso del principio de literalidad de poderes especiales, con una expresa delegación de facultades especiales para realizar actos de disposición de derechos sustantivos del representado.

- Se prescinde de mayores formalidades en la delegación de las facultades efectuada por el representante legal de una persona jurídica a favor de terceros llamados a intervenir en el proceso arbitral.

Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 10º⁽⁶³⁰⁾ de la LA, el Gerente General o el administrador de una persona jurídica, que por su sola designación está premunido de la facultad de celebrar convenios arbitrales y asumir la representación en el proceso arbitral con atribuciones para disponer de los derechos sustantivos de su representada, puede delegar éstas últimas atribuciones por el mérito de una autorización por escrito.

Este dispositivo asume la corriente que considera que el origen de la representación de los Gerentes o administradores de una persona jurídica es de carácter legal y no voluntaria, como sí ocurre en el caso de cualquier otra designación de apoderado. En otras palabras, por el sólo mérito de su nombramiento, sin depender de ningún otro acto, dichos funcionarios se encontrarán “legitimados” para ejercer a plenitud las atribuciones que les han sido reconocidas por el cargo que ocupan.

Sin perjuicio de lo antes indicado, debe tenerse en consideración que, como lo señala el artículo 14º⁽⁶³¹⁾ de la Ley General de Socieda-

(630) “Artículo 10º de la LA.- Representación de la persona jurídica.

1. Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

2. Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.”

(631) “Artículo 14º de la Ley General de Sociedades.- Nombramientos, poderes e inscripciones.

El nombramiento de administradores, de liquidadores o de cualquier representante de la sociedad, así como el otorgamiento de poderes por ésta [...] deben inscribirse dejando constancia del nombre y documento de identidad del designado o del representante, según el caso.

[...]

des, la designación y otorgamiento de facultades de representación a favor del Gerente General o representante legal de una persona jurídica, sí deben cumplir con las formalidades debidas y con el requisito de inscripción de su nombramiento en los Registros Públicos.

Debe tenerse en consideración que incluso antes de la entrada en vigencia de la LA, la Sala Civil de la Corte Suprema⁽⁶³²⁾ en reiterados pronunciamientos ya había precisado el ámbito de aplicación de los alcances del artículo 75° del Código Procesal Civil, señalando que este dispositivo únicamente era aplicable a los apoderados judiciales y que la representación legal de una persona jurídica se regulaba, conforme a lo previsto en el artículo 64° del referido cuerpo normativo, de acuerdo a lo establecido en los Estatutos de la sociedad.

En consecuencia, en términos de la LA, es el Gerente General o el representante legal, que por su solo nombramiento se encuentra premunido de las facultades de representación de la persona jurídica, quién podrá delegar sus facultades, incluyendo las de disposición, por el sólo mérito de un escrito.

Finalmente, cabría preguntarse qué ocurre con dicha delegación de facultades si el propio estatuto las limitó exigiendo, por ejemplo, doble firma para su debido ejercicio. A nuestro entender, la delegación de facultades a las que se refiere la LA, únicamente puede comprender aquellas atribuciones que son de libre ejercicio, y a sola firma, por parte del Gerente General o del representante legal. En tal sentido y conforme a lo dispuesto en el artículo 161°⁽⁶³³⁾ del Código Civil, será ineficaz, no sólo la delegación de estas facultades que deberían ser ejercidas a doble firma, sino también los actos de representación que llegue a ejecutar el apoderado que haya sido designado, en tales circunstancias, por el Gerente General.

El gerente general o los administradores de la sociedad, según sea el caso, gozan de las facultades generales y especiales de representación procesal señaladas en el Código de la materia, por el solo mérito de su nombramiento, salvo estipulación en contrario del estatuto.”

(632) Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema del 6 de agosto de 1998, recaída en el Expediente N° 586-97.

(633) “**Artículo 161°.- Representación directa sin poder**

El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido [...] es ineficaz con relación al representado, [...].

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

- *Libertad de intervención de abogados extranjeros en los procesos arbitrales que se desarrollen en el Perú.*

Debe tenerse en consideración que en el segundo párrafo del artículo 108º⁽⁶³⁴⁾ de la LGA, contenido en la sección correspondiente al Arbitraje Internacional, precisaba que no existía restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.

En la LA vigente, la intervención de abogados extranjeros no se limita al arbitraje internacional, haciéndose extensiva a los procesos arbitrales de carácter nacional.

En el caso del arbitraje doméstico, como lo afirma Fernando CANTUARIAS⁽⁶³⁵⁾, los abogados podrían ser peruanos o extranjeros, en tanto se encuentren habilitados⁽⁶³⁶⁾ para ejercer la profesión en nuestro país. Se entiende que tratándose de un arbitraje internacional, este requisito de habilitación gremial no debería ser exigible.

La internacionalización del comercio abre toda posibilidad para que el arbitraje que pueda ser acordado, se desarrolle en otros Estados. Esta libertad para determinar la sede del arbitraje debe ir de la mano con el reconocimiento a las partes de la libertad de elegir libremente a los asesores legales que los patrocinarán en la controversia internacional.

En ese sentido, no es posible entender cómo un Estado puede posicionar a su país como sede de arbitrajes internacionales, exigiendo que los abogados que intervendrán en dichos procesos, sean necesariamente profesionales habilitados localmente en el país sede del arbitraje.

En un contexto de globalización de la economía y de prestación transfronteriza de servicios de asesoría legal, estas restricciones —que existen aún en casi todos los países de la región⁽⁶³⁷⁾— podrían ser con-

(634) “*Artículo 108º.- Determinación del procedimiento*

[...]”

Las partes tienen el derecho de ser asistidas por abogado en todo momento. El abogado podrá ser nacional o extranjero”.

(635) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Representación o asesoría de abogados foráneos en arbitrajes en América Latina”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 5, Magna Ediciones, Lima, 2007, p. 105.

(636) De conformidad a lo dispuesto en el artículo 285º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo, N° 017-93-JUS, que establece que el patrocinante sea abogado inscrito en el respectivo Colegio de Abogados.

(637) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*

sideradas barreras de acceso al mercado local y un eventual contencioso en materia de comercio internacional.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Qué duda cabe que la LA marca un hito en la autonomía de una estructura procesal arbitral autosuficiente, con instituciones propias, adaptables a la flexibilidad y a la libertad concedida a las partes y a los arbitros para autoregular un mecanismo de solución de conflictos que, como el arbitraje, es el que mejor responde a las necesidades de los agentes económicos en un mundo globalizado.

Como ha sido señalado a lo largo de este trabajo, con el artículo 37° de la LA se ha dado un paso importante en redefinir para el proceso arbitral el contenido y alcances de una representación procesal que siempre ha estado asociada a un formalismo digno de una tradición judicial.

Esperemos que la debida aplicación de las disposiciones que contiene la LA, permita dejar atrás prácticas que tendían a judicializar el proceso arbitral, asimilándolo a una suerte de “hijo putativo” del proceso judicial, desnaturalizando lo que en esencia debe ser una alternativa consensuada para la resolución de conflictos sobre derechos disponibles.



Art. 38°.—Buena fe.

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

COMENTARIO ⁽⁶³⁸⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El principio de la buena fe y la buena fe procesal. 2.1. La buena fe. 2.2. La buena fe procesal. 3. Buena y mala fe procesal. 4. El abuso procesal. 5. A modo de conclusión. *Anexo: Concordancias legales.*

(638) Por **ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA**: Jueza Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Lima. Profesora de Obligaciones de la Universidad del Pacífico, de Litigios y Tutela Jurisdiccional de la UPC, y de Redacción de Resoluciones y Derecho Civil de la Academia de la Magistratura.

“Lealtad es cosa que dirige a los hombres en todos sus hechos, para que hagan siempre lo mejor.”

Alfonso X el Sabio

1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arbitraje —Decreto Legislativo N° 1071— (en adelante, LA) establece en su artículo 38° el deber de las partes de comportarse de acuerdo al principio de buena fe a lo largo del proceso arbitral.

El arbitraje es un medio heterocompositivo de solución de controversias al que las partes recurren de modo voluntario, previo acuerdo entre ellas, para que un tercero imparcial (árbitro o tribunal arbitral) dirima el conflicto mediante una decisión (laudo) que tendrá los mismos efectos que una sentencia definitiva y será ejecutada de igual modo. Esta opción permite a las partes elegir el órgano arbitral (árbitros) que les resulte confiable, tanto en aspectos éticos como profesionales (los árbitros son nombrados por las partes basados en sus condiciones y cualidades), y solucionar su conflicto sin acudir a los tribunales jurisdiccionales del Estado, con las evidentes ventajas en rapidez y especialidad.

El arbitraje tiene su base en la voluntad de las partes, quienes van a preferir un tribunal a su medida. Además, el proceso arbitral es distinto del judicial también por ser menos formal y solemne, dado que el procedimiento (las reglas procesales) son acordadas por las propias partes⁽⁶³⁹⁾, quienes pueden diseñarlas si así lo desean, o se encuentran en los reglamentos arbitrales a los que se someten las partes, con lo que muchas veces llega a niveles de eficiencia altamente deseables por sus destinatarios⁽⁶⁴⁰⁾.

(639) **“Artículo 34°.- Libertad de regulación de actuaciones.**

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.”

(640) “Vemos cómo el arbitraje está siendo considerado como la justicia del futuro, debido a su eficacia jurídica y celeridad, economía y sometimiento a reglas procesales menos formalistas que las de la justicia ordinaria, las cuales constituyen

Si hoy no se discute que la buena fe constituye uno de los principios formativos del proceso —que se traduce fundamentalmente en el respeto que deben evidenciar las partes entre sí y respecto del proceso, así como la lealtad en el debate—, en sede arbitral esta exigencia tiene una particular connotación debido al componente contractual que tiene esta jurisdicción⁽⁶⁴¹⁾, dado que, como he mencionado anteriormente, la decisión de excluirse de la jurisdicción de los tribunales judiciales, la materia a ser debatida, la designación del árbitro y las reglas procedimentales se basan en la voluntad común de las partes, por lo que le son de aplicación las reglas de la buena fe contractual⁽⁶⁴²⁾.

Al respecto, se ha dicho que:

“La ejecución de buena fe del contrato arbitral debiera forzar a litigar de un modo diverso a como se hace generalmente ante los tribunales ordinarios. En efecto, vale la pena tener en cuenta que la litigación en sede ordinaria se ha tornado cada vez más y más aguerrida y contradictoria, de modo que los abogados no se permiten ventaja alguna entre ellos. El principio del contradictorio es empleado muchas veces en la más brutal de sus dimensiones y, en numerosas ocasiones, en detrimento del respeto por la buena fe que se deben, las partes y el propio tribunal. Estas prácticas, a mi juicio, son incompatibles con la litigación arbitral, que reclama el predominio de la rectitud y lealtad entre todos los actores del juicio.

Con todo, no puedo dejar de mencionar que la cultura de buena fe ha tendido a debilitarse últimamente, en el ámbito de la justicia arbitral, según he comprobarlo por experiencia personal y también por la de otros colegas que se dedican a esta contiendas. Esta situación se ha visto incrementada, a mi juicio, por el hecho de que más y más abogados que tradicionalmente sólo ejercían ante tribunales ordinarios lo hacen también, ahora, ante tribunales arbitrales, importado a este medio prácticas

su mayor ventaja” (MATUTE MORALES, Claudia, “El Arbitraje Comercial Internacional. Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional”. En: <http://www.docstoc.com/docs/3169518/EL-ARBITRAJE-COMERCIAL-INTERNACIONAL-Los-principios-Jurisprudenciales-de-la-C%C3%A1mara>).

(641) Tanto la Constitución (artículo 139°, inciso 1) como el Tribunal Constitucional reconocen la jurisdicción del arbitraje [“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1° de la LGA), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria” (STC 06167-2005-HC de fecha 28 de febrero de 2006)].

(642) CUNEO MAQUIAVELLO, Andrés, “Algunas reflexiones sobre el procedimiento establecido para resolver las controversias que se originen en hechos, actos o contratos relativos al comercio marítimo”. En: *Revista de Derecho Privado*. Valparaíso, marzo de 2003, p. 214.

que no eran habituales, en perjuicio de la esencia misma de la justicia arbitral”⁽⁶⁴³⁾.

Ciertamente —y es preciso dejar este punto en claro— el basamento en la voluntad de las partes no significa que se deba considerar al arbitraje el ejercicio de un poder sujeto exclusivamente al derecho privado, sino que forma parte esencial del orden público constitucional, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional:

“La facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º, inciso 24 literal a de la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución.

De allí que el proceso arbitral tiene una doble dimensión pues, aunque es fundamentalmente subjetivo ya que su fin es proteger los intereses de las partes, también tiene una dimensión objetiva, definida por el respeto a la supremacía normativa de la Constitución, dispuesta por el artículo 51º de la Carta Magna; ambas dimensiones (subjetiva y objetiva) son interdependientes y es necesario modularlas en la norma legal y/o jurisprudencia. Tensión en la cual el árbitro o tribunal arbitral aparece en primera instancia como un componedor jurisdiccional, sujeto, en consecuencia, a la jurisprudencia constitucional de este Colegiado.

Así, la jurisdicción arbitral, que se configura con la instalación de un Tribunal Arbitral en virtud de la expresión de la voluntad de los contratantes expresada en el convenio arbitral, no se agota con las cláusulas contractuales ni con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, sino que se convierte en sede jurisdiccional constitucionalmente consagrada, con plenos derechos de autonomía y obligada a respetar los derechos fundamentales.

[...]

Conforme lo señala el artículo 9º de la LGA, el convenio arbitral es el acuerdo por el cual 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⁽⁶⁴⁴⁾. De lo que se desprende la naturaleza contractual del convenio, que obliga a las partes a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y para el posterior cumplimiento del laudo arbitral.

(643) *Ibíd.*, ps. 214 y ss.

(644) La actual Ley de Arbitraje establece en su artículo 13º, inciso 1: “El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza”.

La noción de contrato en el marco del Estado constitucional de Derecho se remite al principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2°, inciso 24, literal a de la Constitución, y que, en relación a la jurisdicción arbitral, puede tener dos vertientes:

a) Una negativa: En cuya virtud permite regular del modo que los particulares estimen oportuno sus relaciones jurídicas, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas.

b) Una positiva: En cuya razón el carácter autónomo, garantista y procesal del arbitraje, equivale a facultar a los particulares para que sustraigan del ámbito del ejercicio funcional de la jurisdicción estatal aquellas materias consideradas de libre disposición, es decir, plantea la conceptualización, si bien de modo no absoluto, del arbitraje como un derecho fundamental.

Entonces, el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales antes señalados. En el caso del convenio arbitral, si bien se gesta a partir del sentido privatista de las relaciones contractuales, no presenta un haz de contenidos cuyas categorías sean exclusiva y excluyentemente de Derecho Privado. Interpretarlo de este modo implicaría soslayar su naturaleza constitucional, sujeta a los principios y deberes primordiales de la función jurisdiccional consagrados en el artículo 139° de la Constitución; los mismos que deberán extenderse razonablemente a la jurisdicción arbitral”⁽⁶⁴⁵⁾.

Siendo pues de aplicación el principio de la buena fe a la conducta de las partes en el decurso del proceso arbitral, el cual tiene su fundamento no sólo en la normativa procedimental (en comentario) sino en las reglas sustantivas que derivan de los actos basados en la autonomía privada (eje del proceso arbitral), deben analizarse los alcances de este principio procesal.

2. EL PRINCIPIO DE LA BUENA FE Y LA BUENA FE PROCESAL

2.1. La buena fe

Como en la mayor parte de los conceptos —más aun cuanto mayor es su grado de abstracción—, no puede hablarse de una doctrina unánime en cuanto al concepto de la buena fe⁽⁶⁴⁶⁾, respecto de la cual

(645) STC de fecha 28 de febrero de 2006, recaída en el EXP, N° 6167-2005-PHC/TC.

(646) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, “El Principio de la Buena Fe”. En: Oscar J. AMEAL y Silvia Y. TANZI (Coordinadores), *Obligaciones y Contratos en los albores del siglo XXI, Libro Homenaje a Roberto López Cabana*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, setiembre de 2001.

existen múltiples posiciones⁽⁶⁴⁷⁾; empero, la asociación más frecuente e inmediata es con rectitud, honradez, buen proceder, buena intención, confianza en la verdad de un acto jurídico, ingenuidad, candor, inocencia, etc., teniendo siempre una connotación loable, socialmente aceptable y deseable.

Existen, pues, numerosas definiciones de la buena fe orientadas a su aspecto ético, moral, socialmente deseable, mas no hay un criterio unívoco respecto de su función en el ámbito jurídico, teniendo detractores en ese campo, que la consideran “un principio abstracto e impreciso”⁽⁶⁴⁸⁾ que genera niveles de incertidumbre e ineficiencias⁽⁶⁴⁹⁾, ubicada en lo que Ihering agudamente denominó el “cielo de los conceptos jurídicos”⁽⁶⁵⁰⁾.

Mayoritariamente, la doctrina ha considerado a la buena fe como

“[...] un elemento de la vida de relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no lo ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de todas

(647) Hay quienes consideran que la buena fe es un principio, otros que hay varias clases de buena fe, todas ellas de naturaleza diferente, otros que se trata de un estándar jurídico, otros señalan que se trata únicamente de la ausencia de mala fe, otros la asocian directamente con la ignorancia y el error, otros con la solidaridad, con sinceridad, fidelidad (pues proviene del latín *fides*), veracidad, etc., “Se dice así, que buena fe es la ‘ausencia de dolo o mala fe’ (BONFANTE), la ‘honesta convicción’ (WIDSCHIED), la ‘honradez’ (TUHR), la ‘voluntad sincera, leal y fiel’ (GORPHE), la ‘sinceridad y lealtad’ (GHESTIN), el ‘deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite de amistad y de fraternidad’ (CORNU), ‘la ausencia de fines ulteriores ocultos a la contraparte y que le son dañinos’ (MICCIO), la ‘obligación de obrar como hombre honrado y consciente’ (PLANIOL Y RIPERT)” (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, Fondo Editorial de la PUCP, Vol. XI, Tomo II, Lima, 1993, p. 24. La Real Academia Española la define como “rectitud, honradez”, así como en su variante (para el Derecho) “Convicción de que se halla una persona de que hace o posee alguna cosa con derecho legítimo”. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Tomo I, Madrid, 1992, p. 956.

(648) BULLARD GONZALEZ, Alfredo, “La asimetría de información en la contratación a propósito del dolo omisivo”. En: Atilio Aníbal ALTERINI, José Luis DE LOS MOZOS y Carlos Alberto SOTO (Directores), *Contratación Contemporánea; Teoría general y principios. Instituciones de Derecho Privado*, Lima-Bogotá: Palestra Editores y Editorial Temis S.A, 2000, p. 322.

(649) BULLARD GONZALEZ, Alfredo, *op. cit.*, p. 323.

(650) VON IHERING, Rudolph, *Bromas y veras en la ciencia jurídica. Un presente navideño para los lectores de obras jurídicas*, “En el cielo de los conceptos jurídicos”, Madrid, Civitas, 1987.

sus relaciones, pero que ha sido preciso regular para que sea susceptible de tener efectos jurídicos, convirtiéndola así en una buena fe civil”⁽⁶⁵¹⁾.

Para Georges RIPERT la buena fe es uno de los medios que utiliza el juez y el legislador para hacer penetrar la regla moral en el derecho positivo⁽⁶⁵²⁾. Puede decirse que la buena fe se sitúa en el campo de la Moral y el Derecho, pues “se corresponde tanto con imperativos éticos de estricta moral: honestidad, lealtad, veracidad; como con imperativos ético-jurídicos de la intersubjetividad, según supuestos generales y expresas consecuencias jurídicas previstas en el ordenamiento positivo”⁽⁶⁵³⁾.

La buena fe como conducta esperable, impuesta como un deber, es la denominada buena fe objetiva⁽⁶⁵⁴⁾ que, en términos generales, se manifiesta como un criterio del comportamiento conscientemente asumido; la conducta del sujeto debe ser estudiada a fin de determinar si se encuentra en concordancia con las reglas admitidas acerca de lo que es recto y honesto (si se ajusta al estándar jurídico o prototipo —objetivo— de conducta social, basado en reglas objetivas).

Es por ende la aplicación de una regla impersonal, que compara el comportamiento del individuo con un estándar o arquetipo jurídico⁽⁶⁵⁵⁾; se aprecia así *in abstracto*, debiendo el juzgador prescindir de las creencias, persuasiones o intenciones psicológicas de los contratantes, persiguiendo la conducta socialmente exigible de las partes en base al modelo estándar, lo que no significa que dicha objetividad será absoluta, pues se deberá considerar las circunstancias del caso concreto, lo que incluye el contexto social del individuo, a fin de buscarse un justo equilibrio de los intereses de las partes⁽⁶⁵⁶⁾.

Para Manuel de la Puente la buena fe objetiva reúne las siguientes características⁽⁶⁵⁷⁾:

1. Es un deber de conducta impuesto al sujeto, con un contenido eminentemente ético.

(651) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, op. cit.; vol. XI, tomo II, p. 34.

(652) Citado por Manuel DE LA PUENTE. *Ibíd.*

(653) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., 1955, p. 404.

(654) Denominada también buena fe-lealtad, buena fe-probidad, buena fe-confianza.

(655) JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana, op. cit.

(656) SANTOS BRIZ, Jaime, “Tendencias modernas en el Derecho de Obligaciones”. En: *Revista de Derecho Privado*, Tomo 44, Madrid, 1960, p. 569.

(657) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, *El contrato en general*, op. cit., ps. 33/34.

2. Este deber de conducta importa que no se perjudiquen los intereses ajenos fuera de los límites impuestos por la tutela legítima de los intereses propios.
3. Utilizando un criterio objetivo, se aprecia la conducta prescindiendo del punto de vista subjetivo de las partes.
4. Esta objetividad, empero, no implica que deje de tomarse en consideración un elemento subjetivo, como es el dolo o culpa del sujeto. La buena fe objetiva no sirve de escudo a quien actúa con dolo o culpa.
5. El criterio objetivo consiste en la comparación de la conducta del sujeto con un estándar jurídico, que es un prototipo de conducta social media.
6. El estándar jurídico aplicable debe buscarse teniendo en cuenta el contexto social en el que actúa el sujeto.

En cuanto a los principios UNIDROIT (principios generales de contratación internacional)⁽⁶⁵⁸⁾, que establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales, éstos tienen como eje al de buena fe y lealtad negocial:

“Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)

- 1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.
- 2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber”

Evidentemente, un principio como éste, si en una zona específica puede acarrear problemas por su nivel de abstracción (es un concepto jurídico indeterminado), razón por la cual se le ha calificado de impreciso (ver notas 11 y 12), en la contratación más globalizada este aspecto se magnifica⁽⁶⁵⁹⁾, por lo que su aplicación ha de realizarse adaptándolo

(658) Nacieron del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), creado en 1926 bajo el auspicio de la Liga de las Naciones, con la intención de unificar los términos contractuales internacionales a través de los propios actores (quienes pueden adherirse a los mismos) y no a través de tratados supranacionales, incorporación de leyes modelo. La idea central ha sido erigirse como resurgimiento de la *Lex Mercatoria* y servir de guía en la actuación de jueces y tribunales.

(659) Así, resulta pertinente el ejemplo de la profesora VEYTLA, quien pone énfasis en la importancia de adaptar los principios a las circunstancias reales y específicas del caso: “[...] lo que en países desarrollados y en grandes ciudades de países emergentes se denomina ‘buena fe’ no es siempre igual en todas latitudes. Por ejemplo, no se le puede pedir a un operador que reporte a tiempo una pequeña falla mecánica, pues toda su vida ha transcurrido en lugares sucios, utiliza transporte en vehículos viejos, y no tiene cerca de un jefe a quien reportarle eso y esto porque generalmente en cuanto alguien llega a cierto nivel en la jerarquía, lo ascienden y lo llevan a las

a la realidad concreta. Mas ello, por cierto, es de aplicación a todos los principios y a la actividad humana en general. No hay comportamiento —social— humano que se deba evaluar 100% *in abstracto*. Dado que la buena fe implica una conducta socialmente deseable, de suyo la ubica en una realidad determinada (circunstancias del caso).

Por ello, VEYTIA concluye respondiendo las interrogantes que se plantea (respecto de la contratación comercial internacional) a partir del postulado de la buena fe:

“¿Qué realidad queremos y cómo la construimos cada día?, ¿los contratos son realmente un proyecto en común que brindan seguridad, certeza y equilibrio de prestaciones? El crecimiento tanto personal como de un país no se puede fundar en la indiferencia, incredulidad, desconfianza o mediocridad. Es necesario ser más ambiciosos a largo plazo. Sumemos la buena fe y lealtad negocial a la experiencia y conocimientos que ya existen en la región. Un admirado jurista [refiriéndose al maestro peruano Roberto MACLEAN UGARTECHE] dice que quien quiere cobrar una deuda impaga, recobrar la reparación de un daño, proteger una propiedad o un derecho, o ejecutar un contrato debería recurrir a los tribunales de justicia con la misma confianza y seguridad con la que descuelga un teléfono para hacer una llamada, gira un cheque para que el banco en que tiene sus depósitos le pague, o llama a un taxi para que lo traslade a otro lugar. Todos podemos contribuir un poco a que esto pueda ser una realidad. Contribuyamos a construir un marco de buena fe, lealtad negocial, transparencia, honestidad, diligencia, responsabilidad en los negocios. Utilicemos ya —hoy— los Principios UNIDROIT y aportemos nuestros conocimientos y experiencia a la edición de próxima aparición”⁽⁶⁶⁰⁾.

2.2. La buena fe procesal

“En los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”⁽⁶⁶¹⁾.

En el ámbito procesal, la buena fe consiste en la conducta socialmente admitida como correcta (en el marco de un proceso) que

oficinas corporativas lejos de la fábrica y pareciera que olvidara su origen operativo y estuviera más preocupado por su propia carrera que por el bien de la empresa. En cambio, en los países desarrollados, por lo general, se cuenta con softwares de desempeño empresarial, programas de calidad ISO 9001 ISO 14000, y procedimientos automatizados que permiten identificar con prontitud los problemas” (VEYTIA, Hernany, “Back to the future: Los principios unidroit 3”. En: *Revista Electrónica Lima Arbitration*, N° 7, 2007, ps. 133/134. http://limaarbitration.net/LAR2/hernany_veytia.pdf)

(660) VEYTIA, Hernany, *op. cit.*, p. 147.

(661) Ordenanzas del Consulado de Madrid, de 9 de febrero de 1632; del Consulado de Bilbao, de 2 de diciembre de 1737; del Consulado de San Sebastián, de 1 de agosto de 1766.

puede y debe exigirse a las partes —incluyendo a los abogados que las patrocinan— que intervienen en el mismo. Corresponderá al árbitro, en el caso concreto, determinar si la conducta de las partes se adecua a la forma de actuar considerada —al menos— aceptable por la generalidad de los ciudadanos (estándar de conducta socialmente admitida).

Así, el principio de la buena fe procesal viene a ser la manifestación en el proceso del principio general de la buena fe.

Este principio, como señala PICO I JUNOY, no sólo despliega su eficacia en el campo del derecho privado sino también en el público, en orden a preservar un mínimo de conducta ética en todas las relaciones jurídicas. El uso de la expresión *buena fe procesal* se deriva de su expresa recepción legal y jurisprudencial; además, con esta expresión se reafirma la plena vigencia de la buena fe también en el ámbito procesal⁽⁶⁶²⁾.

La Cámara de Comercio Internacional (C.C.I.) ha recogido el principio de la buena fe procesal en su jurisprudencia. Como señala Claudia MATUTE, el principio jurisprudencial (de la C.C.I.) de buena fe o deber de colaboración de las partes, es:

“uno de los principios de la *lex mercatoria* que los árbitros del comercio internacional hacen respetar afanosamente. Claramente es una prolongación del principio de Buena fe que se le impone a las partes. Este deber de cooperación juega por supuesto un primer lugar en lo que concierne al procedimiento arbitral, especialmente en materia probatoria. Así los árbitros estiman que las partes deben colaborar con la prueba. Pero sobre todo, este deber de cooperación encuentra su ámbito de aplicación es en materia de formación y ejecución de los contratos. Este deber implica una obligación de informaciones recíprocas sobre elementos suscepi-

(662) “[...] el proceso se configura como un modo más civilizado y pacífico de resolución de conflictos en el que la intervención de las partes debe estar presidida por la buena fe. De este modo, además, pretende evitarse la existencia de dos figuras jurídicas que en la mayoría de las ocasiones se fundamentan en el actuar malicioso de los litigantes: el abuso del derecho y el fraude de ley procesal. Ello no significa que el abogado no pueda utilizar las estrategias procesales que estime más adecuadas para la defensa de sus intereses, las cuales son totalmente lícitas siempre que no comporten una vulneración de derechos de la parte contraria. En este caso, se origina un conflicto de intereses entre derechos fundamentales: el de defensa y los derechos a un proceso sin dilaciones indebidas, a la igualdad de armas procesales (esto es, al proceso con todas las garantías) o a no sufrir indefensión” (Cfr., PICO I JUNOY, Joan, “El Principio de la Buena Fe Procesal”. En: *Revista electrónica Justicia y Derecho*, Nº 4. Agosto 2009. <http://www.justiciayderecho.org>).

bles capaces de influir en la conclusión del contrato o sobre las condiciones de la ejecución”⁽⁶⁶³⁾.

El que en nuestro país la buena fe como principio sea reconocido dentro del campo procesal a través de la Ley de Arbitraje, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil, entre otros cuerpos normativos⁽⁶⁶⁴⁾, debe ser valorado, pues si bien un principio no debe requerir ser plasmado en la norma escrita o “positivizado” para que exista, en el campo procesal sí resulta pertinente, dado que la intervención del juzgador o director del proceso es crucial para que éste avance y se cumpla la finalidad del mismo, y no quede en manos de las partes, cuyas fuerzas dispares pueden convertirlo en una pesadilla kafkiana, alejado y ajeno a sus fines y a la justicia, situación en la que pierde no sólo la parte afectada sino la propia institución⁽⁶⁶⁵⁾.

Si bien la aplicación de dicho principio tiene sus riesgos (como la aplicación de todo principio) por la discrecionalidad del juzgador en ello (dado que puede imponer sus propias valoraciones) y también por la ausencia de control (a diferencia del proceso judicial) por medio de recursos, los beneficios para el desenvolvimiento y legitimación del proceso arbitral los superan.

3. BUENA Y MALA FE PROCESAL

La LA establece el deber de actuar observando el principio de la buena fe en las actuaciones arbitrales, pero no ingresa en definiciones, explicaciones ni menos en armar un listado de conductas lesivas de este deber.

En el ámbito judicial, la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como el Código Procesal Civil, también disponen la obligatoriedad de conducirse de acuerdo a la buena fe, pero señalan que las conductas de mala fe deben ser sancionadas y establecen supuestos específicos que

(663) MATUTE MORALES, Claudia, “El Arbitraje Comercial Internacional. Los principios Jurisprudenciales de la Cámara de Comercio Internacional”, *op. cit.*

(664) El artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) establece el deber de conducta de buena fe en el procedimiento administrativo: “1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal”.

(665) Con lo que se materializaría el espíritu de algunas conocidas frases, como “Ganar un proceso es adquirir una gallina y perder una vaca” (proverbio chino) o “¡Pleitos tengas y los ganes!” (maldición gitana).

la configuran, lo que lleva a pensar que la normativa procesal ha asumido que la buena y la mala fe procesal son dos lados de la misma moneda: la vulneración del principio de buena fe procesal implicaría haber actuado con mala fe procesal, esto es, de modo malintencionado, persiguiendo causar un perjuicio a la otra parte (o inclusive a un tercero en determinados casos) a través de fórmulas procesales carentes de fundamento, como los recursos de nulidad, apelaciones, tachas, oposiciones, entre otros, con los cuales se pretende entorpecer el decurso del proceso, aletargándolo y, en general, procurando que se desvíe la atención del conflicto que se ventila.

Es por ello que se considera que uno de los deberes del juzgador es lograr que el proceso se desenvuelva de modo justo, pues la vulneración del principio de buena fe procesal (mala fe procesal, de acuerdo a MONTERO)⁽⁶⁶⁶⁾ no sólo puede afectar el decurso adecuado del proceso (dilaciones innecesarias, etc.), sino la justicia final del fallo (por ocultamiento y/o distorsión de hechos por medio, p. ej., de la falsificación de documentos, etcétera).

Coincido con PICO I JUNOY en que la buena fe procesal es la conducta socialmente admitida como correcta, exigible a quienes intervengan en un proceso, y que la necesidad de objetivización de su vulneración por parte de las leyes procesales ha llevado al establecimiento positivo de conductas específicas de mala fe⁽⁶⁶⁷⁾, sin que ningún listado pueda resultar una lista cerrada, pues siempre queda el espacio abierto al criterio del juzgador para considerar que determinado acto vulnera la buena fe procesal en el caso concreto.

(666) Señala este autor que no existe un deber en la Ley de Enjuiciamientos Civiles española de que las partes y los abogados actúen en el proceso de manera positiva, vinculadas por un deber de buena fe que suponga la exigencia de hacer de determinado modo, “El deber cuyo incumplimiento posibilita la imposición de la sanción de la multa es un deber negativo, de prohibición; impide hacer de manera determinada. Se trata, por tanto, de un deber de prohibición, que podría enunciarse diciendo que está prohibido actuar en el proceso con mala fe. De esta manera, la imposición de multa del artículo Nº 267 no procede cuando un interviniente en el proceso se haya limitado a no hacer. La posibilidad de la sanción exige que el interviniente, bien haya hecho cuando no debía, bien haya hecho de una manera determinada y contraria a la ley. Por ello de lo que se trata es que cuando un tribunal estime que alguna de los intervinientes en el proceso ha actuado de mala fe podrá imponerle, siempre con audiencia de todos los intervinientes, motivadamente y respetando la proporcionalidad, la multa prevista” (MONTERO AROCA, Juan, “Sobre el mito autoritario de la ‘buena fe procesal’ Texto base de la intervención en el Curso del Consejo General del Poder Judicial. ‘El abuso del proceso: Mala fe y fraude de ley procesal’”, mayo 2005. En: http://www.egacal.com/upload/JMA_Montero03.pdf).

(667) PICO I JUNOY, Joan, *El Principio de la Buena Fe Procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2003, ps. 297/299.

Al respecto, PICO I JUNOY ha señalado que:

“Debido a la infinidad de situaciones en las que pueden encontrarse las partes a lo largo del proceso, es difícil que las leyes de enjuiciamiento puedan prever el respeto a la buena fe en cada una de dichas situaciones, por lo que la ley se limita a establecer una norma genérica en la que se obliga a los litigantes a respetar las denominadas ‘reglas de la buena fe procesal’. Por ello, en muchos casos la identificación de tales reglas tan sólo es posible por vía jurisprudencial, lo que exige un minucioso análisis de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, así como de la denominada ‘jurisprudencia menor’ de las Audiencias Provinciales, pues de esta forma se van concretando los supuestos reales que se valoran como atentatorios a la buena fe procesal. Sin embargo, la aplicación de tales reglas al caso concreto nunca podrá ser automática, pues cada litigio presenta singularidades propias, que las diferencia del resto de procesos, por lo que solo después de analizarse estas peculiaridades se estará en plenas condiciones de aplicar las citadas reglas”⁽⁶⁶⁸⁾.

El profesor chileno BENÍTEZ sostiene sobre el particular lo siguiente:

“El principio de la Buena Fe Procesal impone a las partes litigantes el deber de rectitud, honradez y buen proceder en la defensa de sus intereses jurídicos en el marco de un proceso judicial. Les exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, debiendo sancionarse por ende cualquier exceso en el caso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas.

Estimamos superada la discusión acerca de si estos principios de buena fe y de lealtad procesal deben ser realmente normas jurídicas exigibles o, por el contrario, apenas aspiraciones o recomendaciones éticas. Es deber el establecimiento expreso de tales principios en el nuevo Código Procesal Civil, consagrando además sanciones claras y precisas para el incumplidor.

Aquí interesa como nunca la consagración expresa del principio, pero por sobre todo interesa también las aplicaciones prácticas del mismo y las sanciones para su incumplimiento.

[...]

En consecuencia y en lo que a este acápite respecta, se sugiere no sólo consagrar en términos generales la obligación de guardar el principio de la buena fe y lealtad procesal, sino que además establecer mecanismos claros y precisos que la garanticen. Para tales efectos se propone la oralidad e intermediación como principios que necesariamente desalientan e inhiben el comportamiento desleal del litigante. Que la exigencia de que tanto el actor en su demanda como el demandado en su contestación

(668) PICO I JUNOY, Joan, *op. cit.*, ps. 299/300.

acompañen toda la prueba documental que intenten hacer valer y propongan concretamente los restantes medios de prueba. Es decir, y para expresarlo de manera gráfica, se debe exigir que ambas partes pongan todas sus cartas sobre la mesa desde el inicio mismo del proceso, evitándose de plano ocultamientos y maniobras. Se propone además, la aplicación de sanciones disciplinarias y multas a los litigantes y abogados que desatiendan a los deberes de buena fe y lealtad procesal, como también se debe facultar al Tribunal para decretar todas las medidas necesarias para impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria, incluso la realización de diligencias probatorias de hechos admitidos y la citación al proceso de terceros que puedan aparecer perjudicados. Finalmente, se debe sancionar la conducta atentatoria de tales principios con la facultad del juez de rechazar la pretensión de que se trate sin más trámite (aplicación de la teoría de los actos propios del derecho civil al proceso)”⁽⁶⁶⁹⁾.

Ahora bien, las conductas que configuran o que pueden configurar la mala fe procesal pueden ser descritas o, al menos, esbozadas, mediante una revisión que sobre el particular se encuentra regulado en otras normas, así como en la doctrina y jurisprudencia.

La Ley Orgánica del Poder Judicial (artículo 8°) establece de modo genérico que el Juez debe sancionar las conductas temerarias y de mala fe, sin distinguir conceptualmente (como tampoco lo hace el Código Procesal Civil) entre unas y otras. Ambos conceptos generalmente van juntos, asociados a una misma conducta, por lo que suelen confundirse.

La mala fe, como he señalado anteriormente, se relaciona con la conducta malintencionada del sujeto procesal, quien busca causar un perjuicio a un tercero por medio de fórmulas procesales (recursos de nulidad, apelaciones, tachas, oposiciones, entre otros), que “además de carecer de fundamento —lo que de suyo implicaría una conducta temeraria— tienden a entorpecer el decurso del litigio, dilatando su tramitación y generando la posibilidad de que se pierda la atención del verdadero asunto en litigio”⁽⁶⁷⁰⁾.

El término *mala fe* se vincula al de *malicia*, que en el ámbito procesal es “la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto

(669) BENÍTEZ RAMÍREZ, Eugenio, “Reflexiones en torno a la propuesta de reforma al Procedimiento Civil Chileno: Principios Procesales relativos a las partes”. En: *Revista Chilena de Derecho* (versión On-Line), Vol. 34, N° 3, 2007, ps. 591/593.

(670) PRADO MONGE, Rebeca, “Abogados, litigantes y ese dedo meñique! Reflexiones en torno a los deberes de conducta de las partes y sus abogados”. En: *Derecho y Cambio Social*.

(<http://www.derechoycambiosocial.com/revista012/conducta%20procesal.htm>)

(inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades, que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe”⁽⁶⁷¹⁾.

En la Primera Conferencia de Arbitraje del Instituto Peruano de Arbitraje, el profesor peruano Adrián SIMONS enunció una serie de supuestos de conductas de mala fe en materia probatoria arbitral que suelen darse en la práctica⁽⁶⁷²⁾:

- Prueba “sorpresa”: mantener oculta una prueba y ofrecerla de manera extemporánea afectando la igualdad en el proceso arbitral y el derecho a la defensa y así pretender modificar el objeto del proceso ya fijado.
- Salir de “pesca” en materia probatoria: por ejemplo, pedir la exhibición de documentos de manera indiscriminada y abstracta.
- Interrogatorios maliciosos. Esto puede manifestarse de diversas maneras: excesivo número de preguntas, preguntas insidiosas, ataques al testigo o declarante, preguntas sobre hechos inexistentes para descalificar al declarante.
- Pericias “bambas o truchas”. Uso de “expertos” que carecen de los conocimientos o calificaciones requeridos para emitir opinión sobre una determinada rama científica o artística.
- Obtención de pruebas violando derechos fundamentales. Por ejemplo: interceptaciones telefónicas.
- Solicitud de pruebas imposibles o “pruebas diabólicas”. Pedir acreditar hechos negativos.
- Cuestionamiento de prueba documental por falsedad sin contrapueba. Cuestionar la copia de un documento sólo por carecer del original.
- Ofrecimiento de prueba abundante no relevante.
- Uso de prueba no idónea. Por ejemplo, pretender acreditar la lucidez de una persona con una declaración testimonial.

(671) GOZAÍNI, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*, Buenos Aires, Librería Editora Platense S.R.L., 1988, p. 69.

(672) SIMONS PINO, Adrián, *La Buena Fe y la Actividad Probatoria en el Arbitraje*. Exposición en la Primera Conferencia Anual de Arbitraje del Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 26 de noviembre de 2009.

Por su parte, la temeridad procesal es “la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar con arreglo a una mínima pauta de razonabilidad, configurándose, por lo tanto, frente a la conciencia de la propia sin razón”⁽⁶⁷³⁾. Así, actúa con temeridad el sujeto que procede judicialmente careciendo de fundamento para hacerlo, altere los hechos existentes, o invente hechos inexistentes; es el actuar procesal que desborda lo normal, lo debido y lo razonable, de quien conscientemente sabe o debe saber que carece de razón y/o falta de motivos para deducir o resistir la pretensión.

Temeridad y mala fe procesal son, pues, conceptos que si bien tienen matices que los distinguen, suelen ir juntos, complementándose, pues en ambos se da la existencia de una voluntad y conciencia del sujeto procesal (cualquiera que fuere, ocupando la parte demandante o la demandada) acerca de la falta de fundamento de su posición de fondo (temeridad) o de forma, lo que implica un actuar de espaldas a la buena fe.

La jurisprudencia constitucional colombiana ha estimado que la actuación temeraria vulnera el principio constitucional de la buena fe, entendiéndola como “la actitud de quien demanda o ejerce el derecho de contradicción a sabiendas de que carece de razones para hacerlo, o asume actitudes dilatorias con el fin de entorpecer el desarrollo ordenado y ágil del proceso”. La actuación temeraria ha sido así calificada como aquella que supone una “actitud torticera”, que “delata un propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa”, que expresa un abuso del derecho porque “deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción”, o, finalmente, constituye “un asalto inescrupuloso a la buena fe de los administradores de justicia”⁽⁶⁷⁴⁾.

Por ello, al estar ligados ambos conceptos, suelen ser utilizados de modo indistinto. En general, comportarse de modo temerario, impropio (falto de probidad, malvado, de acuerdo a la RAE), desleal, falso (como opuesto a veraz), es actuar de modo contrario a la buena fe objetiva.

El Tribunal Constitucional peruano, sobre el particular, ha señalado lo siguiente:

(673) PALACIO, Lino E. y Adolfo ALVARADO VELLOSO, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tomo II, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1992, p. 393.

(674) Sentencia de la Corte constitucional colombiana recaída en el Expediente T-174136, de fecha 11 de noviembre de 1998.

<http://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/constitucionales/T-655-98.HTM>

“Que a nuestro juicio, ‘temeridad’, siguiendo la literalidad del término, supone la acción arriesgada, a la que no precede un examen meditado sobre los peligros que puede acarrear o los medios de sortearlos (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. Tomo VIII. 16 Edición. Buenos Aires - Argentina, Editorial Heliasta SRL.); esto implica, que en un proceso judicial, el mismo sea accionado sin fundamento y mala fe.

Que, asimismo, complementando la definición precedente; consideramos pertinente para evaluar la temeridad o mala fe en la actuación de las partes, invocar los artículos 109° al 112° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en función del artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. En dichos artículos, se establece que son deberes de las partes, entre otros, proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso (inciso 1); ergo, no actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales (inciso 2).

Que siendo tales los principios rectores de la actuación de las partes, es decir, *proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe*; el artículo 112° del mismo texto, establece que ha existido temeridad o mala fe, en los siguientes casos: a) cuando sea manifiestamente la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; b) cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; c) cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente; d) cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; e) cuando se obstruya la actuación de los medios probatorios; f) cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y, g) cuando por razones injustificadas las partes no asistan a las audiencias generando dilación.

Que se hace evidente la conducta litigiosa temeraria asumida por el accionante, quien en el presente caso ha venido alegando de manera reiterada, al igual que en otros procesos, la afectación de su derecho constitucional al debido proceso cuestionando el sentido del fallo en resoluciones del Poder Judicial, pretendiendo un reexamen de sentencias expedidas y que se revoquen fallos emitidos vinculados a la determinación del derecho de propiedad de la demandante respecto a un bien inmueble; desnaturalizando los fines de este proceso constitucional, recurriendo a la utilización de argumentos carentes de sustento fáctico y jurídico. Ello a pesar que incluso desde la resolución por la que se admitió la demanda, de fojas 33, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima le venía recomendando al peticionante que guarde la debida compostura en sus escritos y los redacte con mayor prolijidad y precisión.

Que, de hecho, ésta actuación no sería deleznable si fuera la primera vez en que este Colegiado conoce de este tipo de alegaciones; sin embargo, ello no es así, pues tal como se ha hecho referencia *supra*, existen diecinueve casos en los que se ha dado respuesta a dichas alegaciones desde la perspectiva estrictamente constitucional. Y es que para este Tribunal

Constitucional estos hechos acreditan no sólo la falta de argumentos y fundamentos que sustentan sus afirmaciones en esta vía, sino también la temeridad con la que ha venido actuando el recurrente en el trámite del presente proceso, obstaculizando así la labor de los órganos jurisdiccionales encargados de administrar justicia por mandato del artículo 138º de la Constitución.

Que no cabe duda que conductas de ese tipo constituyen una vulneración del artículo 103º de la Constitución, que proscribe el abuso del derecho, en general, y de los procesos constitucionales, en particular. Y es que el abuso de los procesos constitucionales no sólo constituye un grave daño al orden objetivo constitucional, sino también a la tutela de los derechos fundamentales de los demás ciudadanos. Esto es así, por cuanto al hacerse un uso abusivo de los procesos constitucionales, de un lado, se restringe *prima facie* la posibilidad de que este Colegiado pueda resolver las causas de quienes legítimamente acuden a este tipo de procesos a fin de que se tutele prontamente sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, y de otro lado, constituye un gasto innecesario para el propio Estado que tiene que premunir de recursos humanos y logísticos para resolver tales asuntos. En concreto, con este tipo de pretensiones, lo único que se consigue es dilatar la atención oportuna de las auténticas demandas de justicia constitucional y a la vez frustrar la administración de justicia en general”⁽⁶⁷⁵⁾.

En este punto es pertinente establecer los límites para la conducta de las partes (fronteras que si se traspasan puede considerarse que el comportamiento ha sido de mala fe), y cuya determinación corresponde al árbitro en cada caso particular.

Es importante marcar esta línea, por cuanto en un proceso las partes se enfrentan en una batalla en la que es válido el empleo de estrategias destinadas al logro de los resultados perseguidos, y será el árbitro quien deba determinar si ha habido trasgresión del principio de buena fe procesal en el ejercicio de ese derecho adversarial, esto es, si se ha respetado el *fair play* procesal. Y los límites del ejercicio antisocial de los derechos o actuaciones al interior de un proceso arbitral son ciertos derechos fundamentales de contenido procesal⁽⁶⁷⁶⁾.

Se desnaturaliza el legítimo derecho de defensa procesal frente al antagonista cuando se vulnera un derecho fundamental de este último, como el derecho a la tutela efectiva, a la igualdad, a la defensa, a un proceso sin dilaciones indebidas, a probar, etc., mediante actos que configuran abuso procesal, fraude a las normas del proceso arbitral,

(675) Sentencia de fecha 16 de marzo de 2009, recaída en el expediente N° 05740-2008-PA/TC.

(676) Conocida como la teoría de los límites intrínsecos o inmanentes de los derechos.

o ir contra los propios actos (doctrina de los actos propios o *estoppel*, que es la regla del Derecho Anglosajón que, por virtud de una presunción *iuris et de iure*, impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber antes ejecutado un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto)⁽⁶⁷⁷⁾.

4. EL ABUSO PROCESAL

La doctrina denomina abuso procesal a la conducta que lesiona el imperativo de buena fe (Jorge PEYRANO), siendo que “las conductas desviadas o inconductas procesales conforman hoy un catálogo abierto que incluye entre la más notorias a la ‘recusación sistemática’, el ‘exceso en las medidas cautelares’, la ‘inoportunidad de las diligencias preliminares’, el ‘ocultamiento de documentos’, la ‘tacha de testigos’, la ‘alongadera de los juicios mediante la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios’ [...] etcétera”⁽⁶⁷⁸⁾.

El deber de actuar de acuerdo al principio de buena fe se encuentra estrechamente vinculado al deber de colaboración de las partes en el proceso, lo que se encuentra plasmado en el artículo materia de este comentario (“Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a *colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje*”) (énfasis agregado).

Como se aprecia, la norma establece de modo expreso, claro y conciso que las partes del proceso arbitral tienen *la obligación* de colaborar en el desarrollo del arbitraje, entendiéndose que con desarrollo del arbitraje se refiere al desarrollo óptimo del mismo, a fin de que logre sus fines. Siendo una obligación, ésta es plenamente exigible por el tribunal arbitral. La falta de colaboración en el proceso constituye una inconducta, la misma que, al igual que toda conducta de mala fe procesal, configura el señalado abuso procesal.

(677) “*The Common Law Doctrine of Estoppel. Despite their multiple aspects and applications that vary from one jurisdiction to another, in simpler terms, most common law estoppels prohibit an individual or group from being harmed as a result of another’s deeds, statements, or promises, when later actions or statements contradict or undermine what was originally stated, promised, or inferred. This theory subsequently became a principle of public international law and international commercial law, particularly international arbitration*” (Cfr. SAKR, Marwan, “The Emergence of Estoppel Concept in Civil Law”. En: LexisNexis, 12/7/2009. <http://law.lexisnexis.com/practiceareas/Insights--Analysis/International/The-Emergence-of-Estoppel-Concept-in-Civil-Law>).

(678) VARGAS, Abraham L., *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1999, ps. 229 y 230.

Por ejemplo, hay abuso procesal en la actividad probatoria cuando se lesiona “al deber de colaboración entre las partes en pos de obtener una solución justa en cada caso y desentrañar la verdad objetiva y real de los hechos”⁽⁶⁷⁹⁾.

Se ha expresado que:

“Si bien el deber de lealtad, probidad y buena fe se proyecta en todo el proceso, en materia probatoria es concurrente con otro deber que podríamos llamar corolario de aquél, el de *colaboración*. Aclaremos que en deber de *colaboración* tampoco es monopolio de la actividad probatoria, al contrario, se manifiesta a lo largo de todo el proceso, pero es en materia probatoria donde cobra mayor importancia [...]. Este deber no prohíbe la conducta de quien se acomoda en la simple negativa de los hechos negándose a suministrar pruebas de la que dispone, puede hacerlo, pero sabrá que tal conducta constituirá fuente de indicio, lo que sumado a otros tantos indicios servirá al juzgador para juzgar la procedencia de la pretensión o defensa de quien actuó mezquinamente en el proceso. Queda claro entonces que la conducta descripta constituye, como lo ensaña MORELLO, un *abuso por omisión* que, como lo dijimos, trae aparejado, al decir del maestro platense, que ‘el órgano podrá así dictar la decisión que corresponda computando en el sentido negativo las consecuencias de esa deliberada renuencia [...]’”⁽⁶⁸⁰⁾.

Como concluye el profesor peruano Reynaldo BUSTAMANTE: “[...] el juzgador podría apreciar la negativa del demandado como un indicio que le permita presumir la veracidad del hecho afirmado por la parte demandante”⁽⁶⁸¹⁾, lo que lo obligaría a probar lo contrario para destruir o anticiparse a tal presunción, “con lo cual la carga de la prueba no sólo estaría en manos de quien se encuentra en mejores condiciones para probar la ocurrencia o inexistencia de ese hecho, sino en una persona que no quiso colaborar en producir la prueba necesaria para alcanzar la verdad en el proceso”⁽⁶⁸²⁾. Esto recuerda la frase de Marco Tulio CICERÓN “La verdad se corrompe tanto con la mentira como con el silencio”.

Empero, aquí es necesario efectuar ciertas precisiones, pues las fronteras entre el ejercicio legítimo del derecho procesal de defensa frente al adversario, y el abuso procesal, no pueden quedar al criterio

(679) AIRASCA, Ivana M., “El Ejercicio Regular de la Actividad Procesal como Principio (criterios objetivistas)”. En: *Abuso Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, p. 104.

(680) VALLEJOS, Juan C., “El abuso del proceso en materia probatoria”. En: *Abuso Procesal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, ps. 425/427.

(681) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *El Derecho a Probar como elemento esencial de un Proceso Justo*, Ara Editores, Lima, 2001, p. 279.

(682) *Ibíd.*

libre y sin restricciones del árbitro (quien también podría incurrir en excesos, vulnerando los derechos de las partes a enfrentarse con todas sus armas en el proceso): ¿El principio de buena fe procesal importa o no el deber de veracidad, el de integridad o plenitud (deber de no omitir información conocida)?⁽⁶⁸³⁾.

La LA (en el artículo en comento), como se ha señalado, no lo ha definido ni lo ha dotado de requisitos. Pero es una obviedad que el deber de veracidad forma parte del principio, pues es base del deber de lealtad.

Ahora bien, en relación al deber de integridad o plenitud (entendido como la obligación de informar todos los datos relevantes), al no poder exigirse en un proceso arbitral (basado en el principio dispositivo) que las partes revelen todos los hechos fácticos que están en su conocimiento, las partes pueden omitir datos que consideren perjudiciales para la tutela de sus intereses (como también es legítimo que eviten la aportación inicial de los documentos que consideren inoportunos para su debida defensa).

Esto significa que la parte que entrega al proceso arbitral todos los datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos y el consecuente derecho, así sean perjudiciales para sus intereses, sin duda actúa en base al principio de buena fe, pero si no lo hace, no ingresa al territorio de la mala fe, pues es una conducta legítima. Y esto es algo que los árbitros o juzgadores han de tomar en consideración a fin de que no califiquen un comportamiento (en este caso, omisivo) como de mala fe sin una visión de conjunto de todo el actuar procesal de la parte.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es función de los árbitros cautelar la observancia del principio general de la buena fe, así como la buena fe procesal, que importa un deber de conducta leal, con un contenido eminentemente ético, a lo largo de todo el proceso.

Al esbozar el concepto de buena fe objetiva señalé que ésta se evalúa a través de un estándar de conducta. En el caso de los abogados, dicho estándar (por tratarse de profesionales del derecho) es más alto que el aplicado a las partes.

Puede decirse que el principio de solidaridad y el deber de cooperación con los fines públicos son ejes del proceso civil moderno (lo

(683) Hay sistemas, como el alemán (a diferencia del sistema italiano que es bastante más flexible y permisivo), que consideran que tales deberes forman parte del principio de buena fe procesal.

que obviamente incluye al arbitraje), pues lo relevante es alcanzar la finalidad del proceso, para lo cual se cuenta con reglas procedimentales claras que deben respetarse a fin de que el proceso se centre fundamentalmente en la actividad probatoria y el análisis jurídico. Las maniobras de mala fe hacen que la atención se desvíe y el proceso pierda rumbo, se desenfoque de su norte.

Una nada desdeñable ventaja del arbitraje es que las reglas procedimentales pueden ser establecidas consensualmente por las partes y/o por el tribunal arbitral, lo que puede lograr un proceso ágil, flexible y a medida.

Esta ventaja, bien aprovechada, puede facilitar el desarrollo sin trabas del proceso y proveer de herramientas mejores a los árbitros para evitar el abuso procesal de las partes; así, si los árbitros comprenden adecuadamente su función y la finalidad del proceso arbitral, pueden sacar del camino todo aquello que resulte inútil, que obstruya, que enturbie, que estanque: todo aquello que se encuentre en oposición al principio de buena fe procesal⁽⁶⁸⁴⁾.

ANEXO: CONCORDANCIAS LEGALES

LEY DE ARBITRAJE:

Artículo 38º.- Buena fe.

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.

Artículo 42º.- Audiencias.

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrarán audiencias.

2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.

3. Salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas.

4. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrá en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material pertene-

(684) Como dijo el escritor británico Edmund BURKE, “para que triunfe el mal, solo es necesario que los buenos no hagan nada”.

ciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión.

Artículo 46°.- Parte renuente.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.

c. Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL:

Artículo 5°.- Dirección e impulso del proceso.

Los Magistrados, cualquiera sea su rango, especialidad o denominación ejercen la dirección de los procesos de su competencia y están obligados a impulsarlos de oficio, salvo reserva procesal expresa.

Con este objeto tienen autoridad sobre todos los intervinientes en los procesos judiciales de su competencia, quienes les deben el respeto y las consideraciones inherentes a su función.

Artículo 8°.- Deberes procesales de las partes.

Todos los que intervienen en un proceso judicial tienen el deber de comportarse con lealtad, probidad, veracidad y buena fe.

Los Magistrados deben sancionar toda contravención a estos deberes procesales, así como la mala fe y temeridad procesal.

Artículo 9°.- Facultad sancionadora del Juez.

Los Magistrados pueden llamar la atención, o sancionar con apercibimientos, multas, pedidos de suspensión o destitución, o solicitar su sanción, de todas las personas que se conduzcan de modo inapropiado, actúen de mala fe, planteen solicitudes dilatorias o maliciosas y en general, cuando falten a los deberes señalados en el artículo anterior, así como cuando incumplan sus mandatos.

Esta facultad comprende también a los abogados.

Artículo 184°.- Deberes.

Son deberes de los Magistrados:

12. Evitar la lentitud procesal, sancionando las maniobras dilatorias así como todos aquellos actos contrarios a los deberes de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;

13. Denegar de plano los pedidos maliciosos y rechazar los escritos y exposiciones que sean contrarios a la decencia o la respetabilidad de las personas,

haciendo testar las frases inconvenientes, sin perjuicio de la respectiva sanción; [...].

Artículo 288º.- Deberes. Son deberes del Abogado Patrocinante:

1. Actuar como servidor de la Justicia y como colaborador de los Magistrados;
2. Patrocinar con sujeción a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe;
3. Defender con sujeción a las leyes, la verdad de los hechos y las normas del Código de Ética Profesional;
4. Guardar el secreto profesional;
5. Actuar con moderación y guardar el debido respeto en sus intervenciones y en los escritos que autorice;
6. Desempeñar diligentemente el cargo de defensor de oficio, herencia y ausentes, para el que se le ha designado;
7. Instruir y exhortar a sus clientes para que acaten las indicaciones de los Magistrados y guarden el debido respeto a los mismos y a todas las personas que intervengan en el proceso;
8. Cumplir fielmente las obligaciones asumidas con su cliente;
9. Abstenerse de promover la difusión pública de aspectos reservados del proceso aún no resuelto, en que intervenga;
10. Consignar en todos los escritos que presenten en un proceso su nombre en caracteres legibles y el número de su registro en el Colegio de Abogados, y su firma en los originales, sin cuyos requisitos no se acepta el escrito;
11. Denunciar a las personas que incurran en el ejercicio ilegal de la abogacía;
12. Ejercer obligatoriamente, cuando menos una defensa gratuita al año, según el reporte que realizase el respectivo Colegio de Abogados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289º de esta ley.

Artículo 304º.- Comunicación del incumplimiento de obligaciones.

En caso que los Defensores Gratuitos no cumplan con sus obligaciones, por negligencia o ignorancia inexcusables, los Magistrados comunican el hecho a los respectivos Colegios de Abogados, para la aplicación de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar.

CÓDIGO PROCESAL CIVIL:

Artículo IV TP.- Principios de iniciativa de parte y de conducta procesal.

El proceso se promueve solo a iniciativa de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar. No requieren invocarlos el Ministerio Público, el procurador oficioso ni quien defiende intereses difusos.

Las partes, sus representantes, sus Abogados y, en general, todos los partícipes en el proceso, adecuan su conducta a los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

El Juez tiene el deber de impedir y sancionar cualquier conducta ilícita o dilatoria.”

Artículo 50º.- Deberes.

Son deberes de los Jueces en el proceso:

5. Sancionar al Abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude.

Artículo 51°.- Facultades genéricas.

Los Jueces están facultados para:

4. *Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, éste pudo ser alegado al promoverse el anterior.*

Artículo 109°.- Deberes de las partes, Abogados y apoderados.

Son deberes de las partes, Abogados y apoderados:

1. Proceder con veracidad, probidad, lealtad y buena fe en todos sus actos e intervenciones en el proceso;
2. No actuar temerariamente en el ejercicio de sus derechos procesales;
3. Abstenerse de usar expresiones descomedidas o agraviantes en sus intervenciones;
4. Guardar el debido respeto al Juez, a las partes y a los auxiliares de justicia;
5. Concurrir ante el Juez cuando éste los cite y acatar sus órdenes en las actuaciones judiciales; y
6. Prestar al Juez su diligente colaboración para las actuaciones procesales, bajo apercibimiento de ser sancionados por inconducta con una multa no menor de tres ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal.

Artículo 110°.- Responsabilidad patrimonial de las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados.

Las partes, sus Abogados, sus apoderados y los terceros legitimados responden por los perjuicios que causen con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe. Cuando en el proceso aparezca la prueba de tal conducta, el Juez, independientemente de las costas que correspondan, impondrá una multa no menor de cinco ni mayor de veinte Unidades de Referencia Procesal.

Cuando no se pueda identificar al causante de los perjuicios, la responsabilidad será solidaria.

Artículo 111°.- Responsabilidad de los Abogados.

Además de lo dispuesto en el artículo 110°, cuando el Juez considere que el Abogado actúa o ha actuado con temeridad o mala fe, remitirá copia de las actuaciones respectivas a la Presidencia de la Corte Superior, al Ministerio Público y al Colegio de Abogados correspondiente, para las sanciones a que pudiera haber lugar.

Artículo 112°.- Temeridad o mala fe.

Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio;
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad;
3. Cuando se sustrae, mutile o inutilice alguna parte del expediente;
4. Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos;
5. Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios;
6. Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso; y

7. Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

Artículo 282°.- Presunción y conducta procesal de las partes.

El Juez puede extraer conclusiones en contra de los intereses de las partes, atendiendo a la conducta que éstas asumen en el proceso, particularmente cuando se manifiesta notoriamente en la falta de cooperación para lograr la finalidad de los medios probatorios, o con otras actitudes de obstrucción. Las conclusiones del Juez estarán debidamente fundamentadas.

LEY DE CARRERA JUDICIAL (LEY N° 29277):

Artículo 34°. Deberes.

11. Sancionar a las partes cuando practiquen maniobras dilatorias.

12. Denunciar los casos de ejercicio ilegal de la abogacía, conductas que contravengan la ética profesional y otros comportamientos delictivos de los que tomen conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL (LEY N° 27444):

1.8 Principio de conducta procedimental.- La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.



Art. 39°.—Demanda y contestación.

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar

su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

COMENTARIO ⁽⁶⁸⁵⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Conceptos de Pretensión y Resistencia.* 3. *Demanda y Contestación a la Demanda.* 4. *Medios probatorios.* 5. *Modificación o Ampliación de la Demanda o de la Contestación.* 6. *Consolidación de Arbitrajes o Realización de Audiencias Conjuntas.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 39° regula dos aspectos que son medulares a todo litigio: la demanda y la contestación a la demanda, que conforman el aspecto central de la etapa postulatoria. Ambos se erigen en los pilares del debate materia de la controversia, determinando lo que será objeto de la argumentación y de la prueba durante el arbitraje y, finalmente, lo que será materia de la decisión en el laudo.

Esta norma tiene como antecedente el artículo 23° de la Ley Modelo de la CNUDMI ⁽⁶⁸⁶⁾ sobre Arbitraje Comercial Internacional.

El artículo 39° establece los requisitos de la demanda y la contestación, el ofrecimiento de las pruebas, la modificación o ampliación de la demanda y de la contestación y la consolidación de dos o más arbitrajes.

Quien lee esta norma aisladamente se preguntará por qué no se menciona en ella a la reconvención y su contestación y si ello significa que no es permitido plantear reconvención en el arbitraje. La respues-

(685) Por **FAUSTO VIALE SALAZAR**: Socio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados. Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(686) La ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, también es conocida como Ley Modelo UNCITRAL, por su denominación en inglés United Nations Commission on International Trade Law.

ta la encontramos en el artículo 6º, inciso d), de la LA, el cual establece como regla de interpretación que, cuando la LA se refiere a la demanda, se aplicará también a la reconvención, y cuando se refiere a la contestación de la demanda, se aplicará asimismo a la contestación a la reconvención. Esta regla de interpretación tiene también como antecedente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (artículo 2º, inciso f]). No hay una norma similar en la derogada LGA.

2. CONCEPTOS DE PRETENSIÓN Y RESISTENCIA

La disciplina procesal reconoce a la pretensión y la resistencia como elementos consustanciales de todo litigio, lo que no podría ser ajeno al arbitraje, que constituye un medio de solución de litigios.

En palabras de COUTURE, “La pretensión (*Anspruch, pretesa*) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica”⁽⁶⁸⁷⁾.

La pretensión tiene dos elementos claramente identificables:

a. La *petitum* o petitorio, que constituye el objeto concreto que se persigue con la pretensión y podrá consistir en una declaración, una condena, la eliminación de una incertidumbre, etcétera.

b. La *causa petendi* o *imputandi*, que constituye los fundamentos de hecho y de derecho en que se funda la pretensión.

En cuanto a la resistencia, ésta es la contrapartida de la pretensión. Según MONTERO AROCA, “Por resistencia debe entenderse la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada por otra persona [...] lo determinante de ella es que es una pretensión de sentido contrario a la pretensión y que sin ella no se comprende la actividad jurisdiccional”⁽⁶⁸⁸⁾.

En el arbitraje, el instrumento en el que se plasma la pretensión es ordinariamente la demanda y, eventualmente, la reconvención, mientras que el instrumento en el que se plasma la resistencia, es la contes-

(687) COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1976, p. 72.

(688) MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Jurisdiccional Peruano*, Editorial ENMARCE E.I.R.L., Lima, 1999, p. 68.

tación a la demanda y, eventualmente, la contestación a la reconvencción, fórmula que es seguida por la LA.

3. DEMANDA Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

El artículo 39°, en su inciso 1, prevé, como norma subsidiaria a la voluntad de las partes, que en la demanda el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, mientras que el demandado en la contestación deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

Según DEVIS ECHEANDÍA, la demanda es “un acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la formulación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por una sentencia favorable y mediante un proceso, en un caso determinado”⁽⁶⁸⁹⁾.

La referida definición de demanda está concebida a partir de la demanda judicial, por lo que habrá que adecuarla a la realidad arbitral. En el arbitraje, la demanda también es un acto de declaración de voluntad, es introductivo y de postulación, puesto que en ella el actor formula su pretensión. Sin embargo, en el arbitraje la demanda no es un instrumento para el ejercicio de la acción, puesto que en el arbitraje no se ejercita el derecho de acción, el cual está vinculado únicamente a la jurisdicción estatal. Por otra parte, la demanda arbitral no siempre tendrá como finalidad obtener la voluntad concreta de la ley, lo cual dependerá del tipo de arbitraje de que se trate. Será aplicable al arbitraje de derecho, no así al arbitraje de equidad o conciencia.

El arbitraje difiere, además, del proceso judicial, en que la demanda no da inicio al arbitraje, lo que sí sucede en el proceso judicial. El arbitraje se inicia con la recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje, tal como lo prevé el artículo 33° de la LA.

El artículo 39°, inciso 1, de la LA, prescribe que en la demanda se deben proponer los hechos en que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia y las pretensiones que se formula. En mi opinión, esta parte de la norma es reiterativa y poco técnica, puesto que los hechos en que se funda la demanda y las circunstancias de la controversia son parte de la pretensión, la cual, como anteriormente se ha indicado está compuesta por la *petitum* y la *causa petendi*.

(689) DEVIS ECHEANDÍA, Hernando, *Teoría General del Proceso*, Tomo II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, p. 463.

La contestación a la demanda, a su turno, es el acto por el cual el demandado da respuesta a la demanda y contiene la resistencia a la pretensión del demandante, oponiendo éste todos los medios de defensa que dispone para repelerla. La LA señala que en este acto el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

Es del caso señalar que resulta altamente inusual que el demandado se allane a la demanda, lo cual significa someterse a la pretensión del demandante, puesto que si la intención del demandado hubiera sido la de aceptar la pretensión del demandante, lo hubiera hecho antes del inicio del arbitraje o, a lo sumo, al momento de conocer la solicitud de arbitraje del demandante, evitando así el esfuerzo y los gastos consiguientes y procurando una solución convenida al litigio. Sin embargo, no podemos descartarla.

En cuanto a la interposición de excepciones o defensas previas, el artículo 41º, inciso 3, de la LA, establece que el demandado podrá oponerlas a más tardar hasta el momento de presentar la contestación: lo que significa que, en el mismo acto de contestación a la demanda podrán ser planteadas dichas defensas, salvo la excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia, la que deberá oponerse en las primeras actuaciones arbitrales, salvo que la demora resulte justificada.

El artículo 39º de la LA permite que las partes pacten algo distinto respecto al contenido de la demanda y de la contestación, lo que en mi opinión es acertado, porque responde al carácter voluntarista del arbitraje. También podrá darse el caso que las partes establezcan limitaciones previas a los aspectos argumentativos que se invocarán en la demanda o en la contestación e, inclusive, que el arbitraje deba desarrollarse como un asunto de “puro derecho”, dando por ciertos los hechos y, discutiendo únicamente la aplicación de una normativa jurídica o su sentido.

4. MEDIOS PROBATORIOS

El artículo 36º, inciso 2, prevé que las partes deberán aportar en la demanda y contestación, o hacer referencia, a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

Con un criterio de amplitud y flexibilidad, la referida norma permite a las partes aportar, desde un primer momento, todos los documentos pertinentes a su defensa, pudiendo, sin embargo, sólo hacer referencia a los mismos o a otras pruebas que posteriormente vayan a presentar o proponer, lo cual considero atinado. Esta norma debe ser

concordada con el artículo 43°, inciso 1 de la misma ley, el cual autoriza al tribunal arbitral a determinar, de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y a ordenar en cualquier momento la presentación o actuación de las pruebas que estime necesarias.

La concordancia de estas normas ofrece un cuadro de gran flexibilidad para el manejo de la actividad probatoria, beneficioso tanto para las partes como para los árbitros, en contraste con la exagerada rigurosidad del proceso judicial.

5. MODIFICACIÓN O AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA O DE LA CONTESTACIÓN

El inciso 3 del artículo 39° de la LA regula lo relativo a la modificación o ampliación de la demanda o de la contestación.

Estimo que la modificación o ampliación de la demanda o reconvencción podrá consistir en una ampliación de la cuantía de alguna de las pretensiones inicialmente planteadas; en una nueva pretensión; o, en modificaciones sobre aspectos argumentativos principales o accesorios de la demanda, reconvencción o sus contestaciones.

La formulación de esta norma deja, en definitiva, en manos del tribunal arbitral la admisión de las modificaciones o ampliaciones de la demanda o de la contestación, para lo cual deberá tomar en consideración diversas circunstancias, entre ellas, la demora con que se hubiere efectuado la modificación o ampliación, el perjuicio que pudiere causar a la otra parte o cualesquiera otra.

De este modo, si bien, la ley imprime un carácter de flexibilidad a la actuación arbitral al extremo de permitir a las partes formular modificaciones o ampliaciones a la demanda, la reconvencción o sus contestaciones, que son los pilares sobre los que se edifica cada caso arbitral, encomienda al tribunal arbitral, caso por caso, la evaluación y decisión de su admisión, cuidando de no perjudicar el derecho de defensa de la otra parte, que podría verse comprometido por los cortos plazos para responder a las modificaciones o ampliaciones que se produzcan en el camino o vengán a enrarecer el arbitraje que se encuentra en pleno desarrollo.

Por último, la norma bajo comentario condiciona, adicionalmente, la facultad de las partes para plantear modificaciones y ampliaciones de la demanda, la reconvencción o sus contestaciones, al hecho que se encuentren enmarcadas dentro de los alcances del convenio arbitral, siendo manifiesto que permitir lo contrario sería quebrar las bases del sistema arbitral.

Cabe preguntarse si por la vía de la modificación o ampliación de la demanda, la reconvención o sus contestaciones podrá pretenderse incorporar a un nuevo demandado. Supongamos que durante el desarrollo del arbitraje queda evidenciado que existe una persona que pretende derivar, para sí o para otros, derechos o beneficios del contrato vinculado al arbitraje, ¿podrá el demandante o reconvincente modificar o ampliar su demanda o reconvención para comprender a dicha persona en el arbitraje?

La respuesta deberá encontrarse a través del artículo 14° de la LA y decidirlo el tribunal arbitral bajo los parámetros que le señala en inciso 3 del artículo 39°.

La posibilidad de admitir o rechazar una ampliación o modificación de la demanda, reconvención o sus contestaciones deberá ser evaluada y decidida por el tribunal arbitral en cada caso, teniendo en cuenta sus particulares circunstancias. No se trata de permitir a las partes que se “reserven” maliciosamente, para el último momento, el planteamiento de pretensiones o de hechos relevantes para su propio beneficio. Como principio, los elementos del litigio deben ser propuestos en la etapa postulatoria del arbitraje. Las modificaciones o ampliaciones sólo podrán plantearse en situaciones excepcionales.

6. CONSOLIDACIÓN DE ARBITRAJES O REALIZACIÓN DE AUDIENCIAS CONJUNTAS

El último tema regulado por este artículo es el relativo a la consolidación de arbitrajes, también denominado en la doctrina como acumulación de arbitrajes.

De acuerdo al inciso 4 del artículo 39°, salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

A diferencia de la ley peruana, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional permite, en el artículo 4°, numeral 6, y en el artículo 19°, la acumulación de arbitrajes siempre que la nueva demanda se refiera a las mismas partes y a la misma relación jurídica y siempre que aún no se haya aprobado el Acta de Misión. Una vez que el Acta de Misión haya sido firmada o aprobada por la Corte, la acumulación sólo procederá si el tribunal arbitral lo autoriza, teniendo en cuenta la naturaleza de las nuevas demandas, la etapa en que se encuentre el proceso arbitral y las demás circunstancias que sean pertinentes.

Un primer aspecto tratado por el inciso 4 del artículo 39° de la LA es la prohibición de consolidar dos o más arbitrajes ya iniciados, a fin

que en un momento determinado se reúnan en uno solo y sean resueltos finalmente por un mismo tribunal arbitral.

La consolidación de arbitrajes se enfrenta con diversos problemas. Uno de ellos es el relativo a los sujetos que intervienen en cada uno de los arbitrajes a consolidar. Debe tenerse en cuenta que cada caso arbitral surge de un convenio arbitral singular celebrado entre determinados sujetos. El artículo 14° de la LA precisa las personas a quienes debe extenderse los efectos del convenio arbitral, que son aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado; extendiéndose también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Otro inconveniente, se presenta con relación a la conformación del tribunal arbitral que debe continuar con un caso consolidado, desplazando un tribunal arbitral a otro u otros que pudieran haber estado a cargo de los mismos.

También se encuentra comprometido el principio de confidencialidad del arbitraje, especialmente cuando se trata de arbitrajes en los que no coinciden exactamente las mismas partes.

Considero acertada la solución que ha dado la LA en el sentido de no permitir la consolidación de arbitrajes por los inconvenientes que él acarrea.

Por último, el inciso 4 del artículo 39° proscribe la realización de audiencias conjuntas de dos o más arbitrajes. De permitirse, se estaría afectando el principio de confidencialidad de cada uno de los arbitrajes y el sentido particular que tiene cada arbitraje.



Art. 40°.—Competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.

COMENTARIO ⁽⁶⁹⁰⁾

SUMARIO: 1. *Antecedentes.* 2. *Competencia sobre fondo y forma.* 3. *Iura novit curia internacional.* 4. *Iura novit curia nacional.* 5. *Conclusiones.*

1. ANTECEDENTES

El precepto es un marco general de actuación de los árbitros en un arbitraje que abarca 2 frentes, los temas de fondo y los temas procesales. Muchas legislaciones carecen de una norma similar porque, de un lado, parece obvio que los árbitros son competentes para resolver el fondo de la controversia, así como para conducir el proceso y resolver cualquier aspecto procesal que se suscite. Así, en los artículos 53°, 54°, 57°, 60° y 62° de nuestra Ley se reconoce esa competencia sobre el fondo de la controversia que ostentan los árbitros, en tanto en el artículo 34° de la LA se confiere a las partes la potestad de regular las actuaciones arbitrales y en su defecto a los árbitros ⁽⁶⁹¹⁾.

No obstante, el Grupo de Trabajo de la Ley de Arbitraje ha querido poner de relieve esta competencia natural que tiene cualquier tribunal ante a una litis frente a la competencia para decidir acerca de su propia competencia que se regula en el artículo 41° y que constituye un supuesto de contenido especial dentro del arbitraje. La idea era tratar de mantener una norma como el artículo 44° de la LGA que había sido materia de jurisprudencia pero con algunos ajustes para mejorar su sentido en cuanto al fondo del asunto, separar lo concerniente al *Competence-Competence* y agregar la parte de competencia para dictar reglas arbitrales complementarias.

(690) **ROGER RUBIO GUERRERO:** Secretario General del Centro de Arbitraje de AmCham Perú.

(691) Aunque el artículo 19° de la Ley Modelo de la CNUDMI y el artículo 33(2) y 34(1) de la Ley Inglesa son más explícitos con la competencia para temas procesales:

“Artículo 19°. Determinación del procedimiento.

2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

33.- General duty of the tribunal.

(2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it.

34.- Procedural and evidential matters.

(1) It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter”.

Para entender los alcances de la norma revisemos su evolución, el artículo 38° de la Ley de Arbitraje de 1992 (Decreto Ley N° 25935) y el artículo 44° de la Ley de Arbitraje de 1996 (Ley N° 26572):

“Artículo 38°.- Los árbitros son competentes para promover conciliación en todo momento y para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio.

También son competentes para laudar sobre aquellas cuestiones adicionales que a su criterio están directamente vinculadas o sean consecuencia de la materia principal controvertida, aunque no hubiesen sido expresamente previstas en el convenio o en el formulario de sumisión, siempre que las mismas hayan sido objeto de discusión en el proceso. En estos casos, emiten un laudo complementario con los mismos requisitos del principal.”

“Artículo 44°.- Competencia. Los árbitros son competentes para conocer y resolver todas las cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso, inclusive las relativas a la validez o eficacia del convenio, como aquéllas cuya sustanciación en sede arbitral hayan sido consentidas por las partes en el proceso”⁽⁶⁹²⁾.

Como puede observarse, la norma ha sido constante en reconocer competencia a los árbitros en dos aspectos: i) para cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales que se promuevan durante el proceso y ii) para cuestiones que han sido discutidas o consentidas por las partes en el proceso⁽⁶⁹³⁾. Es preciso tener en cuenta también que estos artículos tenían como norma de contención, una causal de anulación referida a que se haya laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a decisión de los árbitros⁽⁶⁹⁴⁾. De esta manera, si los árbitros se pronunciaban en el laudo sobre un aspecto de la controversia que no había sido sometido a su conocimiento y debatida por las partes en el proceso, esa parte del laudo estaba sujeta a anulación.

(692) Antecedentes de esta norma se puede encontrar en diversos proyectos anteriores como el artículo 46° del Anteproyecto de la Ley de Procedimientos Arbitrales (publicado en El Peruano el 12.11.1987), el artículo 48° del Anteproyecto de la Ley de Procedimientos Arbitrales (publicado en El Peruano el 2.7.1989), el artículo 57° del Proyecto de Normas sobre Arbitraje del Instituto Libertad y Democracia (publicado en El Peruano en febrero de 1992) y el artículo 38° del Proyecto de Ley General de Arbitraje (publicado en El Peruano el 28.11.1992).

(693) También ha sido constante en reconocer competencia para asuntos de validez y eficacia del convenio arbitral, pero esto es parte del *Competence-Competence*.

(694) Ver artículo 56°, inciso 5 de la Ley de Arbitraje de 1992 y artículo 73°, inciso 6 de la LGA.

2. COMPETENCIA SOBRE FONDO Y FORMA

El artículo 40° de la ley, sin salir del universo de la competencia de los árbitros, plantea ahora un enfoque distinto, nos presenta dos escenarios diferenciados, de un lado, la competencia sobre el fondo de la controversia, que comprende las cuestiones “conexas y accesorias” vinculadas a la materia principal y, de otro lado, la competencia para dictar reglas arbitrales complementarias.

En cuanto al primer escenario, el propósito de la norma es no restringir la competencia de los árbitros frente a todo el objeto de la controversia, teniendo en consideración que la flexibilidad del arbitraje permite que las reclamaciones no sólo sean planteadas al inicio del arbitraje sino también durante su desarrollo mediante ampliaciones y acumulaciones. Pero también es posible que las partes introduzcan en el debate procesal una cuestión controvertida derivada de la materia principal, en estos casos, si tuvieron la oportunidad de hacer valer su derecho de defensa al respecto, la cuestión caerá dentro de la competencia del tribunal arbitral.

Como soporte del precepto, el artículo 63.1, inciso d contempla la anulación del laudo cuando el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión. En nuestra opinión, debe interpretarse esta norma de manera laxa de modo que el tribunal pueda pronunciarse sobre todos los aspectos de la controversia sometidos a su decisión como reclamación expresa o mediante el debate procesal. Para estos efectos, debe también tenerse en cuenta el artículo 63.2 que exige que la parte haga reclamo expreso en su oportunidad ante el tribunal arbitral frente a una materia que excede de su competencia, de modo que caiga dentro de la competencia del tribunal arbitral todas aquellas materias que fueron conocidas por los árbitros aunque excedan el convenio arbitral o los propios términos de referencia del arbitraje⁽⁶⁹⁵⁾.

En cuanto al segundo escenario, se ha dejado de lado la expresión “cuestiones incidentales” que apuntaba a reconocer una amplia competencia de los árbitros para temas procesales suscitados durante el proceso y se ha reconocido más bien una competencia para dictar reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las actuaciones arbitrales, en concordancia con la facultad de los árbitros de establecer las reglas de las actuaciones del artículo 34.1. Pero

(695) Aquí es necesario hacer una precisión, una materia *ultrapetita* o *extrapetita* puede surgir en el laudo o en las actuaciones arbitrales y ser incluida en el laudo. Para este último caso consideramos se aplica el requisito de procedibilidad de reclamo expreso ante el tribunal arbitral por exceso del ámbito de su competencia.

la cuestión aquí es si los términos de la norma pueden dar entrada al principio de eficiencia o si estamos hablando de simples reglas extras para supuestos no previstos.

Como explican los autores⁽⁶⁹⁶⁾, la mayoría de las legislaciones modernas reconocen como principios universales i) la autonomía de las partes para regular el arbitraje y ii) el derecho a un debido proceso. No obstante, no alcanza el mismo reconocimiento el principio de eficiencia del arbitraje que sólo es contemplado en la Ley Inglesa⁽⁶⁹⁷⁾ y la Ley Sueca⁽⁶⁹⁸⁾.

Nuestra ley no ha recogido disposiciones similares a estas leyes, sin embargo, el artículo 40° se refiere a una “adecuada conducción y desarrollo” de las actuaciones arbitrales mediante “reglas complementarias”, una expresión que puede implicar una amplia discrecionalidad a los árbitros respecto de todas las reglas del arbitraje. Para determinar sus alcances es necesario preguntarnos cuándo es que necesitamos reglas complementarias. Necesitamos reglas complementarias básicamente en 2 circunstancias, i) cuando las que tenemos no son suficientes para desarrollar un arbitraje o ii) cuando estamos frente a un vacío de las reglas para una situación en concreto.

Así, por ejemplo, es posible que las partes hayan establecido determinadas reglas de procedimiento; sin embargo, pueden carecer de reglas sobre las audiencias, sobre las pruebas, sobre las votaciones y decisiones, sobre las notificaciones o sobre los costos arbitrales que son de importancia para un adecuado desarrollo del arbitraje; en estos casos los árbitros dictarán las reglas necesarias que hicieren falta para desarrollar el arbitraje. Pero puede también suscitarse durante las actuaciones arbitrales situaciones especiales no previstas en las reglas de procedimiento como cuestiones de acumulación, de bifurcación del proceso, de *amicus curiae* o de tribunal truncado; en estos

(696) KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, “Globalization of Arbitral Procedure”. En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, ps. 1321/1322.

(697) 1.- *General Principles*.

(a) *the object of arbitration is to obtain the fair resolution of disputes by an impartial tribunal without unnecessary delay or expense.*

33.- *General duty of the tribunal.*

(1) *The tribunal shall [...]*

(b) *adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined.*

(698) *Section 21.*

The arbitrators shall handle the dispute in an impartial, practical, and speedy manner. They shall thereupon act in accordance with the decisions of the parties insofar as there is no impediment to so doing.

casos los árbitros estarán facultados para establecer, a su discreción, las reglas correspondientes a las que se sujetarán las partes, según las circunstancias⁽⁶⁹⁹⁾. En todos estos casos las nuevas reglas serán necesarias para una adecuada conducción y desarrollo del arbitraje.

No obstante, las reglas complementarias, sostenemos pueden también comprender la variación de las reglas establecidas por razones de eficiencia, a dos niveles: i) respecto de reglas acordadas por las partes y ii) respecto de reglas establecidas por los árbitros⁽⁷⁰⁰⁾. Ahora bien, mientras no presenta inconvenientes que los árbitros modifiquen una regla establecida por ellos mismos de acuerdo al curso de las actuaciones arbitrales, la situación es distinta cuando se trata de una regla acordada por las partes⁽⁷⁰¹⁾.

En estos casos es necesaria una prerrogativa legal que permita a los árbitros tomar decisiones para que el arbitraje sea más breve y más barato, en nuestra opinión, la última parte del artículo 40º en la medida que autoriza a los árbitros a dictar reglas para una “adecuada conducción y desarrollo” de las actuaciones, no está haciendo otra cosa que reconocerles facultades para dictar reglas eficientes para conducir el arbitraje⁽⁷⁰²⁾. No obstante, como los términos de la norma son muy latos y no tan precisos como la Ley Inglesa o la Ley Sueca, es necesario que los árbitros ejerzan esta atribución con ponderación y de manera restringida, expresando siempre las razones de su decisión⁽⁷⁰³⁾. En

(699) POUURET, Jean-Francois & BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, London, 2007, p. 464.

(700) En ambos casos, en la medida que árbitros y partes alcancen un consenso sobre la variación de las reglas no existirá mayor controversia.

(701) Al respecto apuntan POUURET y BESSON: “*The majority opinion submits that the arbitrator or arbitrators may not veto a procedural agreement which has been properly concluded by the parties, but may only resign if they unable to accomplish their task. De lege lata, we feel that this majority opinion is correct in view of the principle of party autonomy. De lege ferenda, we are of the opinion that the Swedish solution is preferable and that the arbitrators should by law have the power to set aside agreements which are an obstacle to the smooth conduct of the proceedings, without having to threaten to resign in order to make their point*”. Ver POUURET, Jean-Francois & BESSON, Sébastien, *op. cit.*, ps. 462/463.

(702) Esta prerrogativa puede también encontrarse en las reglas del arbitraje, al respecto son ilustrativos los artículos 14.1 y 14.2 del Reglamento de Arbitraje de la London Court of International Arbitration (LCIA), el artículo 20(1) del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y el artículo 25(1) de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú.

(703) Ver RUBIO GUERRERO, Roger, “Ruido en la calle principal: Las reglas de juego en el arbitraje y sus peligrosas distorsiones”. En: *Themi*, N° 53, 2006, p. 19.

cualquier caso, siempre deben buscar un adecuado equilibrio entre el debido proceso y la eficiencia⁽⁷⁰⁴⁾.

3. *IURA NOVIT CURIA INTERNACIONAL*

Una dimensión interesante de los alcances de la competencia del tribunal se presenta en los arbitrajes internacionales respecto del estatus de la ley aplicable al fondo de la controversia, ¿es un hecho que debe ser probado por las partes o es un derecho que debe ser investigado por los árbitros?

El tema en la esfera de las jurisdicciones presenta 3 soluciones: i) la ley extranjera es un hecho que debe ser probado por las partes, si no es probado se aplica la *lex fori* como sustituto (derecho inglés y derecho francés), ii) la ley extranjera es una ley y las cortes deben investigar la ley extranjera *ex officio* (derecho alemán y derecho suizo) y iii) la ley extranjera es ley y las cortes tienen amplia autoridad para conducir su propia investigación pero no tienen el deber de hacerlo (derecho federal americano)⁽⁷⁰⁵⁾.

En derecho peruano el tema presenta una suerte de mixtura de criterios, de un lado, tenemos un reconocimiento amplio y expreso del *iura novit curia* en los artículos VII del Código Civil y VII del Código Procesal Civil y, de otro lado, encontramos normas en diverso sentido en cada Código. Así, las normas de derecho internacional privado del Código Civil expresan que la ley extranjera determinada debe aplicarse de oficio (artículo 2051°), que las partes pueden ofrecer pruebas sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido sujeto a que el juez pueda rechazar o restringir las pruebas no idóneas (artículo 2052°) y que los jueces pueden, de oficio o a pedido de parte, pedir vía diplomática, se obtenga de los tribunales estatales respectivos un informe sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido (artículo 2053°).

Por su parte, el artículo 190°, inciso 4 del Código Procesal Civil establece que la parte interesada debe probar la existencia de la ley extranjera y su sentido. Esta norma parece tomar una orientación diferente a las normas del Código Civil, no obstante, tratando de concor-

(704) Ver PARK, William W., "The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments". En: Loukas A. MISTELIS & Julian D.M. LEW (editors). *Pervasive Problems in International Arbitration*, 2006, Kluwer Law International, ps. 143/146 y PARK, William W., "Two Faces of Progress: Fairness and Flexibility in Arbitral Procedure". En: *Arbitration International*, Vol. 23, N° 3, 2007, ps. 501/502.

(705) KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Arbitrator and the Law: Does he/she know it? How? And a few more questions". En: *News and Notes from the Institute for Transnational Arbitration*, Vol. 18, N° 3, Summer 2004, p. 6.

dar ambas regulaciones consideramos que ante la falta o insuficiencia de prueba de la parte interesada, el juez debe utilizar todos los medios a su alcance para investigar y aplicar la ley extranjera⁽⁷⁰⁶⁾.

Pero como explican los autores⁽⁷⁰⁷⁾, es necesario tener en cuenta que en arbitraje internacional la aproximación al tema debe distinguirse de las aproximaciones por referencia a reglas aplicables en las cortes nacionales, por cuanto las cortes locales tienen una *lex fori* y cualquier otra ley es extranjera, en cambio, los tribunales arbitrales no tienen *lex fori* y por consiguiente el concepto de ley extranjera está fuera de lugar.

Las leyes de arbitraje no han previsto esta situación y no hay un criterio uniforme en la práctica arbitral internacional⁽⁷⁰⁸⁾. Sólo la Ley Inglesa en su artículo 34(2)(g), prevé una solución al establecer que las prerrogativas del tribunal arbitral para decidir cuestiones de procedimiento y de pruebas incluye la decisión de si debe tomar iniciativa en la determinación de los hechos y la ley y en qué medida debe hacerlo.

El tema tiene relevancia práctica cuando los tribunales arbitrales se encuentran ante argumentos o situaciones legales que no han sido abordadas por las partes en el desarrollo de las actuaciones arbitrales y que tienen o pueden tener una vinculación directa con la materia controvertida. Entonces, ¿los árbitros deben limitarse a resolver con los argumentos legales probados y discutidos por las partes en el arbitraje o pueden aplicar el principio *iura novit curia*?, ¿estarían los árbitros vulnerando el derecho de defensa de las partes si resuelven sobre argumentos que no fueron materia de análisis y debate por las partes?

Las reacciones de las jurisdicciones son diversas. En Inglaterra las Cortes consideran que cuestiones de derecho no pueden ser decididas por un tribunal arbitral sin previo debate con las partes. En Bélgica se considera que los árbitros al igual que los jueces deben aplicar la ley *ex officio* y no están en principio obligados a buscar observaciones de las partes en este aspecto. En Alemania se requiere un debate contradic-

(706) Aunque no compartimos esta orientación porque traslada los costos de transacción a los jueces y no a las partes que tienen medios más eficientes para probar la ley, consideramos que no es posible otra interpretación que deje de lado normas explícitas del Código Civil sobre el rol que deben cumplir los jueces en estos casos. En cualquier caso corresponderá a la jurisprudencia definir una orientación.

(707) *Ibid.*

(708) Aunque puede decirse que cuando los árbitros no están familiarizados con la ley aplicable, en general, las partes presentarán la ley. Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Fact or Law? - A Transnational Rule on Establishing its contents." En: *ASA Special Series*, N° 26, July 2006, p. 6.

torio de las partes si los árbitros deciden apartarse de las reglas legales invocadas por las partes⁽⁷⁰⁹⁾. En Francia se reconoce que los árbitros puedan basarse en razones que están previstas en la ley aplicable y están implícitamente incluidos en el debate, sin invitar a las partes a expresarse al respecto (salvo excepcionales circunstancias)⁽⁷¹⁰⁾.

En Suiza, el máximo tribunal ha declarado que el *iura novit curia*, aplicable al arbitraje, impone a los árbitros el deber de aplicar la ley *ex officio*. Como explican los autores⁽⁷¹¹⁾, se derivan 2 efectos de este principio: i) el laudo no es *ultra petita* si está basado en otros argumentos legales de aquellos en los cuales se basó el reclamante y ii) no hay violación al derecho a ser oído si el tribunal arbitral no consulta a las partes sobre la aplicación de la ley. Este último efecto, sin embargo, tiene una excepción, cuando los árbitros basan su decisión en una norma jurídica inesperada, la cual no fue abordada en el procedimiento y que ninguna de las partes podría haber previsto como relevante para el resultado.

Así en el Caso N° 4P.100 2003, el Tribunal Suizo en su decisión del 30 de setiembre de 2003 anuló un laudo por cuanto el tribunal arbitral resolvió basándose en una estipulación contractual que no fue objeto de discusión entre las partes durante el procedimiento, con lo cual violó su derecho a ser escuchadas. Asimismo en el Caso N° 4A_400/2008, el Tribunal Suizo en su decisión del 9 de febrero de 2009 anuló un laudo porque la Corte de Arbitraje para el Deporte incluyó en su decisión un razonamiento adicional que se basaba en una norma que no había

(709) Ver POUDRET, Jean-Francois & BESSON, Sébastien, *op. cit.*, ps. 475/476.

(710) Uno de estos casos es el de un laudo que fue parcialmente anulado porque concedía intereses moratorios que no habían sido reclamados y sobre los cuales las partes no habían podido expresarse, pero que eran debidos por ley sobre la base de las disposiciones aplicadas por los árbitros. Ver POUDRET, Jean-Francois & BESSON, Sébastien, *op. cit.*, p. 740. En Inglaterra, se reconoció que un árbitro tenía jurisdicción para laudar sobre intereses, en virtud a que el reclamo fue planteado por la parte interesada durante el debate procesal y no fue objetado por la otra parte; no obstante, la Corte determinó que el árbitro sólo tenía jurisdicción sobre el periodo reclamado por la parte (desde enero de 1995) y no sobre un periodo anterior concedido por el árbitro (1985 a 1994). Ver caso *Westland Helicopters Ltd vs. Sheikh Salah Al-Hejailan* (2004) en <http://www.hmcourts-service.gov.uk/>

(711) KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Fact or Law? - A Transnational Rule on Establishing its contents", p. 4 y KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "Iura novit arbiter" - Est-ce bien raisonnable? Réflexions sur le statut du droit de fond devant l'arbitre international. En: Anne HÉRITIER LACHAT et Laurent HIRSCH (eds). *D. Leg. Ferenda. Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Alain Hirsch*, Édition Slatkine, Genève, 2004, p. 73. Ver también POUDRET, Jean-Francois & BESSON, Sébastien, *op. cit.*, ps. 476/477.

sido abordada por las partes durante el arbitraje y por consiguiente violó su derecho a ser escuchadas⁽⁷¹²⁾.

En el Caso Nº 4A_108/2009, no obstante, el Tribunal Suizo en su decisión del 9 de junio de 2009 delimitó los alcances del derecho a ser escuchado respecto del *iura novit curia*. Así declaró que este derecho no abarcaba el derecho a ser específicamente escuchado con relación a calificaciones legales de los hechos que las partes habían debatido en el arbitraje, salvo cuando el tribunal tenga la intención de basar su decisión en argumentos legales que las partes no han invocado o no pudieron razonablemente prever como relevantes. En este caso el máximo tribunal negó cualquier efecto sorpresa en la aplicación de los términos contractuales planteado por la demandada, porque consideró que la demandante se había referido a las estipulaciones contractuales en varias ocasiones, aunque indirectamente al referirse a las consecuencias de su aplicación (sin mencionarlas explícitamente), habiendo por tanto tenido la parte demandada amplia oportunidad para responder a estos argumentos. Por estas razones desestimó el recurso de anulación⁽⁷¹³⁾.

En Suecia, en el caso *The Rapla Invest v. TNK Trade*⁽⁷¹⁴⁾, Rapla pidió la anulación del laudo basado en que el tribunal arbitral no tuvo en cuenta al resolver la controversia una regla o principio legal alegado en su reconvención (invalidez de una modificación del contrato por aplicación de la “*doctrine of assumptions*”). La Corte de Apelaciones de Estocolmo en su decisión del 7 de diciembre de 2006 desestimó la causal por exceso de autoridad de los árbitros y consideró el tema desde el ángulo de si el tribunal arbitral había dejado de tener en cuenta los “hechos” alegados por Rapla en una forma que constituya una “irregularidad procesal” que anulara el laudo.

La Corte luego de revisar varios párrafos del laudo concluyó que no se había producido ninguna irregularidad y que el tema había sido abordado por los árbitros. De esta manera, la Corte eludió pronunciarse sobre la aplicación del principio *iura novit curia* y privilegió un enfoque de falta de examen de un hecho, con lo cual como dicen los

(712) Ver sentencias en <http://www.bger.ch/>.

(713) Ver reporte del 27 Aug. 2009 de SEGESSER, Georg von, “Iura novit curia — the right to be heard (decision of the Swiss Federal Supreme Court as of 9 June 2009 — 4A_108/2009)”. En: <http://kluerarbitrationblog.com/>.

(714) Ver “Judgment by the Svea Court of Appeal, Stockholm, Sweden, on 7 December 2006, in Cas, Nº T 5044-04 “The Rapla Invest v TNK Case”” y “Observations by Martin Wallin and Katarina Mild” en *Stockholm International Arbitration Review*, Nº 2007:1, ps. 131/154.

autores⁽⁷¹⁵⁾, perdió la oportunidad de abordar el tema de si un tribunal excede su mandato cuando no considera un reclamo, una alegación, una compensación o cualquier objeción de las partes; lo que hubiera sido de considerable interés para las situaciones opuestas, es decir, cuando va más allá de lo reclamado por las partes.

En Finlandia en el caso *Werfen Austria GmbH v Polar Electro Europe* (2007)⁽⁷¹⁶⁾, el tribunal arbitral basado en la Ley de Contratos (sección 36) declaró que un término contractual que negaba al distribuidor (demandante) cualquier indemnización si el contrato se resolvía, no era razonable y debía ser ajustado teniendo en cuenta las circunstancias del caso, concediendo al demandante una razonable indemnización, a pesar de que ninguna de las partes se había referido a él. La Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones de Helsinki, teniendo en cuenta que la demanda no incluía un reclamo para ajustar los términos del contrato, anularon el laudo al considerar que el tribunal había excedido su autoridad y que no había dado al demandado la oportunidad de presentar su caso.

La Corte Suprema en su decisión del 2 de julio de 2008, sin embargo, consideró que el tribunal no había excedido su autoridad ni había laudado sobre materias sobre las cuales el demandado no había tenido oportunidad de defenderse, por cuanto el demandante había reclamado indemnización por la terminación del contrato basándose en los actos de las partes durante la relación contractual, el demandado había respondido todas esas alegaciones y el tribunal arbitral, al conceder la indemnización había interpretado el contrato y ajustado sus términos.

Asimismo, sostuvo que en determinadas situaciones, ajustes al contrato bajo la sección 36 de la Ley de Contratos puede constituir la base de una sentencia o laudo, aun cuando la parte no se haya referido explícitamente a dicho ajuste, como cuando la demanda está basada en la invalidez del término contractual. Y clarificó que el tribunal arbitral no está vinculado por los argumentos legales presentados por las partes. Este caso confirmó claramente que en esta jurisdicción el principio *iura novit curia* se aplica en el arbitraje.

En Canadá, en el caso *Louis Dreyfus v. Holding Tusculum*⁽⁷¹⁷⁾, la Corte Superior de Quebec asumió un criterio contrario, en su decisión

(715) *Ibíd.*

(716) Ver reporte de STORSKRUBB, Eva & UOTI, PETERI, "Finland". En: *The European Middle Eastern Arbitration Review* 2009, en <http://www.globalarbitrationreview.com/>.

(717) Ver sentencia en <http://www.mcgill.ca/>.

del 8 de diciembre de 2008 anuló una parte de un laudo por exceso de autoridad de los árbitros al aplicar la doctrina de la frustración para terminar una relación contractual imponiendo un remedio de propia iniciativa que no fue alegado por ninguna de las partes (remedio de valoración y compra). La Corte valoró 2 circunstancias, i) la posición de las partes sobre la doctrina de la frustración en sus memorias post audiencias y ii) el alcance de la carta dirigida por el tribunal arbitral a las partes en la que se refiere entre otras cuestiones a la doctrina de la frustración con posterioridad al cierre de las audiencias.

En cuanto a las memorias, la Corte refirió que Dreyfus sostuvo que la doctrina podía ser invocada de una manera muy limitada para una parte del contrato mientras que Tusculum sostenía que la doctrina no podía ser aplicada y que el tribunal no tenía jurisdicción para considerar este tema. En cuanto a la carta del tribunal, la Corte observó que ella no planteó la posibilidad de aplicar la doctrina de la frustración para terminar la relación entera entre las partes y dar un remedio que ninguna de las partes había pedido, además su contenido no fue abordado en las alegaciones finales por las partes ni por los árbitros y tampoco hubo audiencias ulteriores para tratar estos temas.

En suma, la Corte encontró que el remedio de valoración y compra del tribunal fue hecho de manera impropia, según la propia percepción del tribunal de lo que era justo y equitativo, en lugar de respetar el alcance del mandato de las partes; en consecuencia, violó el derecho de las partes de presentar su caso (*audi alteram partem*), resolvió sobre una materia que no fue contemplada por las partes y decidió excediendo los términos de referencia. En suma, la Corte consideró que el tribunal emitió un laudo contrario al orden público e incurrió en una transformación de roles de árbitros a amigables componedores, sin el consentimiento expreso de las partes. Esta decisión nos muestra la importancia de dar a las partes la oportunidad de discutir sobre todos los argumentos legales que el tribunal utilizará al emitir su laudo.

4. *IURA NOVIT CURIA NACIONAL*

En nuestro medio hemos tenido 2 casos en nuestras Cortes sobre aplicación del principio *iura novit curia* a arbitrajes bajo la vigencia de la ley anterior. En el caso *San Fernando S.A. vs. Alimentos Protina S.A.* ⁽⁷¹⁸⁾, San Fernando planteó recurso de anulación del laudo por haberse laudado sobre materia no sometida ni expresa ni tácitamente a la decisión de los árbitros, al otorgar a Alimentos Protina i) un monto

(718) Ver sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima del 22.8.2001 (Expediente N° 917-2001) en *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 4, 2007, ps. 473/486.

de indemnización por un daño emergente no demandado (*extrapetita*), ejerciendo facultades *iura novit curia* indebidamente, ii) un monto de intereses devengados respecto a periodos no demandados (*extrapetita*) y iii) un monto mayor al demandado por gastos financieros correspondientes al año 1997 (*ultrapetita*).

Alimentos Protina había reclamado el pago de daños y perjuicios por incumplimiento contractual por la suma de US\$ 13'652,940.00, a título de lucro cesante, como probables utilidades que habría percibido durante los años en los que habría estado vigente el contrato luego de la resolución de San Fernando según estimaciones. El tribunal arbitral consideró que la demandante confundía los conceptos de daño emergente y lucro cesante en función a la certeza del daño y decidió que en realidad lo que debía estimarse era el valor del negocio de Alimentos Protina en el marco del contrato, pues eso es lo que había perdido, teniendo en cuenta el costo de oportunidad que tendría para ella recuperar su posición original en el mercado de pollos, siendo éste un daño emergente y no un lucro cesante.

La Corte Superior verificó que Alimentos Protina había reclamado y sustentado una indemnización contra San Fernando en su demanda, que se había fijado como punto controvertido establecer si procede o no el pago indemnizatorio por daños y perjuicios a su favor y su cuantía y que San Fernando había expresado en su contestación su posición sobre este extremo y consideró luego que el tribunal había realizado una adecuación jurídica que se encontraba calificado para adoptar sobre la base del principio *iura novit curia*, pues los hechos y las pruebas estaban en el proceso. Y concluyó:

“Consideramos que para el árbitro constituye también un imperativo y una responsabilidad reconducir el petitorio erróneamente encaminado, ajustándolo a los hechos invocados, no siendo en modo alguno un obrar arbitrario, como se denuncia el hecho, que los árbitros hayan subsumido el concepto jurídico pertinente a lo que ha surgido de lo actuado y probado”.

No obstante, esta misma claridad no fue reproducida al analizar las otras cuestiones, en efecto, como los conceptos de intereses y gastos financieros se encontraban dentro del punto controvertido referido a establecer si existen o no prestaciones insolutas debidas en razón de la ejecución y vigencia del contrato y si éstas debían o no ser cumplidas por las partes; la Corte sumó todos estos conceptos en la demanda y el laudo, comparó las cifras y advirtió que el laudo había reconocido una cantidad menor a lo petitionado y que en todo caso así los intereses no correspondieran al periodo demandado y los gastos financieros fueran en un monto mayor al reclamado, correspondían al punto con-

trovertido y debían integrarse al concepto de pretensiones implícitas del artículo 73.6 de la LGA. Por todas estas razones, declaró infundada la anulación del laudo.

En este caso, la Corte Superior efectuó un reconocimiento expreso de la aplicación del principio *iura novit curia* en un arbitraje nacional al señalar que los árbitros estaban facultados para efectuar las calificaciones jurídicas pertinentes sobre las reclamaciones y hechos presentados por las partes, aun cuando se trataba de un arbitraje de conciencia o de equidad, sin incurrir en exceso de autoridad y luego de verificar que la otra parte tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el reclamo de la demandante. Sobre las otras cuestiones, no resulta claro de los términos de la sentencia si efectivamente el tribunal incurrió en *extrapetita* y/o *ultrapetita*, en cualquier caso el hecho de que reclamaciones particulares sean subsumidas bajo un mismo punto controvertido no enerva el análisis particular de cada materia a la luz del principio de congruencia.⁽⁷¹⁹⁾

En el caso *Ian Perú S.A.C. vs. Agrícola Yaurilla S.A.*⁽⁷²⁰⁾ el tribunal arbitral concedió a la demandada la suma de US\$ 859,804.67 a título de indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de no haber podido continuar con la producción de espárrago blanco, siendo éstos el menor ingreso y mayores costos de mantenimiento derivados del cambio de explotación de espárrago blanco a espárrago verde y por la destrucción de 17 hectáreas preparadas para la cosecha de espárragos blanco, debido a que Ian Perú fue deficiente en su asistencia tecnológica y negligente en la negociación del contrato de suministro y venta al omitir información sobre el riesgo de sus estimaciones de producción de espárrago blanco.

Ian Perú interpuso recurso de anulación alegando que se había laudado sobre materia no sometida expresa o implícitamente a los árbitros, por cuanto las partes decidieron someter a arbitraje todo lo referente a la interpretación y cumplimiento del contrato excluyendo aspectos relativos a la validez del contrato y/o la asignación de responsabilidad precontractual a las partes, habiendo excedido el laudo

(719) La circunstancia de que un punto controvertido que engloba diversas reclamaciones arroje una cifra menor en el laudo que la suma de esas mismas reclamaciones en la demanda, no necesariamente implica que cada reclamación en particular ha sido reconocida en menor monto, es posible que unas reclamaciones no hayan sido reconocidas o hayan sido reconocidas en menor medida y que otras hayan sido reconocidas en mayor medida, la combinación de estas probabilidades también pueden arrojar una cifra menor en su conjunto.

(720) Ver sentencias de la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fechas 21/12/2001 y 16.5.2005 (Expediente N° 176-01) y de la Corte Suprema de Justicia del 29/10/2003 (Casación N° 2166-2002-Lima) en www.limaarbitration.net.

los límites establecidos en el convenio arbitral al resolverse sobre una materia que no era objeto de arbitraje.

La Corte Superior de Lima amparó el recurso de anulación, sin embargo, la Corte Suprema casó dicha sentencia luego de verificar que AYSA había demandado vía reconvencción el pago de una indemnización por daños y perjuicios⁽⁷²¹⁾, que esta pretensión fue recogida como punto controvertido por el tribunal arbitral sin objeciones de parte de Ian Perú y que el laudo por consiguiente se había pronunciado debidamente. Así expresó:

“Que el laudo arbitral se pronunció sobre la pretensión reconvenccional de indemnización por daños y perjuicios así como sobre los fundamentos fácticos que la sustentaron considerando que debía responderse por concepto de lucro cesante y daño emergente conforme lo había invocado la reconviniente; siendo que el argumento del Tribunal Arbitral referido a la existencia de una responsabilidad pre-contractual no puede ser considerado como un hecho ajeno al proceso o un pronunciamiento *extra petita* toda vez que se sustentó en los fundamentos fácticos invocados, representando ello una calificación jurídica o *nomen iuris* que no desnaturaliza la responsabilidad que se le atribuye a la accionante por los daños y perjuicios causados; resultando en este caso de aplicación el aforismo *iura novit curia* en el sentido de que el Juez conoce el derecho pudiendo aplicar la norma jurídica pertinente aunque no haya sido invocada en la demanda, ello en virtud al artículo Séptimo del Título Preliminar del Código Procesal Civil concordante con el artículo ciento treinta y nueve inciso primero de la Constitución Política del Estado que reconoce la instancia arbitral, no constituyendo ello afectación del principio de congruencia que erróneamente ha invocado el Colegiado Superior al expedir la sentencia impugnada.”

El máximo tribunal peruano reconoció así la aplicación del *iura novit curia* en un arbitraje nacional de derecho, equiparando la función que desarrollan los jueces con la función que desarrollan los árbitros, tomando como base el reconocimiento constitucional del arbitraje.

5. CONCLUSIONES

Las partes o los árbitros deben acordar al inicio del arbitraje el estatuto de la ley aplicable teniendo en cuenta todas las circunstancias, debido a que no existe una regulación expresa al respecto en la Ley de Arbitraje⁽⁷²²⁾.

(721) Aunque la casación de la Corte Suprema no lo dice, debe tenerse en cuenta también que como expresa la posterior sentencia de la Corte Superior, Ian Perú al contestar la reconvencción no cuestionó que se trate de una materia no susceptible de arbitraje.

(722) Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, “The Governing Law: Fact or Law? - A Transnational Rule on Establishing its contents”, *op. cit.*, p. 7.

En cuanto al *iura novit curia* es necesario ponderar su aplicación para no incurrir en un supuesto de exceso de autoridad de los árbitros. En efecto, si como se sostiene⁽⁷²³⁾, el tribunal al estar facultado para desarrollar su propio razonamiento con respecto a los hechos y las pruebas que las partes han presentado en el procedimiento, también debe estarlo para desarrollar su propio razonamiento respecto de la ley; resulta entonces necesario distinguir las manifestaciones de ese razonamiento independiente y sus implicancias en cuanto a la validez del laudo y su reconocimiento.

El razonamiento independiente puede suscitarse en 3 supuestos: i) mediante nuevas calificaciones bajo las fuentes introducidas por las partes, ii) mediante la introducción de nuevas fuentes y iii) mediante la introducción de nuevos remedios. Ahora bien, mientras que el primer supuesto no presenta problemas porque pertenece a la evaluación de la consecuencia legal de los hechos, no sucede lo mismo en los demás casos, donde puede producirse un exceso de autoridad de los árbitros, dependiendo la interpretación de las diversas jurisdicciones. Por consiguiente, para neutralizar este efecto no deseado e imprevisible, consideramos que los árbitros deben dar a las partes la oportunidad de expresar sus puntos de vista sobre la introducción de nuevas fuentes o nuevos remedios para resolver la controversia⁽⁷²⁴⁾.

Un elemento también importante en esta cuestión es distinguir entre arbitrajes nacionales e internacionales, mientras en los arbitrajes con partes nacionales resulta menos controvertida la aplicación del *iura novit curia* y la tendencia de las Cortes es a equiparar la función de los jueces con la de los árbitros en este aspecto; en los arbitrajes internacionales la aplicación de este principio debe ser más restringida, atendiendo a que puede involucrar a partes y árbitros de diferente cultura legal y a las posibles dificultades para acceder a la ley aplicable por razones de idioma, disponibilidad y fiabilidad de las fuentes⁽⁷²⁵⁾ como a su posterior ejecución en cualquier jurisdicción⁽⁷²⁶⁾.

(723) Ver CORDERO MOSS, Giuditta, "Tribunal's Powers versus Party Autonomy". En: Peter MUCHLINSKI, Federico ORTINO & Christoph SCHREUER (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008, p. 1236.

(724) Ver CORDERO MOSS, Giuditta, *loc. cit.*, ps. 1236/1239 y 1241/1242.

(725) Ver KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle, "The Governing Law: Fact or Law? — A Transnational Rule on Establishing its contents", *op. cit.*, p. 6.

(726) Para un panorama actual sobre la causal de exceso de autoridad de los árbitros del artículo V(1)(c) de la Convención de Nueva York, ver AZEREDO DA SILVEIRA, Mercédeh and LEVY, Laurent, "Transgression of the Arbitrators' Authority: Article V(1)(c) of the New York Convention". En: Emmanuel GAILLARD and Domenico DI PIETRO (editors). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The New York Convention in Practice*. Cameron May, 2008, ps. 639/678.

Art. 41°.—Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

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

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral sólo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la contro-

versia, su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.

5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

COMENTARIO ⁽⁷²⁷⁾

SUMARIO: 1. *Competence-Competence y separabilidad del convenio arbitral.* 2. *Tratados, leyes y reglamentos.* 3. *Jurisprudencia internacional.* 4. *Competence-Competence positivo.* 5. *Competence-Competence negativo.* 6. *Formulación de las excepciones.* 7. *Decisiones de Competencia.* 8. *Jurisprudencia nacional.*

1. COMPETENCE-COMPETENCE Y SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL

El principio de *Competence-Competence* consiste en la posibilidad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a excepciones de las partes referidas a la existencia, validez o alcances del convenio arbitral. Esto se conoce como el efecto positivo del principio. El efecto negativo del principio, a su vez, permite que los tribunales judiciales limiten su revisión a una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral para que los árbitros sean los primeros en examinar su competencia y luego los tribunales judiciales ejerzan un control con la anulación o ejecución del laudo⁽⁷²⁸⁾.

La separabilidad del convenio arbitral, por su parte, asume que el acuerdo de arbitraje es independiente y autónomo del contrato prin-

(727) Por **ROGER RUBIO GUERRERO**: Secretario General del Centro de Arbitraje de AmCham Perú.

(728) GAILLARD, Emmanuel & Yas BANIFATEMI, "Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in favor of the Arbitrators". En: Emmanuel GAILLARD & Domenico DI PIETRO (editors). *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The new York Convention in Practice*. Cameron May, 2008, ps. 259/260.

cial y de cualquier vicio que lo afecte, de manera que el cuestionamiento de la validez o existencia del contrato principal no produce un efecto inmediato sobre la validez o existencia del convenio arbitral. Como consecuencia de esto y entroncado al principio de *Competence-Competence*, los árbitros tienen autoridad no sólo para determinar su propia competencia sino además la validez o existencia del contrato⁽⁷²⁹⁾.

Ambos principios se interrelacionan para garantizar que las partes vinculadas por un acuerdo de arbitraje no sean desviadas a los tribunales judiciales frente a una alegación sobre la validez del contrato o sobre la validez del convenio arbitral. Sin la existencia de estos dos principios el desarrollo del arbitraje estaría sujeto a una incertidumbre porque bastaría que la parte renuente al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral que forma parte del contrato para cuestionar e impedir el arbitraje.

Como han explicado los autores, el principio de separabilidad permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y la validez del contrato principal, mientras que el principio de *Competence-Competence* permite a los árbitros resolver controversias relativas a la existencia y a la validez del convenio arbitral⁽⁷³⁰⁾. Es preciso además señalar que mientras la competencia para decidir sobre la existencia del contrato surge del convenio arbitral, la competencia de los árbitros para decidir sobre la existencia del convenio arbitral tiene fundamento en la ley que reconoce el principio de *Competence-Competence*⁽⁷³¹⁾.

2. TRATADOS, LEYES Y REGLAMENTOS

Un antecedente directo del *Competence-Competence*, en su vertiente negativa, puede encontrarse en el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmado en Nueva York en 1958, el cual establece:

“3. 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

(729) POUURET, Jean-Francois & Sébastien BESSON. *Comparative law of International Arbitration*, London. Sweet & Maxwell, 2007, p. 133.

(730) SILVA ROMERO, Eduardo, “Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-Kompetenz”. En: Eduardo SILVA ROMERO (Director Académico) y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (Coordinador Académico). *El Contrato de Arbitraje*, Legis, Bogotá, 2005, p. 581.

(731) CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “El principio de autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral”. En: *El Contrato de Arbitraje*, p. 84.

de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”⁽⁷³²⁾.

Los tribunales estatales, en virtud de la Convención de Nueva York, deben remitir a las partes al arbitraje cuando exista un convenio arbitral, salvo cuando se encuentren frente a convenios arbitrales nulos, ineficaces o inaplicables. La cuestión que se plantea aquí es si el análisis de los tribunales estatales sobre estos aspectos debe ser una completa determinación judicial de la existencia y validez del convenio o sólo una determinación *prima facie* de la existencia y validez del convenio.

El punto de partida del principio de *Competence-Competence* en su vertiente positiva, se encuentra en el artículo V.3 del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional firmado en Ginebra en 1961, el cual establece:

“3. A reserva de que se pueda ulteriormente apelar conforme a la ‘lex fori’ contra el indicado laudo del tribunal de árbitro ante un tribunal estatal competente, el tribunal de arbitraje cuya competencia fuese impugnada no deberá renunciar al conocimiento del asunto y tendrá la facultad de fallar sobre su propia competencia y sobre la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral o del contrato transacción u operación de la cual forma parte dicho acuerdo o compromiso”.

Pero el Convenio Europeo también recogió el efecto negativo del principio en el artículo VI.3 en los siguientes términos:

“3. Si una de las partes en un acuerdo o compromiso arbitral hubiere ya incoado un procedimiento arbitral antes de recurrirse ante un tribunal judicial, en tal caso el tribunal judicial de uno de los Estados contratantes, al cual se haya dirigido posteriormente otra de las partes con una demanda o pretensión referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compromiso arbitral, deberá diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma”⁽⁷³³⁾.

El Convenio Europeo contiene en este aspecto diferencias importantes con la Convención de Nueva York: i) supone que un asunto ya

(732) Un antecedente más remoto del principio de *Competence-Competence* puede encontrarse en el artículo 4º del Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitraje firmado en Ginebra en 1923, el cual establece también la obligación de los tribunales estatales de remitir a las partes al arbitraje.

(733) Ver también el artículo 41º de la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 y el artículo 81.1 de la Convención de Viena de 1981 sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.

ha sido sometido a conocimiento de los árbitros; ii) ordena la remisión de las partes al arbitraje aun frente a cuestiones de inexistencia, nulidad o caducidad del convenio y establece el control judicial posterior al laudo; y, iii) deja un margen de discrecionalidad a los tribunales estatales para no remitir a las partes al arbitraje en casos graves. Según los autores, el lenguaje del Convenio induce sólo a una evaluación *prima facie* de la existencia y validez del convenio⁽⁷³⁴⁾.

El Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés de 1981, de otro lado, en su artículo 1458º introduce nuevos alcances en cuanto al *Competence-Competence* negativo:

“Artículo 1458º.

Cuando una controversia que esté conociendo un tribunal arbitral en virtud de un convenio arbitral, se someta a un tribunal estatal, deberá éste declararse incompetente.

Si el tribunal arbitral no estuviera aún conociendo de la controversia, el tribunal estatal deberá igualmente declararse incompetente, a menos que el convenio arbitral fuera manifiestamente nulo.

En ningún caso podrá el tribunal estatal apreciar de oficio su falta de competencia”.

Por su parte, el artículo 1466º del mismo Código regula el efecto positivo del principio:

“Artículo 1466º.

Si una de las partes impugnara ante el árbitro el fundamento o el alcance de su potestad jurisdiccional, será competencia de éste pronunciarse sobre la validez o los límites de sus atribuciones”.

El *Competence-Competence* francés es así una regla de prioridad que implica que los tribunales estatales remitan a las partes al arbitraje, luego de un examen *prima facie* de la existencia y validez del convenio arbitral, cuando un tribunal arbitral está conociendo del caso, debiendo luego del laudo revisar la jurisdicción de los árbitros. Cuando el tribunal arbitral todavía no estuviera conociendo del caso, los tribunales estatales sólo retendrán jurisdicción, cuando el convenio arbitral fuera *manifiestamente nulo*⁽⁷³⁵⁾.

(734) FOUCHARD, Philippe Emmanuel GAILLARD & Berthold GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 1999, p. 408.

(735) La expresión “manifiestamente nulo” está referida, según los autores, a supuestos de orden público (materias no arbitrables) o a claras e inequívocas violaciones a formales regulaciones del convenio arbitral. Ver POZNANSKI, Bernard G., “The

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1985, por su parte, recogió en su artículo 16º el efecto positivo del principio de *Competence-Competence* y el de separabilidad, que ha servido de guía a muchas legislaciones posteriores:

“Artículo 16º. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

Pero recogió asimismo el efecto negativo del principio en su artículo 8º:

“Artículo 8º. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal.

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

La Ley Modelo, en línea con el artículo II.3 de la Convención de Nueva York, establece la remisión de las partes al arbitraje, a menos que el convenio arbitral sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible. No obstante, como explican los autores, el artículo 8.2 de la Ley Modelo permite que se inicie o prosigan las actuaciones arbitrales mientras el asunto está pendiente ante los tribunales estatales a fin de evitar tácticas dilatorias. De esta manera se incentiva a los tribunales judiciales a remitir a las partes al arbitraje o bien a hacer sólo un control *prima facie* del convenio arbitral. A su vez, el artículo 16.3 de la misma Ley fomenta este resultado, permitiendo que los árbitros tomen una decisión preliminar de competencia y que esta de-

cisión sea revisada de manera rápida e inapelable por los tribunales estatales⁽⁷³⁶⁾.

Las leyes de arbitraje de Holanda (1986)⁽⁷³⁷⁾, Suiza (1987)⁽⁷³⁸⁾, Inglaterra (1996)⁽⁷³⁹⁾, Alemania (1998)⁽⁷⁴⁰⁾, Bélgica (1998)⁽⁷⁴¹⁾, Suecia (1999)⁽⁷⁴²⁾ y España (2003)⁽⁷⁴³⁾ reconocen también el principio de *Competence-Competence* de los árbitros y la separabilidad del convenio de diversos modos.

Asimismo, los principales reglamentos internacionales a su vez han establecido disposiciones para garantizar la aplicación de la separabilidad del convenio arbitral y del principio de *Competence-Competence*. Así tenemos el artículo 21° del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, el artículo 6° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁽⁷⁴⁴⁾, el artículo 23° de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el artículo 15° del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas⁽⁷⁴⁵⁾.

(736) BARCELÓ III, John J., "Who decides the Arbitrators' Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective". En: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36, 2003, p. 1129. Otros autores, sin embargo, sostienen que el rechazo a la inclusión de la referencia "manifiestamente nulo" en la Ley Modelo permite que las Cortes hagan una determinación total de la validez del convenio arbitral, ver LEW, Julian D. M.; Loukas A. MISTELIS & Stefan M. KROLL. *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, p. 349.

(737) Ver artículos 1052° y 1053° del Código de Procedimiento Civil.

(738) Ver artículo 178° y 186° de la Ley de Derecho Internacional Privado.

(739) Ver artículos 7°, 30°, 31° y 32° de la Ley Inglesa de Arbitraje.

(740) Ver artículos 1032° y 1040° del Código de Procedimiento Civil.

(741) Ver artículos 1679° y 1697° del Código de Procedimiento Civil.

(742) Ver secciones 2° y 3° de la Ley Sueca de Arbitraje.

(743) Ver artículo 11.1 y 22° de la Ley Española de Arbitraje.

(744) La Corte tiene un mecanismo de intervención *prima facie* de la existencia del convenio arbitral para ordenar que el arbitraje prosiga ante cualquier excepción relativa a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral formulada por alguna de las partes o ante su falta de contestación de la demanda. En estos casos, corresponderá al tribunal arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia. Asimismo si el tribunal arbitral admite la validez del convenio conserva su competencia aun en los casos de inexistencia y nulidad del contrato para determinar los derechos de las partes y pronunciarse sobre sus respectivas pretensiones y alegaciones. Para un mayor detalle de esta regla ver DERAIS, Yves & Eric A. SCHWARTZ. *A Guide to ICC Rules of Arbitration*, Second edition. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, p. 76-114 y CRAIG, W. Laurence; William PARK; Jan PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*. Third Edition. Oceana Publications, 2000, ps. 155/184.

(745) En el ámbito local, véase el artículo 39° del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima que regula el principio de *Competence-Competence* y el

3. JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

En el 2006 la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Buckeye Check Cashing, Inc. v. John Cardegna et al.* reafirmó la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral. *Buckeye* proveía al señor *Cardegna* —y otros— de dinero en efectivo a cambio de la entrega de cheques con un cargo financiero. Cada transacción constaba en un contrato escrito que contenía una cláusula arbitral.

Los demandantes plantearon una *class action* en la Corte de la Florida contra *Buckeye* reclamando que los contratos contenían intereses usureros y violaban las leyes de la Florida. La Corte Suprema de la Florida sostuvo que al alegarse que los contratos eran delictivos e ilegales no podían ejecutarse las cláusulas arbitrales porque los contratos podían luego ser declarados ilícitos.

La Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la decisión de la Corte Suprema de la Florida y sostuvo que las cláusulas arbitrales en cada uno de los contratos era ejecutable separadamente del resto del contrato y en virtud a que los demandantes habían cuestionado el contrato como un todo antes que la cláusula arbitral misma, son los árbitros en primer lugar y no las Cortes los que tienen que considerar si el contrato es nulo o ilegal⁽⁷⁴⁶⁾.

En el 2007 la Casa de los Lores del Reino Unido en el caso *Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v. Yuri Privalov & Ors* confirmaron la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral. La controversia se derivaba de 8 pólizas de fletamento que vinculaba a varias compañías armadoras y a los fletadores. Cada póliza incluía una cláusula de solución de controversias que establecía que cualquier disputa derivada del flete sería decidida por las Cortes inglesas, a menos que cualquiera de las partes escoja que la disputa sea sometida a arbitraje en Londres.

Los armadores rescindieron las pólizas alegando que habían sido celebradas por soborno. Los fletadores decidieron someter a arbitraje la disputa de acuerdo con la cláusula de solución de controversias,

artículo 8º de las Reglas de Arbitraje de AmCham Perú, que además del principio de *Competence-Competence* regula también el principio de separabilidad.

(746) La decisión se basó en el caso *Prima Paint v. Flood & Conklin Manufacturing Co.* de 1967, pionera en reconocer esta doctrina en Estados Unidos. Ver McDougall, Andrew de Lotbinière & Leon Ioannou, "Separability Saved: US Supreme Court eliminates Threat to International Arbitration". En: *Mealey's International Arbitration Report*, Vol. 21, March 2006. Para un mayor análisis ver RAU, Alan Scott, "Separability' in the United States Supreme Court". En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 5, 2007, ps. 25/61.

en respuesta los armadores iniciaron procesos ante las Cortes inglesas para defender sus derechos e impedir que el arbitraje prosiga alegando que las pólizas habían sido rescindidas con las cláusulas arbitrales contenidas en ellas. Consiguieron la orden judicial en primera instancia y luego la Corte de Apelaciones decidió que el asunto de la rescisión de las pólizas debía ser determinado por los árbitros.

Ante la Casa de los Lores, los armadores sostuvieron que habían rescindido las pólizas porque todo el acuerdo había sido inducido por soborno y que eran las Cortes las que debían determinar el asunto, debido a que los convenios arbitrales eran inválidos. Los Lores distinguieron 2 tipos de casos: i) Cuando la parte ataca la validez del contrato principal y del convenio arbitral con la misma base (como en los casos de falta de representación) y ii) Cuando la parte ataca la validez del contrato principal sin cuestionar el convenio arbitral.

Los Lores sostuvieron que el caso en análisis encajaba en el segundo tipo porque los armadores reclamaban que las pólizas habían sido adquiridas por soborno, sin embargo, no había indicios de que no habían autorizado la adquisición de las pólizas o que los términos del convenio arbitral habían sido celebrados por soborno. Por consiguiente, consideraron que el tribunal arbitral era competente para decidir si las pólizas debían ser rescindidas por el alegado soborno.

La Corte de Casación Francesa, por su parte, desde 1963 en el caso *Gosset v. Carapelli* reconoció que en materia de arbitraje internacional el acuerdo arbitral tiene autonomía jurídica, lo cual excluye que pueda ser afectado por una eventual invalidez del contrato. Recientemente esta doctrina fue reafirmada en el 2005 en el caso *Omenex v. Hugon*, donde la Corte de Casación sostuvo que la validez del convenio arbitral no es afectada por la nulidad o inexistencia del contrato principal⁽⁷⁴⁷⁾.

4. COMPETENCE-COMPETENCE POSITIVO

El artículo 40.1 de la Ley establece que los árbitros son competentes para decidir sobre su propia competencia contempla los siguientes supuestos de excepciones de arbitraje: i) inexistencia del convenio arbitral, ii) nulidad del convenio arbitral, iii) anulabilidad del convenio arbitral, iv) invalidez del convenio arbitral, v) ineficacia del convenio

(747) Ver POUDRET, Jean-Francis & Sébastien BESSON, *op. cit.*, ps. 135 y 140 y DELVOLVÉ, Jean-Louis; Gerald H. POINTON & Jean ROUCHE, *French Arbitration Law and Practice. A Dynamic Civil Law Approach to International Arbitration*. Second edition. Wolters Kluwer, 2009, p. 56.

arbitral, v) materia no sometida a arbitraje y vi) cualquier otra dirigida a impedir que se conozca el fondo de la controversia.

La Ley Modelo en su artículo 16º sólo se refiere a las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral, la ley peruana ha querido ser más específica con los supuestos y ha comprendido también a la nulidad, anulabilidad e ineficacia del convenio arbitral y a las materias fuera de los alcances del convenio arbitral pactado que se hayan sometido a decisión de los árbitros. Estos supuestos pueden materializarse en los siguientes casos: i) el contrato principal es inválido por razones que no invalidarían directamente la cláusula arbitral; ii) no existe ningún convenio arbitral entre las partes; iii) un convenio arbitral es formalmente inválido (cuando no esté por escrito) o materialmente inválido (cuando viole normas imperativas); iv) una materia no se encuentra dentro de los alcances del convenio arbitral; v) una norma imperativa prohíbe que una materia sea arbitrable aunque se encuentre dentro de los alcances del convenio arbitral y vi) la parte que solicita el arbitraje ha renunciado a su derecho de arbitrar o ha ejecutado actos en contra de ese derecho⁽⁷⁴⁸⁾.

Asimismo, junto con las excepciones referidas a la existencia y validez del convenio arbitral, que guardan directa vinculación con el *Competence-Competence* de los árbitros, se ha contemplado a las excepciones dirigidas a impedir que se conozca el fondo de la controversia, tales como prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales (*lis pendens*, requisitos de negociación previa, renuncia a reclamos, ausencia de una disputa legal o de una indispensable tercera parte); las que más bien guardan directa vinculación con la autoridad de los árbitros.⁽⁷⁴⁹⁾

Al respecto consideramos que resulta útil aquí distinguir los conceptos de “jurisdicción” y “admisibilidad” para explicar la diversa naturaleza de estas excepciones. Como explican los autores, si se discute si un reclamo puede o no ser llevado a un foro particular, la cuestión es ordinariamente una de jurisdicción y sujeta a revisión judicial; en cambio, si se discute si un reclamo no debe ser conocido en absoluto por el tribunal o al menos no por el momento, la cuestión es ordinariamente una de admisibilidad y la decisión del tribunal es final. En suma, son cuestiones de admisibilidad los alegados impedimentos a la consideración de los méritos de la controversia, los cuales no ponen

(748) BARCELO III, John J., *Loc. cit.*, p. 1118-1119.

(749) Para una aproximación arbitral a las excepciones de *res judicata* y *lis pendens* revisar los Reportes de la International Law Association en www.ila-hq.org

en tela de juicio la investidura misma del tribunal arbitral⁽⁷⁵⁰⁾ y que en nuestra ley se han materializado también como excepciones.

En cuanto al principio de separabilidad, contemplado en el artículo 41.2 de la Ley, también debe decirse que hay una mayor especificidad de los supuestos en relación con la Ley Modelo, se expresa así que la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contiene un convenio arbitral no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral. Por consiguiente, el tribunal arbitral es competente para decidir la controversia así como para pronunciarse sobre estos supuestos que afectan al contrato. Es preciso señalar que, siguiendo la misma lógica y aunque no haya sido referida de manera expresa en la norma, debe entenderse comprendido en estos supuestos a la resolución, rescisión y cualquier otra forma de extinción del contrato.

5. COMPETENCE-COMPETENCE NEGATIVO

El artículo 16° de la ley regula el efecto negativo del principio de *Competence-Competence* frente a las demandas judiciales, en nuestra opinión, en su vertiente francesa; es decir, luego de un examen *prima facie* de la existencia del convenio arbitral, los tribunales ordinarios deben remitir a las partes al arbitraje.

El instrumento que materializa esta protección es la excepción de convenio arbitral que la parte interesada debe invocar ante el juez que conoce de la demanda en el plazo que establezca la vía procesal correspondiente para formular excepciones.

La norma distingue luego los supuestos de arbitraje nacional y arbitraje internacional. Tratándose de arbitraje nacional, tenemos 2 momentos: i) si el arbitraje no se ha iniciado⁽⁷⁵¹⁾, el juez una vez acreditada la existencia del convenio arbitral debe amparar la excepción, salvo cuando el convenio fuese *manifestamente nulo*; y, ii) si el arbitraje se ha iniciado, el juez una vez acreditada la existencia del convenio arbitral debe amparar la excepción y remitir a las partes al arbitraje. La evaluación judicial de la existencia del convenio en estos casos consi-

(750) Ver PAULSSON, Jan, "Jurisdiction and Admissibility". En: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. ICC Publishing, 2005, ps. 616/617 y PARK, William W., "The Arbitrator's Jurisdiction to determine Jurisdiction". En: ICCA Congress, Montréal 2006, 13 ICCA Congress Series 55, p. 74.

(751) Para efectos de determinar el inicio del arbitraje debe tenerse en cuenta el artículo 33° de la Ley.

deramos debe ser *prima facie* a fin de evitar tácticas dilatorias o reticentes al arbitraje.

Tratándose de arbitraje internacional, tenemos también 2 momentos: i) si el arbitraje no se ha iniciado, el juez, una vez acreditada la existencia del convenio arbitral, debe amparar la excepción, salvo que compruebe que el convenio fuese *manifiestamente nulo*, según la ley que le sea aplicable⁽⁷⁵²⁾; y, ii) si el arbitraje se ha iniciado, el juez igualmente, una vez acreditada la existencia del convenio, debe amparar la excepción, salvo que compruebe que la materia viola *manifiestamente el orden público internacional*. Sostenemos que también aquí el análisis judicial de la existencia del convenio debe ser *prima facie* y que cualquier determinación mayor de la validez del convenio debe estar en manos de los árbitros en primer término.

Por último, el artículo 16.5 de la ley, en línea con el artículo 8.2 de la Ley Modelo, permite que las actuaciones arbitrales se inicien o continúen y que incluso se dicte un laudo, mientras se encuentre pendiente ante los tribunales ordinarios la acción y la excepción planteada.

6. FORMULACIÓN DE LAS EXCEPCIONES

Las excepciones deben plantearse una vez que la parte toma conocimiento de las reclamaciones o de las circunstancias que considera objeto de incompetencia del tribunal arbitral, así tenemos 2 momentos: i) con la contestación de la demanda y ii) durante las actuaciones arbitrales.

El plazo máximo para plantear excepciones frente a una demanda es la contestación de la demanda, sea que se trate de excepciones sobre la existencia o validez del convenio o excepciones relacionadas a la materia controvertida. Aquí es preciso tener en cuenta una cuestión práctica, en no pocas ocasiones la parte que objeta la existencia o validez del convenio asume una posición contraria al arbitraje y decide no participar luego de dar a conocer o no dar a conocer sus razones. En estos casos, consideramos que el tribunal arbitral, no obstante la renuencia de la parte, debe evaluar sus razones, en la medida que las conozca mediante los antecedentes o las pruebas del caso.

Durante las actuaciones arbitrales, de otro lado, es posible que sean sometidas a decisión de los árbitros nuevas materias debido a las ampliaciones o modificaciones de la demanda o de la contestación que permite el artículo 39.3 de la ley, por lo que se encuentran también

(752) Existen aquí 3 posibilidades: i) la ley aplicable al convenio elegida por las partes, ii) la ley del fondo de la controversia y iii) la ley peruana.

sujetas al planteamiento de excepciones, en la medida que excedan el ámbito de competencia del tribunal arbitral. La norma exige que estas excepciones se opongan “tan pronto como sean planteadas” las materias fuera de competencia del tribunal. Este requisito de inmediatez debe ser ponderado, sin embargo, con criterios de razonabilidad por las partes y en último término por el tribunal arbitral, quien las admitirá en la medida que encuentre causas justificadas para la demora.

Una cuestión adicional que merece ser comentada es la posibilidad de que sean los árbitros *ex officio* los que consideren temas que atañen a su competencia en cualquier momento⁽⁷⁵³⁾. Sobre este aspecto, escriben los autores, es preciso que aun en presencia de dudas sobre su competencia, el tribunal arbitral no decline jurisdicción, puesto que el no ejercicio de la impugnación de la falta de jurisdicción por las partes constituye una renuncia al derecho a objetar y en definitiva una aceptación del arbitraje (autonomía de la voluntad)⁽⁷⁵⁴⁾. No obstante, el único supuesto que puede ser considerado por iniciativa de los árbitros es la materia arbitrable, si el tribunal arbitral advierte que se encuentra frente a una materia que no es susceptible de arbitraje, está facultado para declararse incompetente aunque no haya sido planteado por las partes. Aquí la autonomía de la voluntad no es suficiente porque se trata de una barrera legal⁽⁷⁵⁵⁾.

7. DECISIONES DE COMPETENCIA

El tribunal arbitral tiene entera discreción para decidir las excepciones de manera preliminar o junto con las cuestiones de fondo en un laudo definitivo, salvo que exista un pacto de las partes que los obligue a resolver en uno u otro momento. El criterio imperante para decidir este aspecto es el grado de vinculación del objeto de la excepción con los temas de fondo, si la excepción no compromete directamente te-

(753) Recordemos que la Ley General de Arbitraje de 1996 en su artículo 39° contemplaba la facultad de oficio de los árbitros para pronunciarse sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado para resolver la materia controvertida en los arbitrajes nacionales, que asumimos fue importada del artículo 23.3 de la Ley Española de Arbitraje de 1988, aunque ésta se refería a la apreciación de oficio sólo para los casos de falta de competencia objetiva de los árbitros (materia arbitrable). La Ley Española de 2003 abandonó, sin embargo, esta prerrogativa expresa.

(754) Ver al respecto GONZALES DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Porrúa, México, 2004, ps. 137/138.

(755) Sobre este punto ver MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Madrid, 2005, Iustel p. 142. Menciona también este autor los asuntos objeto de litigio que contravienen el orden público, casos en los cuales el árbitro tiene la posibilidad de ejercer un control del orden público.

mas de fondo puede resolverse luego de agotada la discusión sobre este aspecto; en caso contrario, es más conveniente que la decisión sea tomada al momento de emitir un laudo definitivo⁽⁷⁵⁶⁾.

En cuanto a la forma que debe adoptar esta decisión, si se trata de una decisión preliminar estamos ante una decisión de competencia, si se trata de decidir junto con las cuestiones de fondo estamos ante un laudo definitivo. En la práctica arbitral internacional la expresión “laudos parciales” puede comprender tres tipos de decisiones: i) decisiones sobre jurisdicción, ii) decisiones sobre determinados asuntos de fondo y iii) decisiones sobre medidas cautelares. No obstante, nuestra ley ha reservado, en nuestra opinión, el uso de la terminología “laudos parciales” para decisiones que resuelven sobre el fondo de la controversia (artículo 54º).

Ahora bien, existen 3 posibilidades en cuanto a la decisión de las excepciones por parte del tribunal arbitral: i) desestimar la excepción con carácter previo, ii) estimar la excepción con carácter previo y iii) desestimar la excepción en el laudo definitivo. Las tres decisiones están sujetas a revisión judicial. La revisión judicial se justifica por cuanto el principio de *Competence-Competence*, como hemos visto, establece una regla de prioridad que permite que la decisión final sobre la competencia de los árbitros quede en manos de los tribunales judiciales.

Tratándose de decisiones desestimatorias de las excepciones, como cuestión previa o en un laudo definitivo, siempre podrá recurrirse a la determinación final de los tribunales judiciales. En el primer caso, la Ley Modelo establece un recurso ante los tribunales judiciales dentro de los 30 días siguientes a la notificación de la decisión del tribunal arbitral para que resuelva la cuestión de manera inapelable⁽⁷⁵⁷⁾. En cambio, la Ley Holandesa y la Ley Belga establecen que la impugnación de la decisión de los árbitros debe hacerse luego de emitido un

(756) Por ejemplo, cuando una parte cuestiona la validez del convenio arbitral (como excepción) y la validez del contrato (como tema de fondo) amparándose en la misma causa.

(757) Este denominado “control judicial concurrente” tiene como ventaja principal que las partes saben relativamente rápido la situación en la que se encuentran y ahorran tiempo y dinero si el arbitraje no tiene fundamento (salvo que el tribunal arbitral decida continuar con el arbitraje). Sin embargo, tiene también 2 argumentos en contra: i) no debería incentivarse el recurso a los tribunales de justicia durante el curso del arbitraje a fin de evitar interferencias exteriores y ii) permitir el recurso a los tribunales judiciales durante el curso del arbitraje puede incentivar tácticas dilatorias. Al respecto ver REDFERN, Alan & Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Fourth Edition, Thomson/Sweet & Maxwell, London, 2004, ps. 256/257.

laudo sobre el fondo de la controversia⁽⁷⁵⁸⁾. La ley peruana sigue esta última solución y establece que la impugnación en ambos casos debe hacerse con el recurso de anulación del laudo definitivo.

Cuando la decisión de los árbitros es estimatoria de la excepción, la mayoría de las legislaciones no se pronuncian sobre si esa decisión negativa de competencia de los árbitros debe estar sujeta a revisión judicial. La Ley Modelo guarda silencio al respecto, la Ley Holandesa establece que en estos casos serán competentes los tribunales ordinarios, salvo que las partes hayan convenido de otro modo⁽⁷⁵⁹⁾; la Ley Suiza admite la posibilidad de que todo laudo de jurisdicción positivo o negativo pueda ser revisado mediante recurso de anulación⁽⁷⁶⁰⁾, la Ley Belga admite expresamente que las decisiones negativas de jurisdicción de los árbitros puedan ser objeto de revisión judicial⁽⁷⁶¹⁾ y la Ley Española admite implícitamente que una decisión negativa de competencia pueda ser objeto de acción de anulación al establecer, sin distinciones, que las decisiones de los árbitros sobre las excepciones puedan ser impugnadas por anulación⁽⁷⁶²⁾.

En nuestra opinión, el recurso de anulación respecto de una decisión de competencia positiva de los árbitros, se justifica en la medida que para someterse al arbitraje es necesario que el convenio arbitral sea válido, eficaz y vinculante y es necesario que el juez controle este aspecto para legitimar toda actuación y decisión arbitral. En cambio, frente a una decisión de competencia negativa, no se obliga a las partes a someterse a un fuero especial, sino todo lo contrario, quedan bajo la jurisdicción de los tribunales ordinarios porque nunca tuvieron un convenio válido, eficaz y vinculante que les permita solucionar su controversia en arbitraje. En suma, no existe en estos casos una causal para un recurso de anulación porque la causal está referida a la inexistencia e invalidez del convenio arbitral que impiden que el arbitraje tenga lugar. No obstante, por mandato de la ley, los jueces deberán controlar las decisiones negativas de competencia de los tribunales arbitrales.

(758) Ver artículos 1052.4 y 1697.3 de los Códigos de Procedimientos Civiles de Holanda y Bélgica respectivamente.

(759) Ver artículo 1052.5 del Código de Procedimiento Civil.

(760) Ver artículo 190.2.b de la Ley de Derecho Internacional Privado.

(761) Ver artículo 1697.3 del Código de Procedimiento Civil.

(762) Ver artículo 22.3 de la Ley Española de Arbitraje. Ver MANTILLA-SERRANO, Fernando, *op. cit.*, p. 143. Advierte este autor el cambio en relación con la Ley Española de Arbitraje de 1988, cuyo artículo 23.2 expresamente establecía que cuando los árbitros estimaban la oposición referida al convenio arbitral, quedaba expedito el acceso a los órganos jurisdiccionales para la solución de la controversia, sin recurso contra la decisión arbitral.

En cuanto a las decisiones sobre las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y otras de la misma naturaleza, al tratarse de una esfera de “admisibilidad”, según hemos anotado líneas arriba, no están sujetas a revisión judicial mediante el recurso de anulación.

Dos precisiones finales sobre la norma: i) por la expresión “laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia” debemos entender todo laudo sobre el fondo de la controversia, sea parcial o final, de tal suerte que la decisión de competencia contenida en estos laudos puede ser impugnada mediante recurso de anulación⁽⁷⁶³⁾ y ii) cuando existen varias materias sometidas a decisión de los árbitros y sólo algunas de ellas han sido objeto de una excepción que se ampara, en estos casos las actuaciones continúan respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante el recurso de anulación contra un laudo definitivo, en los términos apuntados.

8. JURISPRUDENCIA NACIONAL

En el ordenamiento peruano al menos en 2 oportunidades se han pronunciado nuestros máximos tribunales jurisdiccionales sobre el *Competence-Competence*, con razonamientos particulares en cada caso.

En el caso *Algodones Tangüis S.A. vs. Sul América Compañía de Seguros S.A. y Banco Latino*, una compañía demandó en la vía judicial a una aseguradora y al banco que tomó el seguro, el pago de una indemnización derivada de una póliza de seguro así como la nulidad del convenio arbitral contenido en las condiciones generales de dicha póliza, por cuanto sostuvo: i) que el nuevo texto del artículo 1398º del Código Civil que elimina la prohibición de cláusulas arbitrales en contratos de adhesión, no estaba vigente cuando se celebró el convenio arbitral (1990) y ii) que la demandante nunca otorgó poder especial al Banco Latino para que celebre un convenio arbitral al contratar un seguro a favor de la obra civil dada en hipoteca, por lo que el convenio arbitral era ineficaz según los artículos 161º, 167.3 y otros del Código Civil.

(763) El artículo 22.3 de la Ley Española de Arbitraje tiene una mejor redacción sobre el particular: “Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral”.

El juez de primera instancia, al amparo del artículo 16° de la Ley General de Arbitraje⁽⁷⁶⁴⁾, declaró fundada la excepción de convenio arbitral planteada por los demandados luego de verificar la existencia del convenio arbitral. La Corte Superior de Lima confirmó esta decisión. La Corte Suprema, sin embargo, casó y revocó la decisión de la Corte Superior por considerar que las instancias inferiores negaban la tutela judicial a que tiene derecho la actora “pues no puede oponerse a una defensa de forma (convenio arbitral) a una pretensión que busca precisamente cuestionar la validez del convenio vía acción procesal”⁽⁷⁶⁵⁾.

La Corte Suprema, en este caso, no respetó los términos del *Competence-Competence* negativo previsto en el artículo 16° de la ley de arbitraje anterior que sólo impedía la remisión a los árbitros en casos de materia manifiestamente no arbitrable según el artículo 1° de la ley. El razonamiento del máximo tribunal fue por otro lado, sostuvo que una excepción de convenio arbitral *no puede* ser opuesta a una pretensión que se refiere precisamente a la validez del convenio arbitral como acción. No obstante, el argumento es errado porque no corresponde a los jueces en este momento evaluar la validez del convenio arbitral, sino únicamente verificar su existencia y permitir que los árbitros se pronuncien al respecto para luego revisar esa decisión después del laudo.

El Tribunal Constitucional también se ha ocupado del principio de *Competence-Competence* delineando contornos particulares en dos casos vinculados provenientes de un mismo arbitraje. Se trata del hábeas corpus *Fernando Cantuarias Salaverry vs. 38° Fiscalía Provincial*

(764) “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 proseguir e inclusive dictarse el laudo”.

(765) Ver sentencia del 13/11/2001 (Casación N° 1085-2001/LIMA) en www.li-maarbitration.net.

de Lima⁽⁷⁶⁶⁾ y de la acción de amparo *Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. vs. Compañía Sulliden Shahuindo S.A.C.*⁽⁷⁶⁷⁾.

En el primer caso, el señor Fernando Cantuarias, miembro del tribunal arbitral, ante la amenaza inminente de que se inicie un proceso penal y se dicten medidas cautelares que afecten su libertad y su patrimonio, planteó un hábeas corpus luego de ser denunciado por los delitos de falsedad genérica y fraude procesal luego de no prosperar una recusación en su contra. En el análisis del caso, el Tribunal Constitucional asumió como premisa que el arbitraje era una jurisdicción reconocida en la Constitución y luego enlazó los principios de “no interferencia” de una jurisdicción con el principio de *Competence-Competence* en los siguientes términos:

“12. El reconocimiento de la jurisdicción arbitral comporta la aplicación a los tribunales arbitrales de las normas constitucionales y, en particular, de las prescripciones del artículo 139º de la Constitución, relacionadas a los principios y derechos de la función jurisdiccional. Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de “no interferencia” referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluida autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

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

(766) Ver sentencia del 28.2.2006 (Expediente N° 6167-2005-PHC7TC) en www.limaarbitration.net.

(767) Ver sentencia del 30.4.2006 (Expediente N° 1567-2006-PA/TC) en www.limaarbitration.net.

de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial.

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

Así, esta sentencia, de un lado, confirmó la autonomía del arbitraje frente a interferencias judiciales de cualquier naturaleza y el poder de los árbitros para conocer de las materias sometidas a su conocimiento, incluso sobre pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio y, de otro lado, dejó abierta la posibilidad de un “control constitucional” posterior innecesario e injustificado.

En el segundo caso, Exploraciones Algamarca planteó una acción de amparo por violación al derecho fundamental del debido proceso legal, al derecho a no ser desviado de la jurisdicción preterminada por ley y al derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial debido a que se seguía un arbitraje basado en un convenio arbitral inválido, suscrito por un representante sin facultades para pactar arbitraje. El Tribunal Constitucional en su razonamiento invocó que en sentencia anterior se había pronunciado reconociendo la plena vigencia del principio de *Competence-Competence*, no obstante precisa:

“28. En el caso de autos el tribunal arbitral es el competente para pronunciarse sobre su propia competencia. Sin embargo, se debe tener en consideración que el principio de la “competencia de la competencia” no trasciende el ámbito de aplicación de la Ley General de Arbitraje, ni genera una zona exenta de control constitucional, pues, como bien se enfatiza en la última parte del fundamento 13 de la sentencia recaída sobre el Exp. 6167-2005-PHC/TC, será posible cuestionar la actuación arbitral por infracción de la tutela procesal efectiva (fundamento 8, *supra*) y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de observancia obligatoria, emitidos por este Colegiado, en atención a los artículos VI, *in fine*, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respectivamente”.

El máximo tribunal vuelve a referirse aquí al principio de *Competence-Competence*, esta vez para declarar que no genera una zona exenta de “control constitucional”, cuando este principio en realidad lo único que hace, como hemos apuntado, es crear una “regla de prioridad” a favor de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre su propia competencia pero que luego es revisada por los jueces mediante el recurso de anulación; siendo ésta la vía idónea en materia arbitral para controlar cualquier exceso del tribunal arbitral incluso sobre violaciones al derecho a un debido proceso legal.

El grave error de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Cantuarias ha sido establecer el recurso de anulación del laudo arbitral como una vía previa que debe agotarse para luego iniciarse la acción constitucional. Si no hubiera mecanismos y vías para controlar los abusos, excesos y violaciones a derechos como el debido proceso en el sistema arbitral, sería perfectamente aplicable un enfoque de vía previa a los laudos arbitrales como el que propone el Tribunal Constitucional. No obstante, la ley de arbitraje prevé el recurso de anulación con este propósito, de manera que el recurso de anulación constituye una vía idónea para reclamar estas situaciones, lo que hace innecesaria la vía constitucional. Por esta razón la Duodécima Disposición Complementaria de la ley establece que para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5º del Código Procesal Constitucional⁽⁷⁶⁸⁾, se entiende que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

En el recurso de anulación del laudo de *Compañía Minera Algamarca S.A. y Compañía de Exploraciones Algamarca S.A. vs. Minera Sulliden Shahuindo S.A.C.*, la Corte Superior de Lima declaró nulo el laudo por considerar que el convenio arbitral era nulo⁽⁷⁶⁹⁾. Los hechos son los mismos que motivaron la acción de amparo antes referida, las compañías Algamarca alegaron que su gerente general, el señor Miguel de Orbegoso Tudela, había sido autorizado para transferir los derechos mineros de ambas compañías pero no había sido autorizado para someter a arbitraje las controversias derivadas de dicho contrato. El tribunal arbitral en mayoría desestimó esta excepción y se declaró competente y luego al emitirse el laudo fue objeto de anulación.

La Corte Superior en su razonamiento se limitó a hacer una aplicación estricta del inciso 3 del artículo 167º del Código Civil que exige autorización expresa a los “representantes legales” para someterse a arbitraje, luego de establecer que la Junta General de Accionistas de las compañías sólo habían autorizado al señor Orbegoso la venta de las concesiones mineras en su condición de “persona natural” y no en su calidad de “gerente general”, por consiguiente, declaró que el convenio arbitral era nulo y no podía vincular a las compañías Algamarca.

(768) Esta norma establece: “No proceden los procesos constitucionales cuando: [...] 2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *hábeas corpus*”.

(769) Ver sentencia del 9/8/2007 (Expediente N° 1757-2006) en www.limaarbitration.net.

En nuestra opinión, la Corte no tomó en cuenta circunstancias relevantes del caso como las siguientes: i) el señor Orbegoso no sólo era gerente general, sino además presidente del directorio y accionista de las compañías, por lo que resulta artificioso pensar que las compañías le otorgan un poder en su calidad de “persona natural”, sin ninguna vinculación a su cargo; ii) el hecho de que Algamarca haya actuado en contra de sus propios actos al invocar la existencia del convenio arbitral en un proceso judicial anterior y luego cuestionar su validez para efectos del arbitraje; iii) la buena fe de Sulliden que contrató con las compañías Algamarca y que no debe asumir la carga de la falta o insuficiente representación del gerente general de las compañías para celebrar actos a nombre de ellas, iv) la conducta de Algamarca que sólo cuestionó el exceso de poder de su apoderado cuando surgió una controversia y su aceptación tácita; y, v) los usos y costumbres de la plaza para pactar arbitrajes en contratos mineros.

En el derecho comparado los autores han establecido tres cuestiones sobre este problema. La primera cuestión es si la validez de un convenio arbitral está condicionada a una específica autorización del representado o si es suficiente una autorización general. No obstante, las restricciones de los Códigos Civiles de Francia (artículo 1989°), Austria (artículo 1008°) y España (artículo 1713°) que exigen, al igual que el Código Civil Peruano, un poder específico para pactar convenios arbitrales, en el comercio internacional una autorización general para contratar será suficiente para celebrar convenios arbitrales válidos.

La segunda cuestión se refiere a los poderes de funcionarios y directivos, aquí debe seguirse como principio que los funcionarios responsables de la gestión están autorizados para pactar convenios arbitrales, los cuales son vinculantes para la compañía, no obstante, cualquier restricción en los estatutos o en la ley que rige esos estatutos. Y la tercera cuestión está referida a la forma que debe revestir el poder para celebrar convenios arbitrales, aquí se sostiene que ninguna condición particular de forma se debe exigir siempre que el consentimiento de las partes sea cierto⁽⁷⁷⁰⁾.

En 1980, en el caso *Intercaat vs. Ets Peschaud*, el director que condujo todas las negociaciones firmó el acuerdo de arbitraje, aunque sólo tenía poder para firmar colectivamente con otro director. La Corte de Apelaciones de París sostuvo que el arbitraje era uno de los medios normales de resolver controversias entre comerciantes y que la firma de un convenio arbitral era en materia comercial un acto ordinario de

(770) FOUCHARD, Philippe; Emmanuel GAILLARD y Berthold GOLDMANN, *op. cit.*, ps. 250/251.

gestión y que una de las partes había legítimamente creído que el poder en manos de un director de la empresa le daba derecho a celebrar convenios arbitrales⁽⁷⁷¹⁾.

En 1997, en el exequatur *Dalmine S.p.A. v. M&M Sheet Metal Forming Machinery A.G.*, se alegó que los dos administradores que firmaron la cláusula de arbitraje excedieron sus poderes porque sólo estaban autorizados para representar a la compañía en transacciones ordinarias y no extraordinarias, como la celebración de acuerdos arbitrales. La Corte de Casación Italiana concluyó que la suscripción de un acuerdo arbitral no constituye un acto extraordinario de administración y admitió la ejecución del laudo⁽⁷⁷²⁾.

Más recientemente, en el 2004, en el caso *Société Barges Agro Industries vs. Société Young Pecan Company*, el gerente de ventas de Barges firmó una orden de confirmación de pedido con la compañía Young Pecan que contenía un convenio arbitral, teniendo facultades para firmar órdenes de venta o de compra pero no para someter a la compañía a un arbitraje. La Corte de Apelaciones de París sostuvo que el arbitraje era uno de los medios normales de resolver controversias de comercio internacional y que la firma de un convenio arbitral contenida en la confirmación de pedido era un acto ordinario de gestión que vinculaba a Barges, quien no podía invocar la falta de poderes de su gerente de ventas para impugnar la validez de la cláusula arbitral⁽⁷⁷³⁾.

Dos normas resultan además ilustrativas de estos criterios que buscan proteger al tercero de buena fe que contrata con un representante aparente: i) la Primera Directiva del Consejo Directivo de la Comunidad Europea de 1968 para proteger los intereses de socios y terceros, el cual establece en su artículo 9.2: “*Las limitaciones a los poderes de los órganos de la sociedad, resultantes de los órganos competentes, no se podrán oponer frente a terceros, incluso si se hubieran publicado*,” y ii) el mismo sentido, el artículo 158º de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987 que expresa: “*Una compañía no puede invocar restricciones en los poderes de representación de un director,*

(771) *Ibid.*, p. 253.

(772) Ver SUAREZ ANZORENA, C. Ignacio, “La Defensa de Incapacidad en la Convención de Nueva York”. En: Guido S. TAWIL y Eduardo ZULETA (Directores). *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, p. 405.

(773) En *Revue de l'Arbitrage*, N° 1, 2006, ps. 154/160. Para casos de falta de representación o capacidad particularmente en empresas estatales y la aplicación de la buena fe por los tribunales arbitrales respectivos ver MAYER, Pierre, “Le prince de bonne foi devant les arbitres du commerce international”. En: *Festschrift Pierre Lalive*, Basel, Frankfurt a.M., 1993, ps. 551/552.

un funcionario o un representante, los cuales son desconocidos bajo la ley del lugar del negocio o residencia habitual de la otra parte, a menos que ésta parte hubiera conocido o hubiera podido conocer de estas restricciones"⁽⁷⁷⁴⁾.

En suma, consideramos que la solución de la Corte Superior de Lima no fue la más apropiada para el desarrollo del arbitraje, existían una serie de elementos a favor para considerar que se había producido un supuesto de representación aparente que no debe perjudicar al tercero de buena fe que pactó un arbitraje en la creencia que el representante contaba con todas las facultades para hacerlo. Más decepcionante, sin embargo, fue la decisión de la Corte Suprema, que aun cuando casó la sentencia de la Corte Superior y declaró nulo e insubsistente todo lo actuado, lo hizo por razones de vicio procesal en la tramitación del recurso, porque no se notificó con la debida anticipación la vista de la causa y porque se notificó con posterioridad a la vista de la causa una decisión que rechazaba *in limine* la recusación contra un magistrado⁽⁷⁷⁵⁾.

Una jurisdicción más favorable al arbitraje, sin duda, hubiera tomado esta oportunidad para dilucidar el tema y defender la validez del convenio y de esta manera afianzar el desarrollo de la institución del arbitraje; no obstante, el camino de las decisiones más óptimas en la materia, propias de foros representativos del arbitraje en el mundo, parece que todavía está por recorrerse en nuestras Cortes.



Art. 42°.—Audiencias.

1. El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones o si las actuacio-

(774) La Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación de 1978 (La Haya) no establece una solución particular sino que deriva el problema a la ley interna del Estado en el que el intermediario tuviera su establecimiento profesional (artículo 11°). Por su parte, la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de 1994 (México), deja un amplio margen de discrecionalidad al referir que se tomará en cuenta las normas, costumbres y principios del derecho comercial internacional así como los usos y prácticas comerciales de general aceptación para decidir la cuestión de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica (artículo 15°).

(775) Ver sentencia del 22.12.2008 (Casación N° 4656-2007-LIMA) en www.li-maarbitration.net.

nes serán solamente por escrito. No obstante, el tribunal arbitral celebrará audiencias en la fase apropiada de las actuaciones a petición de una de las partes, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrará audiencias.

2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.

3. Salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas.

4. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás información que una parte aporte al tribunal arbitral se pondrá en conocimiento de la otra parte. Asimismo, se pondrá a disposición de las partes cualquier otro material perteneciente a la controversia que sea entregado al tribunal arbitral por las partes o por cualquier tercero y en los que puedan fundar su decisión.

COMENTARIO ⁽⁷⁷⁶⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La oralidad: ¿“principio procesal” deseable? 3. Evaluación crítica de las audiencias típicas. 3.1. Audiencia de instalación. 3.2. Audiencia de conciliación. 3.3. Audiencia de saneamiento procesal. 3.4. Audiencia de fijación de puntos controvertidos. 3.5. Audiencia de informes orales. 4. La, “libertad de audiencias” del artículo 42º de la LA. 5. Algunos aspectos que aclarar. 5.1. ¿Cuál es el momento en que corresponde definir si se celebrarán o no audiencias? 5.2. ¿Es aplicable la regla de “libertad de audiencias” a la prueba pericial? 5.3. ¿Es aplicable la regla de “libertad de audiencias” a la prueba testimonial? 5.4. ¿Permite la LA la realización de audiencias virtuales? 5.5. ¿Cómo se entiende la expresión “por medio de representantes” contenida en el artículo 42º de la LA? 5.6. ¿Qué significa que las audiencias deban ser “privadas”? 5.7. ¿Permite el artículo 42º que las partes soliciten la realización de audiencias en cualquier estadio del proceso? 6. Algunas recomendaciones para la audiencia de informe oral⁽⁷⁷⁷⁾. 6.1. La preparación del informe oral. 6.2. Principios y técnicas para maximizar el impacto del informe oral. 7. Para terminar: todo depende de la actitud (y calidad) de los árbitros.

(776) Por **SHOSCHANA ZUSMAN TINMAN**: Socia del Estudio Shoschana Zusman T. Profesora de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(777) Este acápite del artículo es un resumen del artículo titulado “Cómo maximizar el impacto del informe oral” publicado en *Themis Revista de Derecho* N° 53; 2007.

1. INTRODUCCIÓN

Las audiencias son, más frecuentemente de lo que se cree, episodios centrales en un proceso arbitral, a tal punto, que pueden, incluso, determinar su resultado. La nueva ley de arbitraje (LA), sin embargo, ha dejado librada su realización a la decisión de los árbitros, aunque reconoce que, para realizarlas, basta la solicitud de cualquiera de las partes. ¿Es una opción correcta la de la LA? ¿O debió incluir como obligatorias, al menos, las audiencias consideradas esenciales? Y, de ser ese el caso, ¿cuáles son las audiencias esenciales?

El tema es, ciertamente, debatible y tiene fundamentalmente que ver con el espacio que merece la oralidad en un proceso arbitral y con el grado de formalidad deseable para su adecuado desarrollo. Por eso, en el presente artículo me propongo (i) referirme brevemente al, así llamado, principio procesal de oralidad y analizar si hoy —siglo XXI— sigue teniendo las ventajas que se le atribuyeron en el siglo pasado; (ii) evaluar la utilidad de las audiencias típicas, a saber, las de instalación, conciliación, saneamiento y fijación de puntos controvertidos, actuación de algunas pruebas e informes orales; (iii) apreciar si la LA ha hecho o no lo correcto al flexibilizar de manera tan radical la realización de las audiencias; (iv) interpretar algunos aspectos del artículo 42° de la LA que requieren ser aclarados; y (v) en el terreno de las habilidades, hacer un pequeño recuento de aquellos aspectos que deben tenerse en cuenta para maximizar el impacto de la defensa oral.

2. LA ORALIDAD: ¿“PRINCIPIO PROCESAL” DESEABLE?

Desde inicios del siglo pasado y, especialmente, a partir de la obra de Chiovenda y luego de Cappeletti, se comenzó a reclamar la introducción de la oralidad en el procedimiento civil⁽⁷⁷⁸⁾. Dicho reclamo se fundaba en que los procesos escritos —que predominaron durante casi todo el siglo XIX— se consideraban dilatorios, costosos, abiertos al abuso mediante maniobras entorpecedoras y, más aún, “[...] medio(s) para crear confusión en el juez y en la contraparte y a veces hasta aparecer lo accidental como esencial”⁽⁷⁷⁹⁾. A esas desventajas se oponía la ventaja de la oralidad, que permitía la mejor aplicación de

(778) NIEVA FENOLL, Jordi: *La oralidad en la Ley de Enjuiciamiento Civil: ¿se ha generado superficialidad y precipitación en la elaboración de resoluciones judiciales*. En: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2666615>.

(779) DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Tomo I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 40.

los principios de concentración e intermediación⁽⁷⁸⁰⁾ y que otorgaba mayor capacidad al juez para juzgar, ya que tenía la posibilidad de apreciar directamente los hechos sometidos a su examen y conocer a los litigantes “en persona”⁽⁷⁸¹⁾. La inmediatez de la oralidad, pues, se oponía a la distancia y frialdad de la escritura. Y, a partir del valor concedido a la oralidad, los procesos civiles comenzaron a incorporarla, a punto que muchos países (España, por ejemplo) adoptaron procedimientos sumarios básicamente orales.

Hoy, sin embargo —iniciando el siglo XXI— me pregunto si esas ventajas se mantienen. Más allá del análisis de cada una de las audiencias típicas, que abordaré en el siguiente acápite, yo diría que muchos de los vicios e inconvenientes que, durante el siglo pasado, se atribuyeron al procedimiento escrito, tienen que ver con un contexto en el que la escritura misma (inicialmente a mano y luego mediante máquina de escribir) eran los principales factores dilatorios. Todo tomaba más tiempo, desde redactar los escritos, editarlos y transcribirlos, hasta proyectar las resoluciones, las actas de las audiencias, las notificaciones y demás actos procesales que requerían forma escrita. Hoy, en cambio, se puede producir un texto escrito —y enviarlo— con mucha mayor velocidad de la que le toma a un abogado llegar a la sede arbitral. Asimismo, ciertos formatos, como son los de las resoluciones de mero trámite, suelen conservarse archivados y pueden ser copiados hasta el infinito; los árbitros se comunican entre sí y con los centros arbitrales, a través del correo electrónico, y prescinden, cada vez más, de reuniones, con la gran ventaja de no tener que desplazarse en automóvil evitando además —externalidad importante— contaminar el planeta. No parece, por lo demás, lejano el momento en el que todos los procesos arbitrales, serán virtuales (incluyendo las audiencias), lo que colocará la discusión entre oralidad y escritura en un plano de reflexión, totalmente distinto.

Vistas así las cosas, ¿en qué radica la ventaja de la oralidad frente a la escritura en el procedimiento arbitral? La mejor manera de responder a dicha pregunta es evaluando cada una de las audiencias típicas. Cosa que haré, básicamente, a partir de mi experiencia en procesos arbitrales.

(780) El principio de concentración implica la “realización de las actuaciones procesales en una o sucesivas sesiones próximas en el tiempo, evitándose la dilatación en el tiempo de los actos que se concentran en al vista oral, por lo que se relaciona este principio con el de la oralidad” y el principio de intermediación, según el cual, es “esencial que la actividad probatoria se practique ante el juez o tribunal competente, exigencia acorde con el principio de oralidad que rige en nuestro ordenamiento procesal”. Diccionario Jurídico Thompson-Aranzadi, 2004.

(781) DEVIS ECHANDÍA, *op. cit.*, p. 40.

3. EVALUACIÓN CRÍTICA DE LAS AUDIENCIAS TÍPICAS

3.1. Audiencia de instalación

La práctica usual es que la audiencia de instalación se realice con presencia de las partes. Ello tiene la ventaja de permitirles formular sus observaciones al acta, como ocurre muy frecuentemente con la solicitud de ampliación de plazos. Pero, ¿es necesaria su presencia para que el tribunal rectifique el acta? ¿no cabe dar intervención a las partes en este estadio, consultándoles el texto de acta mediante correo electrónico?

Se considera también, que la presencia de las partes es importante porque, de esa manera, éstas ratifican el procedimiento establecido por el tribunal, evitándose, con ello, futuras impugnaciones. Pero, ¿es la presencia física de las partes lo que interesa o lo importante es su intervención? Porque, la intervención puede hacerse también a través de correo electrónico, como viene ocurriendo en muchos arbitrajes, donde los árbitros suelen consultar por anticipado a los abogados de las partes y vía correo electrónico, el texto del acta de instalación, con la finalidad de no demorar la audiencia. Lo cual no hace sino demostrar que la audiencia de instalación es una mera formalidad donde, en el mejor de los casos, los abogados concurren al tribunal a leer y ratificar un acta pre-redactada por los árbitros o por el centro arbitral. ¿No se trata, entonces, de la oralidad por la oralidad?

Por eso, salvo casos muy especiales⁽⁷⁸²⁾, la realización de una audiencia de instalación no es necesaria, porque la consulta a las partes —que sí es, en mi opinión, indispensable— puede hacerse por la vía del correo electrónico, como ocurre en la realidad, con el consecuente ahorro de tiempo, tanto para los árbitros como para las partes.

3.2. Audiencia de conciliación

Si bien el ideal en cualquier proceso, sea judicial o arbitral, es la conciliación, la realización de una audiencia especial y obligadamente convocada para dicho fin, no parece ser indispensable. Y la razón es muy simple. Cuando dos partes han decidido afrontar una controversia —con todo lo que eso implica— es porque consideran muy difícil, si no imposible, conciliar. Y si, en todo caso, estuvieran dispuestas a hacerlo, no tienen por qué esperar a la realización de audiencia es-

(782) Entre los casos que justifican la celebración de una audiencia de instalación se encuentran aquellos en los que el convenio arbitral es poco claro —que, a veces debe ser reformulado— o en los que se ha acordado un plazo para laudar demasiado breve.

pecial, ni deben considerar que perdieron la oportunidad de hacerlo una vez que dicha audiencia se llevó a cabo, pues pueden conciliar en cualquier momento, dentro y fuera del proceso. Desde ese punto de vista, ¿para qué una audiencia especial y obligatoria para tratar un aspecto —la conciliación— de todas maneras presente a lo largo de la controversia? ¿No parece dicha audiencia especial, un rezago del formalismo —o, más bien, del “formulismo” — del cual el proceso arbitral pretende apartarse? No parece haber necesidad, pues, de prever una audiencia obligada, considerando que el arbitraje es esencialmente informal y que la conciliación puede producirse en cualquier momento. Es bueno, por lo demás, “sincerar” lo que ocurre en la realidad, donde la invitación a las partes a conciliar —la pregunta clásica es “no piensan conciliar, ¿cierto?” — ha pasado a convertirse en un mero formulismo que, como tal, carece de contenido, de sustancia y de propósito.

Ello no impide, por cierto, que, si los árbitros llegan a la convicción que las discrepancias pueden ser resueltas en una “mesa de trabajo”, propongan a las partes la conciliación e, incluso, se ofrezcan como conciliadores. No cabe duda que una conciliación a tiempo es mejor que una victoria a destiempo. Pero dicho mecanismo no es utilizado, no solamente por la (a veces) gran distancia entre las posiciones de las partes, sino por el poco incentivo de los árbitros para promoverla, debido a que, haciéndolo, verán reducido su honorario. Por eso, si lo que se pretende es que la conciliación se generalice como el mecanismo por excelencia para la solución de controversias, los centros de arbitraje deben comenzar a pensar en cambiar el actual régimen de honorarios y prever algún tipo de remuneración a los árbitros que intervengan y concluyan satisfactoriamente la conciliación. No debe olvidarse que un proceso de conciliación puede consumir mucho tiempo y —cito los anglosajones— *time is money*. De ahí, entonces, la importancia de remunerar dicho esfuerzo, si lo que se busca es, como se ha señalado, difundir la conciliación como el mecanismo ideal de resolución de conflictos.

3.3. Audiencia de saneamiento procesal

Como se sabe, el saneamiento procesal es un estadio en el cual se verifica el cumplimiento de los presupuestos procesales de forma y la existencia de condiciones para el ejercicio de la acción. Si bien se trata de una práctica coherente con un proceso basado en la formalidad, ella no deja de ser útil en el arbitraje porque supone un “corte” en un estadio intermedio del procedimiento, para apreciar si se dan los requisitos para emitir el laudo, evitando así futuras impugnaciones. Si eso es así, la informalidad del arbitraje no puede ser el pretexto para pasar por alto vicios formales esenciales, como sería, por ejemplo, de-

jar de resolver una excepción. El proceso arbitral sigue siendo un procedimiento que, por su naturaleza, impone a sus participantes, ciertas reglas de actuación y reconoce plenamente la preclusión procesal, con lo cual el saneamiento procesal se encuentra totalmente justificado.

Pero, aun cuando el saneamiento procesal es importante ¿se justifica la realización de una audiencia para declarar saneado el proceso? La reciente reforma del Código Procesal Civil de junio del 2008⁽⁷⁸³⁾, que ha suprimido la audiencia de saneamiento, sustituyéndola por una simple resolución judicial es la mejor evidencia de lo ineficiente que resulta la oralidad para declarar el saneamiento, porque los jueces y funcionarios del despacho pierden tiempo valiosísimo en asistir a la audiencia, cuando podrían sanear el proceso con una simple resolución.

Y esa misma razón vale para el proceso arbitral donde, por lo menos en mi experiencia, la declaración de saneamiento procesal pocas veces ofrece problemas y muy ocasionalmente, suscita discusión entre las partes, quienes, en todo caso, pueden solicitar la reconsideración de la resolución de saneamiento. No hay, pues, razón para que se imponga una audiencia en este caso, porque en nada contribuye a la eficiencia del proceso arbitral.

3.4. Audiencia de fijación de puntos controvertidos

Otro aspecto que se trata en audiencia especial es la fijación de puntos controvertidos. Este es un momento del proceso, en el cual se establecen los extremos del debate o, lo que es lo mismo, se determina la materia sobre la cual versa la controversia.

La determinación de los puntos controvertidos no ha sido específicamente exigida por la antigua Ley de Arbitraje⁽⁷⁸⁴⁾. Ella proviene, más bien, del artículo 471° del Código Procesal Civil, que es norma supletoria, por mandato expreso de dicho Código⁽⁷⁸⁵⁾. La norma señala

(783) Ley N° 1070 publicada con fecha 28 de junio de 2008.

(784) El artículo 34°, inciso 4 de la Ley 26571 establecía que: *“Salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas: [...] 4) Vencidos los plazos indicados en los párrafos anteriores, los árbitros citarán a las partes a una audiencia de conciliación dentro de los diez (10) días siguientes. La audiencia tendrá por finalidad propiciar un arreglo entre las partes o esclarecer, entre otros aspectos, las pretensiones de las partes, la existencia de hechos controvertidos y toda otra cuestión que sea necesario precisar para un mejor desarrollo del arbitraje [...]”*

(785) La Primera Disposición Complementaria del Código Procesal Civil establece que *“las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza”*.

que “De no haber conciliación, el juez, con lo expuesto por las partes, procederá a enumerar los puntos controvertidos y, *en especial, los que van a ser materia de prueba*” (énfasis agregado).

Como puede verse, el Código Procesal Civil trata la fijación de puntos controvertidos como un híbrido, pues comprende, tanto el “*thema decidendi*”, como el “*thema probandi*”. En el sistema anglosajón, en cambio y en muchos sistemas procesales continentales, los puntos controvertidos son, exclusivamente, “*thema probandi*”, pues el recuento de los hechos presentados por el demandante es sometido al demandado, para que exprese si ocurrieron o no, luego de lo cual, los hechos aceptados como verdaderos, no requieren ser demostrados. Lo mismo sucede en España con la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, en cuyo artículo 428º se dispone que en la audiencia de fijación de puntos controvertidos, se fijen los hechos. La doctrina española confirma que ello es así cuando señala que “el juez debe *centrarse en aspectos fácticos, huyendo de cuestiones jurídicas* que pueden estar relacionadas con los primeros [...] así por ejemplo, nunca puede constituir un hecho no controvertido que el demandado ha enervado la acción de desahucio (sino que ha pagado las rentas adeudadas con anterioridad a la vista) o que no procede la condena de intereses legales moratorios de una aseguradora, sino que ha consignado una cantidad para el pago del lesionado en una fecha concreta [...]” (énfasis agregado). No se trata, pues, de la fijación de los argumentos de cada una de las partes, sino, restrictivamente, de los hechos que se controvierten.

Eso no es, sin embargo, lo que ocurre en el Perú, donde, como he señalado, lo que se fija es la “materia controvertida” y no los “hechos controvertidos”, pese a que el Código Procesal Civil lo ordena, aunque tíbiamente. De esta manera, un punto controvertido es, en nuestro sistema si el acreedor incurrió en mora y no si pagó a tiempo, como es en el sistema de “hechos controvertidos”. Y, en mi opinión, eso hace que dicho acto pierda importancia, porque se trata, tan sólo, de una manera distinta de plantear las pretensiones de las partes. Es decir, y utilizando el argot periodístico, “voltear” las pretensiones. Esfuerzo inútil, en realidad, porque “volteando” o reformulando las pretensiones, se aporta muy poco —en realidad nada— al esclarecimiento del caso. Lo más probable es, más bien, que ocurra todo lo contrario porque existe el riesgo de omitir aspectos importantes que, en un primer momento, no fueron apreciados por el tribunal y que luego aparecen, creando problemas procesales, muchas veces bastante serios. Y existe también el riesgo de añadir puntos controvertidos que no lo son. De esa manera, la fijación de puntos controvertidos se convierte en un “corsé” que más que ayudar molesta, porque limita la aproximación de los ár-

bitros al tema, ya que se ven obligados a ceñirse a un esquema que, quizás, al momento de laudar hayan superado por completo. No en vano, en muchos arbitrajes se fijan los puntos controvertidos repitiendo textualmente las pretensiones y en otros, se consigna en el acta de instalación, una declaración referida al valor meramente referencial de los puntos controvertidos, de los cuales, el tribunal puede apartarse si lo considera conveniente. Lo cual obliga a preguntarse, ¿para qué, entonces, la fijación de puntos controvertidos?

Lo que, en cambio, puede ser muy útil, es la fijación de “hechos controvertidos”, debido a que a través ello, se “depura” el material probatorio, con el consecuente ahorro de tiempo y esfuerzo, tanto para los árbitros, como para las partes y los terceros que intervienen en el proceso. Es, pues, mucho más eficiente descartar los hechos que no se discuten y concentrarse en el “corazón” del problema fáctico, que reiterar la materia controvertida que, por lo general, surge claramente de las pretensiones. El problema es que el esclarecimiento de los hechos no tiene, en el Perú, la importancia que tiene —con toda razón— en otras latitudes. Recuerdo una anécdota que ilustra bien lo señalado. En la defensa de un caso arbitral, pregunté al procesalista del equipo, cómo pensaba demostrar cierto hecho, muy difícil de probar y base de la argumentación, a lo cual me respondió que me ocupara de los argumentos, porque la prueba “es secundaria”. Nunca entendí lo que me quiso decir, pero, seguí sus indicaciones y me ocupé de, únicamente, los argumentos⁽⁷⁸⁶⁾ y —lo más insólito— ganamos el proceso.

Pero, volviendo al tema de la necesidad o no de audiencias en el proceso arbitral —y para terminar— la pregunta es si, trátase de “puntos controvertidos” o de “hechos controvertidos”, es necesaria la realización de una audiencia especial. En mi opinión, realizar una audiencia con ese propósito no es necesario e, incluso, puede ser inconveniente. Ello por dos razones. En primer lugar, los árbitros no necesariamente

(786) La educación legal en el Perú, es la responsable de la poca importancia que se concede a los hechos. A diferencia de las escuelas legales anglosajonas, nuestras facultades de Derecho no enseñan a sus alumnos a manejar los hechos del proceso ni a trabajar la prueba, pues los entrenan en, exclusivamente, el razonamiento abstracto. Es la tendencia a la abstracción propia del Derecho Continental, aunque llevada al extremo (o, más bien, distorsionada), que olvida que el Derecho es un mecanismo de solución de conflictos reales y no una mera abstracción desconectada de la realidad. Una anécdota, para demostrar la dicho. Fui invitada en una oportunidad a escuchar un debate entre un grupo de alumnos de Derecho, referido a la venta de un producto dañino para la salud. Los argumentos iban y venían hasta que, ingenuamente, les pregunté de qué producto se trataba. Ninguno de ellos pudo responder. Habían desarrollado el caso de un producto dañino a la salud, sin siquiera preguntarse cuál era ese producto, cuyo peligro —eso sí— era materia de argumentación. Es algo que los profesores de Derecho estamos obligados a corregir.

conocen la *litis* a fondo en ese momento y pueden “limitarse a llevar a cabo una mera intervención formal con objeto de cumplir el trámite y esperar al momento del juicio para intervenir activamente”⁽⁷⁸⁷⁾ con el riesgo de equivocarse. Y, en segundo lugar, “la rapidez con la que hay que pronunciarse sobre las distintas cuestiones planteadas y, entre ellas, sobre los pormenores de la fijación de hechos (en nuestro caso, de la materia controvertida) añade una dificultad más a la realización de una labor tan trascendente para el devenir del procedimiento, dado que el juez no dispone en este punto, de la posibilidad de reflexionar a fondo sobre la cuestión y diferir la decisión que debe tomar”⁽⁷⁸⁸⁾.

Todo indica, pues, que la fijación de “puntos controvertidos”, entendidos como la “materia controvertida”, es innecesaria en un proceso arbitral y, mucho menos, la realización de una audiencia especial para dicho fin.

3.5. Audiencia de informes orales

Como he señalado en la introducción de este artículo, un buen informe oral puede ser determinante en el resultado de un proceso arbitral. Por eso y, sin perjuicio de que, como señalaré más adelante, existen algunos procedimientos en los que también estas audiencias son innecesarias, un (buen) informe oral puede ser muy útil para los árbitros, porque les permite (i) aclarar los hechos, que pueden ser múltiples o complejos; (ii) aclarar el significado de las normas; (iii) entender los principios que sostienen la argumentación (i.e formalismo vs. informalismo; buena fe vs. mala fe); (iv) evaluar la lógica o la consistencia de la argumentación; (v) evaluar el impacto práctico del posible laudo (i.e cómo impactará económicamente sobre las partes o cómo afecta la seguridad jurídica); y (vi) usar el buen argumento para defender su propia posición.

Igual de importante suele ser el informe oral para los abogados porque (i) es la única oportunidad que tienen para persuadir “cara a cara” a los árbitros; (ii) les permite asegurarse que los árbitros han entendido las pretensiones de su defendido y que enfocan correctamente el caso; (iii) pueden destacar lo relevante del caso; (iv) es el momento de demostrar al tribunal la fortaleza y la coherencia de la argumentación (vi) es la oportunidad de tratar que los árbitros vean su posición con

(787) URIARTE CORDÓN Aner, *La fijación de los hechos controvertidos como presupuesto del juicio sobre admisión de los medios de prueba*, en *Aspectos prácticos de la prueba civil*, Bosch Editor, 2005, p. 18.

(788) *Ibíd.*, p. 19.

simpatía y, finalmente (v) es la oportunidad para impresionar favorablemente al tribunal.

Por eso, aunque, como veremos a continuación, la LA, con todo acierto, no impone la audiencia de informe oral, esta es la única audiencia que, por las razones señaladas, es útil en un arbitraje, aunque también en este caso, no siempre son útiles. La oralidad, pues, no ha perdido vigencia y puede ser, incluso, decisiva para todos los actores del proceso.

4. LA “LIBERTAD DE AUDIENCIAS” DEL ARTÍCULO 42° DE LA LA

Además de la concordancia del artículo 42° de la LA con la normativa de los principales centros de arbitraje del mundo⁽⁷⁸⁹⁾, dicha norma, al declarar la “libertad de audiencias”, es una clara manifestación de la informalidad, flexibilidad, celeridad y economía que caracteriza al proceso arbitral y, de alguna manera, es expresión del principio de inmediación, que presupone una activa participación de los árbitros —en este caso- en el diseño mismo del procedimiento.

(789) A pesar de no tener una Exposición de Motivos, es posible identificar dos antecedentes del artículo 42° de la LA materia de análisis. Estos son el Reglamento del *London Court of International Arbitration*; el de la *Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio* y el *Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. El primero de los reglamentos —el de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres— establece en su artículo 19° lo siguiente: “Audiencias: 19.1 Salvo acuerdo por escrito de las partes para someterse a un arbitraje exclusivamente documental, cualquiera de las partes que haya solicitado expresamente la celebración de una audiencia tiene derecho a exponer oralmente ante el Tribunal Arbitral su posición sobre el fondo de la controversia; 19.2 El Tribunal Arbitral fijará una fecha, una hora y un lugar para las reuniones y audiencias del arbitraje, convocando a las partes con suficiente antelación; 19.3 Con carácter previo a la celebración de la audiencia, el Tribunal Arbitral podrá remitir a las partes una lista de cuestiones que deberán ser contestadas con especial atención; 19.4 Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes o salvo disposición en contrario del Tribunal Arbitral, todas las reuniones y audiencias serán privadas; 19.5 El Tribunal Arbitral tiene plenas facultades para fijar la duración total o parcial de las audiencias y reuniones [...]”. A su vez, el Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio establece en su Reglamento de Arbitraje lo siguiente: “Artículo 21, Audiencias 1. Para celebrar una audiencia, el Tribunal Arbitral convocará a las partes con antelación razonable para que comparezcan ante él en el día y lugar que determine; 2. Si una de las partes, a pesar de haber sido debidamente convocada, no comparece sin excusa válida, el Tribunal Arbitral podrá celebrar la audiencia; 3. El Tribunal Arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presentes. Salvo autorización del Tribunal y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso; 4. Las partes podrán comparecer en persona o a través de representantes debidamente acreditados. Asimismo, podrán estar asistidas por asesores”.

Y la norma tiene lógica porque no existen dos casos iguales. Además de la demostrada falta de necesidad de las audiencias de instalación, de conciliación, saneamiento y puntos controvertidos, hay audiencias de informes orales que, en ciertos procesos, resultan reiterativas, sea porque la materia controvertida ha sido planteada por ambas partes con suficiente claridad o porque se han llevado a cabo otras audiencias (i.e. testimoniales o peritajes) en las que las partes han abordado los aspectos jurídicos medulares de la controversia y —lo más importante— el tribunal las ha entendido. Desde ese punto de vista, los árbitros pueden considerar que la audiencia de informes orales alargaría innecesariamente el proceso, dado que tienen suficientemente claro el problema sobre el cual deben pronunciarse y, por lo tanto, no requieren leer o escuchar más. En otros casos, en cambio, existe genuina necesidad de celebrar la audiencia de informes orales, e incluso más de una, a fin de entender algunos aspectos de carácter técnico, contable, financiero, etc. que normalmente requieren una especialización en disciplinas ajenas al Derecho, de la que los árbitros carecen.

Algunos ejemplos pueden aclarar lo dicho. Si, en una expropiación —que, de conformidad con la Ley 27112, Ley General de Expropiaciones, puede ir a arbitraje— el único aspecto en discusión es el valor comercial del bien expropiado y el tribunal ha solicitado un peritaje, es ésta la prueba que, normalmente, definirá el sentido del fallo, sujeto, por cierto, a la sana crítica de los árbitros. ¿Cuál es el sentido, entonces, de convocar a una audiencia de informe oral? ¿A qué se referirán las partes en dicha audiencia, que no sea el valor asignado por el perito, que ya tuvieron oportunidad de cuestionar en la audiencia de actuación de dicha prueba? En este caso, entonces, los árbitros pueden considerar relevante la aplicación del principio de celeridad —de particular importancia en este tipo de procesos— y omitir las audiencias de informe oral. Otro ejemplo. Si una controversia se ha vuelto excesivamente confrontacional, sea por obra de las partes o de sus abogados (cosa bastante frecuente, por cierto), de pronto lo más prudente es —si el problema que se discute ya está claro para los árbitros— que éstas no vuelvan a enfrentarse, pues lo más probable es que traigan a colación actos o situaciones que o no tienen vinculación con el tema que se discute o que, teniéndola, lo único que hacen es exacerbar los ánimos y ahondar el conflicto. Por último, algunos ejemplos en sentido opuesto. Un arbitraje referido al daño por lluvias en una carretera en construcción, merece la celebración de una o más audiencias especiales, a fin que los árbitros puedan entender el procedimiento de construcción de una carretera y qué niveles de la misma pueden ser afectados por las lluvias. Asimismo, un arbitraje sobre generación eléctrica, donde es necesario entender la distinción entre energía y potencia o uno sobre distribución de gas, donde es necesario entender cuál es la

configuración de la red, pueden justificar la realización de una o más audiencias, para mejor resolver.

No es, entonces, que las audiencias sean, para LA, actuaciones poco útiles, reiterativas o innecesarias. La regla de “libertad de audiencias” se limita a reconocer las diferencias existentes entre los diversos procesos y deja a decisión de los árbitros, su diseño, según los requerimientos de cada caso. Es decir, la LA permite crear procedimientos “a la medida”.

Pero no todo queda librado a la decisión de los árbitros. La norma, reconociendo que las partes son las “dueñas del proceso arbitral” establece que su voluntad de celebrar una audiencia —la de cualquiera de ellas— prevalecerá sobre la decisión de los árbitros, por sensata que ella sea. El Principio del Debido Proceso, entonces —que inspira este aspecto del artículo 42— queda garantizado, con la obligación impuesta al tribunal de escuchar a la parte que así lo solicita, aún si éste —el tribunal— considera innecesario hacerlo.

5. ALGUNOS ASPECTOS QUE ACLARAR

5.1. ¿Cuál es el momento en que corresponde definir si se celebrarán o no audiencias?

La pregunta está referida al momento en el que los árbitros deben optar por un arbitraje puramente escrito o por uno que incluya la realización de audiencias. ¿Al iniciarse del proceso? ¿O en cualquier momento del mismo?

Una primera aproximación al tema sugeriría que la decisión de las audiencias a realizarse debe ser tomada en el momento de la instalación del tribunal. Ello porque las partes tienen derecho a saber a qué atenerse, es decir, a conocer de manera anticipada si tendrán que informar ellas o sus abogados, cuántas audiencias se tienen previstas; cuánto tiempo durará el proceso y, ciertamente, cuáles serán sus gastos de defensa. De dicho conocimiento anticipado puede depender la toma de decisiones de cada parte, a veces cruciales respecto a su situación actual (invertir o no invertir, iniciar o no la construcción, esperar a la emisión del laudo o conciliar e, incluso, aspectos tan cotidianos como salir o no de viaje).

No obstante, por conveniente que sea para las partes, dicha aproximación resta flexibilidad al arbitraje, ya que los árbitros se estarían auto-imponiendo un cronograma rígido de audiencias, que atenta contra el modelo de flexibilidad que el arbitraje encarna. Asimismo, exigir a los árbitros definir si habrán o no audiencias cuando aún no

conocen la controversia, es un sinsentido porque, decidan lo que decidan, lo harán sin conocimiento de causa. Y es que la determinación de la realización de audiencias depende de la complejidad de la materia tratada. Por ello —si tuviera que actuar como árbitro⁽⁷⁹⁰⁾— sería partidaria de que la definición de llevar un arbitraje escrito o con audiencias, debe ser tomada por los árbitros en el momento que consideren prudente, aunque, en tales casos, deberán citar a las partes con la debida anticipación, tal como acertadamente impone el segundo párrafo del artículo 42º de la LA.

5.2. ¿Es aplicable la regla de “libertad de audiencias” a la prueba pericial?

El artículo 44º de la LA —Peritos— establece que “después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral, por propia iniciativa o a pedido de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistida de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo contrario de las partes”.

De la interpretación sistemática de los artículos 44º y 42º de la LA, surge la pregunta de si, la audiencia de peritaje es o no obligatoria y si, entonces, el artículo 44º es o no una excepción al artículo 42º ¿Pueden, entonces, los árbitros prescindir de la realización de una audiencia de peritaje, en aplicación del artículo 42º de la LA?

Abona la tesis de la obligatoriedad de la audiencia pericial, el hecho que la norma ha sido redactada en términos imperativos y que la única razón que establece para no llevarla a cabo es el acuerdo entre las partes⁽⁷⁹¹⁾. No alude, pues, la norma a la no realización de la audiencia por decisión del tribunal. Abona la tesis de la libertad de audiencia pericial el que la norma alude a la “iniciativa” de los árbitros para convocar la audiencia, lo que lleva a pensar que éstos gozan de un cierto margen de discrecionalidad que sólo lo pierden, si una de las partes exige la realización de la audiencia. Abona, asimismo, la tesis de la libertad de la audiencia pericial, el hecho que el artículo 42º no establezca excepciones.

Si tuviera que actuar como árbitro, me inclinaría por considerar la obligatoriedad de la audiencia pericial, de la cual el tribunal podrá

(790) Me coloco, necesariamente en el papel de árbitro porque, como abogada de alguna de las artes, elegiría la interpretación más favorable para mi cliente.

(791) Por su redacción, la norma puede ser interpretada en el sentido que la exigencia de acuerdo de las partes se refiere a la formulación de observaciones y no a la realización misma de la audiencia.

prescindir sólo si hay acuerdo entre las partes, pero no por propia decisión, por clara que le parezca el sentido de la opinión del perito y su implicancia en el caso. Ello porque el artículo 44° pudo haber remitido al artículo 42°, cosa que no hizo. Por ello, todo indicaría que el espíritu del legislador ha sido el de dejar la decisión a las partes y no a los árbitros. El tema, sin embargo, no deja de ser discutible.

5.3. ¿Es aplicable la regla de “libertad de audiencias” a la prueba testimonial?

Otra pregunta que cabe hacerse es si la regla del artículo 42° es aplicable a la prueba testimonial. Dicha pregunta es relevante porque, por su naturaleza, esta prueba es, necesariamente, oral. Nada dice la norma al respecto y, por su amplitud o generalidad, parecería aludir a la libertad de audiencia respecto de cualquier prueba, incluida la testimonial. Ello no parece, sin embargo, posible, dada la naturaleza eminentemente oral del testimonio, de la cual no creo que se pueda prescindir por completo.

La pregunta que, más bien, cabría hacerse es si, como alternativa a la prueba testimonial clásica que es, como he señalado, necesariamente oral, los árbitros podrían conformarse con un *affidávit*, esto es, con una declaración voluntaria y escrita, referida a hechos, que normalmente se emite por conducto notarial y que se valida mediante juramento⁽⁷⁹²⁾. La conveniencia del *affidávit* frente a la prueba testimonial radica en que el tribunal puede considerar suficiente con su emisión (como alternativa a la actuación testimonial) por razones tales como el prestigio moral o profesional del declarante o por la especificidad de los aspectos de hecho que deben ser aclarados. Con lo cual, el testigo no tiene necesidad de desplazarse a la sede del tribunal, lo que permite la intervención de personas que no se encuentran en el radio del tribunal. El inconveniente de sustituir el testimonio por el *affidávit*, es, por su parte, la pérdida de proximidad o inmediatez de los árbitros con el testigo, pues no hay oportunidad de formular preguntas, de escuchar las re-preguntas de ambas partes ni de apreciar la comunicación no verbal (CNV) del testigo (incomodidad, nerviosismo, no mira a la cara, etc.), que, a veces, dice mucho más que lo que expresan sus palabras.

Permanece, de todas formas, la duda (que no tiene que ver con la interpretación del artículo 42°) de si el *affidávit* es una prueba documental. Pregunta relevante, porque en algunos arbitrajes sólo se per-

(792) Definición tomada de *Encyclopedia Británica* (traducción libre).

mite la presentación de documentos (y no la de testigos) después del vencimiento de la etapa probatoria.

5.4. ¿Permite la LA la realización de audiencias virtuales?

Como he adelantado, hoy es casi un lugar común hablar de la revolución de las comunicaciones y el desarrollo del mundo virtual. La comunicación a través de medios virtuales crece día a día y ya se emplea en sesiones de directorio, comités, audiencias, clases magistrales e, incluso, clases interactuadas. Hace más de diez años que la Ley General de Sociedades ha reconocido que los directorios pueden ser no presenciales, lo que ha agilizado enormemente su celebración. La normativa procesal, sin embargo, mantiene su apego al principio de inmediación, aunque restringida a su sentido de “contacto cara a cara”, lo cual ha sido ampliamente superado con la comunicación virtual.

La pregunta es, entonces, si la LA permite la celebración de audiencias virtuales. La ley no lo afirma ni lo niega de manera explícita, pero todo apunta a considerar que éstas sí estarían permitidas, porque son manifestaciones de la perspectiva de flexibilidad, economía, y agilidad que inspiran dicha ley. Y es que, si la ley permite la no realización de audiencias, con la misma o mayor razón permitirá que las audiencias sean virtuales, considerando, sobre todo, que esta modalidad permitiría contar con expertos en ciertos temas técnicos, sin requerir su presencia física, cosa que contribuiría enormemente a agilizar estos procesos⁽⁷⁹³⁾.

Por ello, sería deseable que los centros de arbitraje comiencen a incorporar la posibilidad de celebrar audiencias virtuales, previo equipamiento tecnológico y, por cierto, con las medidas de seguridad requeridas.

5.5. ¿Cómo se entiende la expresión “por medio de representantes” contenida en el artículo 42º de la LA?

El numeral 2 del artículo 42º de la LA señala lo siguiente:

“Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus *representantes*” (énfasis agregado).

La pregunta que corresponde hacerse es, si la LA ha utilizado la expresión “sus representantes” en el sentido jurídico, donde —*una perso-*

(793) En algunos arbitrajes técnicos, los expertos son, generalmente, extranjeros. Típico caso es el de la intervención de peritos chilenos o israelíes en temas de agricultura.

na obre en nombre y por cuenta de otra”⁽⁷⁹⁴⁾— o en el sentido coloquial, es decir, como cualquier persona que asista o acompañe a la parte en la audiencia. La pregunta es pertinente, porque un asesor técnico, por ejemplo, que no es representante de la parte tendría que contar con un poder para poder intervenir en el proceso, pues dicho requisito viene impuesto por el artículo 145° del Código Civil⁽⁷⁹⁵⁾.

De esa manera, si se interpreta el término “representantes” restrictivamente y se le atribuye su significado legal, quedarían excluidas de la audiencia aquellas personas que, sin ser representantes, podrían acudir a la misma a prestar apoyo a la parte que se lo solicitó. Y eso obligaría a tener que otorgar poder cada vez que se pretenda que una persona intervenga en una audiencia, lo cual es formalista, burocrático, innecesario y contrario a los principios de rapidez y economía, que caracterizan al arbitraje.

Y porque la LA parte, precisamente, de los principios de rapidez y economía y, siempre a partir del supuesto de actuar como árbitro (y no como parte), considero que esta porción de la norma debe ser interpretada extensivamente, esto es, considerando como representantes a cualesquiera personas que acompañen a las partes a la audiencia, sin necesidad de que cuenten con poder de representación. Esa opción interpretativa permite, además, a los árbitros, esclarecer aquellos aspectos que consideren necesario esclarecer, sin tener que depender de la existencia del otorgamiento de poder suficiente.

5.6. ¿Qué significa que las audiencias deban ser “privadas”?

La pregunta es, en este caso, si, teniendo en cuenta el principio de confidencialidad que rige el arbitraje, el tribunal arbitral podría decidir que las audiencias sean públicas. No imagino tal posibilidad, habida cuenta que la confidencialidad del arbitraje ha sido establecida para permitir (y obligar) a las partes a guardar reserva sobre sus diferencias y para evitar que se “filtre” al exterior del proceso información que pueda tener que ver con, por ejemplo, secretos industriales, planes de inversión u otros que deben permanecer fuera del alcance de terceros.

Es cierto que en algunos países como Ecuador, por ejemplo, el arbitraje es público. Pero ese no es el caso del Perú, donde —con excep-

(794) ALBALADEJO, Manuel, *El Negocio Jurídico*, Librería Bosch, Barcelona, 1958, p. 338.

(795) Artículo 145 del Código Civil: “*El acto jurídico puede ser realizado mediante representante, salvo disposición contraria de la ley. La facultad de representación la otorga el interesado o la confiere la ley*”.

ción de la publicación del laudo en los procesos en los que interviene el Estado— la regla de confidencialidad ha sido firmemente establecida en el artículo 51º de la LA para todas las personas que intervienen en el proceso, trátase de las partes, sus representantes, sus asesores legales, el tribunal, el secretario, la institución arbitral, los testigos y los peritos, salvo que “por exigencia legal sea necesario hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial”.

Habrà, sin embargo, que esperar a que el término “audiencias privadas” sea esclarecido, cosa que ocurrirá cuando los reglamentos de las instituciones arbitrales, recojan dicha regla y la expliciten.

5.7. ¿Permite el artículo 42º que las partes soliciten la realización de audiencias en cualquier estadio del proceso?

Como he señalado, la LA parte de la regla de que las partes son las dueñas del proceso. Clara manifestación de ello es la parte pertinente del numeral 1) del artículo 42º, que establece lo siguiente:

“No obstante, el tribunal arbitral *celebrará audiencias en la fase apropiada* de las actuaciones *a petición de una de las partes*, a menos que ellas hubiesen convenido que no se celebrará audiencias” (énfasis agregado).

Parecería, sin embargo, que la norma ha cuidado de no permitir que se abuse de la solicitud de celebrar audiencias, porque señala que ellas se celebrarán “*en la fase apropiada*”. La expresión “*fase apropiada*” no es demasiado feliz, porque no se entiende el significado de la palabra “apropiada”. Todo indica se trata de un neologismo derivado del término “*appropriate*”, lo que permitiría entender que, por “*fase apropiada*”, la LA, reconoce la preclusión procesal y deja al tribunal la decisión de realizar o no la audiencia y de denegarla definitivamente si le parece que su realización sería extemporánea (i.e la actuación de una prueba habiéndose ya pedido autos para laudar) o de postergarla si, por el contrario, considera que la solicitud ha sido planteada con demasiada anticipación. Es, finalmente aplicable a este caso, la prohibición⁽⁷⁹⁶⁾ del abuso del derecho contenida en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, por lo que no cabría que las partes soliciten una audiencia en cualquier estadio del proceso.

(796) Aun cuando la norma señala que la ley no “ampara” el abuso del derecho, ella debe ser entendida en el sentido que lo prohíbe.

6. ALGUNAS RECOMENDACIONES PARA LA AUDIENCIA DE INFORME ORAL ⁽⁷⁹⁷⁾

6.1. La preparación del informe oral

La buena preparación del informe es fundamental. Un informe que denota poca preparación puede tener consecuencias negativas. La preparación para el informe debe incluir un anticipo de preguntas difíciles o comprometedoras. Pero, en general, el abogado debe estar preparado para responder a las siguientes preguntas: ¿De qué trata el caso? ¿Cuál es la pretensión de cada parte? ¿Cuál es la norma aplicable y cómo se interpreta? y ¿Cuál sería el resultado de laudar en el sentido que se pide? Finalmente, al preparar su exposición, el abogado debe construir argumentos “flexibles”, es decir, capaces de expandirse o de comprimirse, según el tiempo disponible y el interés de los árbitros en un determinado tema.

6.2. Principios y técnicas para maximizar el impacto del informe oral

A continuación, expongo brevísimamente los principios y técnicas a observar en un informe oral:

- a) Transmitir efectiva y persuasivamente la información (precisión, eficiencia, de fácil recordación y credibilidad del expositor.
- b) Tener en cuenta el foro en el que se está exponiendo.
- c) Exponer en base a un esquema o lista de puntos importantes.
- d) Tener a la mano las piezas más importantes del expediente.
- e) Ser asistido por un colega.
- f) Ser puntual.
- g) Apagar los celulares.
- h) Exponer con claridad (y brevedad).
- i) El informe oral no es ocasión de responder al oponente sino de presentar el caso.
- j) Iluminar los aspectos favorables sin ocultar los que no lo son.
- k) Usar correctamente el castellano.

(797) Este acápite del artículo es un resumen del artículo titulado “Cómo maximizar el impacto del informe oral”. En: *Themis Revista de Derecho*, N° 53, 2007.

- l)* Obviar la retórica, los latinazgos y los neologismos.
- m)* Evitar ser repetitivo.
- n)* Evitar muletillas.
- o)* Mantener la cadencia.
- p)* No leer.
- q)* Evitar oraciones largas, números y citas.
- r)* Mantener contacto visual con los árbitros.
- s)* Controlar la comunicación no verbal.
- t)* Ser cortés y respetuoso.
- u)* No mostrarse irritado si los árbitros no prestan atención a la exposición.
- v)* Referirse a los árbitros usando correctamente su nombre.
- w)* Tratar correcta y alturadamente al adversario.
- x)* Saber manejar el tiempo.
- y)* Saber terminar.

7. PARA TERMINAR: TODO DEPENDE DE LA ACTITUD (Y CALIDAD) DE LOS ÁRBITROS

Luego de lo dicho, es claro que ha hecho bien la LA en dejar a los árbitros la decisión de decidir si se realizarán o no audiencias, pues todo depende de la controversia en concreto. Ello requiere, ciertamente, de árbitros que asuman su intervención en base al principio de inmediación, es decir, participando activamente en el proceso y ¿por qué no decirlo? con gran sentido ético, es decir, pensando en lo mejor para el proceso arbitral y para las partes, y no en lo más cómodo o conveniente para ellos mismos.



Art. 43º.—Pruebas.

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

COMENTARIO ⁽⁷⁹⁸⁾

SUMARIO: 1. *Consideraciones generales.* 2. *Libertad de la prueba.* 3. *Comparación del artículo 43° con el equivalente de la Ley de Arbitraje anterior.* 4. *Oportunidad en la presentación de la prueba.* 5. *La pertinencia.* 6. *La actuación de la prueba.* 7. *La valoración de la prueba.* 8. *Reflexión final.*

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Los ordenamientos procesales usualmente son muy prolíficos en el establecimiento de normas que regulan la prueba. El Código de Procedimientos Civiles del Perú que entró en vigencia en 1912 posee 1348 artículos, de los cuales 170 están dedicados a la prueba, es decir, el 12.6%. Una de las razones de esta abundancia de normas sobre la prueba reside en que el Código anterior establecía un sistema de prueba tasada, es decir, una normativa detallista que iba dirigiendo el proceso de ofrecimiento, actuación y valoración de la prueba por parte del juez, restringiendo de manera apreciable su capacidad de apreciación libre.

Sin embargo, por extraño que parezca, cuando el Código Procesal Civil de 1993 se aparta de esta tendencia y se organiza en torno al principio de la apreciación razonada, desterrando el modelo de la prueba tasada, configura un texto de 840 artículos, con 117 dedicados a la prueba, es decir, con 13.9% de normas sobre materia probatoria, superando así al Código de 1912 en porcentaje de artículos sobre la prueba con relación al total del articulado. Esto puede deberse al rol absolutamente central que tiene el tema probatorio en el proceso, puesto que sin acreditación de hechos es imposible arribar a un veredicto, independientemente de la concepción filosófica o ideológica que se tenga sobre la posibilidad, conveniencia o pertinencia de descubrir la verdad de los hechos acaecidos.

2. LIBERTAD DE LA PRUEBA

La nueva Ley Peruana de Arbitraje establece el principio de libertad de prueba, es decir, casi no contiene regulaciones sobre la prueba,

(798) Por **LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA**: Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

las cuales, usualmente, se refieren a cuatro temas: “a) la admisión de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que excluyan la prueba del proceso y, por tanto, está referida a la posibilidad de que las partes utilicen todos los elementos de prueba relevantes de los que dispongan; b) la formación de la prueba, en la que la libertad significa ausencia de normas que regulen el modo en que la prueba se constituye, en el proceso y fuera de él; c) la valoración de las pruebas, en la que la libertad significa ausencia de normas que predeterminen, vinculando al juez y a las partes, el valor que debe atribuirse a una prueba en la decisión; y, finalmente, d) la elección de los elementos útiles para la decisión por parte del juez, en la que la libertad significa que el juez puede buscar libremente los elementos de prueba y no está vinculado por normas sobre la elección de las pruebas que deben fundamentar el juicio de hecho”⁽⁷⁹⁹⁾.

Otras normas sobre prueba contenidas en la ley.

El hecho que se haya optado por el principio de libertad de prueba no significa que no pueda y deba haber alguna que otra norma que señale derroteros al tribunal arbitral. Ellas son las siguientes:

- En el artículo 8º, inciso 1, se precisa que “Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia [...]”.
- En el artículo 39º, inciso 2, se dice que “Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”.
- En el artículo 42º se establece que “El tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito [...]”.
- El artículo 44º desarrolla íntegramente la prueba de peritos.
- El artículo 45º está dedicado a la colaboración judicial para la actuación de pruebas.
- El artículo 46º califica de parte renuente a aquella que no presente pruebas, y dispone que el tribunal arbitral puede continuar

(799) TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002, ps. 359/360.

las actuaciones y dictar el laudo “con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición”.

En el artículo 47°, inciso 2, apartado d), se dispone que a través de una medida cautelar puede ordenarse a cualquiera de las partes “Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

Como se puede ver, se trata de normas encaminadas a lograr el avance del proceso arbitral, con excepción del artículo 44° dedicado a los peritos, pero no existe una enumeración de las pruebas que se pueden presentar, de la manera en que deben actuarse y de la forma en que deben ser evaluadas. Mientras el artículo 50° de la ley de arbitraje anterior especificaba lo que debía contener el laudo de derecho, y mencionaba explícitamente en el inciso 4 la “*Valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión*”, el artículo 56° de la ley actual dice tan sólo que “Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50°. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 35°. El laudo se considera dictado en ese lugar”.

3. COMPARACIÓN DEL ARTÍCULO 43° CON EL EQUIVALENTE DE LA LEY DE ARBITRAJE ANTERIOR

Veamos ahora con mayor detenimiento la estructura del artículo 43°. Empecemos comparándolo con su antecesor, el artículo 37° de la ley anterior, que decía: “Facultad de los árbitros en cuanto a las pruebas. Los árbitros tiene la facultad para determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas. En cualquier etapa del proceso los árbitros pueden solicitar a las partes aclaraciones o informaciones. Pueden también ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios. Tratándose de prueba pericial, pueden ordenar que se explique o amplíe el dictamen. Los árbitros pueden dar por vencidos los plazos de etapas ya cumplidas por las partes. La inactividad de las partes no impide la prosecución del proceso ni que se dicte el laudo en base a lo ya actuado. Los árbitros pueden prescindir motivadamente de las pruebas no actuadas, si se consideran adecuadamente informados”.

4. OPORTUNIDAD EN LA PRESENTACIÓN DE LA PRUEBA

En el Perú, el Código de Procedimientos Civiles de 1912 no disponía que las pruebas debían ofrecerse en los escritos de demanda y

contestación, sino en la etapa probatoria, que se desplegaba después de presentados estos escritos. La estación probatoria teóricamente duraba diez días prorrogables a cincuenta y sólo eran admitidas las pruebas que se ofrecían dentro de los primeros veinte días del término probatorio. Sin embargo, existían pruebas privilegiadas, como la confesión (artículo 364º) y los instrumentos (artículo 409º), que podían pedirse o presentarse en cualquier estado de la causa.

El Código Procesal Civil de 1993 tuvo una reacción muy enérgica contra esta concepción, que generó por cierto muchas corruptelas e incidió en la excesiva duración de los procesos. Actualmente los medios probatorios sólo pueden ser ofrecidos en los actos postulatorios, es decir, en la demanda, contestación, reconvencción y contestación de la reconvencción. Tratándose de las excepciones sólo se admitirán los medios probatorios que se ofrezcan en el escrito en que se proponen o en el que se absuelven.

Una pequeña válvula de escape puede encontrarse en el artículo 374º referido a la apelación de sentencias. Aún así, este dispositivo resulta sumamente limitativo: (i) en primer lugar, sólo cabe ofrecer medios probatorios en el escrito de formulación de la apelación o en el de absolución de agravios y únicamente en los procesos de conocimiento y abreviado; (ii) los nuevos medios probatorios deben estar referidos a la ocurrencia de hechos acaecidos después de concluida la etapa de postulación del proceso; (iii) o, si se trata de documentos, que estos hayan sido expedidos con fecha posterior al inicio del proceso. Y la válvula de escape es la siguiente: *“o que comprobadamente no se hayan podido conocer y obtener con anterioridad”*. Debe entenderse que se refiere a la anterioridad al inicio del proceso, pero este privilegio sólo vale para la prueba documental, porque, por mandato del inciso 1, en la estación de apelación las nuevas pruebas deben estar referidas necesariamente a hechos ocurridos después de concluida la etapa de postulación del proceso.

Por el contrario, tanto la ley de arbitraje anterior como la actual conceden a los árbitros la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad (artículo 37º de la Ley Nº 26572), o la admisión (artículo 43º del Decreto Legislativo Nº 1071) de las pruebas. Por ello, es que la norma bajo comentario es tan importante, porque les permite a los árbitros aceptar nuevos medios probatorios en cualquier etapa del proceso.

En ambas leyes de arbitraje se usa la palabra “determinar”, en el sentido que los árbitros poseen el poder de hacer algo. En la ley anterior Nº 26572, este poder era para tres cosas: (i) admisibilidad (ii) establecimiento de la pertinencia de la prueba, y (iii) valor de la prueba. En

la versión actual se ha añadido el tema de la actuación, lo que resulta de gran trascendencia porque la mayor parte de las normas contenidas en los ordenamientos procesales modernos, como es el caso de nuestro Código Procesal Civil de 1993, están referidas a la actuación de las pruebas.

La determinación de la admisión de las pruebas la estamos interpretando en el sentido del tiempo de su ofrecimiento o incorporación, es decir, en el sentido de la oportunidad, pues un sector de la doctrina considera este significado dentro de la admisibilidad de la prueba, adicionalmente al de la legalidad o posibilidad jurídica del medio propuesto⁽⁸⁰⁰⁾. De este modo, le encontramos un lugar al tema de la oportunidad, término que no fue empleado ni en la Ley General de Arbitraje anterior ni en la actual.

5. LA PERTINENCIA

La pertinencia alude a que los medios probatorios deben referirse a los hechos que sustentan la pretensión. Serán no pertinentes los medios probatorios que se refieran a hechos no controvertidos, imposibles, notorios, públicos, afirmados por una de las partes y admitidos por la otra, así como a hechos que la ley presume sin admitir prueba en contrario o al derecho nacional, todo lo cual está regulado en detalle en el artículo 190° del Código Procesal Civil. Al permitirse a los árbitros decidir acerca de la pertinencia, sin existir norma alguna como la reseñada, podría ser posible, en teoría, que los árbitros admitan medios probatorios referidos a hechos como los mencionados. Hay que hacer notar, sin embargo, que esta libertad probatoria consagrada en la nueva ley no puede conducir a situaciones irracionales o reñidas con el sentido común, como veremos más adelante.

6. LA ACTUACIÓN DE LA PRUEBA

La actuación de la prueba alude al ritual que usualmente se establece para su incorporación en el proceso, de manera que quede registrada y pueda ser conocida por las partes y los juzgadores. Nuestro Código Procesal Civil dispone que las pruebas se actúan en audiencia. El artículo 208°, modificado el año 2007 por la Ley N° 29056, es sumamente detallista: (i) las pruebas deben actuarse en un orden establecido; (ii) tratándose de la prueba de declaración de parte se empieza por la del demandado; (iii) cuando los mismos medios probatorios hayan sido ofrecidos por ambas partes, se actuarán primero los del deman-

(800) DE SANTO, Víctor, *La prueba judicial. Teoría y práctica*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1992, p. 68.

dante; (iv) la actuación de la declaración de las partes siempre será el último medio probatorio, etc. En sede arbitral se pueden obviar todos estos rigores, e, inclusive, podría darse el caso de que no se actúen en audiencia, pues el artículo 42º de la nueva ley dispone que “el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, la actuación de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones serán solamente por escrito”.

Siguiendo con el tema de la actuación, nuestro Código Procesal Civil, al tratar cada medio de prueba, contiene regulaciones, restricciones y prohibiciones que, en teoría, no son aplicables en sede arbitral, dada la libertad de los árbitros para determinar la forma de actuación de las mismas. Utilizo la expresión en teoría porque en los procesos arbitrales en los cuales los integrantes del tribunal son abogados, estos ya poseen una manera de hacer las cosas y es probable que empleen las formalidades del Código, no porque el Código sea norma supletoria, que no lo es, sino porque, entrenados como abogados con el Código Procesal Civil, y habiéndolo utilizado en el pasado o simultáneamente en procesos que se ventilan en el Poder Judicial y en los cuales han sido o son abogados, las formalidades del Código forman parte de su *know how*. Veamos algunos ejemplos de situaciones vinculadas con la actuación de algunas pruebas que están reguladas de manera precisa en el Código Procesal Civil, y que en un proceso arbitral podrán dejarse de lado, o adoptarse, según el libre arbitrio del tribunal:

A) En la prueba de declaración de parte:

1) Debe acompañarse a la demanda el pliego interrogatorio en sobre cerrado.

2) La declaración de parte es irrevocable.

3) El interrogado no puede usar ningún apunte o borrador de sus respuestas.

4) Nadie puede ser compelido a declarar sobre hechos que conoció bajo secreto profesional o confesional. Tampoco puede el declarante ser obligado a contestar sobre hechos que pudieran implicar culpabilidad penal contra sí mismo, su cónyuge o concubino, parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

B) En la prueba de declaración de testigos:

1) El que propone la declaración de testigos debe indicar el nombre, domicilio y ocupación de los mismos.

2) En la actuación el juzgador debe hacer determinadas preguntas a los testigos, como por ejemplo si tienen amistad o enemistad con al-

guna de las partes, o interés en el resultado del proceso, o si son acreedores o deudores de alguna de las partes.

3) Cada litigante sólo puede ofrecer hasta tres testigos por cada hecho controvertido y en ningún caso el número de testigos de cada parte será más de seis.

4) Es prohibido que declaren como testigos determinadas personas, como el que ha sido condenado por algún delito que a criterio del juzgador afecte su idoneidad, el pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o tercero (¿?) de afinidad⁽⁸⁰¹⁾, el que tenga interés directo o indirecto en el resultado del proceso.

C) En la prueba de documentos:

1) Cuando un escrito no produce convicción por sí mismo se convierte en un principio de prueba escrita, siempre que concurren dos requisitos: que el escrito emane de la persona a quien se opone, o a quien representa o haya representado; y que el hecho alegado sea verosímil.

2) Cuando en algún documento resulte manifiesta la ausencia de una formalidad esencial que la ley prescribe bajo sanción de nulidad, aquel carece de eficacia probatoria.

3) Se regula con esmerada precisión desde cuándo un documento privado adquiere fecha cierta y produce eficacia jurídica como tal en el proceso.

4) Existe una normativa muy detallada sobre la forma del reconocimiento, el reconocimiento por representantes, el de impresos, el de documentos no escritos, el cotejo y la exhibición.

La pericia contiene también normas detalladas y complejas, como es el caso del nombramiento de peritos y la aceptación del cargo, pero que escapan a esta parte del comentario por existir norma expresa sobre el tema en la ley de arbitraje.

Finalmente, en el Código se regula la actuación de los sucedáneos de los medios probatorios, la prueba anticipada (que es ajena al proceso arbitral) y se norma lo que el Código ha dado en llamar cuestiones probatorias, y que se refieren a la tacha contra testigos y documentos y a la oposición a la actuación de la declaración de parte, la exhibición, la pericia y la inspección judicial. En todas estas materias el tribunal arbitral goza de entera libertad para admitirlas, actuarlas y evaluarlas.

(801) La referencia al pariente dentro del tercer grado de afinidad debe ser un error. En nuestro ordenamiento se trabaja hasta el cuarto grado de consanguinidad y el segundo de afinidad.

En mi opinión, al establecerse el criterio de libertad de prueba en la nueva Ley Peruana de Arbitraje, y al regularse de manera explícita en el artículo 34º cuáles son las normas supletorias, entre las cuales no se encuentra el Código Procesal Civil⁽⁸⁰²⁾, las disposiciones mencionadas líneas arriba pueden omitirse en sede arbitral, o variarse por disposición de los árbitros, salvo la referida al secreto profesional y a la prohibición de autoinculpación, por provenir de la Constitución, de los pactos internacionales sobre derechos humanos de los cuales el Perú es parte signataria, o de normas imperativas. En efecto, el inciso 18 del artículo 2º de la Constitución define como derecho fundamental de la persona el secreto profesional (aplicable por extensión al secreto de confesión); el apartado g) del inciso 2 del artículo 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos dice que toda persona tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; finalmente, el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Penal estipula en su inciso 2 que nadie puede ser obligado o inducido a declarar o a reconocer culpabilidad contra sí mismo, contra su cónyuge, o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad⁽⁸⁰³⁾. También puede sustentarse esta ampliación de la no inculpación a los parientes en el artículo 3º de la Constitución, que establece que los derechos fundamentales no son un número cerrado, sino que pueden ampliarse para acoger a los de naturaleza análoga.

7. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Ambas normas, la derogada Ley Nº 26572 y la actual Ley Peruana de Arbitraje consagran el principio de libre valoración de la prueba. La Ley anterior lo hacía en su tercer párrafo y la actual en el primero. El Código Procesal Civil en su artículo 197º contiene la siguiente fórmula: “Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución sólo serán expresadas las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan su decisión”. La Ley de arbitraje precedente, aun cuando asumía la libertad de valoración en su artículo 37º, contenía algunas directrices en su artículo 50º, pues regulaba el contenido del laudo mencionando, como ya hemos visto, la “valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión” y los “fundamentos de hecho y de

(802) Más aún, la décima disposición complementaria de la ley establece lo siguiente: “Prevalencia. Las disposiciones procesales de estas normas respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil”.

(803) Nótese que en esta norma el parentesco por afinidad se extiende sólo hasta el segundo grado, pero se omite al concubino.

derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas". En cambio, la ley actual sólo exige que el laudo sea motivado.

La libertad en la valoración de la prueba es hoy admitida en los ordenamientos procesales modernos, pues el principio de la prueba tasada o prueba legal ha sido dejado de lado en la medida que era el legislador más que el juez quien diseñaba un sistema para apreciar la prueba, aparte de que conducía a una acreditación de los hechos que podía diferir grandemente de la forma en que ocurrieron en la realidad. Independientemente del escepticismo que reina en algunos sectores de la doctrina sobre la posibilidad teórica de conocer la realidad, o la imposibilidad ideológica, o la imposibilidad práctica, o la irrelevancia de la verdad en el proceso civil, la decisión que se tome en un proceso "*nunca* es justa si está fundada en una determinación errónea o inaceptable de los hechos. En otros términos, la veracidad y la aceptabilidad del juicio sobre los hechos es condición necesaria (obviamente, no suficiente) para que pueda decirse que la decisión judicial es justa"⁽⁸⁰⁴⁾. Y para lograr esto, el sistema de la libre valoración de la prueba resulta el más idóneo.

El artículo 43° bajo comentario tiene sólo dos párrafos, mientras que el artículo 37° de la Ley anterior tenía seis: coinciden en el tema de la determinación de la admisión, pertinencia y valor de las pruebas aunque, como ya se ha visto, la versión actual agrega la valoración. Coinciden también en la facultad de los árbitros de ordenar pruebas de oficio. Finalmente, ambas en el último párrafo, coinciden en la facultad que tiene los árbitros de prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas. Sobre este último punto la Ley anterior agregaba: "*si se consideran adecuadamente informados*", mientras que la actual emplea la frase: "*según las circunstancias del caso*".

Respecto a materias contenidas en el artículo 37° de la ley anterior y no tratados en el artículo 43° de la versión actual cabe decir lo siguiente: (i) el segundo párrafo de la Ley anterior, referido a la facultad de los árbitros de solicitar a las partes aclaraciones o informaciones en cualquier etapa del proceso ha sido omitida, porque al tener los árbitros la facultad de ordenar pruebas de oficio, obviamente tienen la facultad de solicitar aclaraciones o informaciones, según el principio que dice que el que puede lo más puede lo menos; (ii) tampoco contiene el artículo 43° referencia alguna a la prueba de peritos, tratada en el cuarto párrafo de la ley anterior porque, como ya se ha visto, existe todo un artículo, el 44°, dedicado a los peritos; (iii) también se ha omitido el largo parágrafo quinto, referido al vencimiento de plazos y a la prosecución del proceso no obstante la inactividad de las partes,

(804) TARUFFO, Michele, *op. cit.*, p. 64.

porque se ha preferido dedicar todo un artículo, el 46º, al tema de la parte renuente.

Una anotación de menor importancia es que en el artículo bajo comentario se hace referencia siempre al tribunal arbitral y en el artículo similar de la Ley anterior se utilizaba la expresión “los árbitros”, lo que puede dar lugar a la equivocada impresión que el artículo 43º ha olvidado el arbitraje con árbitro único. Sin embargo, el artículo 6º de la nueva Ley Peruana de Arbitraje, al enunciar un conjunto de reglas de interpretación dice que cuando una disposición “*se refiera al tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros*”.

8. REFLEXIÓN FINAL

Un sistema de libertad absoluta de prueba como el consagrado podría hacer pensar que es proclive a fomentar la arbitrariedad del juzgador. Sin embargo, ello no es posible cuando existe un estándar para controlar su actividad y, en particular, su decisión. Ese estándar es la motivación, propio de un sistema racional. Fue Max WEBER quien caracterizó los procesos de creación y aplicación del derecho en (i) irracionales formales, que se ejemplifican con los oráculos y las oráculos. (ii) irracionales materiales, cuando la decisión de los casos, ante la ausencia de normas, depende de apreciaciones de índole ética, sentimental o política, como la justicia llamada del *cadí* o salomónica. (iii) racionales materiales, cuando existen normas, pero dotadas de imperativos utilitarios o de conveniencia, o postulados políticos, como ocurría en el régimen comunista que prevaleció en la extinguida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URRS). (iv) racionales formales, cuando las características jurídicamente relevantes son “obtenidas por medio de una interpretación lógica, para construir con ellas una serie de conceptos jurídicos claramente definidos, a fin de aplicarlos en forma de reglas rigurosamente abstractas”⁽⁸⁰⁵⁾. Hoy en día todo el derecho occidental responde a estas características de racionalidad. En el caso bajo estudio, el artículo 56º de la nueva Ley Peruana de Arbitraje estipula que todo laudo deberá ser motivado. Y en el artículo 57º se añade que en el arbitraje nacional —se entiende que en el de derecho— el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia de acuerdo a derecho.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la libertad probatoria encuentra un límite en la noción de interdicción de la arbitrariedad, que

(805) WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. México, 2ª ed., en español de la cuarta en alemán, Tomo I, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 511.

ha sido expresada en los siguientes términos por el Tribunal Constitucional:

“El principio de interdicción de la arbitrariedad es uno inherente a los postulados esenciales de un Estado constitucional democrático y a los principios y valores que la propia Constitución incorpora; de allí que, si bien la autonomía de la jurisdicción arbitral tiene consagración constitucional, no lo es menos que, como cualquier particular, se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales, en el marco vinculante del derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139° de la Constitución), por cuanto, si así no ocurriese, será nulo y punible todo acto que prohíba o limite al ciudadano el ejercicio de sus derechos, de conformidad con el artículo 31° in fine de la Carta Fundamental.

Si ocurriese lo contrario, la autonomía conferida al arbitraje devendría en autarquía, lo que equivaldría a sostener que los principios y derechos constitucionales no resultan vinculantes”⁽⁸⁰⁶⁾.



Art. 44°.—Peritos.

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.

(806) Sentencia del Tribunal Constitucional. Exp. N° 6167-2005-PHC/TC, p. 9. Encuentro un defecto en este razonamiento en la parte que sostiene que la jurisdicción arbitral se encuentra obligada a respetar los derechos fundamentales “como cualquier particular”. En primer lugar, hay una contradicción, pues al reconocer el Tribunal Constitucional el carácter jurisdiccional del arbitraje no lo puede equiparar con cualquier particular. En segundo lugar, el principio de interdicción de la arbitrariedad no sólo alcanza a los particulares, sino también —y muy especialmente— a los entes públicos. Más esclarecedora es la cita que figura en la página 11 bajo el numeral 30: “Desde la consolidación del Estado de derecho surge el principio de interdicción de la arbitrariedad, el mismo que tiene un doble significado, tal como ha sido dicho en anterior sentencia: ‘a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho. b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo. En consecuencia, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad’” (Exp. N° 090-2004AA/TC).

2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

COMENTARIO ⁽⁸⁰⁷⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El rol del perito y los límites de la prueba pericial. 3. Credibilidad e imparcialidad del perito de parte.

1. INTRODUCCIÓN

Como explica STARK, lo que más interesa a los miembros de un tribunal arbitral son los hechos. Sin duda, su interés por conocer los hechos es mayor que su interés por el derecho. Es entonces, a través de una presentación convincente de los hechos, que el abogado litigante podrá, si tiene éxito, persuadir al tribunal de su verdad:

“Enfrentelo: los jueces se consideran expertos en la ley. No importa lo que les digan acerca de la ley, ellos tomarán su interpretación como una que tiene mucha de sal. En cambio, tus hechos son nuevos y mejor conocidos por ti; tu habilidad de ser persuasivo a través de ellos es entonces mucho mayor. Dale los hechos al Juez y podrás hacerlo cambiar de opinión. Dale la ley y ellos seguirán necesitando los hechos” ⁽⁸⁰⁸⁾.

Justamente, para dicha presentación convincente y persuasiva de los hechos ante el tribunal arbitral, la prueba pericial es un instrumento de persuasión fundamental y poderosísimo, sobretudo, cuando los hechos del caso involucran aspectos de naturaleza técnica.

(807) Por **HUÁSCAR EZCURRA RIVERO**: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

(808) Steven D. STARK, *Writing to Win. The legal writer*. New York: Broadway Books, 1999, p. 71. Traducción libre del siguiente texto: “*Face it: judges consider themselves experts in law. No matter what you tell them about it, they are going to take your interpretation with about fifteen grains of salt. In contrast, your facts are new and best known to you; your ability to be persuasive with them is greater. Give judges the facts in a case and they can make up their minds. Give them the law and they still need to know the facts.*”

En ese sentido, el artículo 44° de la LA se refiere a un importante protagonista en el arbitraje nacional y el arbitraje internacional: el perito, también conocido como el experto. Decimos protagonista pues cuando, por decisión del tribunal arbitral o por decisión de las partes, se requiere la opinión de un experto, ello es justamente porque el tribunal arbitral y/o las partes consideran que para una mejor comprensión de los temas en disputa, el apoyo de un experto resulta imprescindible. La opinión del experto, dependiendo del tipo de disputa, puede llegar a convertirse en pieza clave para la decisión que tendrá que tomar el tribunal. Es fundamental, en ese sentido, comprender que el experto, si bien puede haber sido propuesto, designado y pagado por alguna de las partes, se debe al Tribunal (y *no* a la parte que lo designó). El experto es en estricto un colaborador del tribunal en la búsqueda de la verdad.

Como precisa la norma, los peritos pueden ser designados por el mismo tribunal arbitral o por las partes. El primero, el perito designado por el tribunal arbitral, es conocido como el perito de oficio y, el segundo, como el perito de parte. Pero más allá de quién lo nombre, lo cierto es que se trata de un especialista en la materia técnica que se encuentre controvertida, cuya labor es colaborar con el tribunal arbitral en la tarea de esclarecer las cuestiones técnicas del caso. La imparcialidad e independencia del perito que se designe es fundamental. Y ello naturalmente se aplica tanto para el perito que designe el tribunal arbitral como para el perito que designen las partes.

Asimismo, los abogados, si bien formados en derecho, en la práctica del litigante arbitral, debemos aprender muchísimo de otras profesiones. Así, cuando recibimos un caso en patrocinio, dependiendo de la materia controvertida, para dar un mejor servicio a nuestro cliente y encontrar el mejor argumento para persuadir al tribunal arbitral de nuestra verdad, diseñando la mejor estrategia para ese fin, debemos aprender de temas tan variados como, por poner sólo algunos ejemplos, embarazos ectópicos en ginecología obstetricia; o sobre el funcionamiento de los sistemas hidráulicos para las generadoras de electricidad; sobre las capacidades de bodega de las embarcaciones pesqueras y su relación con el arqueo; sobre las distintas condiciones climáticas, plagas u hongos que pueden afectar la cosecha de uvas para la exportación; o sobre riesgos de incendio de un local textil que no cumplió con las medidas de seguridad exigidas por las cláusulas de garantías de la póliza de seguros contratada; sobre las condiciones de roca que eran previsibles para un contratista experimentado que fue contratado para obras civiles que involucraban la perforación de túneles en el subsuelo, etcétera.

No obstante, para aprender de estas otras profesiones, requerimos de ayuda. El perito, en ese sentido, es justamente el experto que permite: i) primero, que el abogado comprenda mejor su caso y el de su contraparte y, ii) con ello, permite que el abogado pueda plantear la mejor estrategia y organizar una defensa efectiva, y iii) finalmente, el perito a su vez es el colaborador que permite al tribunal comprender los temas técnicos de fondo para mejor resolver la discrepancia entre las partes.

2. EL ROL DEL PERITO Y LOS LÍMITES DE LA PRUEBA PERICIAL

¿Qué debe aportar un perito al proceso arbitral? ¿Cuáles son los límites de la prueba pericial? Usualmente se introduce la opinión de un perito al proceso con el objeto que colabore con la evaluación de los hechos en disputa aportando para ello su conocimiento especializado y particular sobre los tecnicismos que podrían acompañar los hechos del caso. El perito, en ese sentido, opina, por un lado, para aclararle al tribunal arbitral las cuestiones de hecho, y opina también interpretando, desde su perspectiva técnica, los hechos del caso.

Constituye un tremendo error pretender restringir o limitar la prueba pericial en un proceso arbitral a un pronunciamiento sobre un hecho concreto, aplicando para esa finalidad el Código Procesal Civil. Lamentablemente, sin embargo, es un error frecuente. Por eso, consideramos muy pertinente el comentario.

Es fundamental comprender que en el proceso arbitral la flexibilidad y la amplitud de la actuación probatoria son la regla. La limitación de la actuación probatoria es la excepción. Un proceso civil ordinario, en cambio, es uno en el cual la regla general son los procedimientos estrictos para el ofrecimiento de pruebas y para su actuación. En palabras, del Tribunal Constitucional:

“Así, [el arbitraje] se presenta como un mecanismo orientado a la consecución de la verdad legal, pretendiendo despojarse de los trámites, muchas veces engorrosos y formalistas, de la justicia tradicional. Entonces, históricamente en sus orígenes, el arbitraje se justificó en su carácter de proceso expedito y efectivo”⁽⁸⁰⁹⁾.

En la misma línea, MATHEUS indica lo siguiente:

(809) Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

“La irreductible sustantividad de la prueba en el arbitraje justifica la existencia de un sistema probatorio en la LGA que pugna con el procedimentalismo probático acrítico y temporal característico del CPC”⁽⁸¹⁰⁾.

Es cierto que la pericia debe tener relación con los hechos que son materia del proceso. Naturalmente, ello debe ser así. Ello no significa, sin embargo, que no se pueda ofrecer un perito para que explique y se pronuncie, desde su perspectiva técnica, sobre, por ejemplo, cuál es la lógica económica de un contrato, o sobre cuál sería su lectura e incluso su interpretación del contrato. Finalmente, un contrato constituye un hecho, y las negociaciones del mismo, las cartas o correos de ida y vuelta, y el texto mismo que se firmó, podrían reflejar (y suele ser así) consideraciones económicas y empresariales, respecto de las cuales, naturalmente, un perito podría pronunciarse y orientar al tribunal arbitral en su decisión. Su opinión sería, con el riesgo de decir lo obvio, técnica, y sería tenida en cuenta como tal por el tribunal arbitral. No sería una opinión jurídica sobre la interpretación correcta del contrato. Sería una interpretación técnica que colaboraría con el tribunal arbitral, para la tarea de formarse su opinión técnica y jurídica sobre el caso.

Entonces, es un error pretender limitar el ámbito de las pericias a emitir una opinión sobre un hecho. El perito puede opinar sobre hechos, y sobre temas técnicos, e incluso sobre contratos. El perito puede además, sobre la base de los hechos y temas técnicos que le ha tocado analizar, opinar, desde su perspectiva técnica, sobre cuál considera es la posición de las partes en conflicto que considera como la más razonable. El perito puede también opinar, desde su perspectiva técnica, sobre cómo debería interpretarse un contrato.

Los abogados a veces (lamentablemente, muchas veces) olvidamos que los contratos, antes que un hecho con efectos jurídicos, son un hecho con efectos económicos para las partes. Naturalmente, los abogados no somos los únicos que tenemos algo que decir sobre cómo deberían interpretarse los contratos, sobretodo si los contratos están llamados a regular, principalmente, intereses económicos y empresariales. Téngase en cuenta que los contratos, la mayor de las veces, son elaborados para ser aplicados y ejecutados por ingenieros, empresarios, técnicos, etc. Entonces, los contratos se elaboran sobre la base del uso de términos y para regular situaciones que los ingenieros, empresarios, o técnicos, según el caso, conocen mejor que los abogados. Los abogados en ese sentido somos absolutamente instrumentales. Quizá negociamos el contrato y lo redactamos, pero lo hacemos para

(810) MATHEUS LÓPEZ, Carlos Alberto, *Introducción al Derecho de Arbitraje*, Semper Veritas Editores, Lima, 2006, p. 151.

que su texto funcione para los ingenieros, empresarios o técnicos que lo aplicarán. Los abogados no hacemos contratos para que funcionen para abogados. Por todo eso, es fundamental lo que los ingenieros, empresarios o técnicos, tengan que decir acerca del contrato y den su opinión sobre cómo lo interpretan.

Como señalan, REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES:

“Cuando surgen controversias de carácter técnico o especializado, los tribunales arbitrales suelen necesitar la colaboración de peritos para arribar a una conclusión, a fin de obtener toda información técnica que pueda guiarlo en la búsqueda de la verdad [...]”⁽⁸¹¹⁾.

“La prueba pericial se presenta para abordar todos los temas que sean de opinión. Ingenieros y científicos suelen ser convocados para presentar informes y ofrecer pruebas en relación con las controversias en las que la calidad de un proyecto de construcción o el rendimiento de un bien de uso están involucrados. Los contadores son convocados para brindar pruebas en cuanto al monto de los reclamos y, en ocasiones, puede convocarse a abogados para que brinden pruebas en los casos en que deben explicarse las disposiciones de un sistema jurídico “extranjero””⁽⁸¹²⁾.

De otro lado, POYNTE indica lo siguiente sobre la función del perito:

“El Experto ayudará al jurado a comprender los aspectos técnicos del caso e intentará persuadir al jurado sobre su explicación de los hechos”⁽⁸¹³⁾.

Como señala el autor citado, la prueba pericial tiene por objeto, aportar al proceso una explicación, esto es, una opinión técnica sobre lo que sucedió en el caso planteado.

Es claro entonces que dentro del proceso arbitral la prueba pericial busca brindar al Tribunal una opinión, un razonamiento sobre un tema que es materia de la controversia. Y es claro también que dicha opinión puede versar sobre *todos* los temas que a criterio del Tribunal sean relevantes para la controversia.

(811) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Buenos Aires, Aranzadi, 2007, p. 441.

(812) REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *op. cit.*, p. 447.

(813) POYNTER, Dan, *“The Expert Witness Handbook” - Tips and Techniques for the Litigation Consultant*. California, 2005, p. 17.

Traducción libre del siguiente texto: *“The expert will help the jury understand the technical aspects of the case and will try to persuade the jury to accept his or her explanation of the technical facts.”*

En estricto, por tanto, el único límite a la prueba pericial dentro del arbitraje será aquel que los propios árbitros determinen, considerando las particularidades del caso. Obsérvese que la Ley no establece requisitos específicos que deba cumplir el ofrecimiento de la pericia. No existe nada en la Ley que indique que sólo puedan ofrecerse pericias que tengan por objeto el pronunciamiento sobre un hecho. Finalmente, corresponderá a los árbitros establecer los límites de la actuación probatoria.

3. CREDIBILIDAD E IMPARCIALIDAD DEL PERITO DE PARTE

Incluso antes que el perito presente su posición técnica, el tribunal arbitral comienza a formarse imágenes respecto de su credibilidad. En estricto, desde que ofrecemos la prueba pericial y nombramos al perito, el tribunal se forma una opinión inicial sobre la credibilidad del experto que se propone. Por ello, es importantísimo escoger un experto que sea reconocido como una autoridad en la materia técnica que le tocará abordar. Como se dice, la primera impresión importa; y en materia de persuasión, importa muchísimo. Dicho de otra forma, para persuadir, la credibilidad de nuestro perito es clave. Y para que nuestro perito tenga credibilidad, qué mejor que se trate de una autoridad en el tema que se abordará.

Entonces, como primer paso es clave haber investigado y elegido bien a quién designaremos como perito. Debemos asumir que será cuidadosamente observado y evaluado por el tribunal arbitral (y por nuestra contraparte por supuesto). En palabras de MAUET:

“Antes de que el jurado acepte el testimonio del perito, debe aceptar al perito en sí mismo. ¿Cómo evalúa el jurado al perito? Se enfoca en dos componentes: su educación formal y práctica, y su experiencia laboral. Los abogados tienden a sobrevalorar la educación formal, probablemente porque los abogados tienden a tener una considerable educación formal y se impresionan por otros con antecedentes similares. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que pocos jurados tienen el mismo nivel de educación que un perito. La mayoría de jurados han desarrollado su habilidad en sus trabajos de juez mediante la práctica que hecha de manera reiterada los vuelve buenos en lo que hacen. La experiencia importa más para ellos. En sencillo, deben presentarse tanto los credenciales documentarios así como la experiencia laboral, experiencia que convencerá al jurado de que el perito está bien preparado”⁽⁸¹⁴⁾.

(814) MAUET, *op. cit.*, p. 323.

Traducción libre del siguiente texto: “Before the jury will accept the expert’s testimony, it has to accept the expert. How does the jury assess expertise? It looks at two components: formal education and training, and actual working experience. Lawyers tend to over-emphasize formal education, probably because lawyers themselves have

El objetivo entonces es que el perito que se proponga tenga autoridad y legitimidad para tratar con solvencia los temas técnicos controvertidos.

Para ello, es fundamental dedicarle tiempo a conocer al perito, conversar con él sobre sus trabajos anteriores, los artículos o libros que haya escrito, conocer su opinión sobre el tema respecto del cual se le pide que haga una pericia, conocer si antes emitió opinión sobre el mismo tema o temas relacionados, leer las opiniones que haya emitido. Hay que conocerlo *todo*, tanto para confirmar que es una buena elección como para, luego, prepararlo frente a los eventuales ataques a su credibilidad que podrían venir de la otra parte.

Lo aconsejable, entonces es, primero, buscar a un especialista en el tema (tanto por su experiencia profesional como por su formación académica). El primer requisito para la credibilidad es que nuestro perito sea una autoridad en el tema. Mejor todavía si es “la autoridad” en el tema. Pero, además, muy importante, debe ser un especialista con habilidades de comunicación y persuasión. Ser un buen comunicador es el segundo requisito fundamental para lograr credibilidad y con ello ser efectivos para la tarea de persuadir.

Además, si nuestro perito pretende ser creíble, deberá trabajar duro en un conocimiento de detalle del caso. Su informe escrito así como su testimonio de experto ante el tribunal arbitral deben reflejar solvencia y un conocimiento riguroso del tema sobre el cual se le ha solicitado que emita opinión. Trabajar duro y serio es clave. De nada servirá ser “la autoridad” y ser además un buen comunicador, si es que el producto que se entrega al tribunal arbitral no refleja conocimiento profundo del tema concreto y opinión técnica que resulta de un trabajo minucioso y riguroso.

Finalmente, es importantísimo que el perito que propongamos sea absolutamente imparcial e independiente de la posición que sostiene la parte que lo contrató y que paga sus honorarios. Aquellos peritos que repiten al unísono (con la parte que los contrató) la misma posición, con los mismos puntos y comas, no sirven absolutamente de nada para la tarea de persuasión. Es más, dañarán su credibilidad como abogados y, naturalmente, dañarán el caso de su cliente. Dicho

substantial formal education and are impressed by others with similar backgrounds. However, keep in mind that few jurors will have the same level of education as an expert. Most jurors developed competence in their jobs simply by doing it until they got good at it. Hands on experience means more to them. In short, you need to bring out both the paper credentials and the actual working experience to convince the jury that the witness is a well-qualified expert.”

de modo distinto, son peritos que trabajan de modo efectivo para el caso de su contraparte.

De acuerdo a MAUET:

“Un testigo parcializado es un testigo cuyo testimonio se inclina hacia un lado y en contra del otro. Un contra-interrogatorio puede demostrar que el testimonio parcializado es una poderosa herramienta ya que esta mancha enteramente el testimonio del perito. El ejemplo de parcialización más común es el experto que típicamente testifica exclusivamente o predominantemente a favor de una de las partes”⁽⁸¹⁵⁾.

Bastará un buen contra-interrogatorio al perito parcializado para desnudar su falta de independencia. Con ello su perito habrá hecho un excelente trabajo en beneficio del caso de su contraparte.

El perito debe ser y mostrar su imparcialidad e independencia, incluso al costo de dañar en parte el caso de su cliente. Como explica respecto STARK pronunciándose al respecto:

“[...] Confesamos pequeñas faltas con la finalidad de sugerir que no tenemos grandes faltas”⁽⁸¹⁶⁾.

Es preferible que su perito dañe en parte su argumento o la posición de su cliente. Ello no sólo reflejará imparcialidad e independencia, sino que además generará confianza en el tribunal arbitral sobre la opinión técnica emitida. La tarea es lograr que el tribunal arbitral, luego de estudiar la posición técnica de los peritos presentados por ambas partes, prefiera la opinión del perito que usted presentó. Y para lograr ello, la imparcialidad e independencia de su perito es fundamental.



Art. 45°.—Colaboración judicial.

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrán pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del

(815) MAUET, *op. cit.*, p. 383.

Traducción libre del siguiente texto: “A biased witness is a witness whose testimony is slanted for one side and against the other. A cross-examination that can demonstrate bias is a powerful tool because it taints the expert’s entire testimony. The most common kind of bias is the expert who typically testifies exclusively or predominantly for plaintiffs or defendants.”

(816) STARK, *op. cit.*, p. 101. Traducción libre del siguiente texto: “We confess little faults in order to suggest that we have no big ones.”

documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a dicha asistencia, cuando corresponda.

2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.

3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.

COMENTARIO ⁽⁸¹⁷⁾

SUMARIO: 1. Consideración de orden general. 2. Incisos 1 y 2. 2.1. Actuación de pruebas que puede requerir un apremio corporal. 2.2. Otro apremio aparte del corporal: la multa. 2.2.1. Falta de reconocimiento de documentos por terceros. 2.2.2. Incumplimiento de exhibición. 2.2.3. Retardo o no concurrencia a audiencia de los peritos. 3. Inciso 3. Procedencia de la prueba. 4. Inciso 4. Concurrencia del tribunal arbitral a la actuación practicada ante el juez. 5. Cuestiones probatorias. 6. Plazo para la actuación por el juez. 7. Documento que acredita la existencia del arbitraje. 8. El juez llamado.

1. CONSIDERACIÓN DE ORDEN GENERAL

El arbitraje mantiene con el Poder Judicial una relación ambivalente, pues requiere de él omisiones y actuaciones. Las omisiones consisten en que no interfiera con la función arbitral, al punto que ha llegado a decirse que la abstención judicial en materia arbitral es uno de los ejes de la nueva ley: “La primera (de las reformas principales de la nueva

(817) Por **LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA**: Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

ley) es reforzar la autonomía del arbitraje. Se busca darle mayor fuerza. Y, básicamente, me refiero a autonomía en dos sentidos: autonomía del Poder Judicial y autonomía de las normas procesal-civiles”⁽⁸¹⁸⁾. Si bien la cita que antecede corresponde a la época en que se estaba aún en la formulación del proyecto, convertido éste ya en ley positiva, logró esa pretensión de colocar una barrera entre el arbitraje y el Poder Judicial: “De este modo, privilegiando la eficacia del acuerdo arbitral y la común intención de las partes de someterse a la decisión de los árbitros, la LA procura —y a nuestro entender, consigue— cerrar las puertas a los intentos, que con alguna frecuencia se observan en la práctica, de *judicializar* el arbitraje e impedir a los árbitros cumplir con las funciones que las partes le han encomendado”⁽⁸¹⁹⁾.

Pero el arbitraje, siendo al fin de cuentas una justicia privada, necesita del Poder Judicial cuando requiere el ejercicio del *ius imperium* del que carece. Por regla general, se requiere el ejercicio de medidas coercitivas en tres momentos del proceso: para la actuación de las pruebas, para trabar determinadas medidas cautelares y para la ejecución del fallo. El artículo bajo comentario se refiere al auxilio judicial para la actuación de pruebas.

2. INCISOS 1 Y 2

Como se observa en el comentario al artículo 43°, la nueva Ley Peruana de Arbitraje consagra un sistema de libertad de prueba en la admisión, pertinencia, actuación y valoración de las pruebas. El inciso 45°, bajo comentario en este apartado, está referido exclusivamente a la actuación de las pruebas. El modelo de actuación de pruebas contenido en el Código Procesal Civil no ha sido acogido por la nueva Ley de Arbitraje, pero es posible recurrir al mismo en vía de inspiración puesto que, heredero de otros Códigos y de tradiciones muy antiguas, contiene una decantación operada a lo largo de siglos de situaciones de renuencia e incumplimiento, y contempla los apremios y sanciones aplicables. Nada de lo contenido en el Código es de aplicación en materia arbitral, pero puede servir de ilustración para que el tribunal arbitral imagine, amparándose en su libertad, las formas en las que puede lograr que se actúen determinadas pruebas ante la negativa del

(818) BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo, “El arbitraje nacional en el proyecto de reforma de la Ley General de Arbitraje”. En: *Arbitraje. Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda Parte*, Volumen 6, Estudio Mario Castillo Freyre y Palestra Editores S.A.C. Biblioteca de Arbitraje, Lima, 2008, p. 375.

(819) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Roque J. CAIVANO Roque, “La nueva ley de arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 7, 2008, p. 50.

obligado, y el tipo de colaboración que puede requerir de la autoridad judicial. En los párrafos que siguen se presentan diversas situaciones que pueden manejarse con esta línea de razonamiento. Más aún, y como se ha visto en el comentario al artículo 43°, en los arbitrajes nacionales de derecho los árbitros serán usualmente abogados y ante situaciones imprevistas lo más probable es que recurran a las respuestas consagradas en los Códigos del Proceso Civil.

2.1. Actuación de pruebas que puede requerir un apremio corporal

En términos generales, en el proceso civil moderno casi no existen apremios corporales, es decir, la posibilidad de ejercitar la fuerza contra la persona. Quizás el único ejemplo que puede encontrarse se refiere a la prueba de testigos, en la cual el testigo renuente puede ser conducido al local del Juzgado con el auxilio de la fuerza pública. Evidentemente, esta situación puede presentarse en un proceso arbitral, por lo que, al decir del inciso 1 del artículo bajo comentario, el tribunal arbitral, o cualquiera de las partes con su aprobación, puede recurrir al juez para que disponga el apremio corporal al que nos estamos refiriendo.

2.2. Otro apremio aparte del corporal: la multa

El Código Procesal Civil ha previsto otros casos, aparte de la declaración testimonial, en los cuales la orden para la actuación de una prueba puede verse obstaculizada por una negativa del obligado a cumplir. En estas circunstancias, el apremio más utilizado es el de la multa, aunque es posible imaginar una medida más extrema, como se aprecia en el primero de los casos que a continuación se menciona:

2.2.1. Falta de reconocimiento de documentos por terceros

“La *ausencia* o *incumplimiento* al reconocimiento por terceros, será sancionada en la forma prevista para los testigos” (artículo 254 del Código Procesal Civil, énfasis agregado). El artículo 232° del mismo Código, con referencia a la prueba de testigos, precisa: “El testigo que sin justificación no comparece a la audiencia de pruebas, será sancionado con multa no mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal, sin perjuicio de ser conducido al Juzgado con auxilio de la fuerza pública, en la fecha que fije el juez para su declaración, sólo si lo considera necesario”. Podemos interpretar la referencia a la *ausencia* en el artículo 254° como la negativa de una persona a constituirse en el lugar donde debe practicar un reconocimiento. En este caso, se le puede compeler a asistir mediante el auxilio de la fuerza pública. El *incumplimiento* abarca dos situaciones, la del que fue conducido por la fuerza o la de quien no tuvo necesidad de

ser llevado por la fuerza porque se encuentra en el lugar donde se hallan los documentos. En cualquiera de los dos casos el juez puede enfrentarse a una negativa a reconocer. En ambas situaciones el juez puede multar al renuente hasta con cinco unidades de referencia procesal y posee, obviamente, los medios coercitivos para que se haga efectivo el pago de la multa.

2.2.2. Incumplimiento de exhibición

Quien incumple con la exhibición puede ser una de las partes o un tercero. Si se trata de incumplimiento de parte, el juez puede imponerle una multa no menor de tres ni mayor de cinco unidades de referencia procesal. Si se trata de un tercero el rango de la multa es el mismo, pero puede ser doblada si vuelve a incumplir en la nueva fecha fijada por el juez (artículo 261°).

2.2.3. Retardo o no concurrencia a audiencia de los peritos

A pesar de que el artículo 44° de la nueva Ley de Arbitraje está dedicado íntegramente a la prueba pericial, no se ha puesto en el caso que los peritos retrasen su dictamen sin justificación, o que no concurren a la audiencia en la que deben absolver las preguntas planteadas por las partes y, en general, sustentar la labor que han desarrollado. El artículo 270° del Código Procesal Civil imagina estos supuestos de incumplimiento y establece que serán sancionados con multa no menor de tres ni mayor de diez unidades de referencia procesal.

De surgir situaciones como las precedentes, el tribunal arbitral podrá, inspirándose en estas fórmulas procesales, requerir la colaboración judicial para que una persona renuente a acudir a practicar una declaración testimonial o un reconocimiento sea conducida por la fuerza pública, o para que el juez proceda a imponer una multa a quienes se nieguen a reconocer o exhibir, o a los peritos que retrasen su dictamen sin justificación, o que no concurren a la audiencia en la que deben absolver preguntas y sustentar su trabajo.

3. INCISO 3. PROCEDENCIA DE LA PRUEBA

La ley ha debido mantener el término pertinencia que emplea en el artículo 43°. En cualquier caso, se refiere a lo mismo, es decir, al existir el principio de libertad de prueba, no existe un listado de pruebas que puede ofrecerse, sino que los medios probatorios a ser utilizados se dejan a la imaginación de los abogados de las partes. Aunque, volviendo una vez más al Código Procesal Civil como término de referencia, éste contiene una relación de cinco medios de prueba típicos (artículo 192°), una explicación de lo que son los medios probatorios atípicos

(artículo 193°) y un capítulo sobre los sucedáneos de los medios probatorios (indicios, presunciones y ficciones), por lo que, prácticamente, no queda mucho espacio para imaginar otros medios probatorios. Sin embargo, debido al excesivo detalle con que están regulados los medios probatorios en el Código, y, además, por formación profesional, el juez llamado a prestar su colaboración para la actuación de una prueba, podría verse tentado a opinar sobre su procedencia o a abrir un incidente entre las partes acerca del tema. La nueva Ley de Arbitraje, con suma perspicacia, y en la línea de cerrar todas las puertas por las que podría entrometerse la judicatura en la sede arbitral, expresa en frase categórica: “la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte”. Por cierto que se hace la salvedad que el juez no podrá prestar su colaboración cuando se trate de pruebas manifiestamente contrarias al orden público o a leyes prohibitivas expresas.

4. INCISO 4. CONCURRENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL A LA ACTUACIÓN PRACTICADA ANTE EL JUEZ

Los incisos 1 y 2 del artículo 45° bajo comentario admiten dos supuestos en cuanto a la actuación de la prueba cuando es necesario recurrir a la colaboración judicial: (i) que la prueba pueda ser actuada ante el propio tribunal arbitral; (ii) que la actuación del medio probatorio se realice ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección. En este último caso, el inciso 4 introduce la posibilidad de que los miembros del tribunal arbitral asistan a la audiencia respectiva y formulen las preguntas que consideren oportunas, figura ésta sumamente interesante e inédita en el proceso civil peruano, pues configura una situación en la cual una persona que realiza una declaración ante la autoridad judicial, se ve obligada a responder a las preguntas que le plantea no el juez que dirige el debate, sino el tribunal arbitral, estando el juez, además, impedido de formular preguntas. Esta última afirmación se deduce del rol que asume en este caso el juez, que es la de un simple facilitador, y de diversas normas esparcidas a lo largo de toda la ley, en virtud de las cuales el juez está impedido de tener ingerencia alguna en un proceso arbitral, salvo después de su culminación, si alguna de las partes interpone el recurso de anulación, en cuyo caso recién el caso podrá ser visto por la autoridad judicial.

5. CUESTIONES PROBATORIAS

La nueva Ley Peruana de Arbitraje no ha legislado lo que los abogados conocemos como cuestiones probatorias, es decir, la tacha contra

los testigos y documentos, y la oposición a la actuación de una declaración de parte, a una exhibición, a una pericia o a una inspección.

En principio no hay nada que prohíba la tacha u oposición, pues estamos ante un sistema de libertad de prueba que comprende, como es obvio, no sólo la libertad de presentación de pruebas sino también la libertad de oposición. El tribunal arbitral dará a estos incidentes el trámite que considere pertinente y en los plazos que determine. Además, el artículo 40° de la Ley dice que el tribunal arbitral es competente para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias que se promuevan durante las actuaciones arbitrales.

Podría darse un supuesto de necesidad de colaboración judicial para la aplicación de una multa, en términos similares a los del artículo 304° del Código Procesal Civil, en el caso de los litigantes que formulen tachas u oposiciones en forma maliciosa.

6. PLAZO PARA LA ACTUACIÓN POR EL JUEZ

En ninguna de las ocasiones en las cuales se requiere la colaboración judicial (actuación de pruebas, adopción de medidas cautelares y ejecución del laudo) se le fija al juez un plazo para el cumplimiento del deber que se le impone. Es cierto que la Ley confiere al tribunal arbitral la facultad de ejecutar las medidas cautelares que ha ordenado y la de ejecutar el laudo, pero en situaciones de oposición del obligado, cuando sea necesario echar mano de la facultad coercitiva del Estado, no queda otro camino que solicitar la colaboración judicial. En la ejecución judicial del laudo el juez dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada. Pero el propio juez no tiene un plazo para proceder a requerir al vencido. En el caso de las medidas cautelares el inciso 2 del artículo 48° dispone que la autoridad judicial “procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna”. Y en el tema que estamos comentando, de la actuación de las pruebas, la ley emplea la expresión “sin demora”, exponiendo a todos los participantes en un proceso a la carga de relativismo que tiene dicha expresión. En otras palabras, no existe plazo para que el juez disponga la actuación de medios probatorios provenientes de un proceso arbitral.

7. DOCUMENTO QUE ACREDITA LA EXISTENCIA DEL ARBITRAJE

Para solicitar la colaboración judicial para la actuación de pruebas es requisito acompañar a la solicitud “las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia”. El documento que acredita la

existencia del arbitraje puede variar según las circunstancias. Así, por ejemplo, si alguien es emplazado en la vía judicial, habiendo pactado previamente un arbitraje con quien lo demanda, el documento adecuado para sustentar la excepción de convenio arbitral será precisamente el convenio arbitral. Así lo estipula el inciso 3 del artículo 16º de la ley: “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 [...]”.

Empero, en un situación en la cual el proceso arbitral ya ha avanzado lo suficiente como para encontrarse en la etapa de actuación probatoria, soy de la opinión que los documentos que deben ser presentados ante la autoridad judicial son: 1) el acta de instalación del tribunal arbitral; 2) el escrito en el cual se ofrece la prueba que debe actuarse; y, 3) la resolución del tribunal arbitral que dispone la colaboración judicial para la actuación de la prueba.

8. EL JUEZ LLAMADO

El juez llamado siempre es el juez subespecializado en lo comercial o, en su defecto, el juez subespecializado en lo civil. En cuanto al juez de qué lugar es el competente, dependerá si se trata de auxilio para la actuación de pruebas, la adopción judicial de medidas cautelares o la ejecución forzosa del laudo, según lo dispuesto en el artículo 8º. Tratándose de la actuación de pruebas, se trata del juez del lugar del arbitraje o del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia.



Art. 46º.—Parte renuente.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

a) El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

b) El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.

c) Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en

cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

COMENTARIO ⁽⁸²⁰⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Del apartado A.* 3. *Del apartado B.* 4. *Del apartado C.*

1. INTRODUCCIÓN

La Ley de Arbitraje ha optado por presentar sumillas o epígrafes en sus artículos, que describen en una breve frase el contenido del artículo. Así el artículo 46° de la LA trae consigo la referencia de la sumilla correspondiente señalando *Parte renuente*.

El citado artículo tiene su antecedente en el artículo 25⁽⁸²¹⁾ de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, el cual sumilla este artículo bajo el epígrafe *Rebeldía de una de las partes*. Así mismo está citada en el artículo 31° la Ley Española de Arbitraje⁽⁸²²⁾, bajo el epígrafe *Falta de Comparecencia de las partes*. En la misma línea el artículo 25° de la Ley de Arbitraje Comercial Internacional

(820) Por **ALBERTO MONTEZUMA CHIRINOS**: Socio fundador del Estudio Montezuma Abogados. Secretario del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

(821) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985. Enmiendas aprobadas en el año 2006. Naciones Unidas. Nueva York 2008.

“Artículo 25°.- Rebeldía de una de las partes.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente,

a) el demandante no presente su demanda con arreglo al párrafo 1) del artículo 23°, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones;

b) el demandado no presente su contestación con arreglo al párrafo 1 del artículo 23°, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante;

c) una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga”.

(822) Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre, Ley Española de Arbitraje.

“Artículo 31°.- Falta de comparecencia de las partes.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros:

a) El demandante no presente su demanda en plazo, los árbitros darán por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

b) El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.

Chilena⁽⁸²³⁾, que titula el artículo como lo hace la ley española. Ambas normas son de reciente promulgación.

La norma nacional, asumiendo una posición independiente y alejada de la terminología procesal del Código Procesal Civil, ha sumillado con mayor propiedad señalando que este artículo está referido a la inacción de una parte, denominando a esa parte como *parte renuente*, que en términos semánticos, de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española⁽⁸²⁴⁾, dicese de quien es indócil, remiso. De esta manera, no se asimila en estricto el rigor del concepto de rebeldía que puede tener nuestro ordenamiento procesal común, y por ende, el efecto que tiene consigo el concepto de rebeldía.

La rebeldía, en los términos entendidos de nuestro ordenamiento procesal, es la falta de comparecencia de alguna de las partes o de ambas respecto de un acto procesal determinado o en relación a todo el proceso⁽⁸²⁵⁾, esta situación se da sin que exista consideración que valga en contrario que permita eliminar tal situación, cuyos efectos preestablecidos juegan un papel que pesa en contra del rebelde, como es el caso de la presunción legal de la veracidad de los hechos expuestos en la demanda. A diferencia de la *rebeldía arbitral* o de la actitud de la *parte renuente*, el efecto, al menos desde la perspectiva de la ley, no produce el efecto de la presunción legal de veracidad de los hechos, que le da la ley procesal judicial a la rebeldía, y en todo caso debe ser pactado expresamente por las partes.

En la norma derogada, Ley General de Arbitraje N° 26572, no encontramos norma expresa como la presente, estructurada de la forma como se han dispuesto las disposiciones de la regla 46° de la LA actual, D. Leg. N° 1071. La Ley General de Arbitraje se ocupaba, en cierta forma, de algunos de los aspectos que contiene este nuevo dispositivo, se distingue en la norma el artículo 34⁽⁸²⁶⁾ que refería en el primer párrafo y en los incisos 1°, 2° y 3°, la normatividad que ahora es parte del

c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan”.

(823) Ley N° 19971 promulgada el 10 de setiembre del 2004.

(824) Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22ª ed., Tomo IX, ESPASA, 2001, Madrid, p. 1320.

(825) OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Harla S.A., México, 1980, citado por ALBERTO HINOSTROZA en: *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 906.

(826) “Artículo 34°.- *Procedimiento Supletorio*.

Salvo disposición distinta de las partes o de los árbitros, el procedimiento arbitral se sujetará a las siguientes reglas:

artículo 46°, cuyo tratamiento es independiente y particular. El tratamiento adoptado por la norma vigente, no sólo resulta más apropiado y está técnicamente mejor expresada, sino que es concordante con la normatividad actual, tal como lo hemos anotado.

El artículo en comentario, en el primer párrafo refiere simplemente a las partes, y la primera idea que se nos puede venir a la mente, tratándose de un proceso, es la parte demandante y demandada. Ya no estamos frente a la posibilidad de determinar quién es parte en el proceso ya que el proceso está instaurado, y si forma parte o no del convenio, del cual se recurre para su solución mediante este mecanismo alternativo de solución de conflictos. Estamos frente a la situación creada por quienes ya están siendo considerados actores en el proceso arbitral. Al respecto, es preciso señalar que, pese a que se ha llamado a las partes de un proceso, al igual que en el proceso seguido ante órgano judicial, demandante y demandado, en el caso del arbitraje las partes pueden asimilar estas posiciones. Sin embargo, no podemos referirnos a parte demandante ni demanda por cuanto el mismo artículo nos da la posibilidad que *el demandante* no presente demanda, razón que hace que, en rigor, este ya no es demandante, ni que la parte contraria sea demandado, por cuanto no existe demanda en su contra. Igual caso puede suceder cuando las partes contendientes en un conflicto que es sometido a arbitraje, tengan pretensiones contrapuesta la una contra la otra, presentadas simultáneamente por acuerdo mutuo entre los intervinientes y que se pretendan proponer de la misma forma en el proceso arbitral, pactándose la posibilidad de que ambas sean demandantes y demandadas a la vez.

1. La parte que formula su pretensión ante los árbitros deberá hacerlo dentro de los ocho (8) días de notificada de la instalación del tribunal arbitral, debiendo ofrecer al mismo tiempo las pruebas que la sustenten.

Luego de recibida la pretensión se citará al demandado para que en el plazo de ocho (8) días manifieste lo que convenga a su derecho y ofrezca las pruebas correspondientes. Si se formula reconvencción, los árbitros correrán traslado a la otra parte por igual plazo.

2. Si la parte no cumple con formular su pretensión con arreglo al primer párrafo del inciso anterior, los árbitros precederán a notificar a la otra parte para que dentro de igual plazo proceda a formular su pretensión con arreglo al párrafo anterior. Vencido el plazo sin que la otra parte formule su pretensión, los árbitros darán por terminadas las actuaciones arbitrales.

En caso la otra parte formule su pretensión a que se hace referencia en el párrafo anterior, será de aplicación el segundo párrafo del inciso anterior, no siendo procedente en este caso la reconvencción.

3. Si alguna de las partes no cumpliera con absolver los trámites que el corresponden dentro de los plazos previstos en los incisos 1 y 2, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que dicha omisión se considere como una aceptación de las alegaciones de la otra parte.

[...].”

En el proceso arbitral, en principio, las partes son aquellas que han celebrado el convenio arbitral, por lo que no se puede llamar demandante a una y demandada a la otra, sino hasta que se establezcan sus diferencias de forma material en la demanda, siendo el caso que ambas puedan pretender, como lo hemos señalado, de manera simultánea siendo demandante. A diferencia del proceso judicial, la posición de la parte como demandante se origina por efecto de la interposición de la demanda, la cual se dirige contra otra, convirtiéndose en demandante, sujeto activo y demandado sujeto pasivo.

En el presente artículo también merece señalar que destaca la característica medular del arbitraje que es la consensualidad. El arbitraje nace en virtud a un convenio, admitiéndose cierta excepción que conocemos ⁽⁸²⁷⁾, y es por ello que la norma procesal aplicable a la parte renuente es regulable por las partes intervinientes en el proceso o en el convenio, siendo el caso que la norma admite pacto en contrario que puede, por un lado, endurecer la posición respecto al efecto de la conducta de la parte renuente, o la pueda atenuar más de lo señalado en la norma legal en comentario.

Al igual que la norma CNUDMI, la norma nacional da a las partes la posibilidad de pactar en contrario, estableciendo por ejemplo la conclusión del proceso en caso de no presentarse la demanda, sin que quepa la posibilidad que la otra parte exprese lo que a su conveniencia persuada; la presunción legal de veracidad respecto a los hechos afirmados por la parte demandante, o la aplicación de apremios a la parte que no concurre a las audiencias, entre otros pactos.

Asimismo, como lo hemos señalado, este artículo da la posibilidad a la parte que incurra en alguna de las situaciones que se mencionan en los acápites que contiene la norma, a presentar alguna justificación que permita al tribunal optar en contrario. No está demás señalar que los árbitros actuarán y resolverán siempre a pedido de parte, ya que es preciso contar con la justificación que la parte renuente exponga. Los árbitros no podrán actuar de oficio, ya que violarían el acuerdo que las partes hayan asumido, dejando de dar un trato igualitario a cada una de los actores del proceso.

Los árbitros al ser informados por la parte renuente de las circunstancias por las cuales se justifica la causa suficiente, resolverán permitiendo a la parte no convertirse en renuente al acto que le ha tocado cumplir, estando facultado el Tribunal o Arbitro, según sea el caso, por ejemplo, a ampliar el plazo que se ha establecido previamente para el

(827) Nos referimos a la parte no signataria del convenio arbitral, que puede ser emplazada en el arbitraje cuando se dan las condiciones señaladas en la ley.

cumplimiento del acto procesal que corresponde⁽⁸²⁸⁾. Esta facultad discrecional será ejercida por los árbitros siempre bajo el principio rector de la igualdad de trato a las partes, de manera que le permita ejercer y hacer valer sus derechos, y considerando las razones que puedan tener una significación especial que justifique la causa suficiente.

No podemos tampoco dejar de mencionar la presencia del principio de flexibilidad del arbitraje, concordado con el principio de dirección procesal que ejercen los árbitros en el proceso, son también los criterios que estarán presentes al momento de ocuparse de una solicitud como la comentada. La razón para acceder al pedido debe estar fundada, señala la norma legal en causa suficiente, la que puede estar contemplada indudablemente en razones de fuerza mayor o caso fortuito, o en circunstancias que sin representar las condiciones que determinen que se trata de causa de fuerza mayor o caso fortuito, pueden haber dificultado o impedido a la parte cumplir con el acto procesal en el plazo previamente establecido.

2. DEL APARTADO A

El apartado a) de la norma en comentario, en primer lugar, trata acerca de la sanción al demandante o parte activa, que consiste en la terminación de las actuaciones arbitrales en caso que no sea presentada la demanda. El sentido de la norma es no permitir la existencia de un proceso, si la parte a la cual se le reputa promotora e interesada en la solución del conflicto ha dejado de tener interés en la solución del mismo por este medio alternativo, porque el conflicto dejó de tener efecto en contra de la parte promotora. Sin embargo, la sanción de la conclusión del proceso sólo se hará efectiva si la parte demandada expresa que no tiene pretensión que ejercer en contra de quien la trajo al arbitraje y que la norma lo señala como demandante.

Debemos anotar que la norma ha dado de llamar demandante y demandado a las partes contrapuestas en el proceso. Sin embargo, la posición de demandante puede cambiar por efectos prácticos, si el demandante no ejercita su derecho y propone sus pretensiones en la demanda no podrá ser demandante, y por lo tanto, la contra parte no

(828) El artículo 34° referido a la libertad de regulación de actuaciones, en el inciso 4, da la posibilidad a los árbitros, entendemos sea Tribunal y Arbitro Único, en uso de su facultad discrecional, de ampliar los plazos para las actuaciones arbitrales. Aun cuando estos se encuentren vencidos, lo que permite la posibilidad que ante la solicitud de la parte renuente, que contenga la justificación suficiente a criterio del Tribunal o Arbitro Único, le admita el acto procesal y deje de ser renuente, evitando así se le aplique los supuestos establecidos por los incisos del artículo 46° de la ley en comentario.

podrá tener calidad de demandado. La particularidad de esta situación es que el demandado puede ser demandante en caso que ejercite su derecho de acción y proponga su pretensión a su contra parte, que dejará de ser demandante para convertirse en demandado.

La norma señala que las actuaciones arbitrales terminaran a menos que el demandado ejercite alguna pretensión a su contraparte demandante. No podemos dejar de considerar que esta situación puede dar lugar a que el demandante que no ejerció su derecho, al ser demandado, reconvenga en contra de la pretensión que le han planteado. La norma no se ha ubicado en tal supuesto, como si lo hacía la Ley General de Arbitraje derogada, que señalaba la improcedencia de la reconvención⁽⁸²⁹⁾. Estimamos que no resultará procedente la pretensión del demandante reconviniendo, porque la ley no lo ha previsto, y además porque entendemos que el espíritu de la norma es sancionar la inacción del demandante, que no cumplió con proponer la pretensión que le correspondía en término oportuno.

3. DEL APARTADO B

El inciso b) de la norma describe la segunda circunstancia que los árbitros deben considerar y está referida exclusivamente al demandado. Como es procesalmente admisible, el demandado debe contestar la demanda dentro del plazo establecido, y al no hacerlo se colocará en una posición de renuente. Sin embargo, es posible que el demandado pretenda cumplir con el trámite vencido el plazo, argumentando la causa por la cual se ha visto impedido de hacerlo, de manera que los árbitros estimen si existe causa suficiente para admitir la contestación, como si esta se hubiese producido regularmente.

Aunque el efecto del incumplimiento de la contestación de la demanda por el demandado no trae consigo la presunción de veracidad de los hechos expuestos por el demandante, como lo señala la norma del Código Procesal Civil⁽⁸³⁰⁾, y que contiene la premisa que los litigantes están acostumbrados, ya que la norma dispone expresamente que la omisión no se considera una aceptación de las alegaciones del demandante, el efecto mayor esta en el hecho que la parte demandada no podrá ofrecer los medios probatorios que a su derecho le corres-

(829) El último párrafo del inciso 2 del artículo 34º señalaba expresamente que: "En caso que la parte formule su pretensión a que se hace referencia en el párrafo anterior, será de aplicación el segundo párrafo del inciso anterior, no siendo procedente en este caso la reconvención".

(830) El artículo 461º del Código Procesal Civil, trata de los efectos de la declaración de rebeldía y señala: "La declaración de rebeldía causa presunción legal relativa sobre la verdad de los hechos expuestos en la demanda".

pondan para acreditar su posición frente a los argumentos expuestos en la demanda. En efecto, de acuerdo con la regla del inciso 2 del artículo 39°, las partes —para nuestro caso en particular la parte demandada— deberá aportar todos los documentos que considere pertinentes a su derecho, o hacer referencia a los documentos o pruebas que vayan a presentar o proponer. Es evidente que al no haberse presentado la contestación, poco puede significar la aceptación de las afirmaciones contenidas en la demanda, si además no se presenta prueba alguna que sustente el derecho y la posición del demandado.

Finalmente, debemos señalar que la regla es clara al disponer que los árbitros continuaran con las actuaciones arbitrales, pese a la omisión incurrida por el demandado, no existiendo posibilidad alguna para que el proceso quede trunco, como en el caso del inciso anterior, ni supeditar a la exposición de argumento alguno de la parte contraria.

4. DEL APARTADO C

El inciso c) contiene una regla complementaria a las anteriores, por cuanto refiere a las actuaciones posteriores a la demanda y la contestación. La regla señala aspectos bastantes interesantes y abarca las posibles situaciones que se pueden producir al interior de un proceso en curso, cuando una de las partes incurre en omisión del acto procesal que le compete, siendo que la omisión no trae consigo la paralización del proceso o la terminación del mismo por falta de impulso, sino que permite a los árbitros continuar, y llegado el momento procesal, a pronunciarse finalmente en el laudo basados en las pruebas que tengan a su disposición.

La norma ha señalado las situaciones que se pueden dar en el presente caso, estas son: a) la incomparecencia de una de las partes a una audiencia; b) la omisión de la presentación de las pruebas; c) la inacción de las partes para ejercer sus derechos en el proceso. Las situaciones descritas en las reglas citadas son reparadas con la facultad otorgada a los árbitros para continuar las actuaciones y cumplir el objetivo para el cual fueron designados, que es resolver el conflicto sometido a su jurisdicción, esta inevitablemente sobre entendido que las partes han sido debidamente notificadas.

El primer supuesto referido a la incomparecencia de una de las partes a una audiencia o a varias audiencias. En este supuesto podemos entender que la incomparecencia está referida a la parte, sea esta demandante o demandado, que es citada a la audiencia y debe producir en la audiencia lo que los árbitros hayan ordenado, entendiendo que la no comparecencia traerá consigo que la finalidad que persigue la

audiencia no se pueda alcanzar por la incomparecencia de la parte citada; sin embargo, no restringe el actuar de los árbitros para continuar con el proceso. Otro supuesto que podemos advertir es el que ocasiona la incomparecencia de una de las partes a una audiencia a la cual, si bien han sido citadas, su actuación para la producción de algún acto procesal no ha sido ordenada por los árbitros, ya que la actuación ha sido reservada para un tercero, en este caso la audiencia se llevará a cabo sin que esta pueda ser invalidada, por el hecho de la incomparecencia de alguna de las partes o de ambas.

En el siguiente supuesto b), referido a la omisión de la presentación de las pruebas, viene en concordancia a lo señalado en la regla del inciso 2 del artículo 39º, en la cual la parte hace referencia a los documentos o pruebas que presentará. La regla de la norma bajo comentario permite a los árbitros a resolver con arreglo a las pruebas que tenga a su disposición, por lo que la omisión en la presentación de las pruebas no restringe la facultad de resolver, lo que se producirá con lo que cuenten los árbitros. Esta regla evita que la parte que no presenta la prueba que ha ofrecido, o ha hecho referencia, pueda argumentar que la existencia de un instrumento probatorio como punto clave para la resolución del conflicto haya sido omitido, pese a que los árbitros conocían de dicho medio probatorio y que debieron solicitarlo.

En el supuesto c), el cual refiere a la inacción de la parte en el ejercicio de sus derechos en cualquier momento. Esto puede verificarse ya sea cuando la parte no absuelva algún trámite referido a un asunto específico producido en el proceso, o presente alegato. Lo importante de esta inacción es que no implica la renuncia de su derecho o la admisión de hechos en su contra o la invalidez del proceso, con la imposibilidad de los árbitros de continuar con las actuaciones arbitrales que les corresponden.

Finalmente, como ya lo hemos señalado ante los supuestos que hemos anotado separadamente para fines didácticos, los árbitros están en libertad de continuar con el proceso y resolver finalmente con arreglo a lo que pueda haberse producido en el proceso con toda validez.



Art.47º.—Medidas cautelares.

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que es-

time conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;

b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;

c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o

d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá formularse reconsideración contra la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los diez (10) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo o habiendo cumplido con hacerlo, no se constituye el tribunal arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo respon-

sabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda 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 la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar.

6. 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 una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.

7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.

9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.

COMENTARIO ⁽⁸³¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1. Potestad cautelar arbitral en doctrina. 1.2. La potestad cautelar arbitral en el Perú. 2. Requisitos para la concesión de medidas cautelares arbitrales. 3. Oportunidad y dic-

(831) Por ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA: Socia del Estudio Echecopar Abogados. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Lima.

tado de las medidas cautelares arbitrales. 4. Finalidad y tipos de medidas cautelares arbitrales. 4.1. Medidas cautelares para preservar elementos de prueba. 4.2. Tipos de medidas cautelares arbitrales. 5. Sobre el procedimiento cautelar arbitral. 6. Medidas cautelares judiciales, vinculadas al arbitraje. 6.1. Límite de la competencia judicial para dictar medidas cautelares destinadas a garantizar la eficacia de un laudo. 6.2. Impugnación y variación de las medidas cautelares judiciales. 7. Caducidad de las medidas cautelares.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Potestad cautelar arbitral en doctrina

Es pertinente señalar que la competencia de los tribunales arbitrales para dictar medidas cautelares, es un tema que genera un gran debate en países en los que no existe una ley de arbitraje que prevea expresamente esta posibilidad, y cuando las partes no han otorgado esta potestad a los árbitros, en el convenio arbitral.

Así, una posición sostiene que siendo el proceso arbitral de origen convencional, ante la ausencia de una norma que expresamente otorgue esta facultad a los árbitros, cuando las partes no se las han conferido expresamente, corresponde realizar una interpretación restrictiva que imposibilita toda inferencia en el sentido que puedan gozar de ella⁽⁸³²⁾. La interpretación restrictiva tiene su origen en que el arbitraje es considerado una “jurisdicción de excepción”, por lo que sus alcan-

(832) Este criterio es recogido en la legislación arbitral de Uruguay y Argentina. En esta línea, ZINNY, comentando el sistema arbitral en estos países, y comparándolo con el nuestro, afirma:

“El Estado moderno asume el monopolio del uso de la fuerza tanto desde el punto de vista jurídico como físico y es por eso que en la legislación vigente los árbitros carecen de *imperium*, que comprende la *coertio* y la *executio*, y, por lo tanto, no tienen facultades ni para ordenar medidas cautelares ni para ejecutar sus pronunciamiento definitivos, lo que en ambos casos son derivados al juez. No las tienen en la legislación argentina ni en la uruguaya.

En cambio, la Ley General de Arbitraje del Perú adopta un sistema que podríamos llamar mixto, porque en el artículo 81° (refiriéndose a la Ley N° 26572, actualmente derogada) establece que ‘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’, pero la misma norma dispone que ‘Para la ejecución de las medidas los árbitros pueden solicitar el auxilio del juez especializado en lo civil del lugar del arbitraje o donde sea necesario adoptar las medidas’. Es un sistema mixto porque faculta a los árbitros a disponer medidas cautelares pero reserva para el juez estatal la ejecución de ellas.”

ZINNY, Jorge Horacio, “Medidas Cautelares en el Arbitraje”. En: *Revista de Derecho Procesal*, N° 01 - Medidas Cautelares, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2005, p. 260.

ces no deben ser interpretados extensivamente. PEYRANO, sintetiza esta posición en los siguientes términos: “si en el acuerdo arbitral no está previsto expresamente el poder cautelar arbitral; consecuentemente no cuentan con él los árbitros”⁽⁸³³⁾.

La otra posición sostiene que, por más que el convenio arbitral no lo establezca expresamente, si el árbitro tiene competencia para resolver sobre el fondo de la disputa, también la tendrá para adoptar medidas cautelares, destinadas a asegurar la eficacia de lo que se resuelva. Para ello se utiliza el razonamiento “*a fortiori*”, o su equivalente “*a mayor e ad minus*”. Reforzando esta tesis, ARAZI y ROJAS afirman que si bien los árbitros carecen de *imperium*, las partes le han asignado la facultad de juzgar determinadas situaciones (*iudicium*); y al fin y al cabo la decisión cautelar es una resolución más⁽⁸³⁴⁾, por lo que concluyen que más allá de que esta potestad haya sido atribuida de manera expresa por la norma o por el convenio, los árbitros sí gozan de ella.

1.2. La potestad cautelar arbitral en el Perú

En el sistema arbitral peruano, la competencia de los árbitros para dictar medidas cautelares está fuera de discusión, en tanto ella ha sido expresamente prevista en el artículo 47º del Decreto Legislativo N° 1071, norma que regula el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), vigente a partir de setiembre de 2008.

En consecuencia, en nuestro País, la potestad para dictar válidamente medidas cautelares, no requiere de un convenio arbitral que así lo haya establecido.

2. REQUISITOS PARA LA CONCESIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES ARBITRALES

Considero que, para la concesión de una medida cautelar en sede arbitral —más allá de que la norma no lo señale de manera expresa—

Similar esquema se tenía en los países europeos, sin embargo, a partir de la Ley Modelo de la UNCITRAL, la mayoría de ellos acabó incorporando en su legislación interna la posibilidad de que los árbitros, en uso de sus propias competencias, puedan dictar medidas cautelares que aseguren la eficacia del arbitraje.

MERINO MERCHÁN, José F. y José Ma. CHILLÓN MEDINA, *Tratado de Derecho Arbitral*. 3ra. Edición, Civitas, Navarra, 2006, p. 570.

(833) PEYRANO, Jorge W., “Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales”. En: *Disertaciones y Conclusiones Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales: 24 y 25 de junio de 2004*, Bolsa de Comercio de Rosario, Rosario, 2005, p. 112.

(834) ARAZI, Ronald y Jorge ROJAS, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado y concordado con los códigos provinciales*, Tomo III, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2001, p. 610.

son exigibles los mismos requisitos que para cualquier otra medida de esta naturaleza, así los árbitros deberán verificar: *i)* la verosimilitud o apariencia del derecho invocado en la demanda o en la reconvencción, de ser el caso; *ii)* el peligro en la demora, esto es, que el tiempo que tome el trámite del proceso pueda poner en riesgo el derecho en discusión, y con ello, la eficacia de la decisión final que se emita; *iii)* la adecuación, que implica que las medidas cautelares sean congruentes con lo que se pide en la demanda o en la reconvencción, y cuya eficacia se pretende garantizar, y que sean proporcionales, es decir, lo menos gravoso posible para quien las soporta⁽⁸³⁵⁾; y *iv)* la contracautela, cuyo propósito es garantizar la reparación de los daños ocasionados por la ejecución de la medida cautelar. Evidentemente, esto sólo operará cuando la decisión final garantizada por la medida cautelar, sea adversa al solicitante de la medida, y siempre que el tribunal determine que, dadas las circunstancias del caso, ésta nunca debió ser concedida, supuesto en el que además fijará el monto de los daños que deben ser resarcidos, sin perjuicio del pago de las costas y costos. Este último requisito es el único expresamente regulado en los incisos 1 y 8 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje, y está sujeto a la decisión discrecional del Tribunal Arbitral.

3. OPORTUNIDAD Y DICTADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ARBITRALES

Nuestra Ley de Arbitraje (inciso 2 del artículo 47°), a diferencia del ordenamiento anterior, establece que el Tribunal Arbitral está en aptitud de dictar medidas cautelares, desde el momento en que se *constituye* (no desde su instalación). Entiendo entonces que para ello será necesario que todos los árbitros hayan sido nombrados, que las designaciones hayan sido aceptadas, y que hayan transcurrido los plazos para su recusación, sin que sea necesario el acto formal de su instalación, pues la competencia arbitral se entiende atribuida desde la conformación misma del órgano arbitral.

Asimismo, el Tribunal Arbitral podrá dictar medidas cautelares, hasta antes que se dicte laudo, lo cual es perfectamente lógico con la naturaleza de la medida, toda vez que aquellas dictadas con posterioridad a la emisión de la decisión definitiva que pretendían garantizar,

(835) “El hecho de que la medida cautelar sea congruente con la pretensión planteada, supone que exista una ‘correlación lógica que necesariamente deberá establecerse entre la cautelar concedida y el objeto de la tutela’. Proporcional quiere decir que el sacrificio que supone la concesión de una medida cautelar sea el necesario para lograr la garantía de efectividad que se requiere con la medida cautelar obtenida”.

PRIORI POSADA, Giovanni. Citando a MONROY PALACIOS, Juan, *La Tutela Cautelar. Su Configuración como Derecho Fundamental*, Lima, ARA Editores, 2006, p. 87.

en estricto, no son *cautelares*, sino típicas medidas de *ejecución* de laudo. Ahora bien, para este tipo de medidas, es de tener en cuenta que el inciso 1 del artículo 67º de la Ley de Arbitraje⁽⁸³⁶⁾, dispone que la competencia del Tribunal Arbitral para su dictado, sí requiere de un previo acuerdo de partes, o que esta potestad haya sido prevista en el reglamento arbitral aplicable.

4. FINALIDAD Y TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES ARBITRALES

4.1. Medidas cautelares para preservar elementos de prueba

Como toda medida cautelar, aquellas dictadas en un proceso arbitral tienen por finalidad asegurar la eficacia de la decisión final, en este caso, del laudo. No obstante, el literal d. del inciso 2 del artículo 47º de la Ley de Arbitraje ha incorporado, entre las funciones de las medidas cautelares, una que, en principio, no le es propia: la de preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia; esto es lo que en doctrina procesal —así como en el ordenamiento peruano— se conoce como prueba anticipada⁽⁸³⁷⁾.

El común denominador, entre las medidas cautelares propiamente dichas y aquella contemplada para preservar los elementos de prueba, es evitar que la demora en el proceso genere su ineficacia.

Ahora bien, más allá de su nominación —tema estrictamente técnico—, considero de suma relevancia que los árbitros cuenten con facultades para asegurar la eficacia de los elementos de prueba, cuando se advierta algún peligro de que, esperar la etapa probatoria, pueda impedir su obtención o restar su valor. De no haberse previsto esta po-

(836) “*Artículo 67º.- Ejecución arbitral.*

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

[...]”

(837) Normas del Código Procesal Civil sobre prueba anticipada:

“*Artículo 284º.- Disposición general.*

Toda persona legitimada puede solicitar la actuación de medio probatorio antes del inicio de un proceso. Para ello, deberá expresar la pretensión genérica que va a reclamar y la razón que justifica su actuación anticipada”

“*Artículo 287º.- Emplazamiento y actuación sin citación.*

El Juez ordenará la actuación del medio probatorio con citación de la persona a la cual se pretende emplazar.

A pedido de parte, sustentado en razones de garantía y seguridad, y habiéndose especificado el petitorio de la futura demanda, el Juez podrá ordenar la actuación del medio probatorio sin citación, por resolución debidamente motivada”

sibilidad, lo que correspondería sería recurrir a la vía judicial, lo que en mi opinión, impediría la intermediación y concentración, imprescindibles para un adecuado conocimiento y solución de la controversia.

Por otro lado, cabe señalar que esta norma de la Ley de Arbitraje, recoge el texto previsto en el literal d. del inciso 3 del artículo 17° de la Ley Modelo de la UNCITRAL⁽⁸³⁸⁾, que contempla expresamente esta posibilidad bajo el rubro de medidas cautelares.

4.2. Tipos de medidas cautelares arbitrales

La Ley de Arbitraje ha regulado de manera expresa algunas modalidades de medidas cautelares (literal a. b. y c. del inciso 2 del artículo 47°), que recogen los grandes géneros cautelares, como son: i) las *medidas conservativas o de no innovar*, bajo el texto: “a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia”; ii) las *medidas innovativas*, bajo el texto: “b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de realizar ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o el menoscabo del proceso arbitral”; y iii) las *medidas para futura ejecución forzada*, bajo el texto: “c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente”.

Si bien la redacción de la norma podría no parecer lo suficientemente amplia, considero que el poder de cautela regulado en la norma, contempla los grandes rubros cautelares que otorgan al árbitro la posibilidad de dictar todo tipo de medida necesaria para asegurar la eficacia de su decisión, si tenemos en cuenta que cualquiera de ellas será siempre, conservativa o innovativa, esto es, que implicará mantener el estado de cosas existente o modificarlo.

5. SOBRE EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR ARBITRAL

En relación a las características de las medidas cautelares arbitrales, éstas son básicamente las mismas que aquellas dictadas en el fue-

(838) “Artículo 17°.- *Facultad del tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares*

[...]

2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que:

[...]

d. Preserve elementos que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

ro judicial: *i)* instrumental, *ii)* variable, *iii)* temporal o provisional, *iv)* accesoria, y *v)* implica un prejuzgamiento.

Sin embargo, un extremo en el que resulta relevante hacer énfasis es que, en principio, las medidas cautelares arbitrales, *no son in audita pars*. La Ley de Arbitraje, no deja duda al respecto, al establecer en el inciso 3 del artículo bajo comentario que, como regla general, la medida cautelar se dicta, previo traslado a la otra parte, a efectos de garantizar el ejercicio de su derecho de defensa, salvo que el solicitante demuestre que el contradictorio podría determinar la ineficacia de la medida.

Asimismo, la resolución cautelar es impugnabile, vía recurso de reconsideración, ante el mismo Tribunal Arbitral, una vez que la medida es ejecutada. Ello sin perjuicio de que la parte afectada pueda solicitar su levantamiento o variación, en el momento que lo considere apropiado, siempre que demuestre que la situación de hecho o derecho que determinó su concesión por la autoridad arbitral, ha variado.

6. MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES, VINCULADAS AL ARBITRAJE

6.1. Límite de la competencia judicial para dictar medidas cautelares destinadas a garantizar la eficacia de un laudo

En mi opinión, el Poder Judicial podrá dictar medidas cautelares, únicamente en aquellos casos en los que el Tribunal Arbitral no esté en aptitud de hacerlo válidamente. Considero que en los arbitrajes nacionales existe una *competencia negativa*, esto es, que este tipo de medidas sólo pueden dictarse por el Tribunal Arbitral, en tanto al conformarse, ha sustraído la competencia del Poder Judicial para ello.

Cabe indicar que si bien la Ley de Arbitraje no establece expresamente la prohibición de que la autoridad judicial dicte medidas cautelares cuando el proceso arbitral está en trámite, considero que ello es consustancial a la naturaleza misma del arbitraje, y que se desprende de la interpretación del numeral 4 del artículo 47º, cuando señala que: “Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje [...]”. Una interpretación *contrario sensu* nos lleva a sostener que luego de la constitución del Tribunal Arbitral, sí se presentaría tal incompatibilidad.

Más aún, para precisar este aspecto, es pertinente hacer mención a la Exposición de Motivos del Proyecto Modificatorio elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial N° 027-2006-JUS del 25 de enero de 2006 (en adelante, la Exposición de Motivos), cuya

finalidad fue precisamente la revisión de la Ley General de Arbitraje —actualmente derogada— y cuyos aportes, en líneas generales, se han plasmado en la presente Ley de Arbitraje.

Al respecto, la Exposición de Motivos señala: “El artículo 80° (refiriéndose a la norma del Proyecto) establece la instalación del Tribunal Arbitral como el punto de quiebre para pedir y decidir cautelares en vía judicial o arbitral. [...] Por último la norma confiere a los árbitros competencia absoluta y exclusiva sobre cualquier otra medida cautelar solicitada, dictada o impugnada en la vía judicial una vez instalado el Tribunal Arbitral y también para disponer de sus propias medidas cautelares. [...]”.

Por lo indicado, considero que en los arbitrajes nacionales, el Poder Judicial sólo tendrá competencia para dictar medidas cautelares, en los siguientes supuestos: *i)* en tanto el Tribunal Arbitral no se haya constituido; *ii)* habiéndose constituido, no se encuentre en funciones —como por ejemplo, que el proceso se encuentre suspendido por falta de pago de los honorarios arbitrales—; y *iii)* una vez que el proceso arbitral haya concluido, supuesto en el cual estaremos ante medidas de ejecución, que serán dictadas por el Poder Judicial cuando los árbitros no tengan facultades de ejecución, o teniéndolas, se requiera de *imperium*.

Ahora bien, lo señalado tiene una excepción en lo que respecta al arbitraje internacional. En este caso, sí opera la *jurisdicción concurrente* en materia cautelar, por lo que los jueces tienen competencia para disponer este tipo de medidas, tanto antes de la composición del Tribunal Arbitral, como durante el trámite del arbitraje.

En mi opinión, la *razón de ser* de esta intervención excepcional del Poder Judicial, se vincula con la naturaleza de este tipo de procesos arbitrales con elementos internacionales. En efecto, atendiendo a que es previsible que las medidas cautelares deban ejecutarse fuera de la sede del Tribunal y del territorio nacional, si éstas son dictadas por el órgano arbitral, su ejecución requerirá de un procedimiento judicial previo de reconocimiento de resolución extranjera, lo que determinará la absoluta ineficacia de la medida. Ante esta situación, el inciso 9 del artículo 47° —recogiendo lo contemplado al respecto por legislaciones de nivel internacional⁽⁸³⁹⁾— admite que las decisiones caute-

(839) El Reglamento de la CCI establece:

“Artículo 23°.- Medidas cautelares y provisionales

1. [...]

2. Las partes podrán, antes de la entrega del expediente al Tribunal Arbitral y en *circunstancias apropiadas aún después*, solicitar a cualquier autoridad judicial competente la adopción de medidas provisionales o cautelares”.

lares puedan solicitarse y ejecutarse directamente ante la autoridad judicial donde deban hacerse efectivas.

6.2. Impugnación y variación de las medidas cautelares judiciales

Atendiendo al carácter restrictivo de la intervención judicial, claramente marcada en la Ley de Arbitraje, el inciso 5 del artículo 47º, dispone: “Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso arbitral. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre [...]”. Más aún, tratándose de medidas cautelares dictadas judicialmente y que están siendo materia de impugnación en esa vía, la norma en mención señala: “El tribunal arbitral tramitará la apelación interpuesta bajo los términos de una reconsideración contra la medida cautelar”.

Al respecto, resulta pertinente referirnos una vez más a la Exposición de Motivos, en el extremo que, refiriéndose precisamente a la competencia excluyente de los árbitros para dictar medidas cautelares y para conocer de su impugnación, señala: “[...] sea que estemos ante una solicitud de medida cautelar no resuelta o ante la apelación de una solicitud cautelar ya decidida por el Poder Judicial, corresponde a los árbitros resolver la concesión o rechazo de la medida o la apelación que esté pendiente. Así desde su instalación, el Tribunal Arbitral asume competencia plena sobre todo el caso, incluyendo los procesos cautelares que estuviesen en trámite ante el Poder Judicial”.

Por lo expuesto, tratándose de medidas cautelares judiciales, previas al proceso arbitral, el ejercicio del derecho a una doble instancia se concreta a través del recurso de apelación, supuesto en el cual la revisión del mandato cautelar corresponderá a la Corte Superior. Sin embargo, es importante reiterar que el Poder Judicial sólo tendrá competencia para realizar actividad jurisdiccional válida, en la medida que no exista un órgano arbitral competente para hacerlo, o en tanto la ley o el pacto hayan previsto expresamente esta posibilidad.

Así, una vez que el Tribunal Arbitral se encuentre constituido, la competencia judicial “será sustraída”, y serán los árbitros quienes deberán revisar la decisión cautelar ejecutada. Para tal efecto, se adecua-

3. *La solicitud que una parte haga a una autoridad judicial con el fin de obtener tales medidas o la ejecución de medidas similares ordenadas por un Tribunal Arbitral no contraviene el acuerdo de arbitraje ni constituye una renuncia a éste y no afecta los poderes del Tribunal Arbitral al respecto. Dicha solicitud, así como cualquier medida adoptada por la autoridad judicial, debe ser notificada sin dilación a la Secretaría. Esta última informará de ello al Tribunal Arbitral (énfasis agregado).*

rá el trámite del procedimiento de impugnación, al que corresponde al recurso de reconsideración dentro del arbitraje.

De igual manera, los incisos 6 y 7 del artículo 47°, ratifican la competencia arbitral exclusiva para modificar, sustituir o dejar sin efecto las medidas cautelares, incluso aquellas dictadas por el Poder Judicial, bastando para ello que se demuestre la variación de las circunstancias (de hecho o de derecho) que sirvieron de sustento para su dictado.

Así, una vez adquirida la competencia arbitral, dicho órgano está en aptitud de actuar, incluso de oficio, solicitando a las partes información que permita verificar si amerita que la medida cautelar concedida se mantenga, atendiendo a la persistencia de los elementos que justificaron dicha decisión. De advertirse una variación en las circunstancias, la medida podrá ser modificada, e incluso dejarse sin efecto, aun cuando ello no haya sido solicitado por las partes.

7. CADUCIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES JUDICIALES

Finalmente, la Ley de Arbitraje (inciso 4 del artículo 47°) ha dispuesto que en los casos de las medidas cautelares judiciales, previas al proceso arbitral, la parte beneficiada con ellas tendrá un plazo máximo de diez (10) días siguientes a su ejecución, para iniciar el arbitraje, entendiéndose para presentar a la otra parte la solicitud de someter la controversia a arbitraje⁽⁸⁴⁰⁾.

Asimismo, se ha dispuesto que de no solicitarse el inicio del arbitraje, o no constituirse el Tribunal Arbitral dentro de los noventa (90) días de dictada la medida, ésta caduca de pleno derecho.

Respecto de la caducidad ante la falta de inicio del arbitraje, podría no presentarse mayor discusión, pues la presentación de la solicitud para someter la controversia a un proceso arbitral, es un acto unilateral que dependerá exclusivamente de la parte beneficiada con la medida cautelar.

Sin embargo, el tema que suscita algunas dudas, es si puede atribuírsele a la parte beneficiada con la medida cautelar, la “sanción” de que caduque la medida que obtuvo en la vía judicial, previa al arbitraje, cuando el Tribunal Arbitral no se ha constituido, pues en este caso, no se trata de un acto que depende solo de la parte que obtuvo la cautelar, sino que además requiere de la intervención de la otra parte

(840) “Artículo 33°.- Inicio del arbitraje.

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje”.

en el nombramiento de su árbitro, del consenso de los árbitros designados en el nombramiento del presidente del Tribunal (si ese fuera el caso), y finalmente, de que ninguno de ellos sea objeto de recusación por las partes.

Es claro el propósito de la norma: evitar el uso malicioso de las medidas cautelares judiciales, de modo que una vez obtenidas, se impida el inicio del arbitraje, a través de mecanismos dilatorios como recusaciones, etc., que obstaculicen la conformación del Tribunal Arbitral, habiéndose previsto un plazo perentorio de noventa (90) días que, podría parecer razonable.

Ciertamente, es imposible establecer normas para cada situación particular que pudiera presentarse, pues la realidad siempre rebasará toda posibilidad de previsión; sin embargo, consideramos que si se presentara este supuesto, por situaciones ajenas a las partes —como por ejemplo, la falta de designación oportuna de él o los árbitros, si fuera el caso, por parte de la Cámara de Comercio—, nada obsta a que la medida cautelar judicial sea solicitada nuevamente, o se pida al Poder Judicial su renovación, precisamente para evitar la caducidad.

Si el Tribunal Arbitral, una vez constituido, apreciara que lo que hubo fue un uso malicioso de la actividad judicial, podrá dejar sin efecto la medida cautelar, de manera inmediata, pues como hemos desarrollado anteriormente, ésta es una de sus potestades que pueden ser ejercidas, incluso de oficio.



Art. 48º.—Ejecución de medidas cautelares dictadas por el tribunal arbitral.

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.

2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.

3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida caute-

lar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actuados.

4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del territorio peruano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos 75°, 76° y 77°, con las siguientes particularidades:

a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del apartado 2 del artículo 75° o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este apartado.

b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9°.

c. Los plazos dispuestos en los apartados 2 y 3 del artículo 76° serán de diez (10) días.

d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solicitante que preste una garantía adecuada, cuando el tribunal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para proteger los derechos de terceros. Si no se da cumplimiento, la autoridad judicial podrá rechazar la solicitud de reconocimiento.

e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus facultades, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su contenido ni desnaturalizarla.

COMENTARIO ⁽⁸⁴¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Sobre los márgenes de actuación del Tribunal Arbitral, en la ejecución de las medidas cautelares que dicte.

(841) Por ANA MARÍA ARRARTE ARISNABARRETA: Socia del Estudio Echecopar Abogados. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Lima.

Por FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

2.1. Límites del Tribunal Arbitral e interacción con el Poder Judicial.
2.2. Actos de ejecución que el Tribunal Arbitral puede realizar, en materia cautelar. **3. Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales extranjeros.** **3.1. Problemas identificados en esta materia.** **3.2. La Ley de Arbitraje peruana de 2008.**

1. INTRODUCCIÓN

En la doctrina existen posiciones divididas respecto de si los árbitros pueden ejecutar las medidas cautelares que dictan. Así, más allá de que está fuera de discusión que los árbitros carecen de *imperium* para hacer cumplir sus decisiones mediando *cohercio*, un sector considera que, un órgano arbitral podía ejecutar sus decisiones, si para ello no era necesario el uso de la fuerza⁽⁸⁴²⁾.

Sin embargo, otro sector de la doctrina considera que, en ningún caso los árbitros pueden hacer cumplir las decisiones cautelares que pudieran emitir, pues la *executio*, en cualquiera que fuera sus manifestaciones, no ha sido conferida a los árbitros, por tratarse de un atributo propio del *imperium* del Estado⁽⁸⁴³⁾.

No obstante, desde la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1071 —Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, la LA)—, dicha discusión ha dejado de tener sentido en el Perú, al haberse regulado expresamente la posibilidad de que el Tribunal Arbitral ejecute directamente sus decisiones cautelares, evidentemente dentro de los límites de la potestad “jurisdiccional” atribuida por la Constitución y la ley.

2. SOBRE LOS MÁRGENES DE ACTUACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL, EN LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE DICTE

2.1. Límites del Tribunal Arbitral e interacción con el Poder Judicial

El artículo 48º de la LA⁽⁸⁴⁴⁾ establece claramente la regla referida a la ejecución de las medidas cautelares, en el sentido que los árbitros sí

(842) Al respecto, revisar: RIVERA, Julio C., “Medidas Precautorias en los Procedimientos Arbitrales (Con Especial Referencia al Derecho Argentino)”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Perú, Grijley, 2006, p. 346.

(843) Con relación a ello, ver: PEYRANO, Jorge W., “Medidas Cautelares en los Procesos Arbitrales”. En: *Disertaciones y Conclusiones Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales: 24 y 25 de junio de 2004*, 2005, p. 115.

(844) A diferencia de lo que ocurría en la LGA —vigente hasta el 30 de agosto de 2008— que no otorgaba a los árbitros, de manera expresa, la potestad para ejecutar las medidas cautelares que dictaban.

tienen competencia para ello, sin que se requiera algún tipo potestad atribuida por las partes, a través de un pacto expreso. En ese sentido, la competencia de los árbitros para ejecutar las medidas cautelares que dicte, está ahora fuera de toda discusión.

Ahora bien, es claro que la limitación a la facultad que tiene el Tribunal Arbitral de ejecutar sus propias decisiones, se refiere a la realización de actos de ejecución que impliquen el uso de la fuerza, pues sin duda, esto es un atributo exclusivo y excluyente del Estado. De este modo, los árbitros —de oficio o a pedido de la parte interesada— deberán recurrir al Poder Judicial si fuese necesario el uso de potestades de *imperium*, y este último deberá proceder directamente a ejecutar la medida cautelar por el solo mérito de los documentos que acrediten la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, sin conferir ningún traslado previo, ni admitir algún medio impugnatorio u oposición contra el mandato arbitral.

Lo mencionado significa que el rol del Poder Judicial en estos casos es únicamente complementario, es decir, intervendrá en la medida que su participación sea necesaria para que la decisión arbitral sea eficaz, esto es, cuando la obtención de un resultado requiera del ejercicio de la potestad de *imperium* de la que los árbitros carecen.

Este rol constriñe la competencia judicial a aquellos actos de mera ejecución, sin que dicho órgano jurisdiccional esté en aptitud de emitir válidamente decisiones ajenas a ello, como serían aclarar, corregir, integrar o revisar el mandato cautelar, esto es, sin que pueda pronunciarse sobre su corrección o justicia.

Así, en el supuesto que el Poder Judicial considere que existe algo impreciso respecto de los términos en los que el mandato arbitral debe ser ejecutado, corresponderá que formule las consultas respectivas al Tribunal que lo emitió, pues su competencia se limita a la mera ejecución.

2.2. Actos de ejecución que el Tribunal Arbitral puede realizar, en materia cautelar

2.2.1. En mi opinión, los actos de ejecución que puede realizar el Tribunal Arbitral en materia cautelar, en la medida que no implican el uso de la fuerza, pueden ser clasificados en dos (02) grandes rubros:

- Cuando el mandato cautelar alcanza únicamente a las partes que celebraron el convenio arbitral —es decir, a quienes se sometieron a la competencia del Tribunal—, bastando para su ejecución la notificación a la parte afectada; y

- Cuando la ejecución del mandato cautelar involucra a terceros, que no se sometieron a la autoridad arbitral.

2.2.2. En el primer supuesto (medidas cuya ejecución se limita a la notificación a la parte afectada), queda claro que no existiría impedimento alguno para que éstas puedan ser ejecutadas por los árbitros.

Por ejemplo, una medida cautelar conservativa o de no innovar (mantener el estado de cosas existente al momento de la interposición de la demanda), como sería la orden de no ejecución de una carta fianza otorgada para garantizar la ejecución de un contrato, cuando lo que se discute en un proceso arbitral es si la resolución del mismo es válida o no.

Lo mismo ocurriría con una medida cautelar innovativa (la modificación del estado de cosas que existen al momento que se solicita la medida), como sería que la suspensión de los efectos de un contrato celebrado en contravención a las reglas de orden público.

2.2.3. En el segundo supuesto (medidas cuya ejecución involucra la actividad de terceros), la conclusión es menos obvia, pues estamos frente a sujetos que no se sometieron a la jurisdicción arbitral, pese a lo cual reciben un mandato del Tribunal Arbitral.

En mi opinión, a partir de la vigencia de la LA, que expresamente atribuye a los árbitros facultades de ejecución en materia cautelar, y considerando que la propia Constitución Política del Estado ha atribuido al arbitraje la calidad de “jurisdicción”, los árbitros sí están en aptitud de dirigir mandatos cautelares hacia terceros, los mismos que deben proceder a su cumplimiento o ejecución.

Así, por ejemplo, la anotación de una demanda o la inscripción de un embargo en Registros Públicos, no debe requerir de la expedición de partes judiciales, debe ser suficiente que éstos sean expedidos por el propio Tribunal Arbitral que dictó la medida⁽⁸⁴⁵⁾, pues el mandato

(845) En efecto, el Reglamento General de los Registros Públicos (Resolución N° 195-2001-SUNARP/SN), en su artículo 65°, dispone que cabe la anotación preventiva de las demandas y medidas cautelares, así como de las resoluciones judiciales; es decir, no limita la inscripción a las decisiones judiciales, con lo cual, nada obsta a que deban inscribir, de manera directa, una medida cautelar dictada arbitralmente.

Más aún, si asumiéramos que el Reglamento de Registros Públicos se limita a regular la inscripción de actos judiciales, es pertinente tener presente lo dispuesto por la Cuarta Disposición Complementaria del D. Leg. N° 1071, según el cual “todas las referenciales legales a los jueces a efectos de resolver una controversia o tomar una decisión, podrán también entenderse referidas a un tribunal arbitral, siempre que se trate de una materia susceptible de arbitraje y que existe de por medio un convenio arbitral celebrado entre las partes”.

dirigido a la autoridad registral, proviene de un órgano con competencia legalmente establecida para ello.

Lo mismo ocurriría con la ejecución de embargos en forma de retención, en los que el acreedor del deudor —como por ejemplo, un Banco—, recibe el mandato de no pagar hasta que la controversia sometida a la decisión arbitral sea resuelta y el demandado cumpla con honrar la obligación determinada en la decisión final.

Ahora bien, lo que sí es evidente es que si estos terceros se niegan a dar cumplimiento al mandato arbitral, los árbitros no están en aptitud de aplicar medidas coercitivas para su cumplimiento, en este supuesto, sí será necesario recurrir a la vía judicial, para que actuando en su rol complementario, haga uso del *imperium*, y determine la ejecución forzada del mandato arbitral, si ello fuera preciso.

3. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR TRIBUNALES ARBITRALES EXTRANJEROS

3.1. Problemas identificados en esta materia

Salvo casos muy particulares⁽⁸⁴⁶⁾, la generalidad de la jurisprudencia y la doctrina⁽⁸⁴⁷⁾ considera que la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros⁽⁸⁴⁸⁾ no resulta de aplicación cuando lo que se pretende reconocer es una medida cautelar dictada por un tribunal arbitral extranjero.

Estamos pues ante la presencia de un grave problema. En efecto, en el ámbito del Arbitraje Internacional las partes suelen designar a un tercer Estado como sede de su arbitraje, por lo que es más que previsible que las decisiones cautelares que dicten los tribunales arbitrales tenderán a ejecutarse fuera de la sede de dicho colegiado. Sin embargo, como ya hemos explicado, aquí las partes no podrán apelar al Tratado de Nueva York para hacer efectiva la medida cautelar en terceros

(846) *Vid.*, por ejemplo, el fallo de una corte norteamericana en el caso *Publicis Communications & Publicis SA vs. True North Communications, Inc.* En: Yearbook Commercial Arbitration, Volumen XXV-2000. Kluwer Law. The Hague, 2000, ps. 1152/1157.

(847) Por todos, ZULETA, Eduardo, “¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino”. En: Guido S Tawil y Eduardo Zuleta (directores). *El Arbitraje Comercial Internacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, ps. 50/68.

(848) Por todos, leer a: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, ps. 27/78.

Estados, teniendo que recurrir la mayoría de las veces a la ineficiente institución de las Cartas Rogatorias⁽⁸⁴⁹⁾ o esperar que en la sede en la que se desea hacer efectiva la medida cautelar, uno pueda recurrir a sus tribunales de justicia aun cuando el fondo sea conocido por un tribunal arbitral foráneo.

Justamente la inexistencia de reglas claras, eficientes y uniformes en el tratamiento de esta temática, motivó que las Naciones Unidas encargaran a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL en sus siglas en inglés) la tarea de regular, entre otros, esta materia, lo que se materializó en el año 2006 cuando UNCITRAL enmendó la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional⁽⁸⁵⁰⁾, incorporando para estos efectos los artículos 17H y 17I.

3.2. La Ley de Arbitraje peruana de 2008

La LA bajo comento, ha sido una de las primeras en el mundo que ha hecho suya las disposiciones antes citadas de la Ley Modelo de UNCITRAL.

Para estos efectos, en su artículo 48°, inciso 4, dispone que una medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuyo lugar se halle fuera del Perú, podrá ser reconocida y ejecutada en nuestro país, al amparo de los artículos 75°, 76° y 77° de la LA que regulan el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Asimismo, como se trata de un supuesto de reconocimiento y ejecución de una medida cautelar, la LA establece condiciones particulares que pasamos a describir:

3.2.1. Sólo se podrá denegar la solicitud de reconocimiento conforme a las causales dispuestas en el artículo 75° de la LA, para el no reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros, excluyéndose (por obvias razones) la causal referida a que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por autoridad competente; o, cuando la parte solicitante de la medida incumpla la exigencia de la autoridad judicial peruana para que preste garantías adecuadas.

(849) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA, *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, ps. 356/357.

(850) El texto de la Ley Modelo enmendada en el año 2006, se ubica en: <www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Consulta: 8 de junio de 2009.

3.2.2. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debidamente autenticado con arreglo a las leyes del país de procedencia y certificado por un agente diplomático o consular peruano, o quien haga sus veces y, si la decisión está redactada en idioma distinto al español, deberá acompañar una traducción simple.

3.2.3. Por último, el tribunal judicial peruano podrá denegar la solicitud de ejecución de la medida cautelar, si la misma es incompatible con las facultades reconocidas a los jueces peruanos, a menos que decida reformularla para ajustarla a sus facultades, siempre y cuando no la desnaturalice.

Se trata pues de una disposición de vanguardia que ubica al Perú entre los pocos Estados del mundo que regulan esta importante materia en pro del Arbitraje Internacional.



Art. 49°.—Reconsideración.

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.

2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.

COMENTARIO ⁽⁸⁵¹⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. *Antecedentes Legislativos.* 1.2. *Un simple cambio de nombre.* 2. *Aspectos de Procedimiento.* 2.1. *Concepto.* 2.2. *Requisitos Formales.* 2.3. *Requisitos Sustantivos.* 3. *Renunciabilidad.* 4. *Ámbito de Aplicación en arbitrajes de Conciencia o Equidad.* 5. *A manera de conclusión.*

(851) Por RICARDO LUQUE GAMERO: Socio de Hernández & Cía. Abogados. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

1. INTRODUCCIÓN

La norma materia de este comentario regula la posibilidad de solicitar o de realizar de oficio el reexamen de las resoluciones dictadas por un tribunal arbitral estableciendo, en principio, los requisitos de: i) ante quién se interpone; ii) quiénes lo pueden interponer o ejercer; iii) en qué plazo; iv) cuál es la forma de hacerlo; y, v) cuáles son las resoluciones respecto de las que pueden interponerse. Decimos en principio, ya que a lo largo de la norma sobre arbitraje existen una serie de excepciones que impiden la reconsideración tratándose de determinadas resoluciones que no constituyen laudos.

La forma en que está redactado el artículo 49º, eliminándose la mención a la palabra “recurso” podría dar lugar a pensar que no se está regulando un recurso procesal sino la consecuencia de éste, ya que establece la posibilidad de efectuar la reconsideración evitando la calificación de recurso al ejercicio de este derecho, lo cual, como veremos más adelante, podría derivarse del hecho de que el propio artículo posibilita la reconsideración de oficio, reconsideración que, en este caso concreto, no se derivará de un recurso.

Sin embargo, es claro que la reconsideración debe derivarse, en uno de los supuestos previstos en la norma, de la solicitud de una de las partes y tal solicitud no puede ser canalizada sino a través de un recurso, que es el mecanismo a través del cual una parte legitimada impugna un determinado pronunciamiento.

Es pues claro que al artículo 49º está regulando un recurso procesal, independientemente si ello fluye o no del texto expreso de la norma.

El artículo bajo comentario trae ciertas novedades respecto de la regulación que sobre el mismo asunto contenía nuestra legislación pasada en materia arbitral como son, el nombre mismo de la figura así como la posibilidad que la reconsideración se produzca de oficio.

Nuestra intención al comentar este artículo es determinar cómo es que se evalúa el cumplimiento de los requisitos antes mencionados o si el órgano arbitral puede exigir el cumplimiento de otros requisitos que no se encuentran en el texto expreso de la norma y que están dados por la doctrina que trata este tipo de impugnaciones, doctrina que se ha desarrollado en el ámbito procesal y que, como veremos más adelante, resulta pertinente, al menos en parte, para el análisis que debe hacer el órgano arbitral al recibir este tipo de alegaciones.

1.1. Antecedentes legislativos

Al igual que el artículo bajo comentario, contenido en el D. Leg. N° 1071, las regulaciones que lo han precedido en nuestra legislación sobre el arbitraje, siempre han previsto la posibilidad de impugnar aquellas resoluciones dictadas por un tribunal arbitral distintas al Laudo.

En efecto, desde la regulación contenida en el Código de Procedimientos Civiles de 1912⁽⁸⁵²⁾, pasando por el Código Procesal Civil de 1994⁽⁸⁵³⁾ (cuyas normas sobre la justicia arbitral nunca entraron en vigencia) hasta las normas contenidas en el Decreto Ley N° 25935⁽⁸⁵⁴⁾ y, finalmente, en la Ley N° 26572⁽⁸⁵⁵⁾, el legislador nacional siempre concedió a las partes la posibilidad de interponer recurso de reposición contra las resoluciones distintas del laudo.

Ahora bien, es claro que la reposición a la que se refería el legislador era el recurso reconocido y establecido por la norma procesal en vigencia, por lo que su aplicación, interpretación y desarrollo doctrinario estaba íntimamente ligado a la concepción que la regulación adjetiva tenía sobre el recurso de reposición.

En otras palabras, el recuso de reposición contenido en las disposiciones sobre arbitraje era y debía ser interpretado de conformidad con la jurisprudencia y doctrina procesal.

(852) Código de Procedimientos Civiles de 1912

“Artículo 564°.- Las providencias y autos se dictarán por mayoría absoluta de votos de los árbitros, o sólo de los concurrentes, si no es necesaria la asistencia de todos, conforme al artículo 558°.

Contra las indicadas resoluciones no cabe otro recurso que el de reposición ante los mismos árbitros”.

(853) Código Procesal Civil aprobado por Decreto Legislativo N° 768

“Artículo 878°.- Recursos contra resoluciones

Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución”.

(854) Decreto Ley N° 25935

“Artículo 52°.- Contra las resoluciones distintas del laudo sólo procede recurso de reposición ante los propios árbitros, dentro de los tres días siguientes de notificada la resolución”.

(855) Ley N° 26572

“Artículo 58°.- Recursos contra resoluciones.

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”.

1.2. Un simple cambio de nombre

La norma bajo comentario ha dejado de lado el nombre “recurso de reposición” y ha optado por el de reconsideración, por lo que cabe preguntarse qué hay detrás de ese cambio de denominación y si es que el mismo implica un simple cambio, o si por el contrario el legislador ha querido romper con la visión procesalista del arbitraje y si es que ha logrado hacer ello.

Resulta útil tener en cuenta la Exposición de Motivos del D. Leg. N° 1071⁽⁸⁵⁶⁾ que señala:

“[...] Ciertamente 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 opera con reglas propias y diferentes a las reglas del proceso civil*” (énfasis agregado).

La misma Exposición de Motivos al tratar sobre la gestación de la Ley de Arbitraje indica:

“Para esos efectos, los elementos o principios que inspiraron la propuesta de esta reforma parcial de la ley arbitral de 1996, y que se mantienen en la nueva ley, fueron los siguientes:

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” (énfasis agregado).

Asimismo, al tratar sobre el artículo 34° de la nueva norma arbitral que se refiere a la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales, el legislador señala:

“Se reconoce asimismo la discrecionalidad de los árbitros para integrar los vacíos de las reglas pactadas o de la propia ley arbitral, sobre la base de los principios arbitrales y los usos y costumbres en materia arbitral. *De esta manera se cierra cualquier ventana a la aplicación supletoria de la norma procesal civil que puede propiciar una ‘judicialización del arbitraje’*, lo que al ir en contra de los estándares internacionales, desincentiva a extranjeros a aceptar arbitrar en el Perú e incrementa el costo de los arbitrajes domésticos” (énfasis agregado).

(856) Inserta en la página Web del Ministerio de Justicia.

Por último, al comentar la Décima Disposición Complementaria que trata sobre la prevalencia de la norma especial de arbitraje sobre las disposiciones del código adjetivo el legislador expresa:

“La décima disposición establece que las disposiciones procesales contenidas en la ley arbitral respecto de cualquier actuación judicial, prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil, en particular en cuanto a los supuestos de excepción de convenio arbitral, ejecución del laudo, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, entre otros” (énfasis agregado).

Como vemos de la voluntad declarada del legislador, su clara intención ha sido romper el vínculo que existía, ya sea normativo o de formación de los operadores en el ámbito arbitral, entre los conceptos y normas procesales, básicamente las contenidas en los códigos procesales civiles, con las actuaciones que se dan en el proceso arbitral, de tal forma que en éste, sean las partes o los árbitros los que le den contenido a las instituciones que regula la norma arbitral.

Cabe pues cuestionarse si es que tal intención hace que aquellos que operan dentro del ámbito arbitral deban rechazar de plano el desarrollo, doctrinario o conceptual, que se ha dado a través de los años respecto de una figura o institución jurídica como lo es, en este caso concreto el recurso de reposición —reconsideración— que nace y se desenvuelve dentro del ámbito procesal.

En nuestro concepto, la ruptura querida por los legisladores no puede ser realizada de forma absoluta, ya que el ámbito arbitral, se desenvuelve innegablemente en un proceso y como tal, toma prestadas determinadas instituciones del derecho procesal que por tanto deben ser interpretadas, si bien de una manera congruente con el arbitraje, sin desatender principios básicos del proceso en general.

Si bien es cierto que el arbitraje tiene elementos propios y es justamente por ello que las partes optan por someterse a dicha alternativa para la solución de sus controversias, no deja de ser cierto también que el arbitraje es una jurisdicción y que en ella se manejan conceptos extraídos del derecho procesal del cual se deriva y se separa.

Por ello, cuando interpretamos una norma de contenido procesal debemos pues atender a lo que la doctrina en la materia ha escrito sobre ella, sin que ello implique la judicialización de la norma arbitral ni mucho menos que se estaría afectando la intención del legislador.

Como veremos más adelante, existen ciertas interrogantes que sólo pueden ser resueltas por el tribunal arbitral recurriendo supletoriamente a la doctrina procesal y al desarrollo de los conceptos que ésta ha producido en la aplicación de un acto procesal, como es

la impugnación de una resolución dictada en un proceso jurisdiccional.

Cabe señalar que incluso en cuanto al nombre del recurso se refiere, la doctrina procesal considera que el acto procesal del cual tratamos puede ser designado como recurso de Revocatoria, Reposición o Reconsideración, siendo que de conformidad con Abraham LUIS VARGAS: “A nuestro modo de ver, la denominación correcta es la de recurso de reconsideración, pues las demás compulsadas adolecen de distintos defectos que hacen impropio su uso, no obstante lo cual aceptamos de que la generalmente utilizada es la de recurso de reposición porque así ha sido plasmada en la mayoría de los Códigos Procesales del País [...]”⁽⁸⁵⁷⁾.

Consecuentemente, si bien creemos en la independencia del arbitraje respecto de las normas procesales civiles, también estimamos que tal independencia no debe ser llevada al extremo de rechazar la doctrina procesal que determinada institución ha generado, más aun cuando en determinadas situaciones los árbitros se ven en la necesidad de interpretar una norma de carácter procesal. Claro está que dicha interpretación deberá privilegiar los principios que regulan el ámbito arbitral y sólo en defecto de éstos, se tendrá que recurrir a conceptos procesales tradicionales.

Por ello, es que en el presente comentario, al tratar sobre los requisitos del recurso de reconsideración, traeremos a colación opiniones de carácter procesal sin que ello signifique, como ya lo adelantamos, que estamos judicializando al arbitraje sino, por el contrario, que estamos dándole un contenido a un acto que es esencialmente procesal.

2. ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO

De acuerdo con la prelación contenida en el artículo 34° del D. Leg. N° 1071, en lo que se refiere a los aspectos procedimentales que serán de aplicación, se señala que, en primer lugar, se debe estar a lo que establezcan las partes en ejercicio de la libertad de regulación que les concede la LA, las cuales podrán determinar los requisitos e incluso la procedencia del recurso de reconsideración; en caso no haya un pronunciamiento de las partes o un reglamento arbitral aplicable (por voluntad de las partes), serán el árbitro o los árbitros los que establezcan las reglas aplicables a un determinado proceso arbitral; en

(857) LUIS VARGAS, Abraham, “Recurso de reposición, revocatoria o reconsideración (tipicidad y atipicidad)”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*. Diciembre 2001, p. 303.

defecto de todo lo anterior, se aplicara tal cual la norma contenida en el artículo 49° del D. Leg. N° 1071.

Consecuentemente, en este escrito lo que pretendemos es un análisis de la norma tal cual está contenida en la LA, es decir, en el caso en que no se haya producido modificación o complementación alguna ya sea por decisión de las partes o de los árbitros.

En todos los supuestos antes mencionados y siempre que se presente alguna duda en la aplicación y procedencia del recurso de reconsideración, es que será necesario recurrir a la doctrina y principios procesales ya que como hemos visto, al ser éste un acto esencialmente de carácter procesal, será el desarrollo de principio y de doctrina procesal a los que deberá llamarse para resolver cualquier duda a dicho respecto.

Es por lo anterior que estimamos procedente que analicemos el tratamiento que la doctrina procesal le da al recurso de reconsideración —reposición—. Dejando en claro que el tratamiento o conceptualización de este medio procesal siempre estará mediatizado por el marco regulatorio del arbitraje, de tal forma que desechemos en nuestro análisis de todo aquello que es propio del proceso civil y que resulta incongruente o improcedente aplicar al proceso arbitral.

2.1. Concepto

Como hemos señalado en la parte introductoria estamos en presencia de un recurso procesal, por lo que recurriremos a las definiciones que han dado algunos tratadistas de aquel ámbito.

Como señala Alvaro ALIAGA GREZ, citando a FERNANDO ALESSANDRI: “El recurso de reposición ha sido definido como el medio que la ley concede a las partes para pedir la modificación de un auto o decreto al mismo Tribunal que los dictó”⁽⁸⁵⁸⁾.

Por su parte, Abraham LUIS VARGAS⁽⁸⁵⁹⁾ al conceptuar este recurso indica que el mismo es “[...] un acto procesal que abre un procedimiento recursivo autónomo por medio del cual un sujeto procesal legitimado postula a través de nuevos argumentos el reexamen de la parte dispositiva de una resolución o en el procedimiento”.

(858) ALIAGA GREZ, Alvaro, *Los Recursos Arbitrales en el Juicio Arbitral*, 1ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 1985, p. 34.

(859) *Op. cit.*, p. 300.

Miguel Ángel FERNÁNDEZ⁽⁸⁶⁰⁾, conceptúa al recurso de reposición como “[...] el recurso ordinario, no devolutivo, por el que se pide al mismo Juez que dictó una resolución interlocutoria que la revoque y la sustituya por otra favorable (o, más favorable) al recurrente. Reponer tiene un significado general sinónimo de retrotraer a un estado anterior, pero en Derecho procesal significa, también, reformar el contenido de una decisión [...]”.

Es claro que las mencionadas definiciones están imbuidas de conceptos derivados del proceso civil, pero resultan útiles para contrastarlas con la esencia del proceso arbitral y usarlas al momento de optar por una definición del recurso de reconsideración contenido en el artículo 49º bajo comentario.

En efecto, siguiendo a los citados autores, y atendiendo a la naturaleza del arbitraje, podemos definir a la reconsideración como el acto procesal en virtud al cual, por atribución de la Ley, las partes o el órgano arbitral pueden, dentro de determinado plazo y por razones debidamente motivadas, solicitar la modificación o revocación o modificar o revocar de oficio, en su caso, la parte decisoria o resolutive de una resolución dictada por el órgano arbitral.

De la definición antes anotada se derivan requisitos de tiempo, lugar y forma de la reconsideración, así como requisitos sustantivos que deben cumplirse para que la petición de reconsideración pueda ser admitida por el órgano arbitral o que la resolución de oficio que dicte el tribunal arbitral pueda ser considerada válida.

2.2. Requisitos Formales

En cuanto al lugar se refiere, el artículo no deja duda alguna: el recurso debe presentarse ante el propio tribunal u órgano arbitral que expidió la resolución objeto de la impugnación.

El problema se presenta cuando la resolución objeto de la reconsideración no ha sido emitida por el tribunal que debe conocer de la petición, lo cual se puede dar cuando una determinada resolución no ha sido emitida por todos los árbitros sino como admite la norma arbitral, ha sido emitida por la mayoría de éstos.

En el caso planteado y siendo que la reconsideración importa la revisión o reexamen de una decisión, ésta sólo la pueden realizar los mismos árbitros que dictaron la resolución materia del recurso, por ello creemos que en este supuesto, el árbitro o árbitros que no parti-

(860) FERNÁNDEZ, Miguel Á. y Santos DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, 4ª ed., Tomo II, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1995, p. 239.

ciparon de la resolución impugnada no deberían participar de la resolución que decida sobre dicha impugnación, ya que propiamente el o ellos no pueden “re-considerar” —volver a considerar— algo que previamente no consideraron.

Los problemas se presentan cuando tratamos de los requisitos de tiempo y de forma ya que ante ellos, la norma contenida en el artículo 49° del D. Leg. N° 1071 presenta ciertos vacíos o imprecisiones.

En lo que se refiere al tiempo de presentación del recurso de reconsideración, queda claro que las partes tienen tres días, contados a partir del día siguiente de notificada la resolución que se pretende impugnar, para presentar el correspondiente recurso, sea que esta resolución haya sido dictada en una audiencia o no, ya que la norma no prevé la reconsideración verbal que sería aquella que se presenta frente a una resolución o decisión tomada en el transcurso de una audiencia. A este efecto, para permitir el uso del derecho a la reconsideración, el tribunal arbitral que haya dictado una resolución en una audiencia en la cual no participó una de las partes deberá cumplir con notificar con el Acta de dicha audiencia a la parte ausente, ya que de otra manera estará impidiendo el ejercicio de este derecho.

Por otro lado, el artículo en cuestión contiene un vacío cuando se trata de la reconsideración de oficio, ya que no establece un plazo dentro del cual el órgano arbitral puede ejercer la atribución de reconsiderar una decisión tomada.

Atendiendo al principio de la impugnación privada, en virtud al cual el juzgador está prohibido de reexaminar las resoluciones que haya emitido, la doctrina procesal rechaza cualquier posibilidad de modificación después de que la decisión ha sido notificada a las partes, con excepción de aquellos supuestos de *error in procedendo* que violente normas del debido proceso, en cuyo caso —excepcional— el juzgador estará en capacidad de anular de oficio la decisión adoptada. Ello, en nuestra opinión, debiera ser admitido en el ámbito arbitral, ya que resultaría absurdo que se mantuviese una resolución que por sus características posteriormente vaya a ser materia de una posible causa de anulación o de no reconocimiento de un Laudo.

El artículo 49° no ha señalado límite alguno al tribunal para que éste reconsidere una resolución de oficio, por el contrario, ha colocado la facultad del tribunal al mismo nivel de la que le atribuye a las partes. Es claro, sin embargo, que dicha facultad no podría ser ejercida cuando, reconsiderando de oficio, se afecte el derecho a la defensa o al debido proceso.

Si el legislador lo que quiso, como en efecto así lo ha hecho, es permitir que determinadas resoluciones o decisiones puedan ser modificadas de oficio incluso después de haber sido notificadas, debió haber regulado en forma expresa la institución de la nulidad de los actos procesales practicados por los árbitros, más no conferir a éstos la posibilidad a que de oficio “impugnen” lo que ellos mismos habían previamente resuelto.

Al haber conferido a los árbitros la posibilidad de promover reconsideraciones, creemos que ésta debe ser ejercida con mucho cuidado y sólo limitarse a casos en los que la resolución cuestionada afecte un derecho elemental de las partes como puede ser el derecho de defensa o el debido proceso.

Atendiendo a consideraciones de seguridad jurídica, no creemos que la facultad del órgano arbitral de reconsiderar una decisión tomada y notificada a las partes no deba tener un límite temporal para su ejercicio; a nuestro modo de ver, la reconsideración de oficio debiera ser realizada dentro del mismo plazo que tienen las partes para plantear la reconsideración, es decir, que los árbitros podrán reconsiderar su decisión sólo dentro de los tres días después de que la misma fue notificada a las partes.

Admitir, sobre la base de la flexibilidad del proceso arbitral, que la facultad de los árbitros para reconsiderar de oficio sus propias resoluciones no tiene un límite temporal, supondría violentar la seguridad jurídica perseguida, y un proceso (incluso el arbitral) sin seguridad, es un proceso gobernado por la anarquía. Como señala Cesar CORONEL JONES⁽⁸⁶¹⁾ “[...] el arbitraje posee una innegable trascendencia procesal, pues en último término se trata de un proceso en el cual se deducen y debaten pretensiones, se producen y valoran pruebas y se adjudican o resuelven disputas sobre hecho y derechos. Y como proceso, aun siendo dirigido y sustanciado por jueces privados y reglas distintas, no puede escapar a esa ética común a todo proceso que obliga a respetar garantías fundamentales como el derecho de defensa, la igualdad procesal o el principio de contradicción. Por ello, lejos de prescindir del derecho procesal, los árbitros y las partes deben conocerlo y aplicar sus principios aún más que en el curso de un juicio ante tribunales ordinarios”. Agregando el mismo autor, “Naturalmente, el derecho procesal no equivale a rito ni formalismo, como tampoco flexibilidad procesal equivale a anarquía”.

(861) CORONEL JONES, César, “Arbitraje y Procedimiento”. En: *El Arbitraje en el Perú y El Mundo*. Instituto Peruano de Arbitraje, 1ª ed., Ediciones Magna, Lima, 2008, p. 366.

En tal sentido, el plazo para la reconsideración de oficio es el mismo que la LA le concede a las partes, lo cual incluso se encuentra en congruencia con la facultad que la misma ley en su artículo 50°, inciso f) le concede a los árbitros para interpretar, rectificar o integrar el laudo, estableciendo en este supuesto un plazo para ejercer tal atribución. Es claro pues que el ejercicio de una atribución tan importante como la reconsideración de oficio tenga un plazo determinado dentro del cual se debe ejercer y dicho plazo no debiera ser superior al cual la LA le concede a las partes. En todo caso, lo más recomendable es que al momento de definir las normas del proceso arbitral las partes o los árbitros regulen este derecho de manera expresa.

No está demás señalar que esta facultad de reconsiderar con límite de tiempo no está reñida con la posibilidad de que los árbitros, en determinados casos en los que ciertas decisiones sean manifiestamente nulas, puedan plantear la reconsideración a las partes y, atendiendo a lo que ellas establezcan, proceder a su reconsideración, en el ánimo de evitar que una nulidad grave pueda en el futuro afectar la viabilidad del proceso y por supuesto de su producto final que es el Laudo.

En lo que a la forma concierne, los árbitros deben exigir que las reconsideraciones presentadas por las partes deban ser escritas, dejando en claro en éstas la manifestación de voluntad de que se proceda a la revisión de determinada decisión y que dicha solicitud se encuentre debidamente motivada, requisito este último también de aplicación a la resolución que el tribunal emita de oficio.

2.3. Requisitos Sustantivos

Para que una reconsideración pueda ser admitida por el órgano arbitral, ésta deberá cumplir con determinados requisitos sustantivos que permitirán que el recurso sea admitido y finalmente encausado, a saber: i) que se presente por los sujetos que están legitimados por la norma; ii) que la reconsideración se encuentre debidamente motivada; y, iii) que la resolución en cuestión sea recurrible en reconsideración.

En lo que se refiere al primer requisito, es claro que la norma limita a los sujetos legitimados a aquellos que son consideradas “Parte” dentro del proceso y no concede la facultad a terceros que pudieran haber intervenido en el mismo como pueden ser testigos, peritos o cualquier otro sujeto que haya de una forma u otra participado en el proceso arbitral.

La norma es clara cuando limita su uso sólo a las partes y no podía ser de otra forma si entendemos que el proceso arbitral limita sus

alcances a aquellos que han decidido someterse al arbitraje, salvo la excepción a que se refiere el artículo 14º de la misma norma, en cuyo caso, dichos terceros no signatarios del convenio arbitral estarán siendo parte del proceso arbitral por aplicación de la ley.

En lo que se refiere a la motivación del recurso de reconsideración, debemos entender que este, además debe contener nuevas razones o argumentos que hagan que el tribunal reconsidere su decisión, parte de dicha motivación debe ser la demostración o alegación de un agravio a la parte que presenta el recurso, ya que de otra forma se prestaría el uso de éste a una posible forma de perturbar el avance del proceso. Con lo cual, no sólo deberán confluir en el recurso razones de orden jurídico (alegaciones de errores) sino que también deberá concurrir la existencia de un agravio o perjuicio que se produciría de mantenerse la resolución tal cual fue dictada originalmente.

Dada la naturaleza del arbitraje (instancia única), somos de opinión que la motivación exigida puede darse respecto de errores *in procedendo* o errores *in iudicando*. Es decir, que pueden ser materia del recurso de reconsideración tanto los errores de forma como de fondo, ello por cuanto en el proceso arbitral no existe regulada la institución de la nulidad de actos procesales y, por ello, el recurso de reconsideración debe englobar ambas posibilidades.

Por último, en lo que se refiere a las resoluciones que pueden ser recurribles en reconsideración, si bien el artículo 49º parecería amplio en dicho sentido y que su único límite sería el laudo final, debemos tener en cuenta que la propia ley establece ciertos casos en los que no se admite el recurso de reconsideración.

En primer lugar tenemos lo señalado por el inciso f. del artículo 6º que siguiendo las normas y usos internacionales, admite la posibilidad de la existencia de laudos parciales respecto de los cuales tampoco será procedente el recurso de reconsideración ya que, estas resoluciones constituyen en sí mismas laudos finales respecto de asuntos que las partes o los árbitros han estimado sean resueltas de manera previa al Laudo que defina la controversia principal.

La única excepción que podemos señalar respecto de la imposibilidad de plantear reconsideración respecto de laudos parciales, la podríamos ver en el caso de aquellas resoluciones que, teniendo forma de laudo, resuelvan solicitudes cautelares, ya que en dichos supuesto, a pesar que la norma aplicable (artículo 47º) reconoce que pueden ser materia de laudos parciales también reconoce que respecto de ella se puede presentar recurso de reconsideración.

Si tenemos en cuenta que las medidas cautelares en sede arbitral, a decisión de órgano arbitral, pueden estar contenidas en resoluciones que tengan forma de laudo, resultaría injusto para la parte afectada que solamente pueda recurrir en reconsideración si el tribunal no le dio, a su decisión cautelar, forma de laudo parcial, viendo negada dicha posibilidad cuando el tribunal decidió darle la forma antes mencionada. Es por ello que acertadamente el inciso 3 del artículo 47°, sin hacer distinción alguna, establece que dictada la medida cautelar, la parte afectada tiene el derecho de solicitar la reconsideración de la misma.

Así pues, en el caso de decisiones cautelares, aun en el supuesto que se le haya dado forma de laudo parcial, éstas serán pasibles de ser recurridas en reconsideración.

Por otro lado, vemos que en los casos de resoluciones que resuelven la recusación (artículo 29°); la remoción (artículo 30°); las excepciones (artículo 41°); o las que resuelven la interpretación, integración, rectificación; o, exclusión del laudo, tampoco pueden ser materia de reconsideración y que en todo caso la discusión respecto de ellas se podrá presentar en el recurso de anulación del laudo.

Vinculado a este tema, respecto de qué resoluciones son materia de reconsideración, también es necesario señalar qué parte de las resoluciones pueden ser materia de la reconsideración, es decir, si es que dicho acto procesal sólo cabe respecto de la parte resolutive o si también resulta procedente respecto de la parte considerativa de la resolución impugnada.

Al efecto, el artículo comentado señala que la reconsideración es respecto de las “decisiones” del tribunal, dando a entender que el razonamiento que tuvo el tribunal para tomar dicha decisión no podría ser materia de la reconsideración, interpretación ésta con la cual no concordamos, ya que si, como hemos visto, la reconsideración se aplica tanto en el caso de los errores *in procedendo* como en los incurridos *in iudicando*, y en este último caso resulta fundamental el raciocinio del tribunal para tomar determinada decisión, no vemos razón alguna para limitar la reconsideración sólo a la parte decisoria de la resolución y no atacar con este recurso la motivación que pudo tener el tribunal para tomar dicha decisión.

3. RENUNCIABILIDAD

Claro es que dentro de un convenio arbitral o al momento de decidir las partes las reglas a las que debe sujetarse el tribunal que conocerá de la controversia, las partes pueden optar por dejar de lado

la posibilidad o el derecho que les confiere el artículo 49º, es decir pueden establecer que no existirá la posibilidad de reconsiderar las decisiones del tribunal, o incluso pueden señalar que la reconsideración no podrá efectuarse de oficio. Es justamente la característica principal del arbitraje, su naturaleza, como medio alternativo de resolver una controversia, la de posibilitar a las partes decidir o escoger las normas de procedimiento que se aplicarán en el transcurso del proceso arbitral.

Si las partes pueden renunciar a la doble instancia, al decir que el laudo será inapelable, con mayor razón pueden renunciar al derecho de reconsiderar las resoluciones o decisiones del tribunal. El punto central en este caso es el de decidir si realmente será conveniente que dicha renuncia se produzca.

Como ya lo hemos esbozado, la razón principal de someterse a un arbitraje es que la controversia entre las partes sea finalmente resuelta en forma rápida, en la medida en que cada caso lo permita, mediante un laudo definitivo válido y ejecutable. Pues bien, el renunciar a la posibilidad de la reconsideración podría justamente atentar contra esta finalidad, ya que todas las decisiones del tribunal deberían ser materia del recurso de anulación, cuando los errores que se cometieron respecto de éstas pudieron ser salvados mediante la reconsideración, sea de parte o de oficio.

Otro tema importante es el vinculado a la renunciabilidad de la reconsideración que deriva del hecho de someterse a un reglamento arbitral determinado que no contemple en su regulación la facultad de la reconsideración. En este caso, creemos que tal opción de las partes no debe entenderse *per se* como una renuncia, salvo que dicha regulación (sin reconsideración incluida) haya estado vigente a la fecha en que se produjo la sumisión de las partes a dichas reglas.

En efecto, si como lo señala el inciso 4 del artículo 7º de la LA, el reglamento aplicable a un proceso arbitral es aquel vigente a la fecha del inicio del arbitraje, pudiendo darse el caso que a esa fecha la facultad de reconsiderar una decisión no esté contemplada pero si lo estuvo cuando las partes se sometieron a ellas. En este caso no podría interpretarse la existencia de la renuncia, ya que ésta debe ser expresa y tal requisito no se cumple cuando la variación de un reglamento en el tiempo excluyó la reconsideración. En este supuesto, deberá interpretarse que tal renuncia no se dio y que por tanto la norma del artículo 49º será de aplicación de manera supletoria en concordancia con lo dispuesto por el artículo 34º, inciso 2 de la LA.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN EN ARBITRAJES DE CONCIENCIA O EQUIDAD

La norma bajo comentario no contiene límite alguno que permita interpretar que se encuentra vedado el recurso de reconsideración contra decisiones tomadas por un árbitro de conciencia; en ese sentido, no compartimos la opinión de CAIVANO⁽⁸⁶²⁾ cuando señala que “[...] Esta conclusión [se refiere a la imposibilidad de presentar recurso contra las resoluciones de árbitros de conciencia o amigables compo- nedores] se sustenta sobre la mayor flexibilidad procesal de que gozan y sobre la idea de que no cabe recurso alguno contra su laudo (arts. 771 del Cód. Nacional y 809 del Cód. de Buenos Aires) por lo que resultaría ilógico conceder recursos contra decisiones interlocutorias” (El agregado es nuestro).

Es claro que la opinión del tratadista argentino está basada en su propia legislación y dentro de ella guarda congruencia, pero justamente nuestra norma contradice lo antedicho por él, y sí permite que se presente reconsideración en el caso de decisiones distintas del laudo que tome un árbitro de conciencia, con mayor razón si tenemos en cuenta que la reconsideración puede presentarse respecto de errores *in procedendo* y no necesariamente por razones sustantivas.

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Como se ha visto, existen muchos temas vinculados al ejercicio del derecho a la reconsideración, sea de parte o de oficio, que son determinantes para un desarrollo eficiente y efectivo del proceso arbitral y que no están del todo claro en el texto de la norma, por lo que creemos conveniente que sean las partes o el tribunal, al momento de decidir las normas aplicables a un determinado proceso, quienes definan los límites y alcances dentro de los cuales se podrá hacer uso de esta atribución.



Art. 50°.—Transacción.

Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las

(862) CAIVANO, Roque J. En: *Arbitraje*, 2ª ed., ad hoc, Villela Editores, Buenos Aires, 2000, p. 215.

actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.

Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

COMENTARIO ⁽⁸⁶³⁾

SUMARIO: 1. *Noción de transacción.* 2. *En materia arbitral la transacción debe resolver la controversia.* 3. *Solicitud de ambas partes.* 4. *Efectos.* 5. *Continuación del proceso respecto de lo que no fue objeto de acuerdo.*

1. NOCIÓN DE TRANSACCIÓN

Conforme a nuestro Código Civil, la transacción es un modo de extinción de las obligaciones (artículos 1302º al 1312º).

Conforme al Código Procesal Civil, la transacción es una forma especial de conclusión de un proceso (artículos 334º y ss.) y es también una excepción que el demandado puede plantear cuando lo que es objeto de la demanda ya ha sido materia de transacción (artículo 446º, inc. 10º).

En cuanto a su naturaleza, la transacción es un acto jurídico que, como señalan OSTERLING y CASTILLO, tiene condiciones legales comunes a todo acto jurídico pero dos que son propias de la transacción: debe mediar un asunto litigioso o incierto y supone el otorgamiento de concesiones recíprocas ⁽⁸⁶⁴⁾. Para el CC el asunto en cuestión puede ser un litigio o un tema incierto o discutible, en el que hay posiciones encontradas. Para el CPC, en cambio, debe existir ya un litigio, cuando menos una demanda judicial. La transacción concluye anticipadamente con el litigio.

(863) Por **JORGE AVENDAÑO VALDEZ**: Socio del Estudio Jorge Avendaño - Forsyth & Arbe Abogados. Profesor Principal de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Academia Peruana de Derecho.

(864) OSTERLING, Felipe y CASTILLO, Mario, *Compendio de Derecho de Obligaciones*, Palestra Editores, Lima, 2008, p. 780.

Es importante señalar que la transacción tiene carácter de cosa juzgada (CC, artículo 1302°). Esto quiere decir que lo convenido en la transacción no puede ser revisado por las partes en forma judicial o extrajudicial. Si se pretendiera lo primero, puede plantearse la excepción ya mencionada, que mata la acción.

2. EN MATERIA ARBITRAL LA TRANSACCIÓN DEBE RESOLVER LA CONTROVERSIA

Pasemos ahora al campo arbitral. La ley se pone en el caso de que las partes lleguen a un acuerdo que resuelva total o parcialmente la controversia. Esto supone, desde luego, que el arbitraje esté en curso. Por lo demás el artículo bajo comentario dice textualmente que el acuerdo debe darse “durante las actuaciones arbitrales”. ¿Qué debemos entender por esta frase? En mi opinión, que ya debe haberse instalado el tribunal. Si sólo mediara la solicitud de arbitraje, aún no habría controversia ni se estaría tramitando el proceso arbitral. Desde luego que podría celebrarse una transacción pero ésta no quedaría regida por el artículo 50° de la LA sino por las reglas del CC.

El acuerdo de las partes debe resolver la controversia, total o parcialmente. En mi opinión esto deben expresarlo indubitadamente las partes en el pedido escrito que formulen al tribunal al amparo del artículo 50° que estamos comentando. Es decir, deben señalar cuáles puntos controvertidos o pretensiones quedan transigidos y cuáles no, si fuera el caso.

Ahora bien, el hecho de que la transacción se celebre dentro de un proceso arbitral no quiere decir que no se apliquen también las reglas generales contenidas en el CC. La norma de la ley de arbitraje que estamos comentando no toca este punto porque presupone la celebración de una transacción, con los requisitos y formalidades que ésta tiene.

3. SOLICITUD DE AMBAS PARTES

Para que surta efectos, la transacción o el acuerdo celebrado —sea total o parcial—, ambas partes deben solicitar al tribunal arbitral que expida una resolución con forma de laudo, poniendo fin al proceso en lo que corresponda.

En cuanto a la forma de la transacción, ella debe celebrarse por escrito, de acuerdo al artículo 1304° del CC. La transacción puede constar en el escrito que presenten las partes al tribunal, pero nada impide que esté contenida en un documento separado, ya sea público o privado.

El artículo bajo comentario dice que el tribunal arbitral hará constar el acuerdo de las partes en una resolución con forma de laudo *“si ambas partes lo solicitan y si el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse”*. El primer requisito lo veremos después. Ahora queremos comentar brevemente lo otro, es decir, aquello de que el tribunal podría tener motivos para oponerse. Me pongo en el caso de que la transacción carezca de los requisitos de ley o que el pedido de las partes fuese impreciso en cuanto a los alcances de la transacción. Pero en estas hipótesis no hay verdadera “oposición” del tribunal sino ausencia de los requisitos necesarios para aprobarla. En todo caso, la redacción de la ley es infeliz porque alude a la existencia de motivos que fundamentarían su oposición. No es en rigor una oposición porque ésta supone un interés de quien se opone, lo cual ciertamente no ocurre de parte del tribunal arbitral.

El segundo requisito es que el tribunal debe hacer constar el acuerdo en una resolución con forma de laudo que no contiene motivación. Esto último es obvio. La motivación está dada por la transacción misma y sus términos. El tribunal no tiene más que agregar.

4. EFECTOS

La norma dice que el laudo que acoge la transacción tiene la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia. La solución legal es conforme. En efecto, este laudo produce los efectos de una sentencia. Pero ¿por qué no se dijo que la transacción, una vez aprobada en el laudo, tiene la misma fuerza que cualquiera otra transacción? Es decir, tiene los efectos de cosa juzgada y puede dar lugar a una excepción, en la eventualidad de que se promoviera acción judicial sobre los puntos transigidos.

Un tema que plantea la norma bajo comentario es si este laudo podría ser objeto del recurso de anulación previsto en el artículo 62° y siguientes de la LA. En principio parece que no, dado que ambas partes involucradas celebraron la transacción y pidieron que se la aprobara mediante un laudo sin motivación. Pero de otro lado, el artículo 63° de la LA señala las causales que taxativamente pueden dar lugar a la anulación, entre las cuales podría invocarse por ejemplo las de los incisos (a) y (e).

A pesar de lo dicho, en mi opinión no cabría plantear la anulación porque la conducta del que la promoviera sería contradictoria con la transacción celebrada.

Otro punto es si alguna de las partes podría promover, en la vía procesal correspondiente, una acción de nulidad de la transacción funda-

da en alguna causal de nulidad del acto jurídico prevista en el Código Civil. Mi opinión es en sentido afirmativo porque la transacción es en verdad un acto jurídico. Por tanto, es pasible de la nulidad y anulabilidad previstas en el artículo 219° y ss. de dicho Código.

5. CONTINUACIÓN DEL PROCESO RESPECTO DE LO QUE NO FUE OBJETO DE ACUERDO

El segundo párrafo del artículo 50°, bajo comentario, contiene esta disposición que es obvia y que por tanto pudo no haberse consignado. Si el acuerdo fue parcial y ya se lo recogió en un laudo, es claro que si aun hay puntos controvertidos, respecto de éstos el arbitraje debe continuar.

Un comentario final. Llama la atención que la norma bajo comentario se refiera hasta tres veces al “acuerdo” que celebran las partes, omitiéndose el uso de la palabra transacción. Sólo se la utiliza en la sumilla del artículo 50°. Me niego a creer que esta omisión sea reveladora de una intención oculta. Probablemente se debe a una mayor inclinación de los autores de la ley al tema arbitral.



Art. 51°.—Confidencialidad.

Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.

Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.

En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será publicado, una vez terminadas las actuaciones.

COMENTARIO⁽⁸⁶⁵⁾

SUMARIO: 1. *Antecedentes.* 2. *Análisis.* 2.1. *Los asuntos sujetos a reserva.* 2.2. *Los sujetos afectados.* 2.3. *Excepciones.* 2.4. *Régimen especial para el Estado.*

1. ANTECEDENTES

El artículo 51º bajo análisis amplía de manera significativa el marco del deber que impone, al extremo de dedicarle todo un artículo en exclusiva.

La anterior regulación (artículo 18º de la Ley 26572) era muy parca, pues a propósito del asunto solamente se refería a los árbitros, imponiéndoles el deber de ejercer el cargo con “absoluta discreción”. A su vez esta disposición venía casi calcada del mismo numeral del Decreto Ley 25935. Digo casi porque la norma posterior solamente agregó que los árbitros gozan además “del secreto profesional”⁽⁸⁶⁶⁾, lo que hasta cierto punto era redundante, pues si ya se decía que “no están sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones”, se estaba ya diciendo que ninguna autoridad podría exigirles violar la “absoluta discreción”.

No obstante, “discreción” es palabra que a mi parecer es, para estos fines, más exacta y apropiada que la de “confidencialidad” (cualidad de confidencial) que establece la novísima legislación. Prefiero “discreción” porque denota tanto lo positivo como lo negativo y es concepto más amplio, ya que en lo positivo significa prudencia y sensatez para formar juicio y tacto para hablar o decir; y en lo negativo porque describe reserva, secreto y circunspección, o sea, recato, acierto y cuidado para no hablar o no decir —ni siquiera insinuar o dar a entender— lo que no se debe. Hasta cierto punto, la discreción está estrechamente vinculada con la probidad⁽⁸⁶⁷⁾.

No es que me disguste la palabra confidencial, pero deriva de confidencia y de confianza y, por tanto, siempre está en relación con per-

(865) Por **GUILLERMO LOHMANN LUCA DE TENA**: Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Comisión de Reforma del Código Civil. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

(866) El artículo 165º del Código Penal califica como secreto profesional no solamente el que deben guardar los profesionales sino también todos aquellos que tengan información “por razón de su estado, función, empleo, profesión o ministerio”.

(867) VIDAL, Fernando, *Manual de derecho arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 84.

sonas determinadas hacia las cuales existe espontáneamente ese sentimiento, mientras que la discreción es deber ante una generalidad de sujetos y situaciones y que puede ser exigido.

Otros autores en nuestro país prefieren hablar solamente de privacidad⁽⁸⁶⁸⁾. Hay quien distingue entre privacidad —con alusión a la existencia del arbitraje, el lugar donde se realiza y participación en las audiencias y, en general, actuaciones arbitrales— y confidencialidad —con alusión a los aspectos en disputa, documentos o pruebas y al laudo principalmente—⁽⁸⁶⁹⁾. A mi más bien me parece que la privacidad es la característica o nota que las partes esperan del arbitraje (o sea, que sus disputas no sean conocidas por más personas que las indispensables para darles solución) y que la confidencialidad es la conducta que ciertos sujetos deben guardar para preservar esa privacidad.

2. ANÁLISIS

En contraste con los procesos judiciales que son públicos salvo disposición diferente de la ley⁽⁸⁷⁰⁾, una de las principales razones para su fomento⁽⁸⁷¹⁾ y por la que son preferidos los arbitrajes es precisamente por lo contrario. (Aunque esta característica está en revisión, sobre todo en los países anglosajones y en los arbitrajes comerciales internacionales y de inversión⁽⁸⁷²⁾). Por eso, por la importancia de la reserva o confidencialidad, si de mí hubiera dependido hubiera colocado esta “regla de oro del arbitraje clásico”⁽⁸⁷³⁾ a continuación del artículo 38°, relativo a la buena fe procesal, y antes de las normas que regulan la demanda, contestación y actos posteriores, que son puramente secuenciales y no principios de carácter general.

(868) Por ejemplo, en nuestro país, GARCÍA CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo, *El arbitraje internacional*. Edición del autor, Lima, 2004, p. 30.

(869) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, UPC, Lima, 2007, p. 11; CHÁVEZ BARDALES, Enrique Miguel, “Privacidad y Confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional”. En: *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. Servilex. www.servilex.com.pe.

(870) Constitución Política del Perú, artículo 139°, inciso 4 y Ley Orgánica del Poder Judicial, artículo 10°.

(871) MERINO MERCHAN, José, “Confidencialidad y Arbitraje”. En: *Revista del Club Español del Arbitraje*, N° 2, Madrid, 2008, p. 91.

(872) BARONA VILAR, Silvia, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 907.

(873) DE TRAZEGNIES, Fernando, “La publicidad del arbitraje”. En: *La voz del árbitro*. Revista del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, abril 2005.

Sea cual sea la expresión que se prefiera —privacidad, confidencialidad, reserva, secreto o discreción—, es visible que lo que el legislador ha querido es que ciertos sujetos conserven un comportamiento ético⁽⁸⁷⁴⁾ en este aspecto y no difundan ni compartan la información que llegue a su conocimiento con otras personas distintas a las específicamente autorizadas para tener ese conocimiento en función de las circunstancias y de la calidad o funciones de las personas en el proceso arbitral. Es lógico, si en los arbitrajes se resuelven conflictos disponibles de derecho privado y de sujetos de derecho privado, tiene sentido que la discusión misma, sus argumentos y pruebas y su resultado queden en privado. O con palabras de MERINO MERCHAN: se trata del “natural deseo de las partes de no dar publicidad a las diferencias”⁽⁸⁷⁵⁾ que las enfrentan. Pero a ello hay que agregar que a las partes puede no convenirles que las materias en controversia o la información desplegada en el proceso arbitral lleguen a conocimiento de terceros que eventualmente sean de la competencia o puedan obtener algún beneficio, ventaja, conveniencia o provecho de la información que lleguen a conocer.

El precepto bajo análisis empieza estableciendo que la regla general que enuncia a renglón seguido tiene como excepción el acuerdo distinto entre las partes. Pero esto ha de ser entendido con cuidado, pues hay cosas que, como se entiende, las partes no pueden dispensar. Me explico, la dispensa solamente puede referirse a aquello que pueda ser revelado sin que al hacerlo se afecten los derechos sustanciales propios del debido proceso o que pongan a una parte en estado de ventaja o preferencia respecto de la otra. Por lo tanto, para el caso de dispensa el pacto entre las partes ha de ser interpretado y aplicado celosamente, restrictivamente, con el máximo de cuidado y la mínima extensión, pues en la duda sobre esto siempre es preferible pecar de falta que de exceso.

Consecuentemente, la norma que comentamos ha de ser entendida del siguiente modo: el pacto, de haberlo, sólo puede tener aplicación a lo explícitamente liberado o exonerado de reserva; a falta de pacto, todo, sin excepción, está incluido en el deber de reserva, incluso, si es posible, la existencia misma del arbitraje y que se está participando de algún modo en él.

2.1. Los asuntos sujetos a reserva

El mandato legal es claro: la reserva es sobre las actuaciones arbitrales, incluido el laudo, y sobre cualquier información, pruebas,

(874) CANTUARIAS, Fernando y Manuel Diego ARAMBURU, *op. cit.*, p. 293.

(875) MERINO MERCHAN, José, *op. cit.*, p. 77.

declaraciones testimoniales o de parte, etc., que conozcan a través de dichas actuaciones.

En definitiva: los sujetos están obligados a guardar reserva sobre el arbitraje en su conjunto. O sea todo. No hay más excepciones que las explícitas a las que me refiero más adelante.

2.2. Los sujetos obligados

Son todos: las partes; sus representantes y asesores legales o asesores de otra especie respecto de aquello que asesoren o que llegue a su conocimiento (especialmente de la otra parte) con motivo de la asesoría; los árbitros y, en su caso, sus asistentes o ayudantes; el secretario del proceso arbitral; la institución arbitral y su personal; en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro sujeto que intervenga en el proceso.

Evidentemente, cuando las partes del proceso sean personas jurídicas la confidencialidad se extiende a todo su personal vinculado al proceso, quedando bien entendido que el resto del personal podrá saber sólo la existencia del proceso, pero no sus detalles.

2.3. Las excepciones

Las excepciones son tres.

La primera, es que las partes pueden excusar la reserva en todo o parte, o por un tiempo determinado. No obstante, esto no se aplica en los arbitrajes en los que el Estado o una de sus dependencias sea parte, como se verá líneas abajo al comentar el inciso 3.

La segunda excepción es que las partes, sus representantes y asesores legales están exonerados del deber de confidencialidad si por exigencia legal es necesario hacer de conocimiento de otro(s) las actuaciones o, en su caso, el laudo, para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. Por lo tanto, según se deriva de la norma, la exención no beneficia a otros sujetos distintos, o sea árbitros, el secretario del proceso arbitral a la institución arbitral y su personal, a los testigos, peritos, etcétera.

Qué significa “hacer público las actuaciones” es expresión ancha e imprecisa que habrá que juzgar en cada caso con tiento y cuidado. Ciertamente no puede haber impedimento en informar la existencia del proceso a los auditores externos de la empresa que participe en el arbitraje, por ejemplo. La restricción es al contenido de las actuaciones, es decir, no a la existencia del litigio, sino a los detalles y fundamentos de la controversia.

La tercera excepción es clara: en los arbitrajes que involucran al Estado la reserva o confidencialidad sobre el contenido cesa cuando el laudo se emite. La razón es elemental: los pronunciamientos definitivos sobre controversias patrimoniales del Estado son de interés público y deben quedar en aptitud de ser conocidos por todos. Nótese que lo liberado de confidencialidad es el laudo luego de expedido, no las actuaciones previas. Ciertamente, cuando el Estado sea parte no puede pactar la exención de reserva para las etapas anteriores al laudo.

2.4. La responsabilidad

La norma no la califica y quizá hace bien. Lo que no está tan bien es que la consecuencia de responsabilidad haya sido incluida en el inciso primero, cuando su razón de ser también afecta a los sujetos enumerados en el inciso segundo.

A mi juicio es posible establecer tres categorías de responsabilidad.

La primera es de responsabilidad civil⁽⁸⁷⁶⁾. El tipo de responsabilidad dependerá de si entre el infractor y las partes hay alguna relación previa vinculada al arbitraje.

Por tanto, la responsabilidad puede ser contractual, como es el caso entre las partes y los árbitros o entre las partes y la institución administradora, que sin duda hay una relación contractual de servicios.

O puede ser extracontractual, si, por ejemplo, quien comete la infracción es un perito.

La segunda es de responsabilidad penal. Los artículos 156º⁽⁸⁷⁷⁾ y 165º⁽⁸⁷⁸⁾ del Código Penal establecen los tipos de las infracciones a los derechos de intimidad (artículo 156º) y la obligación de secreto (artículo 165º).

La tercera es, si podría llamarse así, de carácter administrativo e incluso laboral cuya aplicación concierne a las instituciones arbitrales, imponiendo sanciones a las partes, a los árbitros y al personal vinculado al arbitraje.



(876) Véase VIDAL, Fernando, *op. cit.*, p. 88.

(877) **Artículo 156º.-** *El que revela aspectos de la intimidad personal o familiar que conociera con motivo del trabajo que prestó al agraviado o a la persona a quien éste se lo confió, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de un año.*

(878) **Artículo 165º.-** *El que teniendo información por razón de su estado, oficio, empleo o profesión o ministerio, de secretos cuya publicación puede causar daño, los revela sin consentimiento del interesado, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años y con sesenta a ciento veinte días multa.*

TÍTULO V

LAUDO

Art. 52°.—Adopción de decisiones.

1. El tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

2. Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

3. Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

COMENTARIO ⁽⁸⁷⁹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Funcionamiento del tribunal arbitral. 3. Procedimiento para la adopción de decisiones colegiadas. 3.1. El principio de la mayoría. 3.2. La facultad decisoria del presidente árbitro. 4. Obligación de votar. 5. La facultad del presidente árbitro para decidir cuestiones de procedimiento. 6. Consideraciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo materia de comentario tiene implicancia en el caso de un tribunal arbitral, ello es, cuando se han designado varios árbitros. El referido artículo regula el funcionamiento del tribunal y la aplicación de la regla de la mayoría para la adopción de decisiones. La norma legal contempla también otras reglas, la del rol del presidente árbitro respecto a las decisiones contenidas en el laudo, así como la de dictar resoluciones de procedimiento o trámite. Explicaremos, en cada caso, cómo se regulan ambas reglas, la incidencia de la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo CNUDMI/ UNCITRAL), así como la regulación en otras legislaciones y reglamentos de instituciones arbitrales internacionales.

(879) Por JULIO C. GUZMÁN GALINDO: Profesor de la Academia de la Magistratura. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

2. FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La primera parte del numeral 1 del artículo materia de comentario se refiere, antes que a la adopción de decisiones propiamente dicha, al “funcionamiento” del Tribunal y la concurrencia de los árbitros a las actuaciones.

El referido numeral, establece que el tribunal arbitral funciona con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. El propósito de la LA, en este caso, es que el proceso no se paralice debido a la inconcurrencia de un árbitro. En ese supuesto, tratándose de un tribunal arbitral compuesto de tres árbitros, si dos árbitros asisten, hacen mayoría y no habría inconveniente para que el proceso continúe. En ese sentido, el tribunal arbitral puede deliberar con la concurrencia de la mayoría de los árbitros.

La regla está establecida para el acto de la deliberación del laudo, sin embargo, podría aplicarse también a toda actuación arbitral, dado que viene a prescribir acerca del “funcionamiento” del tribunal.

La referida regla puede admitir pacto en contrario, pues aunque la norma no haya previsto el supuesto que las partes expresamente acuerden la concurrencia de la totalidad de los árbitros, ello no impide que así lo hagan. Ello, en aplicación del principio de libertad de regulación de las actuaciones, previsto en el artículo 34º de esta LA, en virtud del cual las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones.

En el supuesto que, las partes no hayan acordado expresamente la concurrencia de la totalidad de los árbitros, la actuación puede llevarse a cabo con la mayoría.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE DECISIONES COLEGIADAS

Con relación a la actuación y deliberación del laudo arbitral la norma prevé que en las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. En defecto de la mayoría, la norma también prevé que la decisión será tomada por el presidente. La LA en este caso, prescribe el principio de la mayoría para la adopción de decisiones y en su defecto la posibilidad de adopción de decisiones por parte del presidente árbitro.

En ese sentido la LA ha previsto, para este caso, dos mecanismos o procedimientos para la toma de decisión: i) el principio de la mayoría y ii) la facultad decisoria del presidente.

También ha previsto la posibilidad que las partes acuerden otro procedimiento, que puede ser la adopción de decisión por todo el tribunal, o también en el caso de mayoría, la posibilidad de intervención de un árbitro dirimente, quien puede adherir su voto a la mayoría. En dicho se lograría la decisión o generaría un empate, con lo que daría lugar a designar otro árbitro. Estos supuestos, son posibles de pactarse, pero no son sugerentes, pues dilatarían el proceso y afectarían la celeridad eficacia del mismo.

3.1. El principio de la mayoría

El voto de la mayoría, cuando los árbitros son más de uno, será suficiente para decidir sobre los puntos materia de controversia, de acuerdo a lo previsto en el numeral 1 del artículo materia de comentario: “[...] Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto [...]”.

La LA ha previsto que las decisiones se adoptarán por mayoría, cuando se trata de un tribunal colegiado, ello sin perjuicio del acuerdo diferente que puedan fijar las partes. La LA mantiene el principio de la de la mayoría, pero añade: “[...] Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.”

Ello quiere decir que, en defecto o a falta de decisión de la mayoría de árbitros, la decisión la toma el presidente. En ese sentido, puede decirse que la LA contempla la regla de la mayoría, pero no obligatoria, pues el presidente, en defecto de la misma, puede adoptar la decisión correspondiente.

De establecerse la regla obligatoria de la mayoría para adoptar las decisiones o resolver la controversia, el procedimiento en caso no se produzca la mayoría sería el siguiente: el voto de cada árbitro se emitiría por separado, sobre el punto o puntos controvertidos, en este caso tendría que llamarse a un árbitro para que dirima la discordia (dirimente). Las partes tendrían que ponerse de acuerdo para designar al árbitro dirimente.

Como se observa, dicho procedimiento dilata y complica la emisión del laudo, es por ello que la regla de la mayoría obligatoria no es contemplada actualmente, pues se ve que no favorece la eficiencia del proceso arbitral⁽⁸⁸⁰⁾. También mencionar que la práctica de la inter-

(880) Con relación a ello CANTUARIAS, Fernando precisa: “Tradicionalmente las legislaciones arbitrales han regulado el tema de las mayorías requeridas para adoptar un laudo arbitral siguiendo los parámetros judiciales. [...] Sin embargo, poco a poco esta regla ha ido perdiendo terreno, ya que se considera que la necesidad de designar a un árbitro dirimente atenta directamente contra la eficiencia del arbitraje y, ade-

vención de un dirimente para solucionar la controversia es más usual en las actuaciones judiciales, que en el arbitraje.

La regla de mayoría obligatoria en la adopción de decisiones está contemplada en la LA Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de (LA Modelo de CNUDMI/UNCITRAL)⁽⁸⁸¹⁾:

“Artículo 29º.- Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro.

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal”.

Las legislaciones de Panamá, México y Chile, han adoptado la norma de la LA Modelo CNUDMI/UNCITRAL, así por ejemplo en el último caso, la LA chilena, LA N° 19971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, del año 2004, ha previsto:

“Artículo 29º.- Adopción de decisiones cuando haya más de un árbitro.

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal”.

De igual modo, la Convención del CIADI establece:

“Artículo 48º.

El Tribunal decidirá todas las cuestiones por mayoría de votos de todos sus miembros.

[...]”

Como se observa, en estas normas que siguen la LA Modelo CNUDMI/UNCITRAL, las decisiones del tribunal deben adoptarse por mayoría de votos de los miembros del tribunal arbitral. La decisión del árbitro presidente sólo se contempla para el caso de decisiones de procedimiento como veremos más adelante.

más, obliga muchas veces al presidente del tribunal arbitral a tener que transigir a efectos de lograr la tan necesaria mayoría”. *Vid.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: “Mayorías, forma del laudo arbitral, firma de los árbitros y opiniones disidentes”. En: la Revista *Arbitraje on line*. Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Año IV, N° 07, Julio 2006.

(881) *Vid.* LGA Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.

También puede verse que la legislación peruana⁽⁸⁸²⁾, en este aspecto, se aparta de la regla de mayoría obligatoria prevista en la LA Modelo CNUDMI/UNCITRAL, pues como hemos visto, prescribe que en defecto de mayoría decide el presidente árbitro.

3.2. La facultad decisoria del presidente árbitro

Como hemos explicado, la LA en la norma materia de comentario, ha introducido la regla que el presidente árbitro decide en defecto de la mayoría.

En ese sentido, el artículo materia de comentario, prescribe en el numeral 1 que “[...] Toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto. *Si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente [...]*” (énfasis agregado).

Dicha regla se aplicaría cuando la regla de la mayoría no es factible, ello es, cuando dos de los tres árbitros (en caso de un tribunal de tres árbitros) no pueden llegar a adoptar un acuerdo. La norma arbitral no permite el *non liquet*⁽⁸⁸³⁾, dado que de todos modos contempla el mecanismo para que se produzca una decisión sobre la controversia.

En este caso, consideramos que la norma prevista en la LGA, a efecto que intervenga el presidente árbitro para que se adopte la decisión arbitral, es la más prudente, pues permite lograr la eficacia de las actuaciones en esta etapa importante del proceso arbitral. Con la aplicación de esta regla se evita la intervención de árbitro dirimente y se logra eficiencia en la resolución de la controversia.

(882) La LG, N° 26572 estableció:

Artículo 46°.- Mayoría para resolver.- Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido dispongan otra cosa, *las resoluciones se dictan por mayoría de los árbitros*. Los árbitros están prohibidos de abstenerse en las votaciones. En caso lo hicieran, se considerará que se adhieren a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso. Contra las resoluciones de los árbitros no procede recurso alguno, salvo que así esté expresamente previsto en la presente LGA (énfasis agregado).

Artículo 47°.- Decisión del Presidente del Tribunal Arbitral y designación del dirimente.- Salvo que las reglas particulares establecidas por las partes o por el reglamento arbitral al que se hubiesen sometido dispongan otra cosa, en los casos de empate dirige el voto del presidente del tribunal. *Si no hubiere acuerdo mayoritario, decide el presidente [...]* (énfasis agregado).

(883) *Non liquet*: “no está claro”, esta cláusula viene del Derecho Romano, según ella una cuestión controversial (litigio) podía quedar no juzgada, ya fuere por falta de datos o de una norma directamente aplicable. Actualmente el principio de plenitud del ordenamiento jurídico, que inspira también nuestro ordenamiento jurídico, no permite el *non liquet*, pues los órganos jurisdiccionales de conformidad con el principio de tutela efectiva deben resolver siempre toda controversia que les sea sometida.

Con relación a este supuesto, el profesor Alejandro GARRO⁽⁸⁸⁴⁾, acertadamente refiere que recurrir a otro árbitro (dirimente) resultaría una pérdida de tiempo y perjudicaría a las partes. En cambio, lo más conveniente, para superar la falta de mayoría (*deadlock*), es autorizar al presidente árbitro para emitir el voto decisorio.

Con relación a la regla prevista que otorga al presidente árbitro la facultad de resolver en defecto de la mayoría arbitral, podemos citar el Reglamento de la CCI⁽⁸⁸⁵⁾:

“Artículo 25º.- Formación del laudo.

1. En caso de pluralidad de árbitros, el laudo se dictará por mayoría. En defecto de mayoría, el presidente del tribunal decidirá solo”.

De igual modo el reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)⁽⁸⁸⁶⁾, adopta la referida regla:

“Artículo 26.3 de la LCIA:

Where there are three arbitrators and the Arbitral Tribunal fails to agree on any issue, the arbitrators shall decide that issue by a majority. Failing a majority decision on any issue, the chairman of the Arbitral Tribunal shall decide that issue”.

Sigue también esta regla la LA de Arbitraje de España⁽⁸⁸⁷⁾:

(884) GARRO, Alejandro: “The UNCITRAL Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for reform in Central America”. En: *The American Review of International Arbitration*, Vol. 1, Nº 2, 1990, p. 231, cit. por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*

(885) La Cámara de Comercio Internacional - CCI, es una organización privada creada en 1919, con sede en París, y representa a las empresas y los gremios de la actividad financiera, bancaria, comercial e industrial de más de cien naciones. Propicia y promueve un sistema arbitral de acuerdo con su reglamento. El sistema es utilizado en el comercio internacional por los operadores económicos, que prefieren esta vía a cualquier otra ordinaria o judicial.

(886) La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), es probablemente la más antigua de todas las instituciones arbitrales internacionales existentes. Según sus reglas institucionales, proporciona organización, presencia, actividades y servicios en todo el mundo, así como administra arbitrajes internacionales en cualquier sede y bajo cualquier LA aplicable.

(887) La LA española de arbitraje es la Ley Nº 60/2003, de 23 de diciembre. La exposición de motivos de la mencionada LA comenta al respecto: “En la adopción de decisiones, cuando se trata de un colegio arbitral, y sin perjuicio de las reglas que directa o indirectamente puedan fijar las partes, se mantiene la lógica regla de la mayoría y la de que a falta de decisión mayoritaria decide el presidente [...]”.

“Artículo 35°.- Adopción de decisiones colegiadas.

Cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubieren dispuesto otra cosa. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

[...]”

Como se observa, los reglamentos de importantes instituciones arbitrales contemplan la facultad decisoria del presidente, al igual que la Ley de arbitraje de España.

Con relación estas reglas los profesores: DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES Y SANTIAGO MONTT YARZÚN⁽⁸⁸⁸⁾, comentan la diferencia que existe cuando hay regla de mayoría, conforme a la cual el presidente tiene la presión de llegar a acuerdo con alguno de los dos árbitros designados por las partes. En cambio, con la regla según la cual en defecto de mayoría decide el presidente árbitro, “son los árbitros de las partes los que deben acercarse al árbitro buscando un fallo de mayoría”, en este caso, precisan que la presión funciona en sentidos distintos.

Con relación a la aplicación de la regla de las mayorías en sede jurisdiccional cabe destacar la sentencia emitida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima (Expediente 95-01), en el proceso de anulación de laudo arbitral seguido por Compañía Minera Yuracmayo S.A. con la Empresa Minera del Centro del Perú S.A.⁽⁸⁸⁹⁾. En este proceso la parte demandante impugnó el laudo alegando que había sido emitido sin las mayorías requeridas por la LGA.

En este caso el demandante argumentó que al emitirse el laudo ninguno de los supuestos que prevé el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, se produjeron, dado que el voto de los tres árbitros coinciden en los términos del fallo, y sólo se produjo discrepancia en parte de los fundamentos sobre un extremo. Siendo ello así, los tres árbitros se pronunciaron en el mismo sentido, en consecuencia, no se produjo empate, tampoco la dirimencia por parte del presidente.

De las actuaciones arbitrales se observó que los árbitros habían emitido sus votos separados, con fundamentos de hechos y de derecho diferentes, pero se pronunciaron todos en el mismo sentido del fallo.

(888) JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá y Santiago MONTT OYARZÚN, *Curso de Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones*. Facultad de Derecho Universidad de Chile. Noviembre 2006. Material publicado en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2006/2/D129C0728/1/material_docente/

(889) La reseña de esta sentencia puede encontrarse en CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando: “Mayorías, forma del laudo arbitral...”, *op. cit.*

La demanda fue desestimada en base a los siguientes argumentos:

“[...] no fluye una forma determinada para efectos de la expresión documental del laudo, no se prevé forma alguna en particular. Ha de entenderse no obstante, que deberá ser hecho por escrito, y contener mínimamente ciertos requisitos de forma que permitan asegurar su autenticidad [...] el hecho de que la decisión recaída se encuentre en tres documentos y no en uno sólo no implica la trasgresión al derecho fundamental de tutela judicial [...] el hecho de que el laudo arbitral no conste en un solo documento escrito suscrito por los tres árbitros al mismo momento, no importa la ausencia de mayorías requeridas máxime si de los votos en mención se advierte los fundamentos particulares de cada uno de los árbitros, los mismos que se encuentran debidamente firmados pronunciándose cada uno de ellos en el mismo sentido [...]”⁽⁸⁹⁰⁾.

Puede observarse en este caso que, el argumento de la falta de mayoría para la emisión del laudo, basado en el hecho de que el laudo fue emitido en tres documentos, con votos separados, incurría en error, dado que este supuesto no implicaba la ausencia de mayoría requerida por LGA. El procedimiento es válido y expresaba una votación unánime en el sentido que el fallo era el mismo.

4. OBLIGACIÓN DE VOTAR

El numeral 2 del artículo bajo comentario prescribe que los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

La función del árbitro dentro del proceso es esencialmente la de resolver la controversia. La LA en este caso prescribe la obligación de votar, y en su defecto establece que la no emisión del voto se considera como adhesión a la decisión de la mayoría o a la del presidente, tal como se estudió el tema en los puntos anteriores.

La norma prevista tiene como propósito evitar que un árbitro dificulte la votación negándose a votar y a suscribir el laudo. Ello puede ocurrir, como precisa CANTUARIAS SALAVERRY⁽⁸⁹¹⁾, cuando algunos árbitros procediendo incorrectamente se sienten “más abogados de

(890) *Vid.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Mayorías, forma del laudo arbitral...”, *op. cit.*

(891) *Op. cit.* CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Mayorías, forma del laudo arbitral. En ese mismo sentido, el profesor español Bernardo CREMADES, precisa: “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mantenido la postura de que el servicio ofrecido por un árbitro es el de ‘...resolver una controversia entre dos o más partes...’ que no puede asimilarse a la representación y defensa de los intereses que

las partes que los designaron que árbitros y se niegan a suscribir el laudo arbitral cuando es contrario a los intereses de su patrocinado y, además, no presentan un voto particular, tratando así de bloquear la decisión”

En este punto, debe precisarse que la norma debe concordarse con el artículo 55º, numeral 3, de esta misma LA, que regula “la forma del laudo”, la cual establece que en supuesto que el árbitro no firme el laudo ni emita su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

5. LA FACULTAD DEL PRESIDENTE ÁRBITRO PARA DECIDIR CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO

Finalmente, el numeral 3 de la norma materia de comentario, prescribe que, salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

La LA, en ese caso, permite y facilita al presidente tomar decisiones sobre cuestiones de procedimiento, entendiéndose por tales, a estos efectos, no cualesquiera cuestiones distintas al fondo de la controversia, sino, limitadamente y relativas a la mera tramitación o impulso procesal.

En este caso se ha recogido la norma del Artículo 29º (in fine) de la LA Modelo CNUDMI/UNCITRAL, la misma que establece:

“Artículo 29º.- Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

[...] el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal”

Cabe precisar que la LA Modelo, prevé este supuesto, pero con la regla de la mayoría obligatoria para la adopción de decisiones. En el Caso de la LA peruana, la regla no es obligatoria, sino que se complementa con la decisión del presidente árbitro. Supuestos referidos anteriormente. Este procedimiento ha sido adoptado también, por ejemplo, por la LA chilena, LGA N° 19971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, del año 2004, igualmente antes referida.

La LA española de 2003, antes glosada, en cambio contempló los mismos supuestos que la LA peruana:

de las partes efectúan los abogados.” *Vid.* CREMADES Bernardo, “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española.” En: *Lima Arbitratio*, N° 6, 2001, p. 195.

“Artículo 35º.- Adopción de decisiones colegiadas.

[...] 2. Salvo acuerdo de las partes o de los árbitros en contrario, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso del procedimiento”.

En estos supuestos, tenemos que de acuerdo a la normativa de la LA el presidente podrá decidir por sí solo *cuestiones de ordenación*, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales (énfasis agregado).

En ese sentido, debe entenderse como decisiones relativas a cuestiones de ordenación, aquellas que tienen por objeto el impulso del proceso conforme a LA, como por ejemplo citaciones, emplazamientos, señalamiento de fecha para audiencia, poner en conocimiento de las partes ciertas actuaciones, entre otras.

Las cuestiones de procedimiento también se denominan “decisiones interlocutorias”, comprenden todas las decisiones arbitrales dictadas hasta antes de emitirse el laudo y tiene por objeto, como vemos agilizar las actuaciones y la dirección del proceso.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha expuesto, el artículo bajo comentario contempla para el caso de adopción de decisiones por parte de un tribunal arbitral, la regla de la mayoría arbitral, y también la regla que decide el presidente árbitro en el caso que no se adopte la decisión por mayoría. Ello siempre, sin perjuicio que las partes puedan acordar otras reglas.

El artículo regula también la norma que faculta al presidente para decidir cuestiones de procedimiento, entendiéndose por tales, en principio cuestiones distintas al fondo de la controversia, pero limitadas a resoluciones que tienen por objeto impulsar el proceso, llamadas también decisiones de mero trámite o interlocutorias.

No obstante, que la LA se inspira y se basa en la LA Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de (LGA Modelo de CNUDMI/UNCITRAL), en este artículo regula la adopción de decisiones colegiadas en forma distinta a dicha LA Modelo. Como se ha expuesto se aplica la regla que en defecto de mayoría decide el presidente árbitro.

Dicho mecanismo también ha sido adoptado por la LA española, por el reglamento de la CCI y de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. Consideramos que el mismo propende a la eficacia al momento de decidir las cuestiones materia del laudo, evitando así dilaciones innecesarias, lo que favorece al proceso y a las partes.



Art. 53°.—Plazo para laudar.

La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.

COMENTARIO ⁽⁸⁹²⁾

La conclusión del proceso genera una expectativa y un especial interés para las partes de la controversia. De ahí, entonces, que concluida la etapa probatoria y formulados los alegatos escritos y las alegaciones orales, al quedar el proceso arbitral en estado de darse solución a la controversia, sea necesario establecer el plazo para dictarse el laudo.

Con la función supletoria que caracteriza a las normas procedimentales de LA, el artículo 53° da prevalencia al plazo que hayan establecido las partes, sea arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*. Si el arbitraje es institucional, el plazo para emitirse el laudo es el previsto en el Reglamento de la Institución Arbitral al que se han sometido las partes. Si el arbitraje es *ad hoc* y las partes no han establecido el plazo para laudar, el acotado artículo 53° faculta al Tribunal Arbitral a fijarlo. Dentro de ese plazo no sólo debe quedar resuelta la controversia sino además notificado el laudo.

La importancia del plazo para laudar es tal, que la LA considera su inobservancia como causal de anulación del laudo (artículo 63°, inc. g).

**Art. 54°.—Laudos.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios.

COMENTARIO ⁽⁸⁹³⁾

SUMARIO: 1. *A modo de introducción.* 2. *Definición de laudo.* 3. *Clases de laudo según la Ley de Arbitraje.* 4. *Supuestos en los que resulta conveniente emitir laudos parciales.* 5. *Efectos del laudo. Recursos.*

(892) Por **FERNANDO VIDAL RAMÍREZ**: Socio del Estudio Rodríguez-Mariátegui & Vidal. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho.

(893) Por **FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**: Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico. Profesor de Arbitraje de la Universidad del Pacífico. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Como explica BARRAGÁN ARANGO⁽⁸⁹⁴⁾, “[p]or muchos años se ha considerado que el laudo arbitral es la expresión de los árbitros, en virtud de la cual finaliza la disputa que se ha puesto en su conocimiento”. En otras palabras, haciendo un paralelo con el Poder Judicial, tradicionalmente se ha considerado que el Poder Judicial sólo emite una sentencia y el árbitro sólo dicta un laudo.

Sin embargo, imaginemos que en un arbitraje se discute acerca del ámbito de responsabilidad contractual de una de las partes y, además, que la prueba acerca del daño causado es costosa y tomará tiempo. ¿No es acaso conveniente, por no decir lógico, que los árbitros se pronuncien en primer lugar acerca de si existe responsabilidad y respecto al ámbito de esa responsabilidad, y sólo si efectivamente se encuentra responsable a una de las partes y se conoce el ámbito de esa responsabilidad, se invierta tiempo y dinero en probar con precisión el daño causado? ¿Existe alguna razón de orden público que pudiera impedir esta posibilidad?

La respuesta es que, en el caso planteado, a todas luces la posibilidad de que los árbitros puedan emitir una o más decisiones resulta por demás conveniente y eficiente y que, además, no existe argumento alguno de orden público que pudiera esgrimirse para impedir este proceder. La única razón existente para negar esta posibilidad es que, como tradicionalmente el juez sólo emite una sentencia, el árbitro sólo debe dictar un laudo.

Es más, asumamos que dentro del procedimiento arbitral una de las partes impugna la competencia del tribunal arbitral y el colegiado procede a resolverla como cuestión previa. ¿Acaso esta decisión acerca de la competencia del tribunal arbitral no resuelve de manera definitiva (por lo menos en sede arbitral) un extremo de la controversia existente entre las partes? ¿No es acaso un laudo?

Por último, imaginemos que dentro de las actuaciones arbitrales las partes concilian parte de la controversia y solicitan a los árbitros que conviertan esa transacción en laudo y que prosigan conociendo el resto de la controversia. ¿Acaso no es razonable aceptar que en este escenario los árbitros puedan emitir un laudo por acuerdo de las partes

(894) BARRAGÁN ARANGO, Luis Alfredo, “El laudo arbitral”. En: Eduardo SILVA ROMERO y Fabricio MANTILLA ESPINOSA (Coordinadores), *El contrato de arbitraje*, Lexis, Bogotá, 2005, p. 663.

y que, más adelante, dicten un segundo laudo respecto de las pretensiones aún controvertidas?⁽⁸⁹⁵⁾

Ejemplos como los descritos han llevado desde hace muchos años a la doctrina y luego a diversas legislaciones arbitrales a aceptar que los árbitros pueden dictar uno o más laudos arbitrales⁽⁸⁹⁶⁾.

Sin embargo, antes de analizar qué dice a este respecto la Ley de Arbitraje peruana, consideramos necesario definir previamente qué se entiende por laudo.

2. DEFINICIÓN DE LAUDO

REDFERN, HUNTER, BLACKABY & PARTASIDES⁽⁸⁹⁷⁾ informan que “[n]o hay una definición del término ‘laudo’ aceptada internacionalmente, tal como lo demuestra el hecho que no se la incluya en ninguna de las convenciones internacionales sobre arbitraje, como los tratados de Ginebra, la Convención de Nueva York o la Ley Modelo”. Es más, MONTERO MURIEL⁽⁸⁹⁸⁾ identifica que “el concepto de laudo arbitral ha sido, y es objeto todavía, de un debate controvertido. Por esta razón la LM, las legislaciones de derecho comparado, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, así como los tratados y convenios internacionales han optado por no incluir una definición de laudo”.

En efecto, cuando se discutió el contenido de lo que hoy es la Ley Modelo de UNCITRAL, se propuso definir al laudo de la siguiente manera: “El término ‘laudo’ hace referencia a un laudo final que decide cada uno de los puntos sometidos a consideración del tribunal arbitral y a cualquier otra decisión del tribunal arbitral que determine una cuestión de fondo, o por la que se expida sobre su jurisdicción o sobre cualquier otra cuestión procesal aunque, en este último caso, sólo se tratará de un laudo si el tribunal denomina de tal manera a la decisión que adopte”.

(895) VIDAL RAMÍREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 125.

(896) *Vid.*, por ejemplo, Ley inglesa de Arbitraje (artículo 47.1), Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza (artículo 188°), Código Judicial belga (artículo 1699°), Ley española de Arbitraje (artículo 37.1), Código Procesal Civil holandés (artículo 1049°), Ley de Arbitraje de Suecia (artículo 29°). En Francia, aun cuando su legislación arbitral no lo menciona, se reconoce esta facultad en los árbitros.

(897) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY & Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. edición, Buenos Aires, La Ley, 2007, ps. 497/498.

(898) MONTERO MURIEL, Félix J., “Artículo 37°. Plazo, forma, contenido y notificación del laudo”. En: ARIAS LOZANO, David (coordinador). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 351.

Sin embargo, al final se optó por no incluir definición alguna⁽⁸⁹⁹⁾, debido a que no existió consenso acerca del concepto “laudo” y del contenido exacto de los diferentes tipos de laudos que pueden dictar los árbitros⁽⁹⁰⁰⁾.

Sobre este particular, nosotros consideramos que una correcta definición de laudo, es la propuesta por MANTILLA-SERRANO⁽⁹⁰¹⁾: “[P]uede... considerarse laudo toda decisión tomada por los árbitros, después de haber considerado los argumentos de las partes y analizado minuciosamente los fundamentos invocados por ellas, que de manera definitiva y motivada⁽⁹⁰²⁾ ponga fin a una cuestión litigiosa que las partes les han sometido, relacionada con el fondo del asunto”.

Considerando esta definición, FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN⁽⁹⁰³⁾ identifican hasta cinco tipos de laudos: laudos finales, laudos preliminares, laudos interinos, laudos interlocutorios y laudos parciales.

(899) UNITED STATES COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration. A/CN.9/264, 1985, p. 72, “*After commencing consideration of a proposed definition, the Working Group decided, for lack of time, not to include a definition in the model law to be adopted by it and to invite de Commission to consider the matter.*”

(900) Aún así, definir qué se entiende por “laudo” resulta ser una tarea importante, como lo demuestra GAMBOA MORALES, Nicolás, *La inmunidad soberana de jurisdicción en el arbitraje comercial internacional. Evolución y actualidad*. Colección Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2007, p. 53, “En un ejemplo contrario a la interpretación amplia de la Convención de Nueva York, la Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Civil y Agraria, confirmó en marzo 1 de 1999 (Expediente E-7474) la decisión adoptada en enero 26 del mismo año cuando se rechazó una demanda de exequatur encaminada a obtener el reconocimiento y la ejecución de un laudo —en el sentido del artículo 2(iii) del Reglamento CCI— donde se afirmaba la competencia de un tribunal arbitral y se ordenaba a una parte abstenerse de adelantar trámites arbitrales diferentes del ventilado ante el tribunal emisor del laudo en referencia. Dijo esa alta Corporación:

“[...] conforme a la Convención de Nueva York las ‘sentencias arbitrales’ son las que materialmente ponen fin al proceso arbitral, definiendo las diferencias sometidas en la respectiva demanda a composición judicial, pero no las que surgen del mismo procedimiento, interpretación esta que también coincide, en subsidio de lo anterior, con el alcance que de acuerdo a la legislación colombiana se le debe dar a la acepción ‘laudo arbitral’ [...]”.

(901) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, Iustel, Madrid, 2005, p. 210.

(902) Siempre y cuando las partes no renuncien expresamente a la motivación (ver comentario al artículo 56º de la LA).

(903) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN on *International Commercial Arbitration*, Emmanuel Gaillard y John Savage (editores), Kluwer Law International, 1999, p. 736.

No es el momento ni la oportunidad para realizar un análisis teórico de cada uno de estos posibles tipos de laudos. Bástenos sobre el particular, insistir acerca de que no existe consenso acerca de cuántos tipos de laudos existe y cuál es el contenido de cada uno de ellos⁽⁹⁰⁴⁾. Sin embargo, lo que sí es posible avanzar, es en el reconocimiento de que los árbitros dentro de las actuaciones arbitrales tienen la facultad de dictar, salvo acuerdo en contrario de las partes, uno o más laudos que resuelvan de manera definitiva todo o parte de la controversia sometida a su conocimiento⁽⁹⁰⁵⁾.

3. CLASES DE LAUDO SEGÚN LA LEY DE ARBITRAJE

VÁRADY, BARCELÓ y VON MEHREN⁽⁹⁰⁶⁾ explican que en muchas legislaciones arbitrales (incluido el Perú) se acepta la existencia de dos tipos de laudos: el primero, denominado “laudo final”, que está referido a aquellos laudos que resuelven “todos los puntos sometidos a arbitraje, o aquellos que hubiesen quedado pendientes”⁽⁹⁰⁷⁾ y que, además, una vez emitidos, implican la culminación de la misión de los árbitros⁽⁹⁰⁸⁾. El segundo tipo, el denominado “laudo parcial”, está referido a aquellos laudos que resuelven de manera definitiva parte de la controversia sometida a conocimiento de un tribunal arbitral, dejando pendiente de resolver (sea en otro laudo parcial o en el laudo final) el resto del conflicto⁽⁹⁰⁹⁾.

El ejemplo típico de “laudo final” es aquel mediante el cual el tribunal arbitral resuelve en un solo fallo todas las controversias sometidas a su conocimiento. Pero, también puede ser considerado “laudo

(904) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Course on Dispute Settlement - International Commercial Arbitration*, 5.6. *Making the Award and Termination of Proceedings*, Nueva York y Ginebra, 2003, p. 7, “The terminology in regard to the categories of awards is not used consistently”.

(905) BARRAGÁN ARANGO, Luis Alfredo, “El laudo arbitral”, *op. cit.*, p. 663, “Legislaciones como las de Inglaterra, Gales, Irlanda del Norte y España establecen que, salvo que las partes pacten lo contrario, la controversia podrá ser resuelta mediante uno o varios laudos separados”. Fouchard, Gaillard, *Goldman on International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 741, “In the absence of an agreement between the parties on this matter, the arbitrators are responsible for deciding whether it is appropriate to decide by way of partial awards”.

(906) VÁRADY, Tibor, BARCELÓ III, John J. y Arthur T. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 508.

(907) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY & Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, *op. cit.*, p. 496.

(908) *Ibidem*, p. 521, “[...] se acostumbra reservar el término ‘laudo final’ para hacer referencia a los laudos que ponen fin a la misión del tribunal arbitral”.

(909) *Ibidem*, p. 508.

final” aquel que culmina la tarea de los árbitros, luego de que se hayan dictado uno o más “laudos parciales”⁽⁹¹⁰⁾.

En ese sentido, siempre existirá un último (o a veces un único) laudo con el que los árbitros darán por concluida sus funciones, pero, en el camino, es decir, durante la secuela de las actuaciones arbitrales, los árbitros tendrán la facultad (salvo pacto en contrario de las partes) de dictar uno o más laudos parciales.

Sin embargo, al mismo tiempo debe de quedar claro que estos laudos parciales, de existir, también serán “finales”, pero en el sentido de que resolverán de manera definitiva una parte de la controversia⁽⁹¹¹⁾, quedando aun vigente el mandato de los árbitros para dictar uno o más laudos hasta culminar su tarea. En ese sentido, un “laudo parcial” siempre tendrá los mismos efectos que un “laudo final”⁽⁹¹²⁾, tema que trataremos más adelante.

Seguidamente analizaremos las clases de laudos que reconoce la Ley de Arbitraje peruana. Su identificación resulta por demás relevante, no sólo porque si una resolución arbitral es un “laudo” habrá que dar cumplimiento a los requisitos formales que exige la legislación⁽⁹¹³⁾, sino porque, además, como trataremos en el último numeral de este trabajo, si una resolución emitida por los árbitros es un “laudo”, ello generará una serie de importantes efectos.

En primer lugar, tenemos el artículo bajo comentario, es decir el artículo 54º de la Ley de Arbitraje, que dispone que “[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios”.

Es decir, este artículo reconoce la existencia de “laudos finales” y “laudos parciales” para resolver la controversia de fondo sometida por las partes a conocimiento de un tribunal arbitral.

Seguidamente, el artículo 50º de la Ley de Arbitraje⁽⁹¹⁴⁾ reconoce la posibilidad de que el tribunal arbitral convierta en laudo una transacción arribaba por las partes. Este laudo podrá ser “final” o “parcial”,

(910) FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN on *International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 739.

(911) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, Course on Dispute Settlement - International Commercial Arbitration, 5.6. Making the Award and Termination of Proceedings, *op. cit.*, p. 7.

(912) *Ibidem*, p. 7.

(913) Ver comentarios a los artículos 52º, 53º, 55º y 56º y de la LA.

(914) Ver comentario al artículo 50º de la LA.

dependiendo de si las partes arribaron a un acuerdo total o parcial de su controversia.

Por último, otro supuesto de laudo, es el contenido en los incisos 4) y 5) del artículo 41° de la Ley de Arbitraje⁽⁹¹⁵⁾, referido a la competencia del tribunal arbitral para definir su propia competencia. Así, si por ejemplo, el tribunal arbitral se declara incompetente, esa decisión será un “laudo final”. En cambio, si se declara competente, ese será un caso típico de “laudo parcial”⁽⁹¹⁶⁾.

Por otro lado, el inciso 2 del artículo 47° de la Ley de Arbitraje⁽⁹¹⁷⁾, referido a la adopción de medidas cautelares por los árbitros, afirma que “[p]or medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión... tenga o no forma de laudo”.

Verifiquemos que la norma no dice que una decisión cautelar sea un “laudo”, sino que los árbitros pueden darle a dicha decisión la “forma de laudo”.

Esta posibilidad de darle a una medida cautelar la “forma de laudo” no está pensada para medidas cautelares que se ejecutarán en nuestro país, ya que en este caso la simple decisión cautelar emitida por un tribunal arbitral requerirá la inmediata atención de nuestro Poder Judicial⁽⁹¹⁸⁾, sino para decisiones cautelares que requieran de ejecución fuera de las fronteras peruanas.

En efecto, lo que se busca con esta disposición es la de posibilitar, en aquellos Estados que así lo reconozcan, que un “laudo cautelar” pueda ser ejecutado conforme a las disposiciones de la Convención de Nueva York de 1958, como sucedió en los Estados Unidos en el caso *Publicis Communications y Publicis SA c. True North Communications Inc.*⁽⁹¹⁹⁾.

(915) Ver comentario al artículo 41° de la LA.

(916) UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Course on Dispute Settlement -International Commercial Arbitration*, 5.6. Making the Award and Termination of Proceedings, *op. cit.*, p. 5.

(917) Ver comentario al artículo 47° de la LA.

(918) Ver comentario al artículo 48° de la LA.

(919) El fallo del Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito Federal se ubica en XXV Yearbook Commercial Arbitration, p. 1152. En cambio, en el caso *Resort Condominiums International Inc (USA) c. Ray Bolwell and Resort Condominiums (Australasia) Pty Ltd (Australia)*, la Corte Suprema de Queensland, Australia, se negó a aplicar la Convención de Nueva York a un “laudo cautelar” dictado por un tribunal arbitral con sede en los Estados Unidos, afirmando que dicha decisión no era en realidad un laudo. Esta decisión se ubica en XX Yearbook Commercial Arbitration, p. 628.

Sobre este particular, cabe aclarar que en el Perú una decisión cautelar dictada por un tribunal arbitral con sede en el extranjero será reconocida y ejecutada como si se tratara de un “laudo extranjero”, pero no al amparo de la Convención de Nueva York, sino de conformidad con los artículos 75º al 77º de la Ley de Arbitraje, con las particularidades y condiciones dispuestas en el inciso 4) del artículo 48º de dicho dispositivo legal⁽⁹²⁰⁾.

Por último, el artículo 58(1)(c) de la Ley de Arbitraje autoriza a que las partes puedan solicitar a un tribunal arbitral que integre un laudo cuando se haya omitido resolver algún extremo controvertido. Si bien es cierto la decisión de integración que emita el tribunal arbitral será obviamente un laudo, esta decisión conforme al inciso 2) del artículo 58º de la Ley de Arbitraje “formará parte del laudo” original⁽⁹²¹⁾.

4. SUPUESTOS EN LOS QUE RESULTA CONVENIENTE EMITIR LAUDOS PARCIALES

Como bien apunta MANTILLA-SERRANO⁽⁹²²⁾, puede ser útil apelar a laudos parciales “sobre el fondo en controversias de extraordinaria complejidad o en aquellas que afectan multiplicidad de partes o contratos. En estos casos, la práctica arbitral demuestra que puede ser útil dictar un laudo sobre responsabilidad contractual únicamente, dejando para una fase ulterior la determinación del daño indemnizable, sobre todo cuando la prueba del daño puede conllevar gastos probatorios importantes que se reducirían (al delimitar el ámbito de la prueba) una vez se conozca cuál es la parte que debe ser indemnizada y, por ende, probar el daño sufrido⁽⁹²³⁾. También demuestra la experiencia que, en el caso de varios contratos o varias partes, puede ser aconsejable que el árbitro decida primero aquellas cuestiones de fondo que son comunes a todas las partes o que emanan de todos los contratos, o aun las que condicionan la ejecución o la responsabilidad de las demás partes”⁽⁹²⁴⁾.

Otro supuesto típico, que ya se adelantó, es cuando las partes arriban a una transacción parcial de sus controversias y solicitan al tribu-

(920) Ver comentario a los artículos 48º, 75º, 76º y 77º de la LA.

(921) Ver comentario al artículo 58º de la LA.

(922) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, op. cit., p. 209.

(923) Leer también a: REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY & Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., p. 523.

(924) Leer también a: UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *Course on Dispute Settlement -International Commercial Arbitration*, 5.6. Making the Award and Termination of Proceedings, op. cit., p. 8.

nal arbitral que hagan constar dicho acuerdo en la forma de un laudo parcial (artículo 50.1 de la Ley de Arbitraje)⁽⁹²⁵⁾.

La conveniencia de apelar a los laudos parciales dependerá del caso en concreto y la decisión de su utilización deberá considerar, entre otros, los costos, el tiempo y, además, las consecuencias que significará la posibilidad de que se tramiten ante el Poder Judicial varios recursos de anulación contra uno o más laudos parciales⁽⁹²⁶⁾.

5. EFECTOS DEL LAUDO. RECURSOS

Los incisos 1) y 2) del artículo 59° de la Ley de Arbitraje⁽⁹²⁷⁾ establecen que “[t]odo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento” y “produce efectos de cosa juzgada”.

En consecuencia, emitido un laudo sea éste parcial o final, la parte interesada podrá solicitar al tribunal arbitral la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo⁽⁹²⁸⁾ y, además, su anulación⁽⁹²⁹⁾ ante el Poder Judicial⁽⁹³⁰⁾.

Ahora bien, en materia de anulación hay autores peruanos que afirman que la ley peruana se aleja de la legislación española (que como sabemos ha sido una de las principales fuentes de inspiración de la LA peruana), ya que esta última dispone en su artículo 40° lo siguiente: “Contra un laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación en los términos previstos en este título”.

Sin embargo, como bien identifica MANTILLA-SERRANO,⁽⁹³¹⁾ uno de los cuatro autores de la ley española, no existe diferencia alguna entre las legislaciones española y peruana, ya que “laudo definitivo debe entenderse no como ‘laudo final’ —sentido que tiene en el artículo 38.1 de la Ley de Arbitraje—, es decir, aquel que pone fin al trámite arbitral,

(925) *Ibidem*, p. 10.

(926) *Ibidem*, p. 8.

(927) Ver comentario al artículo 59° de la LA.

(928) Ver comentario al artículo 58° de la LA.

(929) Ver comentarios a los artículos 62° al 64° de la LA.

(930) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY & Constantine PARTASIDES, Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, op. cit., p. 496. Lo que “debe quedar claro es que todos los laudos son ‘finales’ en cuanto determinan de manera final los asuntos sobre los que se pronuncian (sin perjuicio de la acción de nulidad del laudo que pueda oponerse y los procedimientos de corrección y aclaración) y son obligatorios para las partes”.

(931) MANTILLA-SERRANO, Fernando, *Ley de Arbitraje*, op. cit., p. 229.

sino como aquel laudo que decide de manera definitiva —y no meramente provisional o interina— la cuestión sobre la que versa.

La utilización de la expresión laudo definitivo no puede, en consecuencia, llamar a engaños respecto de la posibilidad que existe de interponer una acción de anulación también contra los laudos parciales... pues la intención del legislador español se traduce en la exposición de motivos, que al respecto reza: ‘el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo definitivo y, respecto de la cuestión que resuelve, su contenido es invariable’.”

En consecuencia, tanto en España como en el Perú, contra un laudo parcial (reconocido así en cada legislación), procede, sin duda alguna, el recurso de anulación.

Las únicas excepciones al recurso inmediato de la anulación contra un laudo se encuentran dispuestas en los incisos 4) y 5) del artículo 41° de la Ley Arbitraje⁽⁹³²⁾. En efecto, el inciso 4) establece que si el tribunal arbitral desestima una impugnación a su competencia como cuestión previa (es decir, emite un laudo parcial), esta decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación cuando se resuelva definitivamente el fondo de la controversia. Por su parte, el inciso 5) dispone que si el tribunal arbitral como cuestión previa ampara solo parcialmente la excepción de incompetencia (es decir, dicta un laudo parcial), dicha decisión sólo podrá ser impugnada en anulación luego de que se emita el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.



Art. 55°.—Forma del laudo.

1. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su opinión discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros o sólo la del presidente, según corresponda, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas.

2. Para estos efectos, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constan-

(932) Ver comentario al artículo 41° de la LA.

cia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

3. Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

COMENTARIO ⁽⁹³³⁾

SUMARIO: 1. *El carácter escrito del Laudo.* 2. *Votación de los árbitros y firma del Laudo.*

El artículo 55° de la LA está referido a la última etapa del proceso arbitral: la emisión del laudo y las formalidades que éste debe cumplir. En efecto, en tanto decisión emanada de los árbitros que pone fin al litigio, el laudo resuelve definitivamente el conflicto que dio origen al arbitraje y constituye la muestra de la jurisdicción que ejercen los árbitros al imponer a las partes una solución para las diferencias que los separaban, y es el acto que finalmente tuvieron en mira las partes al pactar el arbitraje como medio de resolución de sus conflictos⁽⁹³⁴⁾.

En atención a su importancia, resulta consistente que la ley establezca una formalidad para su emisión, la cual ha sido desarrollada por la doctrina con opiniones unánimes.

Sobre el particular, se hace necesario destacar los siguientes puntos:

1. EL CARÁCTER ESCRITO DEL LAUDO

El laudo debe constar por escrito conforme al inciso 1 del artículo bajo comentario. Ello es concordante con el proceso arbitral que se desarrolla fundamentalmente por escrito al igual que el convenio arbitral que también debe constar por escrito. La LA; sin embargo, de forma análoga a lo que establece para el convenio arbitral, permite no sólo que el Laudo conste en soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, sino también que no conste en forma escrita, siempre que se asegure que exista constancia de su contenido y que éste sea accesible para su ulterior consulta. Tanto en la regulación de los requisitos de forma del convenio arbitral como en la de los del laudo arbitral, la LA considera necesario admitir la utilización de cualesquiera tecnologías que cumplan los requisitos señalados.

(933) Por ALFONSO REBAZA GONZÁLEZ: Socio del Estudio Osterling Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(934) LOHMANN, Guillermo. *El Arbitraje*, 4ª ed., Lima, 1993.

En este sentido, resulta admisible llevar arbitrajes en que se utilice tan sólo soportes informáticos, electrónicos o digitales, si las partes así lo disponen. Ello abunda en la libertad y flexibilidad del arbitraje, pues con el asentimiento de las partes el Tribunal Arbitral podrá sesionar en diferentes lugares e, inclusive, la presencia de los árbitros en un solo lugar no será indispensable para la emisión del laudo y demás resoluciones.

Al efecto, la Ley de Firmas y Certificados Digitales otorga a la firma electrónica la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad⁽⁹³⁵⁾. Por su parte, el Reglamento de esta Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, tiene por objeto regular, para los sectores público y privado, la utilización de las firmas digitales y el régimen de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica, que comprende la acreditación y supervisión de las Entidades de Certificación, las Entidades de Registro o Verificación, y los Prestadores de Servicios de Valor Añadido. Es decir, la implementación de la firma digital para que pueda ser empleada con facilidad en todos los niveles y sectores.

De otro lado, la posibilidad de manifestar voluntad a través de medios electrónicos se encuentra reconocida por nuestra legislación civil, en el artículo 141°⁽⁹³⁶⁾ del Código Civil, el cual reconoce que la manifestación de voluntad puede ser expresada a través de algún medio electrónico. Es decir, que existiendo entre las partes una distancia física importante, la tecnología electrónica y/o telemática media como auxilio o asistente material para hacer posible el intercambio de voluntades, para lo cual se interconectan terminales, sistemas plataformas, redes, satélites, cables, etc., que hacen al espacio físico que los separa, imperceptible y el tiempo reducido a segundos e incluso en redes de alta potencia de transmisión, lográndose así una cercanía “artificial” o contacto virtual. Con la existencia del soporte digital o documento electrónico y, asimismo, la firma digital, se está permitiendo incluir el uso de estos componentes electrónicos dentro de las formalidades

(935) Artículo 1° de la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales. Según esta Ley, se entiende por firma electrónica a cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita.

(936) El artículo en mención prescribe lo siguiente: “La manifestación de voluntad puede ser expresa o tacita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo [...]”. De igual modo, el artículo 144A del citado Código indica que “en los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, esta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo [...]”.

que señala la ley, inclusive, bajo sanción de nulidad, tanto legal como convencional, ya que el documento escrito de papel puede suplirse con el documento electrónico y la firma manuscrita con la firma digital⁽⁹³⁷⁾.

En adición a lo expuesto, las múltiples alternativas que se ofrece para la representación escrita del laudo abonan en la posibilidad de contar con árbitros de otras jurisdicciones y laudar sin necesidad de la presencia física del Tribunal, con la consiguiente agilización del arbitraje.

2. VOTACIÓN DE LOS ÁRBITROS Y FIRMA DEL LAUDO

En relación a la mayoría para formar decisión, la LA mantiene la regla de que, salvo que las partes o el reglamento arbitral dispongan otra cosa, el laudo arbitral se dicta por mayoría de los árbitros. Sin embargo, con la finalidad de hacer más eficiente la práctica del arbitraje y de consolidar la figura del presidente del tribunal arbitral, se opta por otorgarle el voto dirimente en caso de empate o cuando no exista acuerdo mayoritario, salvo que las partes dispongan lo contrario. En caso un árbitro no firme o no emita un voto particular, la ley entiende que se adhiere a la decisión mayoritaria⁽⁹³⁸⁾.

La regla bajo comentario es acertada —indica Cantuarias⁽⁹³⁹⁾— ya que resuelve el eterno problema suscitado con algunos malos árbitros que sintiéndose más abogados de las partes que los designaron que árbitros, se niegan a suscribir el laudo arbitral cuando es contrario a los intereses de su “patrocinado” y, además, no presentan un voto particular, tratando así de bloquear la decisión. De este modo, se salva el inconveniente de orden práctico que podía presentarse bajo la antigua Ley, si uno de los árbitros se negaba a firmar el laudo o a emitir su voto, poniendo en riesgo la emisión del laudo dentro del plazo de ley.

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que la firma del laudo por uno de los árbitros no es equivalente a conformidad, dado que, aun firmando, es posible formular voto particular. La obligación de firmar se deriva de la misma obligación de dictar el laudo. Por otro lado, “la falta de firma no puede ser significativa de renuncia

(937) ARMAS, Carlos E., *Sistema de contratación por medios electrónicos: manifestación de la voluntad y perfeccionamiento contractual*. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho con mención en derecho civil y comercial. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

(938) CANTUARIAS, Fernando, “Marco legal aplicable al Arbitraje en el Perú”. En: *Arbitraje Comercial y de Inversión. El Arbitraje en el Perú y el mundo*. ps. 33/73.

(939) *Ibíd.*

dado que, de lo contrario, podría significar una puerta abierta directamente a la vía de la anulación, quedando entonces en manos del árbitro disidente que no concurre a la firma por falta de acuerdo”⁽⁹⁴⁰⁾. Es por ello que el inciso tercero ha establecido que en caso que el árbitro que no firme el laudo ni emite su opinión discrepante, entonces se entenderá que vota con la mayoría; de modo que luego no pueda cuestionarse el laudo por falta de firma.



Art. 56º.—Contenido del laudo.

1. Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50º. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 35º. El laudo se considera dictado en ese lugar.

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 73º.

COMENTARIO ⁽⁹⁴¹⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Motivación y autonomía privada. 3. El alcance del deber de motivar. 4. ¿Y cuál es el remedio a un laudo no motivado? 5. ¿Y cuál es el remedio a un laudo defectuosamente motivado? 6. ¿Y qué ocurre si las partes pactaron un laudo adecuadamente motivado? 7. Fecha del laudo y lugar del arbitraje.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 56º contiene en realidad dos temas distintos en relación al contenido del laudo. El primero, recogido en el numeral 1, se refiere

(940) BARONA, Silvia, “El Laudo en el Arbitraje de Consumo”. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1997.

(941) Por **ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ**: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

El autor desea agradecer el valioso apoyo de Agustín Valencia-Dongo en la elaboración del presente comentario.

a la motivación, fecha y lugar de emisión. Por su parte, el numeral 2 trata de la obligación de que el laudo se pronuncie sobre la asunción y distribución de los costos del arbitraje entre las partes.

La exposición de motivos guarda silencio sobre la norma, a pesar que, en particular, el tema de motivación del laudo es uno especialmente sensible, porque es una práctica relativamente común (pero con pocos resultados) intentar la anulación del laudo basado en supuestos problemas o defectos en la motivación.

La norma simplifica los requisitos de contenido del laudo, mucho más detallados en la Ley anterior (Ley N° 26572), que en sus artículos 50° y 51° regulaba el contenido de los laudos de conciencia y derecho en el arbitraje nacional⁽⁹⁴²⁾ y 120° en el arbitraje internacional⁽⁹⁴³⁾. Sólo en el arbitraje nacional se referían a requisitos adicionales como nombre de las partes y de los árbitros, cuestiones sometidas a arbitraje, sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes, valorización de pruebas, fundamentación de hecho y de derecho y la decisión misma. Lo cierto, es que la nueva norma, en la línea de una mayor flexibilidad y en la búsqueda de un menor formalismo, simplifica las exigencias legales sobre el contenido del laudo.

El numeral 2 del artículo 56° indica que la distribución de los costos del arbitraje se efectuará en el laudo. La norma redundante con la de-

(942) **“Artículo 50°.- Contenido del laudo de derecho.**

El laudo de derecho debe contener:

1. Lugar y fecha de expedición;
2. Nombre de las partes y de los árbitros;
3. La cuestión sometida a arbitraje y una sumaria referencia de las alegaciones y conclusiones de las partes.
4. Valoración de las pruebas en que se sustente la decisión;
5. Fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas; y
6. La decisión.

“Artículo 51°.- Contenido del laudo de conciencia.- El laudo de conciencia necesariamente debe cumplir con lo dispuesto en los incisos 1), 2), 3) y 6) del Artículo 50°. Requiere además de una motivación razonada”.

(943) **“Artículo 120°.- Forma y contenido del laudo.**- El laudo deberá constar por escrito con el voto particular de los árbitros, si lo hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, bastará que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, se adhiere a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso.

El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al Artículo 118°. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el primer párrafo del Artículo 109°. El laudo se considera dictado en ese lugar. Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes”.

tallada regulación contenida en los artículos 70° y 73°⁽⁹⁴⁴⁾. El 70° hace referencia a lo mismo (que la distribución de costos se determinan en el laudo), pero añadiendo el detalle de que se consideran costos para efectos del arbitraje. El 73°, por su parte, hace referencia a los criterios que se deben considerar para la referida distribución.

Dado que entendemos que el tema de costos y su distribución será abordado en detalle en los comentarios correspondientes a los artículos 70° y 73°, nos concentraremos en el presente comentario en el numeral 1, y muy especialmente en el tema de la motivación.

2. MOTIVACIÓN Y AUTONOMÍA PRIVADA

Como casi todo en el arbitraje, la regla es la autonomía privada: las cosas son como las partes las han pactado. Y ello determina que buena parte de las reglas de la LA sean reglas dispositivas, contra las cuales cabe pactar en contrario, y que por tanto, las normas contenidas en la Ley operen sólo a falta de acuerdo.

El numeral 1 del artículo 56° no es la excepción y lo dice expresamente: “Todo laudo deberá ser motivado, *a menos que las partes hayan convenido algo distinto [...]*” (énfasis agregado). Ello significa que las partes pueden pactar un laudo sin motivación. Con ello la norma rompe la idea, inspirada en una aproximación procesalista, que los laudos, como las sentencias, deben necesariamente ser motivados, y que la no

(944) **Artículo 70°.- Costos.**

“El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

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 prorratar estos costos entre las partes, si estima que el prorrato 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”.

motivación es una violación al derecho de defensa. En el arbitraje ello no es cierto, pues al admitirse que el laudo puede no estar motivado, se acepta que la omisión de la motivación no necesariamente viola los derechos de las partes y que, ocurrida dicha renuncia, no hay afectación al derecho de defensa.

Al respecto, VÁRADY, Tibor; John J. BARCELÓ III y Arthur T. VON MEHREN señalan:

“Existe una presunción a favor de laudos motivados, pero es una presunción rebatible. Las partes pueden pactar en contrario, sea directamente en el arbitraje, o indirectamente escogiendo reglas de arbitraje que contemplen laudos que no requieran sustentación de las razones en que se fundan”⁽⁹⁴⁵⁾.

En términos generales, quienes tienen una controversia sobre la que pueden pactar, son libres de arreglarla como mejor les parezca. Pueden simplemente acordar una solución. Quienes discuten sobre la interpretación de una cláusula ambigua sobre cálculo de precio, pueden discrepar si se debe pagar S/. 1,000 o S/. 1,500. Sin embargo, pueden libremente acordar que finalmente se pagará S/. 1,200. Tal acuerdo no requiere más motivación de las partes que su firma colocada en el documento de transacción. La explicación de por qué acordaron lo que acordaron no requiere ninguna justificación para ser un acuerdo válido y no se viola ningún derecho de defensa si tal motivación no existe.

También pueden acordar un método distinto para resolver la misma controversia. Pueden decidir lanzar una moneda al aire. Si cae cara se paga S/. 1,000. Si cae sello el pago será S/. 1,500. Un lanzamiento de moneda no requiere tampoco motivación alguna. No hay explicación alguna que sea necesaria para que el lanzamiento de la moneda sea vinculante. Lo único importante para que el procedimiento seguido sea vinculante es que las partes hayan cumplido con las reglas que acordaron para llegar a la solución (por ejemplo que no se haya lanzado una moneda adulterada con dos caras y sin sello).

Otra forma es decidir que el precio será el que diga un tercero. Y las partes podrían acordar que ese tercero no tenga que dar ninguna explicación. Basta su simple opinión para que esta sea vinculante. ¿Es

(945) Traducción libre del siguiente texto: “There is presumption in favor of reasoned awards, but this is a rebuttable presumption. The parties may agree otherwise, either directly in their arbitration agreement, or indirectly by choosing arbitration rules that contemplate awards without a statement of reasons.” En VÁRADY, Tibor; John J. BARCELÓ III, Arthur T. VON MEHREN, “International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective”, 4ª ed.. Estados Unidos de América: Thomson Reuters, 2009, p. 627.

ese tercero un árbitro? Podemos discutir sobre si la doctrina reconoce a esa persona como árbitro, pero bajo el artículo 56° podría perfectamente serlo. Y ello porque la ley admite el pacto según el cual la decisión de ese tercero no tiene por qué estar motivada⁽⁹⁴⁶⁾.

Y en esto no hay ninguna novedad pues la Ley anterior también admitía, en su artículo 120⁽⁹⁴⁷⁾, que las partes podían pactar que el laudo no fuera motivado.

Sin embargo, a pesar de que el pacto es posible, es un pacto poco frecuente. Parecería que las partes suelen querer que los árbitros den alguna explicación de por qué ganaron o por qué perdieron. Por ello, no es común que se libere a los árbitros del deber de motivar. La regla práctica y que suele incorporarse al convenio arbitral por la vía de la norma supletoria es la motivación.

El Código Civil, en relación al arbitrio de un tercero, en una figura que no es un arbitraje, pero tiene en común con el mismo que se deja a un tercero la determinación de una situación incierta, nos dice, en el artículo 1407° lo siguiente:

“Artículo 1407.- Si la determinación de la obligación que es objeto del contrato es deferida a un tercero y no resulta que las partes quisieron remitirse a su mero arbitrio, el tercero debe proceder haciendo una apreciación de carácter equitativo”.

Como vemos, se admite una decisión discrecional del tercero si así se pacta, y discrecional significa que no requiere motivación para ser

(946) De la misma manera, un Tribunal Arbitral puede optar por reconocer la validez de lo dispuesto por una pericia técnica ofrecida por una de las partes dentro del proceso, prefiriéndola por sobre otra presentada por la parte contraria, sin dar mayor motivación a su decisión que su parecer. Al respecto, existe un breve análisis de las razones que dicha motivación puede comprender en: CROWLEY, Daniel, *“The duty to give reasons”* (2002) 68 Arbitration 3. ps. 321/ 324, disponible en:

[http://2tg.com/userfiles/file/The%20duty%20to%20give%20reasons%20\(2002\)%2068%20Arbitration%203%20at%20pp321-%20324.pdf](http://2tg.com/userfiles/file/The%20duty%20to%20give%20reasons%20(2002)%2068%20Arbitration%203%20at%20pp321-%20324.pdf) (visitado por última vez el 11 de marzo de 2010).

(947) **“Artículo 120°.- Forma y contenido del laudo.-** El laudo deberá constar por escrito con el voto particular de los árbitros, si lo hubiera. Tratándose de arbitraje colegiado, bastará que sea firmado por la mayoría requerida para formar decisión. Se entiende que el árbitro que no firma ni emite voto particular, se adhiere a lo decidido por la mayoría o por el presidente, en su caso.

El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al Artículo 118°. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el primer párrafo del Artículo 109°. El laudo se considera dictado en ese lugar. Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes”.

válida. El artículo 1407° contiene una excepción a lo que se establece en el artículo 1359°⁽⁹⁴⁸⁾ del Código Civil, el mismo que explica que no puede haber contrato en tanto las partes no estén de acuerdo respecto a todas sus estipulaciones. Nótese que para este supuesto se aplica un principio muy similar al contenido en la LA, al indicarse que si no se desprende del pacto que la decisión del tercero se hará a su mero arbitrio (lo que significa a fin de cuentas que no requiere motivación) la decisión deberá guiarse por un principio de equidad.

Como puede apreciarse, no se trata, como en el arbitraje, de un tercero que procura solucionar un conflicto contractual entre las partes, pues todavía nos encontramos en la fase de elaboración del contrato, que se completa mediante el mecanismo previsto. Se trata por tanto de una figura distinta al arbitraje. Como bien explica DE LA PUENTE:

“En estas condiciones, el tercero no actúa como árbitro, en el sentido que él no decide un litigio entre las partes, sencillamente porque este litigio no existe, sino que se limita a completar la relación contractual”⁽⁹⁴⁹⁾ (énfasis agregado).

Las diferencias entre la figura recogida en el artículo 1407° y el arbitraje son conocidas y este no es el lugar para entrar al detalle de las mismas. Lo importante es que se distingue entre dos situaciones. Para determinar la obligación que es objeto del contrato, el tercero puede actuar, si las partes así lo han acordado, a su mero arbitrio. De no existir tal acuerdo, se entiende que debió haber actuado de manera equitativa. Y actuar con mero arbitrio, a diferencia de actuar equitativamente, no requiere de motivación, pues por definición quien actúa a su mero arbitrio no tiene por qué justificar su decisión si ha sido facultado para actuar de esa manera.

De ello se desprende que decisiones sin motivación, sea en el arbitrio del tercero integrador, regulado en el Código Civil, o en el árbitro, regulado por la LA, son perfectamente válidas y no son una novedad en nuestro ordenamiento. En ello la nueva LA no ha inventado nada.

Lo cierto es que tanto las normas que regulan la actuación del árbitro, como del tercero, se rigen por el mismo principio: la regla es el acuerdo. Y el acuerdo puede conducir a que no se requiera motivación ni explicación de quien toma la decisión, sea este un árbitro o un tercero integrador.

(948) “**Artículo 1359.**- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

(949) DE LA PUENTE y LAvALLE, Manuel, *El Contrato en General*. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil, Tomo II, Palestra Editores S.R.L., Lima - Perú, 2001, p. 87.

Y en el fondo la lógica es sencilla. Las partes son dueñas de su relación contractual, y por tanto libres de pedir o no explicaciones y motivaciones a quienes, por acuerdo, decidan sobre tal relación. Ello se regula por el principio de autonomía. Y de la misma manera como el titular de un derecho privado no tiene que dar explicaciones de por qué dispone de dicho derecho, es libre de renunciar a pedirle explicaciones al tercero al que ha encargado tomar tal decisión.

Sin perjuicio de eso, como dijimos, ambas normas, la LA y el Código Civil, asumen que, salvo pacto en contrario, la decisión (del árbitro o el tercero) debe estar explicada o motivada.

Así, llegamos a una primera conclusión: la motivación no siempre es necesaria. Si se deriva de lo acordado que no es necesario motivar, la motivación es prescindible. Y en ello el artículo 56° de la LA es bastante claro: la regla es que, salvo pacto en contrario, se presume que las partes querían una decisión motivada.

Según el artículo 56° de la LA, esta presunción sólo se rompe en dos supuestos: (1) el pacto en contrario; (2) el laudo dictado al amparo del artículo 50° de la LA, es decir. el laudo que recoge un acuerdo transaccional. En esa línea el artículo 50° señala:

“Artículo 50°.- Transacción.

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia”.

En este supuesto, es claro que la regla es la inversa en relación a los laudos ordinarios. Los laudos comunes requieren motivación, salvo pacto en contrario. Los laudos que recogen transacciones no requieren motivación, salvo, claro está, pacto en contrario. Lo que sí puede ocurrir es que los árbitros se opongan a convalidar la transacción en un laudo, por ejemplo, si consideran que la materia objeto del acuerdo no es arbitrable y por tanto no puede ser objeto de pronunciamiento en un laudo. Por ejemplo, los árbitros podrían negarse a dar forma de laudo a una transacción en la que las partes acuerdan tener por disuelto el vínculo matrimonial o deciden sobre el régimen de patria potestad de un menor. En esos casos, entendemos que si deberán de motivar su negativa a incorporar la transacción a un laudo. Pero para aprobar la transacción la motivación no es necesaria.

Nótese la diferencia que surge en relación a una sentencia judicial donde la regla es la motivación y esta no admite pacto en contrario. Y la diferencia tiene lógica en la diversa naturaleza del arbitraje. Un juez deriva su competencia de un mandato legal general y no ha sido designado por las partes. Es una garantía a favor de quienes quedan vinculados por los actos de un tercero que no ha sido expresamente aceptado por las partes, que el juez explique por qué falló en un sentido o en el otro. Ello además parece esencial para poder impugnar una decisión. No se pueden cuestionar las razones que no se conocen.

Al respecto, José María ROCA MARTÍNEZ señala:

“La exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, como garantía fundamental de las razones en virtud de las cuales el juez ha adoptado una determinada decisión, no sólo proporciona al ciudadano la respuesta que merece [...] sino que, igualmente, posibilita la fundamentación de los recursos que frente a ella pudieran interponerse conforme a la ley. Es por ello que la motivación de las decisiones judiciales resulta importante, ya que su ausencia dificultaría la fundamentación de posteriores recursos”⁽⁹⁵⁰⁾.

Pero si las partes no desean que el tercero que designaron dé explicaciones ¿por qué podría la ley imponer un deber que las partes no exigen? Por el contrario, tal regla podría significar un riesgo para la solidez de la decisión y la firmeza de esta. Las partes en un arbitraje suelen preferir la seguridad de la decisión sobre las explicaciones sobre la misma. Y si estamos en un arbitraje en el que no existe apelación, y por tanto no hay revisión sobre el fondo, la lógica de la indefensión al momento de apelar no está presente.

3. EL ALCANCE DEL DEBER DE MOTIVAR

Si hemos concluido que la obligación de motivar existe, salvo pacto en contrario, la siguiente interrogante es entonces ¿qué es motivar para la LA? O dicho en otros términos ¿cómo se cumple con el deber que tiene el árbitro de motivar su decisión bajo dicha norma? El deber de motivar el laudo ¿es de igual naturaleza al deber que la ley le impone al juez de motivar sus decisiones?

Una primera posibilidad es leer el artículo 56° en el sentido que motivar significa motivar bien. En general, la doctrina arbitral suele ser bastante reacia a convertir el deber de motivar en una carga one-

(950) ROCA MARTÍNEZ, José María, *Arbitraje e instituciones arbitrales*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 103. Citado por: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima-Perú, 2008, p. 315.

rosa para los árbitros, que les exige motivaciones complejas o sofisticadas. Se trata de evitar que exigencias complejas abran la ventana para cuestionamientos. Por eso la LA opta por lo simple. En esa línea CANTUARIAS señala:

“Lo primero que debemos decir sobre este particular es que la falta de motivación no se encuentra relacionada con el ‘peso’ o ‘tamaño’ del laudo, o con la ‘parquedad o brevedad de los razonamientos [...] [tampoco en que] [...] la fundamentación [no] contenga cita de concretos preceptos legales o doctrina jurisprudencial [...] [o que no se hayan confrontado] [...]uno a uno los argumentos alegados por cada una de las partes [...]”⁽⁹⁵¹⁾.

Sin embargo, no es extraño encontrar, en una visión más procesal, la posición contraria, que impone a los árbitros un estándar más exigente. Y ese estándar significa que se incumpliría con el deber de motivar si se efectúa una motivación inadecuada, sea por ser aparente o por ser una motivación defectuosa.

Se dice que una motivación es aparente cuando:

“[...] el juzgador sustenta su decisión respecto de una pretensión, sin argumentar ni estructurar lógicamente las razones que la fundamentan. Se trata de una falta de derivación, pues de los hechos o de la ley no se desprende lo que se decide. Como señala Ghirardi, ‘el fundamento recae en factores cuya propia naturaleza o modalidad es incompatible racionalmente con la decisión adoptada [...] En estos casos, existe una negación sustancial de la finalidad que se ha propuesto el legislador al exigir la motivación de la sentencia, es decir, la necesidad de una demostración lógica del convencimiento del Juez”⁽⁹⁵²⁾.

Por el contrario, se entiende por motivación defectuosa:

“[...] cuando la decisión del juez o árbitro afecta los principios de identidad o congruencia, en tanto no existe correspondencia entre lo que se solicita y lo que se ordena; de no contradicción, cuando se afirma y se niega una misma cosa respecto de un mismo objeto; y de razón suficiente, porque no existe un razonamiento constituido por inferencias adecuadamente deducidas de la prueba o que se derive de la sucesión de conclusiones a las que llegó el juez o el árbitro”⁽⁹⁵³⁾.

(951) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima-Perú, 2008, p. 322.

(952) PALACIOS PAREJA, Enrique, “La motivación de los laudos y el recurso de anulación”. En: *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Segunda Parte. Biblioteca de Arbitraje, Vol. 6, Palestra Editores, 2008, p. 309.

(953) PALACIOS PAREJA, Enrique, “La motivación de los laudos y el recurso de anulación”. En: *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007*. Segunda Parte. Biblioteca de Arbitraje, Vol. 6, Palestra Editores, 2008, p. 309.

En una línea similar, ARRARTE nos enumera los problemas de motivación defectuosa que puede tener una decisión judicial o arbitral:

“4. Los defectos en el razonamiento lógico han sido clasificados por la doctrina de la siguiente manera:

[...]

b. Motivación defectuosa: Se presenta en aquellos casos en los que formal o externamente existe una motivación. Sin embargo, ésta es intrínsecamente incorrecta, en tanto afecta principios lógicos.

[...]

b.1 Motivación aparente o insuficiente: En este caso, se está violando la razón suficiente, toda vez que lo argumentado no es un sustento real de la decisión adoptada, podemos afirmar que es sólo una “fachada” o “cascajón” para cumplir con la formalidad y pretender sostener que la decisión “tiene” motivación.

[...]

b.2 Motivación defectuosa en sentido estricto: estaremos frente a este supuesto cuando se afecta los principios de identidad o congruencia, no contradicción o el de tercio excluido”⁽⁹⁵⁴⁾.

Bajo esta perspectiva, el árbitro incumpliría con el deber de motivar si motiva mal, si su motivación es ilógica, engañosa o no es una verdadera motivación.

En términos de esta perspectiva, motivar es algo más que incluir una motivación. Para motivar:

“[...] los árbitros deberían establecer que, en base a su visión de la evidencia existente, paso o no paso y deberían explicar de manera sucinta por qué, a la luz de lo que pasó, han llegado a su decisión y cuál es su decisión. Eso es lo que se quiere decir con un ‘laudo motivado’”⁽⁹⁵⁵⁾.

No compartimos interpretaciones que, bajo la LA, se tornan tan exigentes con el deber de motivar. Y ello por la lectura de otras normas de la LA que apuntarían en contra de tal aproximación.

(954) ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana María, *Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia*. En: THEMIS Revista de derecho N° 43, Lima, 2001, ps. 64/65.

(955) Traducción libre del siguiente texto: “[...] *the arbitrators should set out what, on their view of the evidence, did or did not happen and should explain succinctly why, in the light of what happened, they have reached their decision and what the decision is. That is all that is meant by a ‘reasoned award’*” En: Bremer Handelsgesellschaft v. Westzucker G.m.b.H. (No. 2) [1981] 2 Lloyd’s Report 130, 132-133, citado por VÁRADY, Tibor; John J. BARCELÓ III, Arthur T. VON MEHREN, *op. cit.*, p. 624.

Para analizar ello vamos a darle una perspectiva práctica. Finalmente lo importante, más que un juicio teórico o conceptual sobre las motivaciones adecuadas o no del árbitro, es qué remedios tiene disponible una parte para corregir un problema de mala motivación.

Usualmente, en la esfera judicial o en la administrativa, una mala motivación es corregida con la revocación de la decisión inadecuadamente motivada. Si la segunda instancia que revisa la apelación llega a la conclusión que la motivación es inadecuada, puede revocar. Ello, obviamente, sólo si tal motivación existe. Si la segunda instancia en un proceso judicial concluye que no existe motivación, o que la existente es sólo aparente y no real, lo que puede hacer es anular la decisión y regresarla a primera instancia para que esta cumpla con motivar su fallo. Y ello guarda lógica con lo que dijimos: si no hay motivación ¿Cómo se puede apelar? Y lo que es peor ¿Cómo puede el superior jerárquico resolver tal apelación? Finalmente no se puede revocar la decisión que no se entiende, de la misma manera como no se puede contestar una demanda que no explica que es lo que se demanda. Por ello, el remedio a la falta de motivación es precisamente la nulidad. Y el remedio a una motivación defectuosa o mal sustentada es la revocación.

Pero en arbitraje, de acuerdo a la nueva Ley, no hay apelación, y por tanto ese remedio (la revocación) no existe. Al no existir ese remedio cabe preguntarse qué sentido tiene proteger una institución (la motivación) cuyo objetivo es proteger el derecho de la parte a apelar y poder contradecir y conseguir que se revoque lo decidido por error de hecho o de derecho. Pero sin fundamentos de hecho o de derecho ¿de qué se apela? ¿Cómo se revoca? Sin apelación, la motivación no puede entenderse de la misma manera⁽⁹⁵⁶⁾.

Como sabemos, el único recurso impugnativo contra el laudo es el de anulación. Ello se desprende inequívocamente del artículo 62° de la LA:

“Artículo 62°.- Recurso de anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°.

(956) Como bien señala LOHMANN: “[...] en materia arbitral cuando el laudo no sea apelable, el deber de motivación no puede ser exigido con tanta severidad como en las resoluciones judiciales, fundamentalmente porque no hay doble instancia sobre el fondo”. En: LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, “Interferencia judicial en los arbitrajes”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 1, Lima-Perú, 2005, p. 273.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. *Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral*" (énfasis agregado).

La norma en cuestión es esclarecedora sobre los alcances del deber de motivar. En primer lugar deja claro que no existe apelación en la que se pueda plantear la revocatoria del laudo, pues la única forma de impugnar el laudo es por la vía de la anulación. La decisión se limita, por tanto, a los aspectos de forma recogidos de manera taxativa en el artículo 63° de la LA. Como ya vimos, si no hay apelación la motivación no puede medirse con el mismo estándar que usamos para una sentencia judicial.

En ese sentido, es clara la posición de CANTUARIAS:

"En consecuencia, cuando se propone aplicar a los laudos arbitrales los estándares que corresponden a las sentencias judiciales, en el fondo, se están desconociendo las reglas del juego que regulan a uno y al otro. En otras palabras, pretender apelar a supuestos como la 'motivación defectuosa', la 'motivación aparente o insuficiente', entre otros, lo único que implica es una indebida solicitud de intromisión a lo que las partes decidieron libremente: que fueran los árbitros y solo los árbitros los que, para bien o para mal, resolvieran de manera definitiva su caso"⁽⁹⁵⁷⁾.

En segundo lugar, la norma en su párrafo 2 es muy clara, enfática y categórica al indicar que "Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral". El carácter categórico y enfático se deriva del lenguaje usado, el uso reiterado de términos que son sinónimos, como no queriendo dejar lugar a dudas en lo que se quiere decir. Y ese fue el sentir de la Comisión cuando elaboró el proyecto. Así se dice que, en la vía de anulación, no se puede revisar (1) el fondo (2) el contenido (3) los criterios (4) las motivaciones ni (5) las interpretaciones.

Durante la redacción de la norma se quiso dejar claro que la anulación no sólo no era una apelación, sino que nada en su regulación podía ser interpretado para generar efectos análogos. Lo que los árbitros dijeron no es, por tanto, revisable ni revocable en vía de anulación, que es a su vez la única vía para revisar el laudo.

Lo que motivó a la Comisión a sugerir la redacción que finalmente fue aprobada en el Decreto Legislativo, es la lamentable práctica pro-

(957) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima-Perú, 2008, p. 325.

cesalista de tratar de convertir el recurso de anulación en una apelación, por la vía de sostener que una mala motivación afecta el derecho de defensa, y con ello forzar al Poder Judicial a revisar el fondo de la decisión contenida en el laudo. La redacción del artículo 62° cierra la trinchera por la que pueda deslizarse esa posibilidad y es muy claro en el texto (que refleja lo que se discutió internamente) que esa fue la intención.

Al respecto, algunos, como PALACIOS, mantienen una posición contraria a la presentada en este artículo comentario:

“Éste es un argumento absolutamente inconsistente pues, siendo que la exigencia de la motivación de los laudos, como decisiones jurisdiccionales que son, proviene de una norma de rango constitucional como es el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución, que constituye una garantía del debido proceso, tenemos que su incumplimiento supone la ausencia de un requisito fundamental para la eficacia del proceso arbitral. Falta un elemento básico para un debido proceso, para que el proceso arbitral pueda surtir sus efectos. En tal virtud, conforme al principio de trascendencia, el acto procesal es nulo al carecer de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad”⁽⁹⁵⁸⁾.

Lo que la perspectiva que sugiere que el laudo debe de ser motivado de la misma manera como el ordenamiento procesal exige se motive una sentencia pierde de vista es que el laudo es, a fin de cuentas, consecuencia de un acuerdo de voluntades, es un acto de autonomía, incluso considerando el hecho que es emitido por un tercero. El laudo se encuentra en la esfera de Derecho Privado, en donde la regla es la autonomía privada. Por el contrario, en la sentencia judicial, las reglas son de Derecho Público y, por tanto, no disponibles. Y para quienes practican en Derecho Privado, a nadie le llama la atención que los contratos o sus formas de ejecución carezcan de motivación ni explicaciones, más allá de demostrar la existencia de un acuerdo. Por el contrario para un procesalista una sentencia sin motivar resulta inconcebible.

Siendo el arbitraje consecuencia de un acto de autonomía, la fuerza de su carácter vinculante proviene del acuerdo antes que de la Ley o la Constitución. Y el legislador ha entendido que la principal razón por la que las partes pactan arbitraje es porque no desean que el asunto que someten a los árbitros sea revisable ni visto en vía judicial. Para ello, las partes priorizan la seguridad y permanencia del fallo arbitral sobre la motivación o incluso sobre la calidad del mismo.

(958) PALACIOS PAREJA, Enrique, “La motivación de los laudos y el recurso de anulación”. En: *Ponencias del Congreso Internacional de Arbitraje 2007. Segunda Parte*. Biblioteca de Arbitraje, Vol. 6, Palestra Editores, 2008, ps. 312/313.

Como bien se ha indicado “El objetivo debería consistir en explicar las razones de la manera más concisa posible, en la medida de lo que resulte necesario según la naturaleza de la controversia. Lo que las partes desean es conocer el razonamiento subyacente a la decisión, no recibir una clase de derecho”⁽⁹⁵⁹⁾.

En esa línea, la exigencia de una motivación adecuada puede desvirtuar la finalidad de la norma. En el caso *Government of Guinea v. MINE* (Maritime International Nominees Establishment from Lichtenstein), sometido a las reglas del CIADI, el Comité que discutió la validez del laudo estableció:

“El Comité es de la opinión de que requerimiento de que un laudo debe de estar motivado implica que debe permitir al lector seguir el razonamiento del Tribunal en aspectos de hecho y de Derecho. Esto implica eso, y solo eso. El carácter adecuado del razonamiento no es un estándar apropiado de revisión bajo el parágrafo (1)(e), porque este casi de manera inevitable lleva a un Comité *ad hoc* a examinar la sustancia del la decisión del tribunal, en perjuicio de la exclusión del remedio de apelación efectuada por el Artículo 53° de la Convención. Un Comité podría estar tentado a anular un laudo por que tal examen revela una manifiesta aplicación incorrecta del Derecho, lo que sin embargo no es terreno para la anulación”⁽⁹⁶⁰⁾.

Varios sugieren, por tanto, la necesidad de usar un estándar más permisivo para revisar un laudo (en relación a una sentencia judicial) basándose en un presunto problema de motivación. Por ejemplo GONZÁLEZ DE COSSÍO, refiriéndose al arbitraje internacional, pero en términos perfectamente pertinentes al arbitraje nacional, señala:

(959) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 534.

(960) Traducción libre del siguiente texto: “*The Committee is of the opinion that the requirement that an award has to be motivated implies that it must enable the reader to follow the reasoning of the Tribunal on points of fact and law. It implies that, and only that. The adequacy of the reasoning is not an appropriate standard of review under paragraph (1)(e), because it almost inevitably draws an ad hoc Committee into an examination of the substance of the tribunal’s decision, in disregard of the exclusion of the remedy of appeal by Article 53 of the Convention. A Committee might be tempted to annul an award because that examination disclosed a manifestly incorrect application of the law, which however, is not a ground of annulment*”. En: *Government of Guinea v. MINE (Maritime International Nominees Establishment from Lichtenstein)* (ARB/84/4). Citado por VÁRADY, Tibor; John J. BARCELÓ III, Arthur T. VON MEHREN, *op. cit.*, p. 628. Es importante anotar que tratándose de un caso CIADI, la anulación va a un Comité *ad hoc* constituido según las reglas de la Convención y no a un poder judicial determinado. Sin embargo, el razonamiento es perfectamente aplicable a anulaciones ante cortes ordinarias.

“Sin embargo, ante lo internacional del arbitraje y la divergencia de opinión y práctica sobre el alcance de la descripción de los argumentos de las partes, sería prudente que un juez mexicano que examine la descripción de los argumentos en el laudo no considere que se ha incumplido con el deber de motivar por el simple hecho de que se ha realizado únicamente una síntesis de los mismos o no se han repetido todos. Con frecuencia los tribunales arbitrales se ven obligados a repetir, resumir o analizar únicamente los argumentos que son relevantes al caso. Esta postura, y las eficiencias que genera, puede ser justificada, e inclusive, aplaudida”⁽⁹⁶¹⁾.

Sin duda las partes suelen querer que el laudo sea motivado. Pero el legislador presume que no se quiere llevar la exigencia de motivación al extremo de poder poner en riesgo la decisión misma. No se desea que la revisión de la motivación devuelva al aparato judicial la jurisdicción que las partes precisamente quisieron excluir por la vía de un acuerdo de voluntades, acuerdo que persigue, antes que darle carácter jurisdiccional al arbitraje, negar que sea la jurisdicción ordinaria la que resuelva el conflicto.

Como empezamos diciendo, la regla del artículo 56º es una regla dispositiva. Una regla dispositiva es buena cuando refleja lo que normalmente pactarían las partes si se hubieran puesto en esa situación. O dicho de otra manera, una regla dispositiva es buena si usualmente no se va a pactar en contra de la misma. En esa línea, la práctica arbitral sugiere que usualmente las partes preferirán una regla que no permita la revisión judicial del fondo de la decisión, lo que significa no entrar a revisar las motivaciones. Por ello, no se puede leer el artículo 56º en el sentido que lo que las partes quieren es una motivación de determinada calidad. La práctica comercial sugiere que las partes prefieren la firmeza y seguridad del laudo que la adecuada motivación del mismo. La desaparición del recurso de apelación en la nueva LA refuerza esta línea de razonamiento a fin de proteger el laudo de una revisión sobre el fondo no querida por las partes.

En esa línea podríamos decir que la LA se enmarca dentro de la tendencia seguida en la tradición norteamericana sobre que debe entenderse por motivación. La reducción del estándar de exigencia permite así darle una mayor seguridad al laudo y a que se respetará el pacto de las partes que sean los árbitros y no los jueces los que solucionen la disputa. Así, como bien señala PARK:

“Las motivaciones contenidas en el laudo usualmente suministran al perdedor descontento con municiones para cuestionar el laudo y así afectar su finalidad. Las aproximaciones de los distintos países divergen mar-

(961) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Editorial Porrúa, México, 2004, p. 390.

cadamente sobre los laudos motivados. La tradición Americana desincentiva los laudos motivados en arbitraje comercial sobre la base que las motivaciones van a ‘identificar blancos a los que la parte perdedora puede disparar’. Los árbitros en el sistema Continental, sin embargo, están acostumbrados a los laudos motivados, quizás por que son requeridos en sus arbitrajes domésticos a emitirlos de dicha manera, o quizás por que temen que la falta de establecimiento de motivaciones pueden invitar a que aparezcan demandas que los cuestionen”⁽⁹⁶²⁾.

En esa línea, la interpretación conjunta del artículo 56° y del 62° llevan a concluir que la exigencia es que haya motivación, pero no que esa motivación sea analizada con los estándares con los que se revisa la motivación en el ámbito judicial. Finalmente, la revisión de la motivación sólo podría darse en el ámbito judicial en la anulación, y el legislador prohibió que dichas motivaciones sean revisables o evaluadas por los jueces. La autonomía de la voluntad, concreta y expresada en el convenio, es más fuerte incluso, que un supuesto derecho de defensa abstracto y teórico, al que las partes han renunciado, al haber escogido un sistema de solución de controversias que implica la renuncia a la apelación.

Y si ello es así, y esa es la fuerza de la autonomía privada, nada impediría que las partes pactaran que desean que la motivación sea algo más que mera motivación. Las partes podrían exigir a los árbitros, en su convenio arbitral o en el reglamento arbitral al que se sometieron, que la motivación sea adecuada, completa o que no sea aparente. Pero para ello deben pactarlo y decirlo así de claro. En nuestra experiencia ello ocurre en muy pocas ocasiones.

En ese sentido, y así ha venido mostrándose una corriente bastante saludable de la práctica judicial peruana, lo que corresponde ante cuestionamientos a la motivación misma, es rechazar de plano la anulación y declararla improcedente, por tratarse por una vía reservada a asuntos de forma, y que excluye revisar asuntos de fondo. Y en ello el artículo 62° ha sido categórico y claro.

(962) Traducción libre del siguiente texto: “[R]easons contained in the award often provide the unhappy loser with ammunition for a challenge to the award and thus decrease its finality. National approaches diverge markedly on reasoned awards. The American tradition discourages reasoned awards in commercial arbitration on the ground that a statement of reasons will ‘identify targets for the losing party to attack.’ Arbitrators on the Continent, however, are accustomed to reasoned awards, either because they are required to give them in domestic arbitrations, or because they fear that failure to state reasons will invite a claim of prejudice.” En: PARK, William W., “Finality and Fairness in Tax Arbitration”. En: Journal of International Arbitration, Vol. 11, N° 2, 1994; Citado por: CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima-Perú, 2008, p. 317.

En esa línea, y como se detallará con mayor profundidad en los puntos siguientes, el deber de motivar contenido en el artículo 56° de la LA se refiere simplemente a incluir una motivación, y no a asegurar una determinada calidad de la misma. Permitir un remedio más exigente, sin un pacto expreso en ese sentido, implicaría desvirtuar el contenido del artículo 62°. Y por ello las motivaciones defectuosas, deficientes o aparentes, no permiten la revisión ni anulación del laudo.

4. ¿Y CUÁL ES EL REMEDIO A UN LAUDO NO MOTIVADO?

Como señalamos en el punto anterior, el deber de motivar, cuando no se pacta en contra del mismo, no significa garantizar una adecuada motivación, sino simplemente la existencia de la misma.

Siguiendo a ARRARTE, podemos decir que un laudo no es motivado cuando:

“a. Falta de motivación: Como señala el profesor argentino Raúl Eduardo Fernández, este supuesto se refiere a aquellos casos en los cuales la motivación de la resolución está totalmente ausente. Ciertamente éste es el caso más remoto de defecto en la motivación, pero en nuestra opinión se puede representar cuando el juzgador resuelve sobre temas pretendidos sin ninguna fundamentación (por ejemplo, ordena el pago de costas y costos, o cuando habiendo amparado una pretensión de resolución de contrato se limita a ordenar el pago de una indemnización sin ninguna evaluación sobre la existencia de daños imputables al demandado ni sus montos, o al emitir una decisión sobre pretensiones accesorias)”⁽⁹⁶³⁾.

¿Qué puede hacer la parte que encuentra que el laudo carece por completo de motivación? Un primer tema es si puede solicitar a los árbitros que completen la motivación faltante. De acuerdo al artículo 58° de la LA⁽⁹⁶⁴⁾ las partes pueden solicitar a los árbitros cuatro tipos

(963) ARRARTE ARRISNABARRETA, Ana M., *Sobre el deber de motivación y su aplicación en los arbitrajes de conciencia*. En: THEMIS Revista de derecho, N° 43, Lima, 2001, ps. 64/65.

(964) “Artículo 58°.- *Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.*

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.

b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación 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.

c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver

de pronunciamientos respecto del laudo ya dictado: la rectificación, la interpretación, la integración o la exclusión. ¿Es posible utilizar alguno de estos mecanismos para conseguir que se complete la motivación omitida?

El tema es particularmente relevante si consideramos que de acuerdo al numeral 7 del artículo 63° de la LA⁽⁹⁶⁵⁾, si la parte puede remediar alguna deficiencia del laudo que pudiera dar lugar a anulación por medio de una rectificación, interpretación, exclusión o integración, no procederá la anulación del laudo, sino ha planteado la solicitud pertinente a los árbitros. Ello con la idea de que debe darse a los árbitros la posibilidad de proteger el laudo mediante la corrección de deficiencias en el mismo. Si no lo hace, la parte pierde posibilidad de recurrir a la anulación. Esta es una derivación del principio de conservación del laudo, que justamente busca dar a los árbitros una segunda oportunidad para proteger su decisión de un eventual recurso de anulación.

Claramente no cabe una rectificación. La falta de motivación no constituye un error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informá-

cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.

f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.

2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.

3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo”.

(965) “Artículo 63°.- *Causales de anulación.*

[...]

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”.

tico o de naturaleza similar. Tampoco se trata de una interpretación, dado que no busca aclarar un aspecto oscuro de la parte resolutive del laudo. De hecho, la motivación no suele estar incluida en dicha sección del laudo. Tampoco se trata de una exclusión, pues no se busca sacar algo del laudo, sino por el contrario incluir algo nuevo.

La única figura que pareciera relevante es la integración. Sin embargo, tal como está redactado el artículo 58°, la integración pareciera referirse a la falta de pronunciamiento sobre algún punto en controversia. De hecho, el lenguaje sugeriría que se refiere a una omisión en la parte resolutive, pues procede esta solicitud “[...] por haberse omitido *resolver* cualquier extremo de la controversia [...]” (énfasis agregado).

Sin embargo, creemos que esa es una lectura demasiado restringida y literalista de la norma. Si existe un deber de motivar, “*resolver*” significa pronunciarse de la manera exigida por el convenio arbitral. Y si del acuerdo se deriva que había que motivar, la no motivación significa haber resuelto de manera incompleta, por haberse omitido los fundamentos. En ese sentido, creemos que si se omitió la motivación de alguno de los puntos resolutivos, la parte que pretenda cuestionar ese hecho en la vía de la anulación deberá de haber previamente planteado la integración del laudo ante los propios árbitros, permitiéndoles subsanar la motivación omitida. Así, los árbitros tendrán la oportunidad de corregir la omisión, protegiendo el laudo y dándole contenido al principio de conservación del mismo.

Si a pesar de plantarse la integración en esos términos los árbitros no atienden la solicitud, o atendiéndola se resisten a incluir alguna motivación, podremos pasar a discutir si es posible impugnar el laudo en la vía de la anulación.

Entonces la pregunta que surge es si un laudo que carece de motivación, entendiendo por “carecer de motivación” la inexistencia de cualquier texto que explique el sentido de la decisión, incurre en alguna causal de anulación.

Como ya indicamos, consideramos que el deber de motivar implica incluir una motivación y no darle una calidad determinada a la misma, salvo, claro está, un acuerdo distinto entre las partes, sea de manera directa, o a través del sometimiento a un Reglamento Arbitral que así lo exija. El artículo 62° de la LA claramente indica que los jueces no pueden revisar la calidad de la motivación ni calificar la misma por la vía de la anulación. Pero como está redactada la norma, no cierra el camino a que el juez defina la existencia de una motivación, sin entrar a calificar las bondades o defectos de la misma. Dicho de otra manera, el juez puede ver de fuera si la motivación existe, pero no puede ver la

motivación desde dentro y calificar si es adecuada. De esa manera se da pleno sentido a una norma como el artículo 56° que obliga a motivar y a otra norma como el artículo 62° que prohíbe al juez revisar la motivación. Como dijimos el artículo 62° preserva que las anulaciones no se conviertan en apelaciones. La interpretación que sostenemos cuida que eso sea así.

Pero si ello es así ¿bajo qué causal de anulación se puede cuestionar la inexistencia de motivación? Ninguno de los incisos del artículo 63° hace referencia a la falta de motivación como causal de anulación. Sin embargo, el inciso c del numeral 1 del artículo 63° de la LA⁽⁹⁶⁶⁾ indica que el laudo puede anularse si “[...] la composición del tribunal arbitral o *las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable*, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo” (énfasis agregado).

Si las partes han acordado que el laudo se debe motivar, el no motivar va contra lo pactado, y por tanto, podría existir espacio para la anulación. Así, siendo el artículo 56° una norma dispositiva, el no pacto en contra significa que la voluntad de las partes es que se integre el deber de motivar contenido en el artículo 56° a su acuerdo. Así, ese deber es parte del convenio arbitral y como tal, su no cumplimiento puede ser invocado como causal de nulidad.

Finalmente, la función principal del recurso de anulación es proteger el acuerdo de las partes, es decir que todo en el arbitraje se haya desarrollado dentro del alcance de lo pactado. Contra lo que se suele creer, la función principal del recurso de anulación es proteger la autonomía privada de las partes, asegurando que solo habrá arbitraje si hay acuerdo, y que el acuerdo se ha ejecutado de acuerdo a lo pactado. El apartarse de dicho pacto significa entonces incumplir el convenio si de dicho apartamiento se genera un perjuicio para el solicitante de la anulación. E incumplir el convenio puede significar la nulidad del laudo.

(966) “Artículo 63°.- Causales de anulación.

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

[...]

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”.

Reiteramos que ello sólo ocurre con el laudo que carece de motivación, pues si leemos el artículo 56° conjuntamente con el artículo 62°, no es posible que los jueces califiquen o analicen el fondo de la controversia ni las motivaciones del laudo. En esa línea, sólo es anulable el laudo que de manera grosera, omite cualquier referencia a una motivación, sin perjuicio de que esta pueda ser de muy mala calidad, defectuosa o poco clara.

5. ¿Y CUÁL ES EL REMEDIO A UN LAUDO DEFECTUOSAMENTE MOTIVADO?

De lo anterior se deriva que no existe remedio para el laudo defectuosamente motivado y esa ha sido la intención de la LA. Como dijimos, la interpretación conjunta del artículo 56° con el 62° de la LA implica que lo que se exige es la existencia de motivación, y no la calidad de la misma. De no ser así se estaría creando por la vía indirecta y de manera solapada, un recurso de apelación que permitiría revisar el fondo de la controversia y las motivaciones de los árbitros. Ello claramente es algo negado por el espíritu de la ley y por el texto de los artículos mencionados.

Se podrá decir que ello afecta el derecho de defensa porque no hay forma de revisar las motivaciones. Pero nótese que ello ocurre en cualquier procedimiento, incluso el judicial. Si la última instancia en pronunciarse en el Poder Judicial, efectúa una motivación defectuosa, no hay vía para revisar su decisión, precisamente porque sería la última instancia. En el arbitraje este carácter de última y única instancia se deriva de la voluntad de las partes. Y bajo tal aproximación, siempre habrá un último pronunciamiento (que en este caso es además primero y único) no revisable por nadie por que así lo quiso la voluntad de las partes.

No olvidemos que a diferencia de un juez, los árbitros son elegidos por las partes o por un mecanismo pactado por ellas. En esa línea, es la confianza la fuente de la seguridad, antes que las formalidades de un proceso. Y esa confianza puede ser tan fuerte que se admite que se puede pactar que no habrá motivación. Por ello no debe llamar la atención que el estándar de la ley pueda ser menos exigente que el que impone un Código Procesal.

6. ¿Y QUÉ OCURRE SI LAS PARTES PACTARON UN LAUDO ADECUADAMENTE MOTIVADO?

Si las partes hubieran acordado que el laudo sí tiene que estar adecuadamente motivado, entonces las cosas son diferentes. En ese caso

es el acuerdo el que determina cómo deben ser las actuaciones, y la parte perjudicada podría pedir la anulación basándose en el inciso c del numeral 1 del artículo 63° de la LA, según la cual “las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable [...]”.

El acuerdo debe ser claro y reflejarse en fórmulas como las siguientes: *“las partes acuerdan que el laudo deberá estar clara y adecuadamente motivado”, “no serán admisibles motivaciones incompletas, aparentes o defectuosas”,* o cualquier otra similar. Si la voluntad de una adecuada motivación es clara, entonces el Tribunal Arbitral estará obligado a cumplirla y la ley deberá dar un remedio a esa situación. Los árbitros finalmente son independientes y autónomos, pero están atados a lo que ambas partes hubieran acordado para el desarrollo de sus funciones.

Sin embargo, dudamos muchísimo que las partes deseen efectuar ese tipo de pactos. Las partes suelen tener más interés en la solidez y conservación del laudo que en la calidad de la decisión. Y si bien la puerta hacia acordar una motivación adecuada esta abierta en la ley, no parece ser una puerta por la que muchos quieran transitar.

7. FECHA DEL LAUDO Y LUGAR DEL ARBITRAJE

Finalmente la norma señala, al final del numeral 1 del artículo 56°, que en el laudo deberá consignarse la fecha de emisión del mismo así como el lugar del arbitraje. Indica además que el laudo se considera emitido en dicho lugar.

Sobre la fecha, lo que se busca tener en claro es si el laudo se emitió dentro del plazo pactado. Ello es relevante pues el literal g, del numeral 1 del artículo 63° de la LA⁽⁹⁶⁷⁾ señala que es causal de anulación la emisión del laudo fuera del plazo pactado. Sin embargo, en la nueva ley esta fecha tiene una relevancia secundaria. Ello porque el artículo 53° señala que el laudo deberá emitirse y *notificarse* dentro del plazo fijado por las partes o por el Tribunal, lo que significa que incluso si la fecha señalada en el laudo como fecha de su emisión estuviera dentro del plazo, si la notificación estuviera fuera del referido plazo igual podría pedirse la anulación.

(967) “Artículo 63°.- Causales de anulación.

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

[...]

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral”.

La norma exige además que se indique el lugar del arbitraje, que no necesariamente es el lugar de su emisión física ni el lugar donde se firmó el laudo. La fórmula usada por el artículo 56° es “Constarán en el laudo [...] el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 35°. El laudo se considera dictado en ese lugar”. De hecho, el laudo puede ser firmado en lugares distintos por cada uno de los árbitros, lo que es particularmente común en el arbitraje internacional donde los árbitros pueden residir en lugares totalmente diferentes. Sin embargo, se considerará emitido en el lugar del arbitraje.

Como señala la norma, el lugar de arbitraje se determina en base a lo indicado en el artículo 35° de la LA que señala:

“Artículo 35°.- Lugar del arbitraje.

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”.

La regla es entonces que el lugar de arbitraje es el acordado por las partes y, de no haber pacto, el que determine el tribunal en base a las circunstancias. La consecuencia de la determinación del lugar de arbitraje es establecer (1) cuál es la Ley Arbitral aplicable a la controversia, de manera que si el lugar es, por ejemplo Perú, la ley arbitral será la de dicho país; y (2) determinará la jurisdicción del juez que estará a cargo del proceso de anulación.

Es importante señalar que el lugar de arbitraje no necesariamente es relevante para determinar la ley aplicable al fondo de la controversia, que será la ley del contrato y que no necesariamente será coincidente con la ley del lugar del arbitraje.

Dado que lo que va a anulación es el laudo y que la Corte Superior podría no tener en su mano el expediente completo, la referencia al lugar de arbitraje en el laudo permite conocer cuál es la ley arbitral aplicable y cuáles son las cortes competentes para resolver sobre la anulación.

Como se sabe, no es necesario sesionar en la sede o lugar del arbitraje. De hecho el lugar del arbitraje podría ser un país en el que nunca se desarrolló una audiencia o en la que no reside ninguna de las partes ni ninguno de los árbitros. El lugar de arbitraje puede ser un sitio nunca tocado físicamente por nada relativo al arbitraje en cuestión.

La definición del lugar del arbitraje, más que física, se refiere a una sujeción jurídica a un marco normativo territorial aplicable: el lugar del arbitraje determina las normas legales arbitrales aplicables.

Así, la determinación de la sede del arbitraje, antes que fáctica, es jurídica y por ello debe evitarse la confusión que pudiera generarse entre el lugar del arbitraje y el lugar físico de firma del laudo o de las actuaciones arbitrales.

Una célebre sentencia francesa dictada por la Corte de Apelaciones de París, recoge con claridad y precisión un criterio que es más que obvio en la doctrina y en la práctica arbitral:

“[...] la sede del arbitraje es un concepto puramente legal, que lleva consigo importantes consecuencias legales y fija claramente la jurisdicción de las cortes estatales para una solicitud de anulación, y depende de la voluntad de las partes; no es un concepto fáctico del que dependa la locación de las audiencias o el lugar efectivo de firma del laudo, que puede ser modificado según la imaginación o discrecionalidad de los árbitros [...]”⁽⁹⁶⁸⁾ (énfasis agregado).

El caso es sintomático. En el caso citado, el tribunal francés tuvo que resolver un recurso de anulación planteado por una de las partes respecto de un arbitraje en la que la sede designada era Ginebra. Luego que se reconstituyó el tribunal por la renuncia de los tres árbitros originales, los nuevos árbitros realizaron audiencias y emitieron casi todas las órdenes y resoluciones desde París, es decir, desde una ciudad distinta a la fijada como lugar de arbitraje (Ginebra), sin que se hubiera modificado expresamente dicho lugar. Incluso, uno de los miembros del tribunal firmó el laudo en París y no en Ginebra. Los peticionantes sostuvieron que el desarrollo de la actividad en París implícitamente significaba un cambio del lugar de arbitraje y que, por tanto, la Cortes Francesas eran competentes para la anulación. Pero la Corte Francesa no cayó en el argumento efectista de los peticionantes y señaló la diferencia anotada entre sede del arbitraje y actuaciones y firma del laudo, para sostener que los efectos jurídicos de la sede se mantienen, sin perjuicio de donde se realizan las actuaciones o se firma el laudo.

Este mismo principio es recogido por la doctrina nacional, pues, CANTUARIAS y ARAMBURÚ, al hacer referencia a las consecuencias de la determinación del lugar del arbitraje, no incluyen entre los efectos la necesidad de que la firma de todos los árbitros se lleve a cabo en el lugar definido como sede⁽⁹⁶⁹⁾.

(968) Citado por CRAIG, PARK y PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed., 2000, ps. 188/189 (trad. libre).

(969) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURU YZAGA, *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo Actual y Perspectivas Futuras*, Fundación Bustamante, 1994, p. 88.

En la misma línea, en una ya reconocida y muy citada resolución judicial emitida por la Segunda Sala de la Corte Superior de Lima, en el Expediente N° 95-01⁽⁹⁷⁰⁾, se analiza correctamente la inexistencia de formalidades para la firma y que no es necesaria una sesión para suscribir el laudo, siendo posible que la firma del mismo se produzca no sólo en lugares distintos, sino en momentos diferentes.

Si bien vale la pena leer el íntegro del fallo dictado por la Segunda Sala Civil, es especialmente relevante leer los considerandos Cuarto y Quinto. En el caso, el laudo estaba constituido por tres documentos diferentes, conteniendo el voto de los tres árbitros, que coincidiendo en el sentido, tenían discrepancias con algunos de los argumentos. Nótese que los votos fueron emitidos en momentos distintos y con diversa fecha. No existió ninguna sesión y nadie cuestionó que dicha sesión no existiera. En ese caso, bajo el principio de libertad de formas, no había ni una sesión ni un lugar de firma determinado. Ni siquiera había un documento único. Sin embargo, la suma de los tres documentos constituyó en sí mismo el laudo. Así, la Corte acertadamente estableció:

“[...] De los tres documentos anotados, se advierte que se ha cumplido con los requisitos precisados, el hecho de que la decisión recaída se encuentre en tres documentos y no en uno solo no implica la transgresión al derecho fundamental de tutela judicial, nótese que la regulación del recurso de anulación del laudo es para efectos de garantizar que el nacimiento, el desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusta a lo establecido en la ley, y como hemos referido no existe una norma prohibitiva para efectos de que un laudo se plasme en más de un documento, no es contrario al orden público [...]”.

Cabe preguntarse, entonces, si siendo posible y no existiendo ningún vicio en que un laudo conste en tres documentos diferentes, ¿por qué no podría firmarse en momentos y lugares diferentes si está contenido en un solo documento? La respuesta es obvia y se desprende de la sentencia citada: no existe ninguna vulneración a ningún derecho, ni a interés de las partes con que ello sea así, siempre que la firma de los árbitros sea efectivamente la firma de ellos. El lugar de firma es irrelevante, y para dejar clara la irrelevancia el artículo que comentamos señala que el laudo se considera emitido en el lugar del arbitraje así los árbitros nunca hubieran pisado dicho lugar.

Virtualmente todas las legislaciones arbitrales del mundo y gran parte de los Reglamentos Arbitrales modernos recogen el mismo principio. Y ello por la necesaria dinámica de la actividad arbitral y la eventualidad de que los árbitros puedan, ocasionalmente, encontrar-

(970) Publicada en *Cuadernos Jurisprudenciales*, Suplemento Mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, año 2, nro. 17, ps. 29/39.

se fuera del lugar de arbitraje, sin que ello afecte la continuación de las actuaciones pertinentes.

En este sentido, es ilustrativa la cita de CRAIG, PARK y PAULSON, al comentar el Reglamento Arbitral de la Cámara de Comercio de París, el cual señala, al igual que el artículo 56° de la LA que el laudo se *“considera emitido en el lugar del arbitraje”*. Así, se indica que:

“[...] La intención del artículo es negar toda importancia al lugar real de firma del laudo, y hace innecesaria la reunión del tribunal para la firma. Frecuentemente, el borrador del laudo aprobado será circulado entre los árbitros en sus respectivos domicilios. En esas circunstancias, no hay un lugar común de firma [...]. En consecuencia, tiene el efecto de considerarse que el laudo fue emitido en el lugar del arbitraje [...]”⁽⁹⁷¹⁾ (énfasis agregado).

Ese es el sentido del artículo 56°, es aplicable tanto al arbitraje doméstico como al arbitraje internacional. No olvidemos que a diferencia de una corte ordinaria, cuya competencia se fija geográficamente (territorialmente), en el arbitraje las competencias son dadas por el acuerdo de las partes y, por tanto, los árbitros no están sujetos a ningún limitante geográfico en sus actuaciones. Finalmente, la forma de suscripción del laudo no está sujeta a ninguna formalidad específica, más allá del hecho de que quede claro que los árbitros que lo firmaron expresaron su voluntad a través del fallo.



Art. 57°.—Normas aplicables al fondo de la controversia.

En el arbitraje nacional, el tribunal arbitral decidirá el fondo de la controversia, de acuerdo a derecho.

En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estime apropiadas.

(971) CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, ps. 397/398.

En cualquiera de los supuestos previstos en los numerales 1 y 2 de este artículo, el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello.

En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables.

COMENTARIO ⁽⁹⁷²⁾

SUMARIO: 1. Arbitraje de derecho o arbitraje de conciencia. 2. Las normas aplicables al fondo de la controversia: 2.1. El arbitraje nacional; 2.2. El arbitraje internacional; 2.3. Exclusión del reenvío. 3. Leyes internacionales aplicables: 3.1. Tratados; 3.2. Controversias internacionales no sujetas a Tratado alguno; 3.3. La aplicación del derecho internacional; 3.4. El Perú y el derecho internacional económico consuetudinario.

Este artículo es sumamente importante porque determina directamente quizá lo más medular de la controversia: el cauce normativo que conduce al laudo.

1. ARBITRAJE DE DERECHO O ARBITRAJE DE CONSCIENCIA

Notemos que los incisos 1º y 3º de la norma materia del comentario no nos hablan propiamente de la ley aplicable sino de un tema bastante diferente: la posibilidad de que el arbitraje sea de conciencia o de derecho.

Es así como el inciso primero dispone que los arbitrajes nacionales en principio son de derecho, esto es, deben resolverse de acuerdo a lo establecido en las normas legales pertinentes. Esta regla implica una modificación importante de la ley anterior de arbitraje y un regreso —aunque sólo en este punto— a los principios clásicos contenidos en el Código de Procedimientos Civiles de 1912⁽⁹⁷³⁾.

En efecto, el párrafo tercero del artículo 3º de la anterior Ley 26572 establecía que “Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia”. Este era un cambio revolucionario respecto de toda

(972) Por FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA: Socio del Estudio Fernando de Trazegnies. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

(973) Perú: Código de Procedimientos Civiles, año 1912, artículo 551º, segundo párrafo.

la normatividad anterior sobre arbitraje en el Perú e incluso en el extranjero, que más bien establecía la afirmación contraria a la usual que normaba que todo arbitraje es de derecho, salvo que las partes pacten que los árbitros actúen consciencia y sobre la base de la equidad, como amigables compondores. Sin embargo, durante el período de vigencia de dicha ley —que fue de más de 10 años— casi todos los arbitrajes se pactaron expresamente como de derecho. Quizá ante la realidad de esa exigencia de quienes litigan arbitralmente, en esta nueva ley se ha optado por retornar al viejo sistema y dejar el arbitraje de consciencia como una excepción posible pero que debe ser materia de acuerdo explícito.

En realidad, este primer artículo pudo referirse conjuntamente tanto a los arbitrajes nacionales como a los internacionales, dado que aparentemente esa era la intención del legislador conforme se marca en el inciso tercero de la norma comentada. Sin embargo, por razones que desconozco, se optó por reiterar esa regla en el inciso tercero respecto de los arbitrajes nacionales y recién ahí incluir en el mismo régimen a los arbitrajes internacionales. Por consiguiente, cualquier arbitraje que se realice en el Perú, sea arbitral o internacional, se considerará de derecho salvo que exista pacto de las partes en contrario.

2. LAS NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.

Ahora bien, si no ha habido pacto en contrario y estamos ante un arbitraje de derecho ¿qué normas jurídicas deben aplicarse para resolver el fondo de la controversia (aquello que en inglés se conoce como *merits*)? En otras palabras, ¿a qué leyes debe acudir el árbitro para evaluar las razones de las partes y juzgar?

2.1. El arbitraje nacional

Ante todo, veamos el caso del arbitraje nacional. La ley no define el arbitraje nacional, por lo que es necesario demarcar este concepto por oposición a lo que la ley define como arbitraje internacional. De esta manera, si las partes no tenían domicilio en Estados diferentes al momento de la celebración del convenio, ni tampoco tienen su domicilio fuera del Perú y si a ello se suma que el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, esté situado dentro del territorio nacional, estamos ante un arbitraje nacional.

Pero, ¿qué ley se aplica para solucionar las controversias en estos arbitrajes nacionales?

El CC peruano establece en su artículo 2095° la libertad de las partes para fijar la ley que regirá una determinada relación contractual, cualquiera que ésta sea, cualquiera que sea el Estado en que domicilien las partes y cualquiera que sea el lugar de cumplimiento de la obligación contractual.

Por tanto, en principio, no habría inconveniente para que una empresa limeña que fabrica salchichas y su proveedor trujillano de carne de cerdo se pongan de acuerdo en que, en caso de controversia, se aplique la ley china. Bastante improbable y, ciertamente poco práctico [...] pero legalmente posible. Más probable y con un cierto sentido práctico pudiera ser que una compañía de seguros peruana acordara con algún cliente muy importante y de mucho riesgo que las eventuales controversias entre ellos sean solucionadas por un arbitraje que será nacional pero que aplicará la ley inglesa de seguros, debido a que ésta es muy eficiente y técnica en esta materia. O también que una empresa peruana acuerde con sus distribuidores en provincias que sus desavenencias se rijan por la ley del Estado de New York que se encuentra muy desarrollada en materias comerciales.

¿Y qué es lo que sucede si no se han puesto de acuerdo las partes sobre la ley aplicable? El mismo artículo 2095° del CC dispone que, en tal caso, se aplique la ley del lugar del cumplimiento de la obligación. Por consiguiente, en un arbitraje nacional, donde las partes domicilian en el Perú y el lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas es el Perú, no cabe duda de que se aplique la ley peruana a falta de acuerdo específico en contrario.

La misma regla se pone en el caso de que el cumplimiento deba darse en países distintos. De primera intención, aplicando la definición que hemos dado del arbitraje nacional que supone que el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha debe ser el Perú, si nos encontramos que el cumplimiento de la obligación principal debía realizarse fuera del Perú, entonces estamos ante un arbitraje internacional que sigue las reglas que veremos más adelante. Por tanto, parecería que tratándose de arbitraje propiamente nacional y no habiendo pacto en contrario, se aplica siempre la ley peruana.

Sin embargo, hay una excepción. ¿Qué sucede si, debiendo cumplirse el contrato en varios países, no se puede determinar cuál es la obligación principal (que determina la ley aplicable)? En ese caso, parecería que estamos en el limbo entre el arbitraje nacional y el internacional: no es posible saber si se cumple o no la condición para que sea nacional de que la obligación principal deba ejecutarse en

el Perú, porque no hay una determinación clara de cuál es la obligación principal. Sin embargo, como no ha podido establecerse que la obligación principal tiene que ejecutarse fuera del país (condición para que el arbitraje sea internacional) debemos entender que el arbitraje es nacional. Y, en tal caso, tendremos que aplicar la ley del lugar de su celebración, conforme siempre al artículo 2095° del CC.

Ahora bien, el lugar de celebración, aún entre empresas peruanas, no es necesariamente el Perú. Puede suceder que se celebre en Madrid un contrato de diseño de planos arquitectónicos entre una compañía constructora peruana y una empresa de arquitectos —también peruana y también domiciliada en el Perú— que debe trazar los planos arquitectónicos y los de estructura. Pero, si bien el diseño de la estructura lo hará en Lima, el diseño arquitectónico del inmueble (a construirse en el Perú) será ejecutado contratando a arquitectos españoles que realizarán la prestación en España, por lo que los planos serán entregados en Argamasilla de Alba, lugar de residencia de los arquitectos españoles, directamente al representante de la empresa constructora peruana. Las empresas están ambas domiciliadas en el Perú, por lo que podemos considerar que el arbitraje pactado, con sede en Lima, tiene carácter nacional.

Pero, ¿cuál de las dos prestaciones es más importante: el diseño arquitectónico que se realizará en Lima o el diseño de estructuras que se realizará en La Mancha, España? Hasta donde entiendo, no habría manera de establecer prioridades ni “partes sustanciales” de la prestación. Por consiguiente, en ese caso, tal arbitraje nacional en el que no se pactó ley aplicable entre las partes, tendría que llevarse a cabo en Lima pero aplicando la ley española porque fue en España el lugar de su celebración, conforme lo establece el artículo 2095°, *in fine*, del CC peruano.

Me he referido fundamentalmente a los arbitrajes sobre controversias derivadas del cumplimiento de obligaciones contractuales, porque son las más frecuentes si se tiene en cuenta que hay una gran cantidad de materias que no son arbitrables, tales como las relativas a derechos de familia, sucesiones, etc. Pero, sin duda el CC contiene en el Título III del Libro X sobre Derecho Internacional Privado, algunas otras normas referidas a temas que también pueden ser arbitrados, tales como la fusión de personas jurídicas, los derechos reales sobre bienes corporales, derechos intelectuales, responsabilidad extracontractual, etc. que no podemos tratar en detalle en este comentario específico del artículo 57° de la LA.

2.2. El arbitraje internacional

¿Y qué sucede en los arbitrajes que se llevan a cabo en el Perú pero que tienen carácter internacional? En ese caso, ¿cuál es la ley aplicable?

Pues en el arbitraje internacional las reglas no son diferentes. En este caso, la nueva Ley de Arbitraje ratifica de manera expresa lo establecido por la norma del artículo 2095º del CC, esto es, la libre elección por las partes de la ley aplicable: “En el arbitraje internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia”⁽⁹⁷⁴⁾.

Sin embargo, existe una diferencia en lo que se refiere al caso de que las partes no hayan establecido de común acuerdo la ley aplicable: mientras que en el arbitraje nacional se sigue aplicando la ley del lugar del cumplimiento de la obligación contractual⁽⁹⁷⁵⁾ o la ley del país donde se realice la principal actividad que causa el perjuicio en la responsabilidad extracontractual⁽⁹⁷⁶⁾ como lo establece el artículo 2095º del CC, la LA ha introducido una innovación en nuestro sistema jurídico en cuanto a los arbitrajes internacionales creando una excepción a lo dispuesto por el CC. Tomando probablemente como base el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)⁽⁹⁷⁷⁾, en el arbitraje internacional, a falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral aplicará las normas que estime apropiadas⁽⁹⁷⁸⁾.

Como puede apreciarse, esto implica una diferencia notable con el arbitraje nacional pues otorga al Tribunal poderes plenos para determinar la ley nacional aplicable al caso, sin imponerle criterio alguno en la toma de decisión. El Tribunal deberá reflexionar sobre todo el conjunto de aspectos que envuelve el caso y luego decidir *ex aequo et bono* cuál será la ley aplicable para solucionar esa controversia, esto es, sin apoyarse en norma jurídica alguna. Es una facultad similar a la que, en el campo de la determinación de la jurisdicción, se conoce bajo el nombre de “*kompetenz-kompetenz*” en virtud de la cual, si existe duda, el Tribunal dirime libremente y a su leal parecer y entender

(974) D. Leg. N° 1071 de 28 de junio de 2008, artículo 57º, inc. 2.

(975) Código Civil peruano, artículo 2095º.

(976) Código Civil peruano, artículo 2097º.

(977) Cámara de Comercio Internacional; Reglamento de Arbitraje, artículo 17º (1), *in fine*.

(978) Decreto legislativo, N° 1071 de 28 de junio de 2008, artículo 57º, inc. 4.

si tiene competencia o no frente a un determinado punto controvertido⁽⁹⁷⁹⁾.

2.3. Exclusión del reenvío

Un tema interesante que se encuentra aclarado por la norma comentada es el del peligro procesal del reenvío.

Este consiste en que la norma de Derecho Internacional Privado establece que una determinada ley es aplicable, pero como alguna de las partes no quiere que esta norma sea aplicada, se sostiene que la norma de Derecho Internacional Privado de la ley nacional establecida como aplicable, determina un criterio por el cual la que debe resolver la controversia es la ley nacional de un tercer país o quizá del mismo en el cual se planteó inicialmente el problema.

De esta manera, la determinación de la ley aplicable resulta reenviada: al acudir a la ley nacional designada, el problema “rebota” por el hecho de utilizarse sus normas de solución de conflictos; y así, la determinación de la ley aplicable se dirige a un tercer país (donde puede suceder lo mismo) o regresa al país donde se inició la controversia.

Un ejemplo puede explicar mejor el problema. Imaginemos que un ganadero del país de Gondwana le vende carne a un importador del país de Laurentia sobre la base de un contrato de suministro firmado durante la reunión comercial de ganaderos que tuvo lugar en el país de Rodinia. En este contrato se prevé un arbitraje en Rodinia, pero no se determina la ley aplicable. Sucede que parte de la carne de un embarque de Gondwana llega a Laurentia en mal estado y tiene que ser desechada. El importador plantea un arbitraje en Rodinia conforme a su contrato, para exigir el pago por el ganadero de Gondwana de la devolución de lo pagado por la mercadería más una indemnización por los daños y perjuicios que le han sido causados por el hecho de incumplir a su vez sus contratos con sus clientes, los restaurantes de Laurentia. Los árbitros en Rodinia tienen que decidir en primer lugar qué ley van a aplicar para decidir el caso. Las normas de su propio derecho internacional privado establecen que debe aplicarse la ley del Estado donde debe ejecutarse la prestación, esto es, de Laurentia. Pero sucede que la ley de Laurentia establece que los riesgos del producto durante el viaje son de cargo del comprador. Por consiguiente, Gondwana protesta y, para evitar quedarse sin cobrar, aduce que las normas de derecho internacional privado de Laurentia establecen que las normas aplicables son las del Estado donde se suscribió el contrato, esto

(979) Esta regla está también contenido en la nueva ley peruana de arbitraje que estamos comentando, en el inc. 3 de su artículo tercero.

es, de Rodinia, donde los riesgos del viaje se consideran de cargo del vendedor.

Como puede apreciarse, la aplicabilidad de la ley válida “rebota” de un Estado a otro y, en ciertos casos, este fenómeno puede extenderse hasta los órdenes jurídicos de varios Estados. Tal situación obedece a que, como las normas de derecho internacional privado forman parte de las normas nacionales de cada país, la referencia al derecho nacional de otro país es entendida malsanamente como referida también a esas normas de solución de conflictos cuando a lo que pretende todo sistema de solución de conflictos es que se refieran al derecho sustantivo y directamente aplicable del sistema jurídico aludido⁽⁹⁸⁰⁾.

Este problema había quedado solucionado por el CC peruano de 1984⁽⁹⁸¹⁾ y ahora la nueva Ley Peruana de Arbitraje refrenda el mismo principio al establecer que “Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”. Esta regla parece zanjar la discusión enfermiza en la que muchas veces se han entrampado los arbitrajes.

3. LEYES INTERNACIONALES APLICABLES

En el campo del arbitraje internacional, encontramos que el Derecho Internacional interviene en estas controversias no sólo en la condición de reglas nacionales de solución de conflictos internacionales entre leyes nacionales, sino también como una verdadera normatividad internacional.

3.1. Tratados

En primer lugar, nos encontramos que, en el campo económico (que es el que generalmente puede acudir al arbitraje) la globalización ha llevado a una intensa y compleja relación entre los países (y aquí me refiero a países en términos genéricos, comprendiendo tanto a los Estados como también a las personas naturales o jurídicas de diferentes Estados que tienen relaciones entre sí y relaciones con los Estados

(980) Hay que anotar, sin embargo, que algunos sistemas arbitrales internacionales expresamente indican que, al referirse a una ley extranjera ello incluye (no excluye, como en el caso de nuestra ley) a las normas de derecho internacional privado. *Exempli gratia*: El Convenio de Washington (que crea el CIADI), artículo 42º (1).

(981) Código Civil peruano, artículo 2048º, No aplicación del reenvío: “Los jueces aplicarán únicamente el derecho interno del Estado declarado competente por la norma peruana de Derecho Internacional Privado”.

extranjeros). Y es así que el CC, en sus normas de Derecho Internacional Privado, reconoce que, ante todo, la ley aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos legales extranjeros se determina, en primer lugar, de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes⁽⁹⁸²⁾.

Notemos que, en general, el campo económico internacional tiende a categorizarse actualmente en dos tipos de relaciones: las de inversión y las de comercio. Las primeras se refieren fundamentalmente a las relaciones que surgen entre el inversionista privado extranjero y el Estado “anfitrión” (*host*, en inglés) que recibe la inversión. Las segundas son las relaciones de intercambio de bienes y servicios, incluyendo servicios financieros, entre personas naturales o jurídicas, mayormente privadas pero también pueden ser públicas, de distintos países.

En lo que se refiere al Derecho de la Inversión, podemos decir que su desarrollo ha sido muy intenso en los últimos treinta años, creando un área del Derecho internacional económico perfectamente identificada. Dentro de este campo, se han celebrado numerosos tratados internacionales de diferentes tipos. Una gran cantidad —actualmente son alrededor de 2500 en el mundo— son los llamados Tratados Bilaterales de Inversión (o BITs, según su sigla en inglés). El Perú ha firmado 33 de estos Tratados, con países tan diferentes como Alemania, Argentina, Malasia, Francia, Singapur, España, Italia, etcétera.

Por regla general, estos Tratados establecen que, a falta de pacto, se toma como ley aplicable la del país donde se hizo la inversión, esto es, la del Estado “anfitrión”.

En muchos casos, tratándose de problemas de inversión, estos Tratados someten las controversias a la jurisdicción arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (conocido como CIADI), que forma parte del Banco Mundial. Este Centro, creado a su vez por un Tratado Internacional —el Convenio de Washington— del cual forma parte el Perú, resuelve las controversias de manera similar al indicado anteriormente, esto es, aplicando las normas que han sido acordadas por las partes; y si no hubiese acuerdo, se aplica la ley del Estado en el que se ha realizado la inversión⁽⁹⁸³⁾. A falta de acuerdo, el Tribunal debe aplicar la ley del Estado anfitrión de la inversión (como se recuerda, estas controversias siempre están consti-

(982) Código Civil peruano, artículo 2047°. Derecho aplicable y fuentes supletorias.

(983) Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (también llamado “Convenio de Washington”), artículo 42° (1).

tuidas por un inversionista privado extranjero y un Estado en el que ha sido realizada la inversión). Sin embargo, como antes se ha dicho, por mandato del Convenio de Washington, en este caso se aplican no sólo las leyes sustantivas del Estado anfitrión sino también sus normas sobre conflictos de leyes que forman parte de su Derecho Internacional Privado⁽⁹⁸⁴⁾. Por consiguiente, esta regla constituye una excepción a la norma del inciso 2 del artículo 57º de la LA sobre el reenvío que antes he comentado, por cuanto, tratándose de un Tratado Internacional, prima sobre la ley peruana.

Por otra parte, dentro de una tónica que viene acentuándose cada vez más y de la que hablaré más adelante, se faculta también al tribunal arbitral para que tenga en cuenta aquellas normas de derecho internacional que considere aplicables⁽⁹⁸⁵⁾.

Hay también Tratados multilaterales, en los que intervienen varios países, donde la determinación de la ley aplicable puede exigir normas más complejas, previstas generalmente en los mismos Tratados.

Es preciso destacar también los Tratados de Libre Comercio, como los suscritos recientemente por el Perú con Estados Unidos y con la China. En estos casos se trata de una suerte de mezcla de tratado comercial con BIT, porque se ocupan tanto del comercio como de la inversión entre los países firmantes.

3.2. Controversias internacionales no sujetas a Tratado alguno

Las controversias comerciales —que no están sometidas a ningún Tratado del tipo BIT por su propia naturaleza y en relación con países con los cuales no se ha celebrado un Tratado de Libre Comercio— pueden solucionarse ante los tribunales nacionales de justicia de uno u otro país involucrado, según sea el caso, aplicando las reglas del Derecho Internacional Privado.

Actualmente es muy frecuente que estas controversias sean sometidas a arbitraje en virtud de lo pactado en el contrato. En tal caso, pueden presentarse varias opciones arbitrales. De un lado, puede llevarse a cabo un arbitraje en cualquiera de los dos países involucrados, según se haya convenido. Pero, dado que existen partes residentes en diferentes países, el arbitraje será considerado internacional. A su vez ese arbitraje puede ser *ad hoc* o institucionalizado. Por ejemplo, un pleito por la calidad de las frutas enviadas por un productor de Ica a un comprador holandés que se encarga de la distribución en Europa,

(984) *Loc. cit.*

(985) *Loc. cit.*

puede ser conocido por un tribunal arbitral internacional con sede en el Perú. Pero este tribunal puede estar conformado por personas que nombran las partes sin intervención ni supervigilancia de institución alguna o puede ser un arbitraje —siempre internacional— patrocinado por la Cámara de Comercio de Lima o por otra institución privada de uno u otro de los países involucrados. En el primer caso, la forma y criterios para el nombramiento de los árbitros estarán establecidos en el contrato cuyo cumplimiento es materia de la controversia; en el caso del arbitraje institucionalizado, los árbitros serán designados entre los que pertenecen al plantel de la institución patrocinadora, actuando ésta como Secretaria del Tribunal.

Pero en cualquiera de estos casos, la ley aplicable para solucionar la controversia será la ley acordada por las partes como lo establece el CC; o, si éstas no han acordado previamente la ley aplicable, el tribunal arbitral está facultado para decidir la ley que regirá la controversia, conforme se ha explicado *supra*, teniendo en cuenta la excepción que la LA crea respecto de la aplicación del artículo 2095° del CC.

También existen instituciones internacionales privadas —al margen de los Tratados— que se encargan de patrocinar estos arbitrajes y que son muy utilizadas porque, siendo internacionales, las partes pueden estar seguras de que ninguna de ellas tendrá influencia sobre el proceso. Algunas de estas instituciones son muy especializadas en razón de los productos o servicios que son objeto del comercio. Pero indudablemente la más caracterizada en este campo es la Corte Internacional de Justicia de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París. En realidad, no es una Corte propiamente: no es ella la que juzga, sino que la que patrocina el arbitraje: se nombran árbitros independientes reconocidos por la Cámara de Comercio Internacional y dicha Corte dirige y supervisa la marcha del tribunal arbitral. Esta Corte también admite que las partes se pongan de acuerdo en materia de la ley que se aplicará al caso. Pero si no lo hacen, el Reglamento le otorga al tribunal las más amplias facultades, pues se aplicarán las normas que este Tribunal considere apropiadas⁽⁹⁸⁶⁾.

3.3. La aplicación del derecho internacional

Desde hace ya algún tiempo, se viene discutiendo dentro de la comunidad arbitral internacional la existencia de una suerte de derecho internacional no escrito que debe ser conjugado —y, a veces, sobrepuesto— a las leyes nacionales aplicables y también a los Tratados por

(986) Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Reglamento de Arbitraje, artículo 17° (1).

tratarse de principios fundamentales del Derecho Económico Internacional. Muchos autores lo califican como “anacional” porque ya no resulta de la relación soberana entre naciones sino de principios generales que están sobre la soberanía de los Estados y tienen su vigencia independientemente de éstos.

Esto significa que los conflictos transnacionales son tan complejos que han generado un derecho propio, es decir, un derecho que no pertenece a ningún Estado pero que ya tiene un cuerpo de principios, de derechos tutelados y de aplicación efectiva que desconcierta a los juristas “nacionalistas” para quienes el Derecho no se puede crear de la nada sino que es siempre la expresión de la voluntad de un Estado-Nación expresada sea a través de una ley formal o de un Tratado debidamente suscrito.

Como sabemos, ya en la Edad Media los comerciantes decidieron organizarse para solucionar con sus propios criterios los conflictos que pudieran presentarse en su actividad tanto local como internacional. Y es así como surgió la *lex mercatoria* y también la jurisdicción comercial, distinta de la jurisdicción civil. La *lex mercatoria* es una suerte de derecho consuetudinario creado en el interior de un ambiente específico de actividades que es el mundo del comercio. Por ello, tiene de un lado alcances recortados ya que se refiere sólo a los conflictos surgidos en las relaciones comerciales, pero, de otro lado, no se limita a las fronteras locales o nacionales sino que pasa sobre ellas para reunir bajo un solo derecho y un foro especializado a quienes realizan tales actividades y a sus clientes.

Ese derecho comercial, independiente del mundo político, tuvo un auge extraordinario y se mantuvo como tal hasta principios del siglo XIX. Los llamados tribunales del Consulado —es decir, tribunales que no eran parte del Estado ni estaban formados por abogados sino por comerciantes— subsistieron en el Perú hasta la segunda mitad del S. XIX, sesenta años después de declarada la Independencia y ya bajo la influencia francesa del Estado que acapara todos los poderes públicos.

Sin embargo, este Derecho resultaba incompatible con la organización del Estado moderno, de carácter centralista. En la Edad Media, primaba el derecho consuetudinario; y de esta forma, no solamente las diferentes naciones tenían distintos derechos sino que las diferentes regiones de una nación tampoco tenían necesariamente un derecho común, salvo las reminiscencias del Derecho romano. Igualmente los gremios creaban un derecho propio, siendo la *lex mercatoria* el derecho gremial que más éxito tuvo. Pero, a partir del siglo XVII, se afirma la teoría de que cada nación constituye un solo Estado y que,

por consiguiente, sólo puede tener un Poder Legislativo y un Poder Judicial. Por ello, el denominado Estado-Nación resulta incompatible con la autonomía de los derechos consuetudinarios. Y es así como la *lex mercatoria* desaparece poco a poco engullida por un Derecho comercial que nace del Estado y que, llegada la hora de los códigos, se convierte en el Código de Comercio, que regula la actividad de los comerciantes con ayuda de leyes y reglamentos especiales, siempre emitidos por el Estado central.

Pese a ello, los comerciantes se resisten y conservan unas ciertas formas propias de llevar a cabo sus operaciones comerciales. Por ello, el Derecho estatal se ve obligado, a su pesar, a abrir una pequeña puerta a ese Derecho consuetudinario, estableciendo en el Código de Comercio que, si bien la ley es la fuente principal del Derecho comercial, también lo es la costumbre en la medida que no se oponga la ley. No temos cómo se ha subordinado el Derecho consuetudinario al Derecho nacional: así, la *lex mercatoria* no es ya un Derecho por sí misma sino solamente una costumbre autorizada por la “verdadera” ley; y por ello, no puede ser creativa dado que está sometida a los marcos que la ley le impone.

Sin embargo, cuando en el S. XX la economía se libera de las fronteras nacionales y se expande al mundo entero, esa *lex mercatoria* vuelve a aparecer con una fuerza cada vez más intensa; y, dado que no existe un Estado mundial, ese Derecho consuetudinario que resurge en el medio internacional se encuentra mucho más libre para crear instituciones y principios nuevos que regulen las relaciones económicas entre los ciudadanos y las empresas de los distintos Estados-Nación, así como las que surgen entre los ciudadanos y empresas de un país con relación a un Estado extranjero.

La reaparición en la escena arbitral de un tipo de derecho más bien consuetudinario, que no depende de ningún Estado, dio lugar a muchos temores sobre la presunta “santidad” de la palabra escrita del contrato y, consecuentemente, a muchas críticas. Es así como el profesor de la Universidad Libre de Berlín y Presidente del *Institut de Droit International*, Wilhelm Wengler declaraba en los albores de esta resurrección de un derecho consuetudinario construido sobre la base de principios generales, que “la decisión de un litigio, pretendidamente fundada sobre los principios generales del Derecho es, en realidad, largamente un decisión de acuerdo al gusto personal de quien decide”⁽⁹⁸⁷⁾. Los ingleses fueron también inicialmente muy críticos respecto de este tema como lo sostienen, en la misma década de 1980,

(987) WILHELM Wengler, “Les principes généraux du droit en tant que loi du contrat”. En: *Revue critique de droit international privé*, París, 1982, ps. 467 y ss.

Sir Michael J. Mustill y Stewart C. Boyd, quienes han escrito importantes tratados sobre el arbitraje comercial, cuando afirman que: “[...] nosotros dudamos incluso que si esa tal *lex mercatoria* existe, en el sentido de un derecho internacional divorciado de cualquier Derecho estatal; o, cuando menos, si existe en algún sentido útil para resolver las controversias comerciales”⁽⁹⁸⁸⁾.

Pero, de otro lado, encontramos opiniones como la del jurista danés Prof. Ole Lando, quien sostiene categóricamente: “Permítanme hacerles notar que en Europa la *lex mercatoria* es un hecho. Los árbitros la aplican y aquellas Cortes que han tenido que ejecutar los laudos, la aceptan”⁽⁹⁸⁹⁾.

En general, podemos decir, en primer lugar, que este término tradicional se ha utilizado más bien con relación a las controversias comerciales antes que a las controversias de inversión. En segundo lugar, mientras que los juristas ingleses y norteamericanos son más reacios a aceptar la existencia de un derecho consuetudinario internacional por temor a introducir un subjetivismo (a mi juicio hasta un cierto punto inevitable en todo el campo del Derecho) que afecte el texto literal del contrato, los juristas europeos con más abiertos a una función del arbitraje que estimule la creatividad jurídica. Particularmente, la Cámara de Comercio Internacional (ICC) ha contribuido a desarrollar esta nueva perspectiva. Juristas franceses tan importantes como ponderados, como es el caso de Yves Derains, han destacado que precisamente esta creación de normas propias para el comercio internacional es una de las razones por las que el arbitraje internacional ha devenido tan importante en las últimas décadas⁽⁹⁹⁰⁾. BOISSÉSON, aun cuando toma sus distancias, manifiesta: “se puede, a nuestra manera de ver, estar de acuerdo con la comprobación de [...] la existencia de normas anacionales, cuyo desarrollo se ha efectuado al mismo tiempo que el del arbitraje internacional y por causas que son notoriamente las mismas, es decir, las necesidades específicas de los operadores del comercio internacional y las características especiales de sus litigios”⁽⁹⁹¹⁾.

Sin embargo, hay también tratadistas norteamericanos, tan importantes como el profesor de Harvard, Arthur VON MEHREN, que se suman prudentemente a esta tendencia afirmando que “Es amplia-

(988) Mustill Michael J. y Stewart C. Boyd: *Commercial Arbitration*. Butterworths. Londres, 1982, p. 611.

(989) LANDO, Ole, The law applicable to the merits of the dispute. En: *Contemporary Problems of International Arbitration*, 1986, p. 101.

(990) Cit. por Matthieu de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, Lille, 1990, p. 613.

(991) Matthieu de BOISSÉSON, *op. cit.*, p. 614.

mente aceptado que vincular ya sea el proceso arbitral, ya sea el laudo, a un sistema de derecho nacional o municipal⁽⁹⁹²⁾ dañaría seriamente o incluso destruiría la eficacia del arbitraje como un mecanismo de solución de conflictos”⁽⁹⁹³⁾. Otros como Craig, W. LAURENCE, Park, WILLIAM W. y PAULSSON, JAN reconocen que la jurisprudencia y la doctrina tienen un peso cada vez más importante y, tomando las palabras del jurista suizo Gillis WETTER, hacen ver que quizá estamos ante el nacimiento de un “*derecho internacional del arbitraje*” que podría crecer y desarrollarse al estilo del *common law* en los Estados Unidos⁽⁹⁹⁴⁾. Asimismo señalan que, si bien el debate mismo en torno a la *lex mercatoria* no es todavía muy *significativo*, quizá muchos árbitros y abogados de partes están aplicando y creando una *lex mercatoria* sin darse cuenta de ello⁽⁹⁹⁵⁾.

Ahora bien, paralelamente a esta inquietud sobre un Derecho consuetudinario internacional en el campo del arbitraje comercial, en los últimos decenios se ha desarrollado extraordinariamente el llamado arbitraje de inversión, al que me he referido anteriormente al hablar de los Tratados llamados BIT y del CIADI. Y sucede que en estos arbitrajes —donde no se enfrentan un comerciante con otro sino un inversionista con un Estado extranjero— también ha aparecido una urgencia de crear, a través de los precedentes y de las investigaciones académicas, una suerte de Derecho anacional que, si queremos seguir usando el latín, deberíamos llamar *lex collocatoria* y que busca la salvaguarda de ciertos estándares mínimos de protección para el inversionista extranjero basados en la equidad.

Es así como paralelamente a la multiplicidad de Tratados internacionales, se ha venido desarrollando una doctrina y una jurisprudencia bastante independientes, creada por juristas con una mentalidad supranacional y también por los laudos que tribunales arbitrales internacionales, tales como los de los tribunales del CIADI y de la Cámara de Comercio internacional.

Quizá el primer reconocimiento de la existencia de elementos normativos que pueden ser aplicados en las controversias internacionales y que se originan en la soberanía de los Estados se encuentra en el artículo 38° del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de la Haya,

(992) En este caso, la palabra “municipal” tiene el sentido de nacional por oposición a lo internacional.

(993) Cit. p. BOISSÉSON, Matthieu de, *op. cit.*, p. 612.

(994) CRAIG, W. LAURENCE, PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2ª ed. Oceana Publications, Dobbs Ferry N.Y., 2000, p. 624.

(995) Craig, W. LAURENCE, Park, WILLIAM W. y PAULSSON, Jan, *op. cit.* p. 625.

donde se establece que, además de las convenciones internacionales, la Corte debe decidir las controversias atendiendo, además de las convenciones internacionales, a la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho⁽⁹⁹⁶⁾; a los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas⁽⁹⁹⁷⁾; y a las decisiones judiciales y las doctrinas de los juristas de mayor competencia de las distintas naciones⁽⁹⁹⁸⁾.

Esta misma definición amplia de Derecho Internacional ha sido acogida por el artículo 42º de la Convención CIADI, la que establece que los arbitrajes se regirán por la ley pactada por las partes. Si no existe tal pacto, se regirán por la ley del Estado involucrado incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, y —esta es la mención a la *lex collocatoria*— “aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”.

Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina han ido todavía más lejos: los Tribunales CIADI y los tratadistas han considerado que el derecho internacional consuetudinario no sólo se aplica cuando no hay pacto expreso entre las partes sino que también interviene aun cuando las partes hayan pactado someterse a una determinada ley nacional por cuanto se trata de una garantía mínima de equidad y buena fe, algo así como los “derechos humanos” de los inversionistas. En realidad, deberían comprenderse en todo caso como los derechos básicos tanto de los inversionistas como de los Estados que acogen la inversión y también esperan que la parte inversionista se comporte de una manera razonable, equitativa y dentro de la buena fe.

Es así como el Derecho Internacional, entendido de una forma no positivista sino más bien en su producción consuetudinaria, pasa a constituir un *standard* mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, que no puede ser obviado en ningún caso. Guido TAWIL lo dice de una manera muy tajante: “deben preservarse ciertos *standards* internacionales mínimos, aun en ausencia de una referencia al Derecho Internacional en una cláusula de opción de ley aplicable. Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un *standard* internacional mínimo de protección al extranjero, existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes. El contrato o convenio permanece sujeto al sistema jurídico doméstico escogido por las partes. Sin embargo, esta elección es verificada por un cierto

(996) Corte Internacional de Justicia de la Haya: Estatuto, artículo 38º (b).

(997) Corte Internacional de Justicia de la Haya: Estatuto, artículo 38º (c).

(998) Corte Internacional de Justicia de la Haya: Estatuto, artículo 38º (d).

número de reglas internacionales mandatarias, tales como la prohibición de la denegación de justicia, la vulneración discriminada de sus derechos y propiedades o el repudio arbitrario de los compromisos contractuales”⁽⁹⁹⁹⁾. Y concluye TAWIL diciendo que “Aun si las partes no incluyen el Derecho Internacional en su acuerdo sobre ley aplicable, el Tribunal preservará la aplicación de un *minimum* de *standards* internacionales”⁽¹⁰⁰⁰⁾.

Como puede verse, este planteamiento ha superado la idea de que las normas internacionales sólo intervienen a falta de una ley nacional aplicable, firmando que la ley internacional consuetudinaria, en tanto que conjunto de principios básicos que configuran un *standard minimum* de garantía, pasan a ser una suerte de reglas de control que pueden desconocer las interpretaciones y hasta las normas positivas de los derechos nacionales aplicables si son infringidas. Y la razón que da este jurista para fundamentar esta posición es que la exclusión total del Derecho Internacional como consecuencia de una elección de ley aplicable por las partes que contiene sólo Derecho doméstico, llevaría a consecuencias indeseables. Esto significaría que un inversionista extranjero, al consentir en una opción de ley aplicable, estaría renunciando al *standard* mínimo de protección al extranjero y a sus propiedades, desarrollado por el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución sería, dice siempre TAWIL, contraria al estímulo inversor que se busca a través de la creación de un clima favorable para la inversión⁽¹⁰⁰¹⁾. “Las normas mandatorias del Derecho Internacional que proveen un *standard* internacional mínimo de protección al extranjero —prosigue TAWIL— existen independientemente de cualquier elección de ley. Su naturaleza obligatoria no está abierta a la voluntad de las partes”⁽¹⁰⁰²⁾.

Por su parte, SCHREUER advierte que si el pacto de ley municipal aplicable excluyera la aplicación del Derecho Internacional, “Esto significaría que un inversionista extranjero, simplemente por el hecho de pactar una ley aplicable, estaría renunciando a los mínimos *standards* de protección a los extranjeros y a sus propiedades desarrollados en el Derecho Internacional Consuetudinario. Esta solución difícilmente podría decirse que está de acuerdo con uno de los objetivos de la Convención: ‘promover una atmósfera de mutua confianza y así esti-

(999) TAWIL, Guido S.: Applicable Law. Dispute Settlement. Module 2.6. International Centre for Settlement of Investment Disputes. United Nations Conference on Trade and Development. United Nations, 2003, p. 10.

(1000) *Loc. cit.*

(1001) TAWIL, Guido S.: *op. cit.*, p. 10.

(1002) *Loc. cit.*

mular un importante flujo de capital internacional en aquellos países que quieran atraerlo”⁽¹⁰⁰³⁾. Y concluye este jurista que “[...] la práctica de los Tribunales de ICSID, el abrumador peso de los tratadistas e importantes consideraciones de política [*policy*], todo ello indica que hay cuando menos un lugar para el Derecho Internacional incluso frente a los acuerdos sobre ley aplicable que no lo han incorporado expresamente”⁽¹⁰⁰⁴⁾.

Este tema es materia de intensa discusión y existe jurisprudencia del CIADI que admite que el acuerdo entre las partes sobre la aplicación de una determinada ley nacional no excluye totalmente la aplicación directa del derecho internacional en algunos casos, aun sin que exista Tratado que lo disponga ni acuerdo entre las partes⁽¹⁰⁰⁵⁾.

Como se puede apreciar, sea por el camino de la relación mercantil o por el de la inversión, no hay duda de que se está gestando un derecho internacional que nace ante todo como doctrina y jurisprudencia y que está orientado a proteger ciertos principios básicos que establecen un *standard* mínimo de garantías para las partes y que actúan como “control de calidad” de la aplicación de los derechos nacionales.

Los principios internacionales en el campo mercantil y en el campo de la inversión no son idénticos.

Tratándose de situaciones distintas que confrontan intereses diferentes y con diverso grado de poder de distorsión, las normas internacionales han ido estructurando defensas diferentes en estos dos sistemas arbitrales. Es así como el derecho internacional del arbitraje comercial pone el acento en la tutela del arbitraje (una parte no puede acogerse a su derecho nacional para repudiar el convenio arbitral), en el principio de *pacta sunt servanda*, en la buena fe como elemento esencial en la negociación y ejecución de un contrato, en las difíciles aplicaciones de la fuerza mayor, en la doctrina de los actos propios, en la regla *ut res magis valeat quam pereat* (cuando hay dudas en la interpretación, debe escogerse aquella que le da utilidad al pacto sobre la que lo deja sin efecto), etc⁽¹⁰⁰⁶⁾.

En cambio, el derecho internacional de la inversión pone el acento en el trato correcto y equitativo (*fair and equitable treatment*), en la no discriminación, en el respeto a las expectativas legítimas, en la

(1003) SCHREUER, Christoph: *op. cit.*; Par. 67, p. 588.

(1004) SCHREUER, Christoph: *op. cit.*; Par. 63, p. 586.

(1005) Caso CIAD, N° ARB/84/3. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt. Laudo de 20 de Mayo de 1992.

(1006) Craig, W. LAURENCE, Park, WILLIAM W. y PAULSSON, Jan, *op. cit.*, ps. 640/657.

prohibición de la expropiación “rastrera” (“*creeping expropriation*”, es decir, la que consiste en no desapoderar a la empresa inversora de su propiedad sino en hostilizarla administrativamente con retrasos en permisos, aplicación sistemática de multas, investigaciones fútiles pero que llevan a escándalos mediáticos, hasta que le sea imposible proseguir en el negocio, etc.).

Pero, como puede apreciarse, no se trata de principios disímiles ni mucho menos contradictorios, sino de una aplicación, diversificada en función de las circunstancias, de ciertos principios básicos del derecho fundados principalmente en dos elementos básicos de las relaciones económicas modernas: la buena fe y la seguridad.

Conforme al principio de buena fe, el derecho internacional consuetudinario persigue que las relaciones económicas internacionales —sean mercantiles o de inversión— se desarrollen dentro de un juego limpio. La buena fe, como muy bien lo destaca Luis DIEZ PICAZO, implica un *standard* de conducta de las partes, un límite de los derechos subjetivos, ciertos deberes especiales de conducta y constituye a su vez un criterio de interpretación⁽¹⁰⁰⁷⁾.

Por su parte, la seguridad jurídica —entendida tanto en su acepción estricta (como seguridad o estabilidad de la norma misma) como también en su sentido de asegurar ciertas certidumbres de la vida económica— supone la posibilidad racional de prever relativamente los hechos que pueden derivarse de los actos jurídicos y así calcular las mejores decisiones.

Estos dos componentes fundamentales del Derecho se encuentran siempre en un equilibrio inestable por cuanto interaccionan y se exigen concesiones recíprocas; así este equilibrio resulta muy sensible a la naturaleza de las circunstancias en juego. Es por ello que, a partir de estos principios básicos de todo Derecho (y muy especialmente del derecho internacional consuetudinario económico), la jurisprudencia y la doctrina —que son bastante más flexibles que la ley y que tienen una proximidad quizá mayor con las circunstancias concretas— han desarrollado ciertos principios derivados —pero siempre principios, esto es, fundamentos constitutivos del orden jurídico— y, por tanto, instrumentos indispensables para la justificación e interpretación de la norma legal o contractual. Como tales, tienen un carácter general y es por ello que, en el campo de las relaciones económicas internacionales, producen ese derecho internacional consuetudinario económico, aplicable en todas las naciones “civilizadas”, para usar (no sin un

(1007) DÍEZ-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, 6ª ed., ps. 61-65.

cierto resquemor) los términos del Estatuto de la Corte Internacional de La Haya.

En algunos casos, este derecho —siempre en proceso de hacerse de manera espontánea— ha llegado a crear cuerpos de normas que se consideran universalmente válidas, como es el caso de los INCOTERMS o los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, ambos desarrollados por la Cámara de Comercio Internacional.

Obviamente, este derecho que no pertenece a ningún Estado pero que ya tiene un cuerpo de principios, de derechos tutelados y de aplicación efectiva desconcierta a los juristas “nacionalistas” para quienes el orden jurídico no se puede crear de la nada sino que es siempre la expresión de la voluntad de un Estado-Nación expresada sea a través de una ley formal o de un Tratado debidamente suscrito; olvidándose que todo Derecho —tanto el nacional como el internacional consuetudinario— se crean a partir de principios generalmente aceptables.

Ante esta aparición de un derecho no estatal dentro del mundo moderno —que nos recuerda, aunque tenga diferentes aproximaciones— a la antigua *lex mercatoria* comprobamos —contrariando la teoría jurídico-política de la modernidad clásica— que no son solamente los Estados quienes crean la ley internacional sino también la actividad efervescente de los propios usuarios. Es la vida económica internacional que asume la responsabilidad de regularse a sí misma bajo la guía de los juristas y abogados. Porque no cabe duda de que los juristas tienen un papel preponderante en este proceso de rejuvenecimiento del Derecho, ya sea actuando como árbitros, ya sea como abogados ante tribunales arbitrales o como académicos que analizan, expanden, afinan y hacen concordar la producción jurídica no estatal.

3.4. El Perú y el derecho internacional económico consuetudinario

¿Cuál es la posición del Derecho peruano frente a esta evolución de las fuentes y de los contenidos jurídicos que aparece en el mundo económico internacional?

El Perú tuvo consciencia de esta presencia cada vez más importante del Derecho consuetudinario internacional cuando menos desde hace 25 años. Es así como en el Código Civil de 1984 —que sigue actualmente vigente— al tratar sobre el Derecho Internacional Privado, consideró como derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros tanto a las leyes nacionales y a los tratados internacionales sino que también establece

que son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho Internacional Privado⁽¹⁰⁰⁸⁾.

Como puede apreciarse, en esta formulación todavía ese Derecho consuetudinario internacional interviene solamente a título supletorio, es decir, en el caso de ausencia de una norma específica conforme al orden jurídico aplicable, como una forma de cubrir las *lacunae legis*.

Sin embargo, el Perú posteriormente suscribe la Convención de Washington de 1966 que da nacimiento al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones, la que entró en vigencia respecto de nuestro país en 1993. Y aquí el Perú, de acuerdo al artículo 42° (1), se compromete a aceptar que los Tribunales CIADI utilicen, para la solución de los casos que le son sometidos, “aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”. En este caso, por “derecho internacional” se entiende —como lo señala el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento que prepararon el texto del Convenio— todo lo contenido en el artículo 38° (1) de la Corte Internacional de Justicia⁽¹⁰⁰⁹⁾. Y ya hemos visto que tal norma incluye bajo este concepto la costumbre internacional, los principios generales de derecho, la jurisprudencia y la doctrina académica.

Ahora bien, el concepto de derecho internacional contenido en la Convención de Washington ha ido depurándose y precisándose a través de la jurisprudencia y de los trabajos académicos, que son fuentes válidas de derecho internacional de acuerdo a lo dicho. Y, aun cuando en algún momento se consideró que la referencia del artículo 42° (1) de la Convención de Washington sólo era aplicable en el caso de la segunda frase de esa norma (cuando las partes no han acordado la ley aplicable), posteriormente se consideró que ese derecho internacional consuetudinario estaba conformado básicamente por principios que debían ser aplicados en la interpretación de toda ley nacional, sea la acordada por las partes (primera frase de la norma citada), sea la del país receptor de la inversión (segunda frase de la norma citada). En otras palabras, siendo principios generales de derecho internacional, no había razón alguna para considerar que estos debían utilizarse para la interpretación de la norma nacional sólo cuando ésta era acordada: toda interpretación de una ley nacional debía sujetarse a esos principios generales⁽¹⁰¹⁰⁾.

(1008) Código Civil peruano, artículo 2047°.

(1009) Okerzie Chukwumerije. International Law and Article 42 of the ICSID Convention. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. IV, N° 3 (1997), p. 79-102.

(1010) Es interesante que la versión francesa de la Convención de Washington, en su forma oficial, ha traducido la frase final del artículo 42° (1) como “*les principes*

Esto significaba que, siendo el Perú parte de la Convención de Washington, aceptaba también —cuando menos en los casos CIADI— que estos principios generales, producidos por la jurisprudencia y la doctrina, son válidos para interpretar la ley peruana.

Esta posición ha sido recogida por el Derecho peruano en los diferentes Tratados que ha suscrito sobre inversión, con ligeras variantes de redacción pero con el mismo sentido.

Así, el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito con España dispone que los arbitrajes sobre las materias comprendidas en tal Tratado deben basarse, además de la ley nacional del país donde se hizo la inversión, en las reglas y principios del derecho internacional generalmente admitidos, en ese orden⁽¹⁰¹¹⁾. El Tratado Bilateral de Inversiones con Canadá⁽¹⁰¹²⁾ utiliza una fórmula similar a las del artículo 42º (1) de la Convención de Washington. El Tratado de Promoción y desarrollo de las Inversiones celebrado con China somete las controversias al CIADI y señala que: “El Centro resolverá de conformidad con la legislación de la Parte Contratante en la controversia que acepta la inversión, incluyendo sus reglas sobre conflictos de leyes, las disposiciones de este Convenio y los principios generalmente reconocidos del derecho internacional aceptados por ambas Partes Contratantes”⁽¹⁰¹³⁾. Como puede verse, en este caso hay acuerdo sobre ley aplicable pero se considera que ello no excluye el derecho internacional consuetudinario sino, por el contrario, éste es también aplicable.

Los Tratados más modernos suscritos por el Perú, acordes con la evolución del derecho consuetudinario, comienzan a hablar de un *standard* mínimo que es exigible en todos los casos, cualquiera que sea la ley aplicable. Así, el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos⁽¹⁰¹⁴⁾ tiene un artículo específico titulado “Nivel mínimo de trato”, donde se establece que: “Cada Parte concederá a las inversiones cubiertas un trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido el trato justo y equitativo, así como protección y seguridad

de droit international en la matiere” (los principios de derecho internacional en la materia), reconociendo que se trata de criterios generales y, por consiguiente, aplicables en todos los casos de interpretación.

(1011) Tratado Bilateral de Inversiones suscrito por el Perú con España, artículo 9º,3.

(1012) Tratado Bilateral de Inversiones con Canadá, artículo 40º (2).

(1013) Tratado de Promoción y desarrollo de las Inversiones con China, artículo 8º (4).

(1014) Tratado de Libre Comercio del Perú con los Estados Unidos, artículo 10.22.2. (b). (ii).

plenas”⁽¹⁰¹⁵⁾. Asimismo, el Tratado de Libre Comercio con China recientemente celebrado, aun cuando no se refiere con esas palabras a un *standard* mínimo, introduce expresamente los elementos fundamentales del *standard* mínimo de protección exigido por el actual Derecho internacional consuetudinario, incluyendo los principios de no discriminación, trato justo y equitativo y plena protección y seguridad, prohibición de expropiación directa o indirecta salvo casos excepcionales cuyas condiciones son detalladas en el Tratado, compensación por pérdidas por causa de guerra, insurrección y otros casos similares, libre transferencia de utilidades, intereses, regalías, capital, etc.⁽¹⁰¹⁶⁾. Disposiciones similares, con mención directa a esos *standards* creados por la jurisprudencia y la doctrina del derecho internacional consuetudinario económico (tales como el trato justo y equitativo) las encontramos en los Tratados con Alemania, Argentina, Chile, Colombia, Corea, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Francia, etcétera.

¿Podría decirse que esos *standards* incluidos en los Tratados Bilaterales de Inversión rigen en tanto que forman parte de un Tratado pero que no tienen una existencia independiente como derecho internacional consuetudinario?

En mi opinión, tal interpretación restrictiva sería equivocada por cuanto el Derecho peruano, conforme se ha visto, ha reconocido desde mucho tiempo atrás —cuando menos desde el Código Civil de 1984— la vigencia de ciertos principios generales que constituyen un derecho internacional consuetudinario. Y en la mayor parte de estos Tratados Bilaterales de Inversión se establece que, en caso de controversia arbitral, aplicará “también los principios de derecho internacional en la materia”⁽¹⁰¹⁷⁾.

Y en los textos de esos Tratado firmados por el Perú advertimos que el espíritu de su redacción ha estado determinado por la existencia de ese derecho internacional consuetudinario. El Tratado Bilateral de Inversiones con Bélgica y Luxemburgo, de fecha anterior, dispone que “Todas las inversiones realizadas por inversionistas de una parte Contratante gozarán de un tratamiento justo y equitativo en el territorio de la otra Parte Contratante, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario”⁽¹⁰¹⁸⁾, dejando claro que la regla del trato justo y equitativo proviene del derecho consuetudinario.

(1015) Tratado de Libre Comercio del Perú con los Estados Unidos, artículo 10.5 (a).

(1016) Tratado de Libre Comercio Perú-China, artículos 128°-136°.

(1017) Alemania, artículo 10° (5); Argentina, artículo 10° (4); Canadá, artículo 40.1 (b) (ii);

(1018) Tratado Bilateral de inversiones con Bélgica, artículo 3, primer párrafo.

La nueva Ley de Arbitraje que es materia de este comentario, re-fuerza y explicita esta tendencia de incorporar el derecho internacional consuetudinario como principios generales que deben gobernar la ley aplicable cualquiera que ésta sea, cuando en su artículo 57º se establece que en todos los casos, el Tribunal “tendrá en cuenta los usos y prácticas aplicables”. En materia de arbitraje internacional, esta expresión incluye sin lugar a dudas el derecho internacional consuetudinario.



Art. 58º.—Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:

Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.

Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación 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.

Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede

ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.

El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.

2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.

3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

COMENTARIO⁽¹⁰¹⁹⁾

SUMARIO: 1. *Rectificación, Interpretación, Integración y Exclusión.*

1.1. Introducción. 1.2. Rectificación del laudo. 1.3. Interpretación.

1.4. Integración. 1.5. Exclusión. 2. Consideraciones finales.

1. RECTIFICACIÓN, INTERPRETACIÓN, INTEGRACIÓN Y EXCLUSIÓN

1.1. Introducción

El primer tema que analizaremos es el referido a las solicitudes (también llamados recursos no impugnativos), tres de los cuales pueden ser también actos de oficio, que caben contra el laudo arbitral y que están contenidos en el artículo 58° de la LA. La derogada LGA, establecía que una vez que las partes tomaban conocimiento del laudo arbitral, tenían la posibilidad de solicitar al tribunal arbitral que se pronuncie cuando ello era necesario pues el laudo arbitral no era cla-

(1019) Por **MANUEL DIEGO ARAMBURÚ YZAGA**: Socio del Estudio Aramburu, Camino, Boero Abogados. Profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

ro, o era necesario corregirlo, o se había omitir resolver algún punto controvertido y, por tanto, ese pronunciamiento contribuyera a su fin abstracto último: la resolución de la *litis*. Nos referimos a la aclaración, corrección e integración del laudo arbitral.

Como hemos dicho ésta se planteaba ante el propio tribunal arbitral y debía ser resuelto por el mismo. A través de ellos, no cabía, solicitar la variación del resultado del arbitraje ni solicitar la modificación de temas de fondo del laudo ni de sus efectos; simplemente tenían como objetivo que el laudo se corrija, se complete, o se aclare y, por tanto, que pueda ser ejecutado conforme lo ordenado por el tribunal arbitral. De manera general debemos decir, que hoy la situación es similar⁽¹⁰²⁰⁾.

Hoy en día, la LA mantiene la misma esencia, pero ha variado la denominación de las solicitudes —o actos de oficio que puede realizar el tribunal respecto del laudo—. Hoy la LA las denomina rectificación (a la que antes era corrección) e interpretación (a la que se denominaba aclaración), la LA mantiene la denominación de integración para esta solicitud y adicionalmente, la LA ha agregado a la exclusión de laudo. Esta última es absolutamente novedosa —y nos atrevemos a decir, a riesgo de equivocarnos— que se trata de una creación de la ley peruana, puesto que no hemos encontrado al respecto, referentes en la doctrina o jurisprudencia.

Es importante precisar que en nuestra opinión, la LA ha colocado a la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, en un peldaño superior —en importancia— del que se les otorgaba en la LGA. En efecto, ahora su interposición constituye requisito de procedencia indispensable, cuando el defecto se puede corregir por esta vía, para poder recurrir vía anulación del laudo arbitral ante el Poder Judicial. Efectivamente, como se puede apreciar del inciso 7 del artículo 63° de la LA, no procede la anulación de un laudo arbitral cuando la causal por la que se pretende que el laudo sea anulado, hubiera podido ser subsanada mediante, cualquiera de los recursos a los que nos

(1020) Es importante precisar que a nivel constitucional los conceptos son similares y tienen la misma utilidad de este modo la Resolución del Tribunal Constitucional N° 10063-2006-PA/TC, 8 de octubre de 2008 señala: “Que de acuerdo con el artículo 121° del Código Procesal Constitucional, el Tribunal Constitucional, de oficio o a instancia de parte, puede aclarar algún concepto o subsanar cualquier error material u omisión en que hubiese incurrido.

De este modo, mediante la solicitud de aclaración sólo se puede peticionar la corrección de errores materiales manifiestos o errores aritméticos, la aclaración de algún concepto oscuro, o la rectificación de alguna contradicción manifiesta que se evidencie del propio texto de la sentencia, sin necesidad de nuevas deducciones o interpretaciones”.

estamos refiriendo⁽¹⁰²¹⁾, con lo cual se han constituido en requisito de procedencia del recurso de anulación de laudo arbitral.

De este modo, hoy en día es necesario revisar el laudo arbitral a fondo antes de plantear la anulación, y si los cuestionamientos contra él pudiesen ser resueltos por los propios árbitros vía la rectificación, interpretación, integración o exclusión, éstos deben plantearse. Podemos decir que se establece así en la LA, un requisito previo a la anulación; deben necesariamente interponerse estos recursos (cuando fuese posible hacerlo) puesto que de no hacerlo —y con ello haber podido subsanar el cuestionamiento o causal de anulación planteada—, no procederá recurrir vía anulación del laudo. Esta nueva situación tiene una lógica muy clara: el recurso de anulación es el último recurso contra las deficiencias de un laudo o proceso arbitral, y se debe plantear cuando ellas no han podido ser resueltas, rectificadas o solucionadas dentro del marco del arbitraje mismo. De ahí, que resulte coherente, que los laudos no acaben en sede judicial, sin previamente haber agotado todos los medios que la ley confiere para solucionar, al interior del proceso arbitral, las deficiencias que en él se puedan suscitar.

Finalmente corresponde indicar que contra la resolución del tribunal que rectifica, interpreta, integra o excluye el laudo, no cabe la interposición de recurso de reconsideración, lo cual tiene mucho sentido porque, esta resolución forma parte del laudo, y contra el laudo, no cabe interponer el recurso referido.

1.2. Rectificación del Laudo

Señala la ley que cualquiera de las partes puede pedir, dentro de los 15 días de notificado el laudo arbitral, la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático, o de naturaleza similar, así por ejemplo: podría ocurrir que en un laudo arbitral se ordene a una de las partes pagar a la otra un monto “x” de dinero, que para determinarlo, el tribunal arbitral haya procedido a sumar varios conceptos, pudiendo haber ocurrido que las cantidades a sumar sean correctas pero que se haya cometido un error al sumarlas. De esta forma, en la parte resolutive del laudo se consignará un resultado incorrecto. Este es un típico caso en el que procederá la rectificación del laudo arbitral.

La LGA, llamaba a esta solicitud “corrección” de laudo pero la actual ley ha modificado su denominación por el de “rectificación”, sin que ello implique que se haya modificado su esencia; ya que en el fondo siguen siendo lo mismo con otro nombre.

(1021) Rectificación, interpretación, integración o exclusión.

Es importante considerar que con la rectificación del laudo, no cabe la modificación de la decisión en cuanto al fondo de la misma, únicamente cabe, como hemos dicho, corregir algún error formal o material⁽¹⁰²²⁾.

La rectificación de laudo arbitral, por tanto, no resultará procedente si mediante su planteamiento se le solicita al tribunal arbitral —directa o indirectamente— que rectifique su análisis, que aprecie nuevamente los hechos o las pruebas porque a decir de la parte que la solicita ha cometido un error que debe ser rectificado, o que aplique una ley diferente. Por ejemplo, sustentar que el tribunal arbitral valoró una prueba de manera errada y rectifique tal hecho o que no consideró la importancia una prueba que resultaba vital para el caso, o que aplicó una ley incorrecta, o que su interpretación, respecto de la norma aplicada es errada, no son solicitudes amparables vía la rectificación de laudo arbitral. La rectificación, en suma, no constituye una apelación encubierta del laudo arbitral, no se debe buscar con ella que se vuelva a analizar el caso. Por ello, la norma no permite al tribunal arbitral revisar el fondo de lo resuelto o volver a analizarlo y emitir un nuevo pronunciamiento.

La gran mayoría de legislaciones arbitrales latinoamericanas reconocen la posibilidad de rectificar o corregir este tipo de errores en los laudos, pero no todas reconocen su ejercicio de la misma manera, así algunas permiten al tribunal actuar de oficio cuando otras requieren que su actuación para rectificar el laudo, sea a pedido de parte⁽¹⁰²³⁾.

Consideramos que respecto de la rectificación del laudo, la posición adoptada por nuestra ley es la más adecuada, pues permite que sea corregido de oficio, directamente cuando el tribunal arbitral toma conocimiento o detecta la existencia de un error, o pueda actuar a solicitud de una de las partes⁽¹⁰²⁴⁾. Es decir, nuestra ley permite que se

(1022) FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*. Emmanuel Gaillard & John Savage Editors, Kluwer Law International, 1999, p. 778, “Correction is only possible with respect to a clerical, computational or typographical error or any errors of similar nature, contained in the award.” Y continúa “This means that where the arbitration rules or the procedural law allows the arbitrator to correct clerical errors, that remedy cannot be used to alter the meaning of the decision.”

(1023) CANTUARIAS SALAVERRY Fernando, *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 362, “Sobre el primer tema El Salvador, Honduras, Guatemala, Ecuador, Colombia, México, Nicaragua, Bolivia, Chile, Paraguay y Perú se autoriza que los árbitros corrijan el laudo arbitral de oficio, mientras que tratándose de Panamá Costa Rica y Brasil se requiere una solicitud de parte”.

(1024) Ver artículo 58°, incisos 1 a), del D. Leg. N° 1071 y artículo 54° de la derogada Ley 26572.

actúe de ambas maneras. Esta condición no ha cambiado respecto de la ley derogada, puesto que también permitía a los árbitros actuar de oficio o a pedido de parte.

Un aspecto novedoso que merece ser considerado, es que la ley derogada no señalaba que la solicitud de corrección de laudo debía ser puesta en conocimiento de la otra parte. Hoy en día la norma establece que la solicitud debe ser puesta en conocimiento de la otra parte la que tendrá un plazo de quince días para expresar lo que considere conveniente. Si bien conceptualmente no es incorrecto que en un arbitraje los recursos o solicitudes presentados por una parte se pongan en conocimiento de la parte contraria, tenemos nuestras reservas al respecto de la necesidad de poner en conocimiento de la contraria una solicitud de rectificación del laudo, puesto que muchas veces no es necesario esperar a la opinión de la otra parte para corregir el laudo, o ésta resultará irrelevante. De este modo, consideramos que debió dejarse a criterio del tribunal arbitral la decisión acerca de si procede o no a notificar a la parte contraria con la solicitud de rectificación, ya que si bien estamos de acuerdo que esta solicitud se ponga en conocimiento de la parte contraria y se espere su opinión cuando se trata de situaciones dudosas o que ameritan su opinión, no es así cuando se trata de situaciones claras y precisas sobre las que no es necesario esperar la opinión de la contraria, como podría ocurrir si, por ejemplo, hay que corregir una dirección o corregir una sumatoria. Es por ello que consideramos que, en aras de la celeridad, la LA debió dejar a decisión del tribunal esta decisión.

Creemos, que nuestra opinión queda reforzada, aun más, cuando la propia ley permite al tribunal arbitral rectificar de oficio su laudo lo que implica corregirlo sin el impulso o participación de las partes.

1.3. Interpretación

Contra el laudo arbitral también cabe interponer la solicitud de interpretación, la cual deberá ser resuelta por el propio tribunal arbitral. En la LGA, se le denominaba aclaración de laudo. Es importante precisar que si bien el nombre de la solicitud ha sido modificado el objeto de la misma se ha mantenido. Es pues, mediante la interpretación del laudo que el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. Al igual que en el caso de la corrección del laudo la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto. Es decir, al igual que la rectificación, la interpretación no puede utilizarse como una apelación encubierta.

La LA permite que los árbitros interpreten el laudo de oficio. Esta posibilidad es una novedad respecto de la ley derogada, puesto que la LGA, sólo permitía la interpretación de los laudos a pedido de parte. En realidad consideramos que es difícil y hasta improbable que un tribunal arbitral, luego de emitido el laudo, considere que éste no es del todo claro y proceda a interpretarlo de oficio, pero en cualquier caso no somos contrarios a esta nueva posibilidad que establece la ley.

Es perfectamente justificable que exista la posibilidad de que el tribunal arbitral pueda interpretar el laudo luego de emitido, puesto que un laudo, que pueda ser interpretado de más de una manera o un laudo que no sea claro, definitivamente no va a cumplir su objetivo, ya que aun luego de emitido, podría generar que continúen dudas acerca de la controversia.

Como ocurre con la rectificación del laudo a la que ya nos hemos referido, con la solicitud de interpretación no puede pretenderse plantear una apelación encubierta, todo lo contrario, lo que se pretende con la solicitud de aclaración es que el laudo pueda ser ejecutado correctamente, en el verdadero sentido que los árbitros quisieron.

La LA no señala expresamente cuáles son los alcances de la interpretación de laudo, pero no cabe duda que los alcances son los mismos que los que señala el artículo 406° del Código Procesal Civil⁽¹⁰²⁵⁾ para el caso de las resoluciones judiciales, esto es, que la aclaración no puede modificar el contenido de la decisión. Efectivamente, la aclaración ahora denominada interpretación del laudo busca únicamente que el tribunal arbitral, interprete o esclarezca aquello que resulte ser dudosos o que efectivamente puedan interpretarse en más de un sentido.

Ahora bien, ¿qué puede interpretarse del laudo? La derogada LGA no señalaba qué sección del laudo podría o de ser el caso debía ser aclarada, hoy interpretada; sin embargo, la LA sí lo señala. La LA, indica que en principio únicamente cabe interpretar la parte resolutive del laudo arbitral; sin embargo, excepcionalmente podrá interpretarse algunas secciones de la parte considerativa si es que influyen directa-

(1025) *“Artículo 406°.- Aclaración.*

El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo, antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.”

mente en la parte resolutive y, por tanto, pueda afectar los alcances de la ejecución⁽¹⁰²⁶⁾.

De este modo, la regla general es que únicamente pueda interpretarse la parte resolutive del laudo, sin embargo, si el razonamiento expresado por el tribunal arbitral no es coincidente con lo expresado en la parte resolutive, o mejor dicho, si el razonamiento puede generar dudas respecto de los efectos del laudo, cabe solicitar la interpretación de algún extremo de la parte analítica del laudo arbitral.

1.4. Integración

La tercera solicitud que puede ser planteada ante los propios árbitros es la solicitud de integración de laudo, cuyo objetivo es que el tribunal arbitral complete el laudo, de modo tal que se resuelvan también aquellos extremos de la controversia que se sometieron a su conocimiento y que omitió resolver⁽¹⁰²⁷⁾. Es decir, se busca que el tribunal arbitral corrija una omisión y resuelva todos los temas que se sometieron a su conocimiento.

Ahora bien, mediante la integración del laudo no puede pretenderse que el tribunal arbitral se pronuncie sobre todos aquellos temas que pueden haber sido tratados en el arbitraje, ya que no necesariamente, al abordarse todos los temas en el laudo, se resuelve la controversia; ni para resolverla se requiere necesariamente analizar todos y cada uno de los temas discutidos. Lo que se busca cuando se solicita la integración del laudo es evitar que queden pendientes de resolver temas que se solicitaron al tribunal que resuelva, puesto que la intención de las partes al momento que encargaron a los árbitros resolver su controversia es justamente que toda ella quede resuelta y no que lo hagan de manera parcial o incompleta⁽¹⁰²⁸⁾.

(1026) Resolución, N° 40 del 17 de diciembre de 2008 Consorcio Vial Ichu / Provias Nacional www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/Resoluci%F3n_N%BO_40.pdf segunda página: “En efecto, la aclaración tiene únicamente por objeto solicitar al juzgador que aclara aquellos extremos de la parte resolutive del fallo que resulten oscuros o dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del fallo; vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes”.

(1027) VIDAL RAMIREZ, Fernando, *Manual de Derecho Arbitral*, 1ª ed., Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 135, “La integración tiene por finalidad salvar las omisiones en que pueda haber incurrido el laudo al no haber resuelto alguno de los puntos materia de la controversia”.

(1028) CASTILLO FREYRE, Mario, *Arbitraje y Debido Proceso (autores diversos)*, Vol. N° 2, Palestra Editores, Lima, 2007, p. 354, “La figura de la integración busca que dentro del plazo indicado, los árbitros pueden también integrar el laudo si se hubiese omitido resolver algunos de los puntos materia de controversia”.

Es importante precisar que una costumbre que se ha desarrollado en el Perú que pretende evitar incurrir en la necesidad de tener que integrar un laudo arbitral, es la elaboración de un acta de determinación de puntos controvertidos, mediante la cual se fija la pauta que deben seguir los árbitros al momento de resolver la controversia, evitando laudos incompletos y laudos que excedan las facultades de los árbitros.

La necesidad de regular la posibilidad que tienen los árbitros de integrar un laudo se da porque el contenido del laudo debe estar enmarcado por la materia que las partes sometieron a su conocimiento y decisión, siendo obligación de los árbitros pronunciarse sobre todos los puntos sometidos a su conocimiento, pero no pudiendo excederse de lo que se les solicitó. De este modo, la LA ha considerado que la integración puede realizarse a solicitud de parte o a iniciativa de los árbitros, así los árbitros pueden solucionar una omisión, sin necesidad de esperar a que las partes, la adviertan.

Resulta pertinente indicar que si bien, conforme al inciso 7 del artículo 63° de la LA, solicitar la integración del laudo, constituye requisito de admisibilidad para plantear el recurso de anulación de laudo, la LA no ha contemplado como causal para anular un laudo el que esté incompleto. Efectivamente el haber omitido resolver algún asunto materia de la controversia, o el hecho de no haber laudado sobre un tema que fue sometido a conocimiento de los árbitros, no es causal de anulación de laudo prevista en la LA. En tal sentido nos parece que existe un error en la LA, que si bien no causa perjuicios merece en algún momento corregirse.

En el sentido de lo expuesto es pertinente indicar que la causal para poder solicitar la anulación de un laudo, más parecida, afecta sólo a los laudos arbitrales que contengan excesos, pero no omisiones, así el inciso d) del artículo 63° de la ley, cuando se refiere a la anulación de laudos señala que será anulado el laudo si la decisión del tribunal arbitral implica haber resuelto sobre materias no sometidas a su conocimiento (*extra petita o ultra petita*), pero no cuando los árbitros hubieran laudado omitiendo resolver sobre alguna materia sometida a su decisión (*infra petita*). De tal manera, no obstante que se señale en el numeral 7 del artículo 63° que la integración del laudo es un requisito de admisibilidad para solicitar la anulación del mismo por esa causal ello nunca ocurrirá, puesto que la omisión de resolución de un punto controvertido en el laudo, no es causal de anulación del laudo arbitral.

1.5 Exclusión

Respecto de la exclusión de laudo y antes de entrar a explicarla, es importante precisar que no hemos encontrado antecedentes de ella

por lo que —a riesgo de equivocarnos— consideramos que se trata de un recurso novedoso, pero sumamente útil y por ello incluido en la ley.

Como bien dice ROQUE CAIVANO⁽¹⁰²⁹⁾ los árbitros deben resolver todos los puntos litigiosos que se sometieron a su conocimiento, y deben resolver sin extenderse a otras materias que las partes no han consentido en someterlas a su conocimiento. El fundamento de esta posición es el origen voluntario de la jurisdicción de los árbitros. Esto significa que los árbitros no pueden pronunciarse sobre aquello que no hubiere sido sometido por las partes a su conocimiento, puesto que depende de ellas la decisión de lo que quieren o no que los árbitros resuelvan. Así las cosas, es claro que un laudo que contenga materias no sometidas por las partes a decisión del tribunal arbitral podrá ser anulado total o parcialmente (esto último si es posible separar los excesos)⁽¹⁰³⁰⁾.

Como bien dice la norma, mediante la exclusión se pretende que el tribunal arbitral excluya o retire del laudo algún extremo que ha sido resuelto por el tribunal pero que no fue sometido por las partes a su conocimiento.

Como se puede apreciar, este recurso sirve para corregir algún exceso que pudiera haber cometido el tribunal arbitral, y de este modo permite que sea el propio tribunal arbitral quien elimine, retire o excluya del laudo aquello resuelto que no fue solicitado por las partes, de modo tal que se corrija así un laudo que podría ser anulado total o parcialmente por ser *extra petito* o *ultra petito*. A diferencia de los demás recursos o solicitudes a las que nos hemos referido, conforme al inciso f) del artículo 58° de la LA, el tribunal arbitral no puede, de oficio, proceder con la exclusión del laudo arbitral, debe por tanto actuar necesariamente a pedido de parte. La razón por la que entendemos ello ocurre, es porque si las partes no solicitan la exclusión, aceptan de manera tácita el someterse a la decisión de los árbitros, incluso respecto de lo que inicialmente no se encargó al tribunal arbitral, dando por válido el laudo.

Este recurso, como hemos dicho es novedoso en nuestra legislación, y en nuestra opinión cubre una necesidad práctica ya que en más de una ocasión se ha planteado la anulación de un laudo por haber los árbitros excedido en el encargo, cuando ello pudo fácilmente ser corregido por el propio tribunal arbitral.

(1029) CAIVANO Roque J., “Los Laudos Arbitrales y su Impugnación por Nulidad”. En: Jurisprudencia Argentina, N° 5869, Buenos Aires, 23 de febrero de 1994, p. 8.

(1030) Ver Inciso d) del artículo 63° de la Ley de Arbitraje.

2. CONSIDERACIONES FINALES

Finalmente, nos parece interesante resaltar que concordante con lo que la LA ha logrado a través de todo su articulado, la nueva redacción de los artículos bajo comentario, ha contribuido a alejar aun más la intervención del poder judicial en los arbitrajes. Efectivamente, siendo ahora requisito de procedencia del recurso de anulación plantear previamente la rectificación, interpretación, integración o exclusión de laudo (claro está, cuando a través de ellos sea posible subsanar los errores que acarrearían la anulación), se reducirán posibles anulaciones ya que serán los propios árbitros los que necesariamente y de primera mano tendrán la oportunidad de corregir deficiencias que podrían generar la anulación del laudo y de ese modo alejar más la intervención del Poder Judicial.

Por último y para terminar, es preciso tener en cuenta que de conformidad con lo establecido por el numeral 5 del artículo 72° de la LA, y siguiendo el mismo criterio que la LGA, queda claro que el tribunal arbitral no puede cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo.



Art. 59°.—Efectos del laudo.

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.

2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.

3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, salvo que resulte aplicable el artículo 67°.

COMENTARIO⁽¹⁰³¹⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Efectos del Laudo Arbitral.*

(1031) Por MANUEL DIEGO ARAMBURU YZAGA: Socio del Estudio Aramburu, Camino, Boero Abogados. Profesor de Arbitraje en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando sometemos una controversia a arbitraje es porque consideramos que ésta se resolverá con la emisión del laudo, de manera más rápida que a través del proceso común. La emisión del laudo arbitral nos indica que el arbitraje ha llegado a su fin, es decir, se ha emitido el pronunciamiento que pone fin a la controversia y, por tanto, que los árbitros han cumplido el encargo que les fuera encomendado por las partes, concluyendo la función para la que fueron elegidos. En cierta medida, ello es correcto, puesto que el laudo por definición es el punto final del arbitraje, y conforme a la LA produce los efectos de cosa juzgada; digo que en cierta medida es correcto puesto que como hemos visto, aún después de emitido el laudo, es posible que los árbitros emitan resoluciones posteriores, que si bien no tienen por objeto modificar la esencia del mismo, pueden corregirlo, esclarecer su entendimiento y su correcta ejecución.

En esta oportunidad nos corresponde analizar los artículos de Los Efectos del Laudo Arbitral.

2. EFECTOS DEL LAUDO ARBITRAL

Comenzaremos por señalar que la Ley ha establecido claramente que el laudo arbitral es definitivo, inapelable, de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes y que el mismo produce los efectos de la cosa juzgada⁽¹⁰³²⁾. Como cosa juzgada, evidentemente, generará efectos sustantivos y procesales⁽¹⁰³³⁾. El efecto sustantivo o material más importante, claro está, es que pone fin al conflicto o disputa, disponiendo el cumplimiento obligatorio del mandato o mandatos en él contenido⁽¹⁰³⁴⁾; la LA, en el inciso 2 del artículo 59°, es clara

(1032) FOUCHARD GAILLARD GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Emmanuel Gaillard & John Savage Editors, Kluwer Law International, 1999, p. 775, “*The making of an Arbitral Award has a number of immediate effects of termination arbitrator’s jurisdiction over the dispute that they have resolved and marks the point in time from which the award is res judicata with regards to the dispute*”.

(1033) MERINO MERCHÁN, José F., *Tratado De Derecho Arbitral*, Navarra, Civitas, 2006, p. 1732, “Efecto de la cosa juzgada formal de los laudos es la firmeza o imposibilidad de atacar en vía de recurso la decisión tomada, y permitiendo, en definitiva, la eficacia de la cosa juzgada material y la ejecutabilidad de lo fallado a través del trámite correspondiente de exequatur”.

(1034) MERINO MERCHÁN, José F., *op. cit.*, ps. 1726/1727, “Efecto sustantivo primordial de la sentencia arbitral será, pues, la obligación que asumen las partes de cumplir con el fallo, como última derivación de lo convenido. Son muchas las leyes nacionales y reglamentos de arbitral que resaltan este aspecto obligacional de la sentencia arbitral, sobre todo en países ubicados en el área anglosajona, poniendo de relieve el compromiso de las partes en acatar y cumplir lo dispuesto por el árbitro”.

en este sentido. En lo que respecta a los efectos procesales o formales del laudo arbitral, tenemos como el principal de ellos que se trata del acto procesal último; el que determina la culminación del arbitraje mismo⁽¹⁰³⁵⁾.

Además, al ser el laudo el acto final que realizan los árbitros⁽¹⁰³⁶⁾, se extingue la capacidad que las partes les otorgaron y la LA les reconoce para juzgar. Por consiguiente, con la expedición del laudo se extingue la “jurisdicción temporal”⁽¹⁰³⁷⁾. Es decir, con la emisión de laudo los árbitros pierden jurisdicción⁽¹⁰³⁸⁾.

No obstante lo señalado, la LA reconoce excepciones a la regla a la que nos hemos referido en el párrafo precedente —que el laudo pone fin a la función o jurisdicción arbitral—, extendiéndola más allá del laudo. La primera es la contenida en el artículo 58° de la ley que permite a los árbitros resolver solicitudes de las partes —o actuar de oficio—, luego de haber emitido el laudo, a decir: la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, sobre los que trataremos más adelante. La segunda excepción, es la facultad para ejecutar su propio laudo arbitral⁽¹⁰³⁹⁾.

Nos hemos referido a que la LA confiere el efecto de cosa juzgada a los laudos arbitrales. Este efecto de cosa juzgada es inherente a las sentencias y conforme a ley a los laudos. Por ello, emitido el laudo arbitral, los asuntos que fueron resueltos por dicho laudo, no podrán ser revisados o ser objeto de nuevo juicio o arbitraje. Es decir, el efecto de la cosa juzgada impide que se someta a un nuevo proceso arbitral o judicial un mismo conflicto, de modo tal que se pueda emitir un “segundo” o posterior pronunciamiento sobre lo mismo. Asimismo, al tener

(1035) MATHEUS LÓPEZ, Carlos A., *Introducción al Derecho Arbitral*, Semper Veritas, Lima, 2006, p. 178, “La LGA atribuye cosa juzgada —formal y material— al laudo arbitral contra el que una no es posible recurrir, vía anulación o apelación, una vez que haya transcurrido el plazo para plantearlas o cuando ya se agotaron tales recursos legalmente establecidos.

(1036) FOUCARD GAILLARD GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*. Emmanuel Gaillard & John Savage Editors. Kluwer Law International, 1999, p. 775, “*Even when not provided by the applicable procedural law, and arbitral award should certainly be considered as ending the arbitrator’s jurisdiction over the dispute it resolves*”.

(1037) Recordemos que los árbitros únicamente tienen capacidad para juzgar aquellos casos para los que son designados voluntariamente por las partes.

(1038) MERINO MERCHÁN, José F., *op. cit.*, p. 1727, “La sentencia pone punto final al arbitraje y produce *ipso facto* la desinvestidura de la jurisdicción temporal que ellos representan”.

(1039) Facultad que puede otorgarse a los árbitros, como lo hace la ley, en el artículo 67°.

el laudo arbitral efectos de cosa juzgada, impide que se pueda atacar el fondo del laudo, para modificar el resultado del arbitraje, lo que determina pues, que la resolución sea firme⁽¹⁰⁴⁰⁾.

Si bien la derogada LGA, también reconocía a los laudos arbitrales los efectos de la cosa juzgada, permitía que en algunos casos pueda interponer recurso de apelación contra ellos, lo cual en cierta medida implicaba que el laudo no necesariamente fuese el acto final. La vigente ley, con criterio acertado a nuestro parecer, cambió de posición y eliminó la posibilidad de apelación de los laudos arbitrales. Así las cosas, emitido el laudo, no cabe pues recurrir a una segunda instancia arbitral ni judicial para cuestionar el fondo de la controversia. Ya no cabe pues cuestionar la decisión que, respecto del fondo del conflicto, tomaron los árbitros a través del laudo, estemos o no de acuerdo con la misma, la que es final y definitiva⁽¹⁰⁴¹⁾.

Claro está que cabe plantear el recurso de anulación contra el laudo, materia que no será abordada en el presente artículo, pero si debemos desde ya destacar que a través del recurso de anulación no se pretende cuestionar el fondo de la controversia (es más está prohibido hacerlo), sino únicamente se puede revisar que el arbitraje se haya desarrollado adecuadamente, por ello, el laudo arbitral, siempre que haya sido emitido en el marco de un arbitraje conducido siguiendo las formalidades de ley, pone punto final al conflicto.

Al ser entonces el laudo arbitral el punto final del arbitraje, y siendo que pone fin al conflicto, las decisiones en él contenidas resultan de obligatorio cumplimiento para las partes y ante la renuencia de una de ellas para cumplirlo, puede la parte afectada, pedir que el laudo sea ejecutado ante el poder judicial (salvo que las partes hubieran otorgado a los árbitros facultades de ejecución conforme al artículo 67° de la LA).

Finalmente, respecto a los efectos del laudo, es importante precisar que el laudo —y el efecto de cosa juzgada que conlleva—, no afecta al convenio arbitral. En este sentido, si bien concluye el arbitraje con la emisión del laudo y con él la controversia queda resuelta definitivamente, perdiendo los árbitros jurisdicción respecto de tales materias, esta situación no afecta al acuerdo que dio origen al arbitraje, por lo que, si en el futuro existieran otras controversias entre las partes, dife-

(1040) MERINO MERCHÁN, José F., *op. cit.*, p. 1731, “Entendida como la imposibilidad de atacar directamente el resultado del proceso, la cosa juzgada formal se inscribe dentro del proceso mismo del que la sentencia trae causa [...]”.

(1041) Claro está que ello no aplica a los procesos arbitrales que están siendo tramitados bajo los efectos de la aplicación ultractiva de la Ley General de Arbitraje, Ley 26572.

rentes de la que fueron materia del laudo y siempre que estas nuevas controversias estuvieran dentro de los alcances del mismo convenio arbitral, puede perfectamente volver a iniciarse otro arbitraje, ya que, como hemos dicho, para ello estará plenamente vigente el convenio arbitral. De esta manera, salvo por la controversia resuelta en el laudo, cualquier otra controversia que pudiera presentarse entre las partes, siempre que estén vinculadas al convenio arbitral, podrá ser resuelta por esta vía.



Art. 60°.—Terminación de las actuaciones.

1. Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67°.

2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones:

a. Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.

b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.

c. Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

COMENTARIO⁽¹⁰⁴²⁾

SUMARIO: *1. Terminación de las actuaciones. 1.1. Introducción. 1.2. Funciones del árbitro una vez que termina el arbitraje. 1.3. Terminación de las actuaciones por orden del tribunal arbitral. 2. Conclusiones.*

(1042) Por **HUGO SOLOGUREN CALMET**: Consultor Privado - Árbitro. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

1. TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

1.1. Introducción

Hace unos años, cuando se hablaba de arbitraje, los que no eran abogados —e inclusive muchos de ellos— pensaban inicialmente en un partido de fútbol y no en un método alternativo de solución de conflictos.

A la fecha, la forma descrita precedentemente respecto a cómo se entendía el arbitraje ha variado y ya muchas personas —sin ser abogados— conocen la materia o por lo menos tienen alguna idea sobre ella. En la actualidad, se ha vuelto cotidiano tanto para personas naturales como jurídicas, nacionales o extranjeras, pactar el arbitraje como un medio alternativo de resolución de sus conflictos.

El D. Leg. N° 1071, que norma el Arbitraje, vigente desde el 1 de setiembre de 2008, es una consecuencia del desarrollo del arbitraje en el Perú, facilitando su inicio, desenvolvimiento, celeridad, eficacia e independencia *per se* respecto del Poder Judicial.

Los presentes comentarios están referidos a la finalización de las funciones de los árbitros al culminar el arbitraje.

1.2. Funciones del árbitro una vez que termina el arbitraje

El tribunal arbitral o el árbitro único cesarán en sus funciones con la emisión del laudo y, de ser el caso, con alguna actuación posterior de conformidad a lo señalado en el numeral 1 del artículo 60° del Decreto Legislativo:

“Artículo 60°.- Terminación de las actuaciones

Las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que se resuelva definitivamente la controversia y, en su caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67° [...].”

El primer numeral del citado artículo está referido a la terminación del arbitraje. Al respecto, la LGA no contenía una norma expresa que indicara cuándo terminaba el arbitraje ni cuándo el árbitro único o el tribunal arbitral cesaba en sus funciones como sí lo hace ahora el referido artículo 60° de la LA.

Sin perjuicio de lo señalado, en la LGA, el artículo 44° establecía que:

“Artículo 41°.- Conciliación o transacción.- Los árbitros son competentes para promover conciliación en todo momento.

Si antes de la expedición del laudo las partes concilian o transigen sus pretensiones, *los árbitros dictarán una orden de conclusión del procedimiento*, adquiriendo lo acordado la autoridad de cosa juzgada. Si lo piden ambas partes y los árbitros lo aceptan, *la conciliación o transacción se registrará en forma de laudo arbitral* en los términos convenidos por las partes, en cuyo caso se ejecutará de la misma manera que un laudo arbitral. Este laudo no requiere ser motivado.

Cuando la conciliación o transacción fueran parciales, continúa el proceso respecto de los demás puntos controvertidos” (énfasis agregado).

Como se aprecia en el artículo citado, la LGA establecía, de alguna manera, una forma de conclusión del arbitraje, ya sea a través de una conciliación o de una transacción, la cual podía ser homologada como laudo. No obstante ello, evidentemente, era unánime la posición de los involucrados en el arbitraje al entender que el laudo era el que ponía fin al arbitraje.

Con relación a ello, es pertinente mencionar lo señalado por el doctor Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, apoyando la opinión de FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, en el sentido que:

“[...] el laudo arbitral puede ser definido como una decisión final respecto de todo o parte de la disputa sometida a conocimiento de los árbitros, sea que se refiera al fondo de la controversia, la competencia de los árbitros o a temas de procedimiento, siempre y cuando esa decisión sea, como ya se indicó, final”⁽¹⁰⁴³⁾.

La LA establece que el laudo será una decisión final y cesarán las funciones del tribunal arbitral con aquél y, de ser el caso, con la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo.

Respecto a esta innovación, conforme a lo señalado por el artículo 58° de la LA, salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable, las partes tienen quince (15) días, luego de ser notificadas con el laudo para solicitar cualquiera de las posibilidades señaladas en el acápite precedente. Debemos subrayar también, que el tribunal arbitral por iniciativa propia podría realizar la rectificación, interpretación o integración del laudo dentro del plazo de diez (10) días siguientes a su notificación.

Con relación a cuándo el tribunal arbitral cesa en sus funciones, puede no parecer tan claro cuándo es que este hecho se produce en el

(1043) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*. 1ª ed., Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima, 2007, p. 139.

tiempo, ya que la LA señala que esto sucede con la emisión del laudo, pero luego se precisa que pueden solicitarse las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo, de lo cual se entiende que cesarían con la resolución de tales asuntos, pudiendo crear la confusión de si las actuaciones se terminaron con la emisión del laudo o con la resolución de las solicitudes de las partes.

A los efectos de aclarar cualquier eventual confusión, preciso que este cuestionamiento está claramente contemplado en la propia LA, artículo 60°, inc.1. Nos explicamos, las actuaciones arbitrales terminarán y el tribunal arbitral cesará en sus funciones con el laudo por el que resuelve la controversia. Recordemos que la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo forman parte del laudo conforme lo señala el numeral 2 del artículo 58° de la LA cuando precisa lo siguiente:

“Artículo 58°.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo: [...] La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo [...].”

Asimismo, comparto la opinión expuesta por el doctor Mario CASTILLO FREYRE⁽¹⁰⁴⁴⁾ al hacer mención a las solicitudes *ex post* del laudo a las que se refería la LGA:

“Dentro de las obligaciones de los árbitros una vez emitido el laudo están la corrección e integración del laudo, así como la aclaración del mismo solicitada por las partes. Si bien temporalmente éstas se producen *ex post* laudo, lo cierto es que lógicamente son indesligables de él y, en nuestra opinión, más allá de lo que pueda o no decir la Ley, forman parte de él”.

En el caso que ninguna de las partes formule alguna de estas solicitudes, las funciones del tribunal arbitral se entienden terminadas con la emisión del laudo.

Todo lo anteriormente dicho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 67° del mismo cuerpo normativo que prevé dos casos puntuales: el primero, contemplado en el inciso 1, que en estricto constituye una prórroga de competencia cuando por acuerdo de las partes o por estar previsto en el reglamento arbitral aplicable el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones; y el segundo, contemplado en el inciso 2 que establece que el tribunal arbitral cesará en sus funciones cuando estime necesario o conveniente la intervención de la fuerza pública, para los efectos de la ejecución del laudo. En este

(1044) CASTILLO FREYRE, Mario y VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo, *Arbitraje El Juicio Privado: La verdadera reforma de la Justicia*, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 239.

caso particular, no incurre en responsabilidad y debe entregar a la parte interesada, a costa de ésta, copia de los actuados para que recurra a la autoridad judicial competente.

De conformidad a lo regulado por el artículo 54° del D. Leg. N° 1071, es posible que el tribunal arbitral decida la controversia en tantos laudos parciales como le parezcan pertinentes⁽¹⁰⁴⁵⁾. Al respecto FOUCHARD, GALLARD y GOLDMAN, citados por el doctor Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, señalan:

“That approach can be seen in the Dutch Code of Civil Procedure, Article 1049 of which provides that ‘the arbitral tribunal may render a final award, a partial final award, or an interim award.’ [...] the arbitral tribunal takes a final decision or renders interlocutory decisions, through one or more awards”⁽¹⁰⁴⁶⁾.

Sobre el particular, se deberá entender que cesarán las funciones del tribunal arbitral cuando emita el último laudo parcial, definiendo el último extremo de la controversia.

1.3. Terminación de las actuaciones por orden del tribunal arbitral

Adicionalmente a lo anterior y estando a lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 60°, el tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones en determinadas situaciones especiales como:

Cuando el demandante se desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.

Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.

Cuando el tribunal arbitral compruebe que la continuación de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

Respecto al literal a) del numeral 2 del artículo que es materia del comentario, es claro que si el demandante no tiene interés en proseguir con el arbitraje y, en tal sentido, decide desistirse de su demanda, correspondería que el tribunal arbitral ordene su terminación. Pero previamente, el tribunal deberá poner tal situación en conocimiento de la otra parte, la que podrá oponerse a la terminación del proceso si acredita un interés legítimo que sea reconocido por el tribunal.

(1045) “*Artículo 54°.- Laudos*

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios”.

(1046) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *op. cit.*, p. 295.

Es frecuente el caso en que se ha formulado una reconvencción en el arbitraje, situación en la cual no se podrán dar por terminadas las actuaciones arbitrales. Si se produce el desistimiento de la demanda, sin oposición de la otra parte, se terminarán las actuaciones en lo referente a la demanda, más no en cuanto a la reconvencción.

Por otro lado, debemos considerar que en algún momento se podría haber pretendido el uso indebido del artículo de reglas de interpretación para entender que al igual que por el desistimiento de una demanda se debía ordenar la terminación de las actuaciones, lo mismo debería suceder supuestamente con una reconvencción. Es decir, si el reconviniente se desiste de su reconvencción, se podría haber pretendido la terminación de las actuaciones, lo cual no tiene sentido alguno.

Para este supuesto la LA ha previsto la situación ya que en el literal d) de su artículo 6° señala que:

“Artículo 6°.- Reglas de interpretación.

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo:

[...]

d) Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el inciso a. del numeral 2 del artículo 60°” (énfasis agregado).

Tal cual así lo expresa la LA, no en todos los casos deberá entenderse que cuando se hace referencia a la demanda, se debe entender la reconvencción ni, tampoco, en todos los casos a los que se hace referencia a una contestación, deberá entenderse como contestación a tal reconvencción.

Se ha establecido una excepción a la regla del numeral 2 del artículo 60°, porque sería ilógico que las actuaciones arbitrales terminaran cuando, por ejemplo, la parte demandada se desiste de su reconvencción, ya que aún existiría una demanda presentada.

En lo concerniente al literal b) del artículo 60°, evidentemente, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes que dirige al arbitraje, éstas pueden ponerle fin cuando así lo estimen conveniente, sin expresar motivo alguno, ya que la ley no lo ha requerido. Simplemente, las partes deberán manifestar su voluntad de terminar las actuaciones arbitrales y el cese de las funciones del tribunal arbitral.

El literal c) del artículo 60° regula dos situaciones. Primero, autoriza al tribunal arbitral a dar por terminadas las actuaciones arbitrales

y el cese de sus funciones cuando advierta que la continuación es innecesaria. Segundo, autoriza a lo mismo cuando sea imposible que se continúe con ellas.

Por ejemplo, una de las situaciones en las que será innecesario continuar con el arbitraje será el caso en que las partes hayan efectuado una conciliación o una transacción.

El segundo caso se produce cuando no es viable continuar porque simplemente hay una imposibilidad física o jurídica que impide que se prosiga con el arbitraje.

2. CONCLUSIONES

Personas naturales y/o jurídicas, nacionales o extranjeras, pactan el arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos.

El tribunal arbitral o el árbitro único cesarán en sus funciones con la emisión del laudo y, de ser el caso, con las rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones del laudo que son partes integrantes del laudo y forman una unidad con el mismo.

El tribunal arbitral cesará en sus funciones cuando estime necesario o conveniente la intervención de la fuerza pública, para los efectos de la ejecución del laudo. En este caso particular, no incurre en responsabilidad y debe entregar a la parte interesada copia de los actuados.

Si el demandante no tiene interés en proseguir con el arbitraje y, en tal sentido, decide desistirse de su demanda, correspondería que el tribunal arbitral ordene su terminación, siempre y cuando no exista oposición por interés legítimo de la otra parte reconocido por el tribunal. Igual regla se aplica a la reconvencción y respectivas contestaciones.

Las partes pueden poner fin al arbitraje simplemente manifestando su voluntad de terminar las actuaciones arbitrales y el cese de las funciones del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral podrá dar por terminadas las actuaciones arbitrales y el cese de sus funciones cuando advierta que la continuación es innecesaria o imposible.



Art. 61º.—Conservación de las actuaciones.

Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la termi-

nación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.

Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales.

Si se interpone recurso de anulación contra el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de conservar las actuaciones originales y de expedir las copias pertinentes que solicite la parte interesada, a su costo. Resuelto el recurso en definitiva, serán de aplicación los numerales 1 y 2 de este artículo, siempre que no deba reiniciarse las actuaciones o no deba entregarse a éstas a un nuevo tribunal arbitral o la autoridad judicial para que resuelva la controversia.

COMENTARIO⁽¹⁰⁴⁷⁾

SUMARIO: *1. Conservación de las actuaciones. 1.1. Introducción. 1.2. ¿Qué hacer con las actuaciones arbitrales luego del arbitraje? 1.3. Custodia de las actuaciones por las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales. 1.4. Conservación hasta resolverse en definitiva el recurso de anulación. 2. Conclusiones.*

1. CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES

1.1. Introducción

El tema al que se refiere este artículo es el relativo a qué pasa con las actuaciones del arbitraje luego que éste culmina. Esto es de relevancia, ya que, si bien es cierto, el tribunal arbitral cumplió con el encargo de las partes al pronunciarse sobre la controversia a través del laudo arbitral, puede darse el caso que una de ellas formule un recurso de anulación ante el Poder Judicial, a los efectos de cuestionarlo, para lo cual, el juez requerirá de la remisión de las actuaciones del arbitraje. Otro supuesto podría ser que alguna de las partes requiera documen-

(1047) Por **HUGO SOLOGUREN CALMET**: Consultor Privado - Árbitro. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

tos que obren en el expediente tiempo después de la terminación del proceso.

El artículo 61º está referido básicamente a qué es lo que el tribunal arbitral deberá hacer con las actuaciones arbitrales (el expediente completo) una vez que haya concluido el arbitraje.

1.2. ¿Qué hacer con las actuaciones arbitrales luego del arbitraje?

En la LGA, ya había un artículo que señalaba la manera cómo se podían conservar tales actuaciones. En efecto, el artículo 57º señalaba:

“Artículo 57º.- Protocolización y conservación de las actuaciones.- El laudo, sus correcciones, integración y aclaraciones, puede ser protocolizado notarialmente, a solicitud de cualquiera de las partes y a su costo. A tal fin, basta la intervención del árbitro o de cualquiera de los árbitros que designe el tribunal. El expediente del proceso arbitral se conserva en los archivos del Notario que lo protocolice. Los Notarios sólo pueden expedir testimonio o copias simples de la escritura de protocolización, o copias certificadas del expediente, a solicitud de los otorgantes del convenio arbitral, o por mandato judicial. Salvo lo dispuesto en el párrafo anterior, el expediente del proceso arbitral es conservado por la institución arbitral, o en su caso, por el presidente del tribunal arbitral o por el árbitro único”.

En ese caso, podían presentarse las siguientes situaciones:

Que el expediente lo deba conservar el Notario en su archivo por haber sido protocolizado.

Si ninguna de las partes solicitó la protocolización referida precedentemente, entonces debía ser conservado por la institución arbitral que administró el arbitraje o por el presidente del tribunal arbitral o el árbitro único en los arbitrajes *ad hoc* o privados.

Respecto al primer caso, con el respeto que se merecen nuestros amigos notarios, nos preguntamos ¿qué tenían que ver con el arbitraje? ¿Protocolizar el expediente? ¿Para qué? ¿Por qué eran los encargados de tener en su archivo el expediente? Simplemente no encontramos razón alguna para ello, además del altísimo costo que ello implicaba, hubiera sido mucho más eficiente que las partes tengan una copia certificada de aquél, por ejemplo.

Respecto al segundo caso, era un deber que la institución arbitral o, por otro lado, del árbitro único o del presidente del tribunal arbitral conservar tales actuaciones. Es decir, a las instituciones administradoras de arbitrajes o a las personas nombradas se las hacía incurrir en un alto costo para mantener en un archivo todos los expedientes de un arbitraje y, dependiendo de la capacidad física de archivamiento que tuvieran aquellas, no era extraño que tuvieran que contratar a un

tercero que les permitiera cumplir con tal fin. Esto era aun más absurdo si consideramos que tal deber no tenía un plazo determinado y no se tenía en cuenta, que vencido el plazo para el recurso de anulación o interpuesto éste y remitidos los originales al poder judicial, era un deber de diligencia e interés propio de las partes la conservación del expediente, considerando que pudieran existir documentos de importancia o relevancia significativa para ellas.

En cambio, en el primer numeral del artículo 61° de la LA, se establece que las partes podrán pactar un plazo para que el árbitro o el tribunal arbitral conserven la documentación del arbitraje.

Si las partes no hubiesen pactado el plazo referido anteriormente, la documentación del arbitraje sólo debería ser conservada por el tribunal arbitral o árbitro único por un plazo de tres (3) meses desde que se terminaron las actuaciones arbitrales. Es por ello que es relevante determinar cuándo es el momento exacto en que las actuaciones concluyeron.

Dentro del plazo referido precedentemente, las partes podrán solicitar al tribunal arbitral que devuelva los documentos que cada una haya presentado, para lo cual deberán aquellas asumir los gastos que correspondan por tal gestión. En ningún caso, se deberá afectar el secreto de la deliberación arbitral.

1.3. Custodia de las actuaciones por las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales

Por otra parte, reforzando el interés que presenta esta nueva ley en hacer participar cada vez más a las Cámaras de Comercio, el numeral 1 del artículo 61° permitiría que cualquiera de las partes, asumiendo el costo correspondiente, solicite que las actuaciones arbitrales sean remitidas a ellas o a las instituciones arbitrales que tengan dentro de sus servicios los de conservación y archivo de actuaciones arbitrales.

Nótese que las partes no podrán solicitar lo anterior frente a cualquier Cámara de Comercio ni institución arbitral, ya que la LA indica que cualquiera de las instituciones mencionadas deberá proporcionar el servicio de conservación y archivo de actuaciones arbitrales, adicionalmente al servicio de administración de arbitrajes institucionales.

1.4. Conservación hasta resolverse en definitiva el recurso de anulación

En el caso del numeral tercero del artículo 61° de la LA, se establece un deber para el árbitro único o tribunal arbitral, cuando se haya

iniciado el proceso de anulación de laudo. Dicho deber consiste en conservar las actuaciones del arbitraje y expedir las copias pertinentes que la parte interesada solicite, a su costo.

Conforme a lo señalado por este numeral, el tribunal arbitral deberá conservar las actuaciones del arbitraje hasta que se resuelva dicho recurso en definitiva. En este momento, recién se podrá proceder conforme a lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 61º de la LA.

Podría presentarse la situación en la que se deba reiniciar las actuaciones, caso en el cual, el árbitro único o tribunal arbitral no deberá proceder con lo dispuesto en los dos primeros numerales del artículo comentado.

El reinicio de las actuaciones se llevará a cabo en situaciones específicas. Por ejemplo, en el caso dispuesto en el literal b) del numeral 1 del artículo 65⁽¹⁰⁴⁸⁾, referido al reinicio de las actuaciones cuando se haya anulado el laudo arbitral por la causal prevista en el literal b) del numeral 1 del artículo 63º, ya que una de las partes no ha podido hacer valer sus derechos por cualquier motivo.

En este caso, el árbitro único o el tribunal arbitral deberá reiniciar el arbitraje desde el momento en que se violó el derecho de defensa o el debido proceso.

Otro de los casos en que deberá reiniciarse el arbitraje es señalado por el literal c) del numeral 1 del artículo 65⁽¹⁰⁴⁹⁾ en el caso en que el laudo haya sido anulado por la causal prevista en el numeral 1 del artículo 63º, situación en la que las partes deberán nombrar a un nuevo tribunal arbitral o el que tuvo a su cargo el caso deberá reiniciar el arbitraje desde el momento en el que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

(1048) “**Artículo 65º.- Consecuencias de la anulación.**

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

[...]”

b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63º, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

[...]”

(1049) “**Artículo 65º.- Consecuencias de la anulación.**

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

[...]”

c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63º, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

[...]”

Finalmente, de conformidad a lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 61º de la LA, no se procederá tampoco conforme a los dos primeros numerales del mencionado artículo cuando deban entregarse las actuaciones arbitrales a un nuevo tribunal o a la autoridad judicial, a efectos que resuelva la controversia.

2. CONCLUSIONES

Las partes podrán pactar un plazo para que el árbitro o el tribunal arbitral conserven la documentación del arbitraje.

Si las partes no hubiesen pactado el plazo, la documentación del arbitraje sólo debería ser conservada por el tribunal arbitral o árbitro único por un plazo de tres (3) meses desde que se terminaron las actuaciones arbitrales.

Las partes podrán solicitar al tribunal arbitral que devuelva los documentos que cada una haya presentado.



TÍTULO VI

ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DEL LAUDO

Art. 62º.—Recurso de Anulación.

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63º.

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

COMENTARIO ⁽¹⁰⁵⁰⁾

Al precisar esta norma que contra el laudo únicamente puede plantearse el recurso de anulación, está descartando expresamente el

(1050) Por JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ: Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados. Profesor Principal de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

recurso de apelación que contemplaba los artículos 60º, 62º, 63º y siguientes de la Ley N° 26572 (LGA). En este aspecto como en muchos otros, la nueva Ley de Arbitraje (LA) sigue la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, la cual en su artículo 34º se refiere “a la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral”.

Esta decisión del legislador peruano, además del antecedente citado, tiene una explicación lógica: como en el inciso 2) del artículo bajo comentario se prohíbe al órgano revisor pronunciarse sobre el fondo de la controversia y a través de la apelación lo que se revisa es el fondo, o sea la justicia del caso concreto, ha quedado como único medio impugnatorio el recurso de anulación que revisa solamente los aspectos externos del laudo.

Jorge Luis COLLANTES GONZÁLES señala con claridad que “es sustancial al arbitraje, la mínima intervención de los órganos jurisdiccionales por virtud y a favor de la autonomía de la voluntad de las partes, intervención mínima que tratándose de actuaciones de control, se resume en el de la legalidad del acuerdo de arbitraje, de la arbitrabilidad —entendida en términos de disponibilidad como precisa la exposición de motivos de la Ley— y de la regularidad del procedimiento de arbitraje”⁽¹⁰⁵¹⁾.

En el inciso 1) de este artículo se precisa que el recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo. Aunque no es un tema que genere mayor discusión, me inclino a pensar que esta validez de laudo es de naturaleza procesal más que civil. Este inciso también precisa que el recurso en mención sólo procederá “por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63º”. Dos comentarios al respecto.

En primer lugar, se trata de un recurso extraordinario. Este, según el maestro Mario ALZAMORA VALDEZ⁽¹⁰⁵²⁾, se caracteriza porque “sólo procede en los casos preestablecidos por el legislador; sirve para impugnar ciertos vicios de un fallo, los poderes del juez o tribunal que debe resolverlos son más limitados, puede exigirse para su interposición la constitución de un depósito y no está abierto sino en tanto que no sea viable un recurso ordinario”. En pocas palabras, el recurso de anulación, es típicamente un recurso extraordinario que calza a la perfección en el concepto antes expuesto por el ilustre procesalista.

(1051) COLLANTES GONZÁLES, Jorge L., *El Arbitraje en las Distintas Áreas del Derecho*, Palestra, Lima, p. 115.

(1052) ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Teoría del Proceso Ordinario*, UNMSM, Facultad de Derecho, Lima, 1968, ps. 265/280.

En segundo término, el recurso de anulación no sólo procede por las causales establecidas en el artículo 63°, como dice erróneamente el artículo 62°, sino también por las causales previstas en los artículos 29.7, 41.4 y 41.5.

El primero referido a la recusación y los otros dos a las excepciones.

Este artículo tiene dos aspectos polémicos: El primero, es que el juez estatal sólo puede pronunciarse sobre el aspecto externo del laudo analizando si tiene algún error *in procedendo*, sin poder pronunciarse sobre el fondo o contenido de la decisión. El segundo, es la extensión de esta prohibición a los fundamentos del laudo. Veamos cada uno.

El primero no tendría por qué ser polémico dado que ya estaba en las Leyes 25935 y 26572; y este artículo 62° incluso es reiterativo pues prohíbe pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, conceptos prácticamente iguales. La razón porque ahora este aspecto se ha vuelto muy complicado es por la interpretación que el Tribunal Constitucional viene dando a sus facultades. En un fallo muy reciente, de 5 de octubre de 2009 (Exp. N° 05311-2007-PA/TC), la Sala afirma en el fundamento N° 24 que el Colegiado “ha sido muy cuidadoso de no entrometerse en las esferas de la autonomía de la voluntad, tanto más cuando aquellos cuentan con el aval de una jurisdicción especializada como la arbitral [...]”.

Sin embargo, al señalar los “aspectos a dilucidar” en este proceso en particular el Tribunal procede a analizar por separado cada extremo, entre los cuales “c) Se ha procedido a imponer una penalidad draconiana sin tener en cuenta el carácter nulo *ipso jure* de la cláusula penal”. El solo hecho de incluir este tema entre los “aspectos a dilucidar” por el Tribunal Constitucional es prueba suficiente que entrará a ver el fondo del asunto como en efecto ocurrió. Transcribiré solamente los considerandos 22 y 23 de la Sentencia para confirmar mi afirmación:

“22) En el caso de autos y según se observa de la antes citada cláusula penal, el eventual atraso en la inversión correspondiente a cada unidad hotelera (eran cuatro en total) por parte de la compradora (actual demandante) se cuantifica en el orden de los \$ 100,000 (Cien Mil Dólares Americanos) mensuales, que operan en forma acumulativa y sin el establecimiento de tope alguno. Consecuencia de dicho temperamento y estando a la fecha en que se suscribe el contrato (05 de julio de 1995) y la fecha en que es emitido el laudo arbitral objeto de cuestionamiento (12 de agosto del 2004) la cifra a pagarse por parte de la demandante ascendería a los \$ 36'000,000 Millones de Dólares Americanos, cifra esta última que incluso tendría que ser mucho más actualizada (sic) (y por supuesto, mucho mas ampliada) por efectos del transcurso del tiempo.

23) Pretender que una desproporción de la naturaleza señalada (desproporción tomando en cuenta el precio real y conjunto de los cuatro hoteles) pueda pasar por inadvertida y que incluso, se torne en ilimitada, es algo que no puede de ninguna manera legitimarse. En dicho contexto, el argumento utilizado en el laudo y que gira en torno la existencia de un proceso judicial (cuatro en total) destinado a debatir la validez de la cláusula penal (Fundamento Decimocuarto del Laudo), resulta a todas luces impertinente, cuando lo importante no es la determinación de dicha validez sino el monto arbitrario establecido en la misma. La Jurisdicción arbitral ha sido instituida precisamente para servir como mecanismo de resolución de incidencias como las descritas, pero si por el contrario y como ocurre en el caso de autos, dicha jurisdicción renuncia al análisis de algo tan elemental, so pretexto de consideraciones como las mencionadas, resulta plenamente legítima como necesaria la revisión de su contenido por conducto de la jurisdicción constitucional. En tales circunstancias, no se trata pues y vale la pena precisarlo, de una desvirtuación de las facultades reconocidas sobre la jurisdicción arbitral sino de una necesaria concurrencia tutelar como la dispensada por conducto del amparo arbitral”.

Como se puede apreciar, según el Tribunal Constitucional el amparo arbitral cumple una función tutelar que lo autoriza a pronunciarse sobre el contenido del fallo y en particular sobre el importe de una cláusula penal.

Se ratifica esta apreciación en el voto singular del Magistrado Mesía que forma parte del voto en mayoría, quien afirma: “15.- Por lo tanto, teniendo presente el monto que se pactó como cláusula penal, estimo que éste resulta excesivamente oneroso [...] supuesto que ha sucedido en el proceso arbitral”. El fundamento de este voto es el artículo 1346º del Código Civil que permite al Juez (o al árbitro) reducir equitativamente la pena y el artículo 103º de la Constitución que proscribe el abuso del derecho, materias que nada tienen que ver con los aspectos externos o *in procedendo* que constituyen los únicos aspectos sujetos al control por los jueces estatales.

Mi preocupación se explica con el acertado voto del Magistrado Landa, quien cita la STC Nº 4195-1006-AA/TC, FJ 4º y los cinco casos en que el amparo contra laudo arbitral resulta improcedente; señalando a continuación en el fundamento 8: “En el caso materia de análisis, conforme se desprende de la demanda los hechos en los que la empresa recurrente sustenta la violación de sus derechos, se encuentran referidos a las causales de improcedencia contenidas en los puntos a) y d). En efecto, cuando la demandante cuestiona la aplicación indebida de un Decreto Ley derogado está cuestionando la interpretación realizada por el tribunal arbitral respecto a normas legales, por otra parte, cuando aduce que las pruebas aportadas por ésta no han sido

mencionadas en el procedimiento arbitral, está cuestionando la valoración y calificación de los hechos y circunstancias sometidas a arbitraje, *lo cual conforme se ha mencionado, es competencia exclusiva de los árbitros y no puede ser materia de revisión mediante el proceso de amparo*” (énfasis agregado).

Como se puede advertir, la tesis mayoritaria de esta Sala es que sí se puede entrar a ver el fondo del asunto, en contra de lo que dispone la nueva LA.

El segundo aspecto polémico de este artículo de la Ley es su inciso 2 que prohíbe al juez *“calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”*. De una primera lectura parece desprenderse que el legislador ha querido reforzar la prohibición a entrar al fondo y que los jueces sólo pueden pronunciarse sobre los aspectos externos del laudo. En principio, nos parece apropiada la intención del legislador pero es extraño que luego en el apartado b) del inciso 1) del artículo 63°, en forma muy abierta y genérica se lee que el laudo puede ser anulado cuando por cualquier razón la parte perdedora no ha podido hacer valer sus derechos. Y obviamente el caso más flagrante de privación de los derechos de un litigante está en la indebida, ausente, o aparente motivación, para lo cual es indispensable entrar a calificar, sobre todo, los criterios y motivaciones expuestas por el tribunal arbitral. Parecería, pues que hay una contradicción, a la cual me referiré más adelante.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales (su pronunciamiento sería extensivo a los laudos) en la Resolución expedida el 13 de octubre de 2008 en el Expediente No. 00728-2008-PHC/TC. También lo ha hecho en otros casos pero cito esta resolución al haber sido adoptada por el Pleno del Tribunal.

Ya en sentencia anterior, este Tribunal Constitucional (Exp. N° 1480-2006-AA/TC.FJ2) ha tenido la oportunidad de precisar que:

“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, [...] deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, [...] el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones

judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos”.

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

Así, en el Exp. N° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N° 1744-2005-PA/TC), este Colegiado Constitucional ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

- a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente.* Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque sólo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.
- b) *Falta de motivación interna del razonamiento.* La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión, por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa.
- c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que

parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como lo identifica Dworki, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

- d) *La motivación insuficiente*. Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.
- e) *La motivación sustancialmente incongruente*. El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).

En mi concepto, en el recurso de anulación sólo podría argumentarse la falta de motivación y la llamada motivación aparente, que para la doctrina es tanto o más peligrosa que la primera porque puede conducir a un engaño, es decir, a hacer creer que hay motivación del fallo cuando en realidad no la hay.

En los otros supuestos me temo que se entraría al fondo del asunto (ejemplo: análisis de las pruebas) y se estaría violando el artículo 62° de la LGA.



Art. 63°.—Causales de anulación.

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

a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.

b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones

arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.

c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del apartado 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

3. Tratándose de las causales previstas en los incisos d. y e. del apartado 1 de este artículo, 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. Asimismo, la causal prevista en el inciso e podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

4. La causal prevista en el inciso g. del apartado 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

5. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

6. En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.

8. Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

COMENTARIO⁽¹⁰⁵³⁾

SUMARIO: 1. Artículo 63, inciso 1), apartado a). 2. Artículo 63, inciso 1), apartado b). 3. Artículo 63, inciso 1), apartado c). 4. Artículo 63, inciso 1), apartado d). 5. Artículo 63, inciso 1), apartado e). 6. Artículo 63, inciso 1), apartado f). 7. Artículo 63, inciso 1), apartado g). 8. Artículo 63, incisos 2) 3) 4). 9. Artículo 63, incisos 5) 6). 10. Artículo 63, inciso 7). 11. Artículo 63, inciso 8). *Anexo: Jurisprudencia.*

Una breve comparación de las causales con la ley anterior, o sea la 26572 (LGA), me permite concluir que las causales de anulación son prácticamente las mismas, sólo que con algunos matices, como por ejemplo que la norma anterior se refería a la nulidad del convenio arbitral, mientras que la nueva precisa, además, como causal, su inexistencia, anulabilidad, invalidez o ineficacia. Se ha eliminado la causal

(1053) Por JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ: Socio del Estudio Miranda & Amado Abogados. Profesor Principal de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

que consignaba el inciso 4) del artículo 73º ya que en la nueva ley esta situación no podrá darse y está muy bien tratada en el artículo 52º. Otras causales que la ley anterior no contemplaba son las establecidas en los incisos e) y f) del artículo 62º particularmente esta última que se refiere al arbitraje internacional.

Antes de entrar en el análisis de cada apartado, es muy importante precisar que las causales de anulación son las mismas para el arbitraje nacional que para el internacional, con excepción del apartado e) que se refiere al nacional y el f) que trata sobre el internacional.

Pasemos a ver cada causal identificándola por el apartado respectivo del inciso 1) del artículo 63º antes transcrito.

1. ARTÍCULO 63, INCISO 1), APARTADO A)

“Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz”.

CANTUARIAS⁽¹⁰⁵⁴⁾ se pregunta ¿cuándo un convenio arbitral nacional es nulo? Ahora habría que ampliar la pregunta ¿cuándo un convenio arbitral es también inexistente, anulable, inválido o ineficaz?

Pedro ÁLVAREZ⁽¹⁰⁵⁵⁾, citando a BARONA AGUILAR afirma que “el supuesto de inexistencia del convenio supone que se ha producido una infracción mayor que la que puede dar lugar a la nulidad”, concluyendo que si un convenio arbitral es inexistente en la vida jurídica no podrá servir de base al arbitraje. Por tanto, si el convenio arbitral es inexistente y se hubiera tramitado el arbitraje caería exactamente en la causal que estoy analizando.

Los tratadistas peruanos han analizado en extenso y con diferentes opiniones qué debe entenderse por un acto jurídico nulo, anulable, inválido o ineficaz. Por ejemplo, para LOHMANN resulta impropio decir que la invalidez es sinónimo de ineficacia o que un negocio nulo es lo mismo que inexistente. Nada más erróneo, dice LOHMANN⁽¹⁰⁵⁶⁾, aparte de ser impropio el uso de estos vocablos considerándolos como equivalentes, o como expresión de un mismo fenómeno que ataca al negocio, cada uno importa un significado distinto.

(1054) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Anulación de una laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales*, N° 17. Suplemento Mensual de Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, 2002.

(1055) ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro. *La anulación del laudo arbitral*. Granada: Comares, 1996, ps. 138/142.

(1056) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El negocio jurídico*, Segunda Edición, Grijley, Lima, 1994, p. 515.

En el mismo sentido, es claro que la ineficacia no es lo mismo que la invalidez. La validez tiene que ver con la estructura del negocio jurídico mientras que la eficacia o eventual ineficacia es analizada con posterioridad sin tener que ver, repito, con su estructura. LOHMANN pone el ejemplo de la constitución de una sociedad con todos los elementos indispensables señalados por la ley por lo que es perfectamente válida; sin embargo, los efectos jurídicos de la misma quedan en suspenso hasta que se ha inscrito en el registro pertinente⁽¹⁰⁵⁷⁾.

Se puede concebir entonces que un negocio perfecto es válido pero ineficaz si es que falta precisar parte del contenido o alguno de sus elementos esenciales.

Cuando se analiza la nulidad procesal, los autores distinguen entre la inexistencia y la nulidad absoluta; sin embargo, en la mayoría de los casos coinciden en que la inexistencia y la nulidad se deben a la ausencia de uno o más elementos esenciales del acto⁽¹⁰⁵⁸⁾.

El artículo 219° del Código Civil establece todas las causales de nulidad del acto jurídico, casi todas aplicables a la nulidad del convenio arbitral. No sería aplicable el inciso 6) porque el convenio arbitral prácticamente no requiere forma alguna salvo constar por escrito. Incluso este requisito es relativizado por el inciso 3) del artículo 13° de la LA, al señalar que se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido “en cualquier forma”, ya sea que el acuerdo se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. Por su parte, el artículo 221° del Código Civil señala las causales de anulabilidad del acto jurídico.

Ejemplos de la primera sería cuando falta la manifestación de voluntad del agente o cuando haya sido suscrito por persona absolutamente incapaz o cuando su fin sea ilícito. Un ejemplo de anulabilidad sería si el convenio arbitral está afectado por un vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.

Lo importante, entonces, en esta primera causal del recurso de anulación es que el legislador ha querido cubrir todas las posibilidades de afectación del convenio arbitral que impidan que la controversia sea resuelta mediante el arbitraje, quedándoles, por cierto, a las partes el derecho de recurrir al juez estatal. Con la LGA sólo se podía invocar la nulidad del convenio arbitral mas no su anulabilidad, ni las otras hipótesis. Para evitar esto, repito, el legislador ha querido poner-

(1057) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *op. cit.*, p. 518.

(1058) SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, “Nulidad Procesal”. En: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Tomo II, Communitas, Lima, 2002, ps. 459 y ss.

se en todos los casos en que de una manera u otra la expresión de la autonomía de la voluntad no ha sido perfecta, desde lo más grave que es la inexistencia del convenio hasta situaciones más simples o menos trascendentes como es la ineficacia.

2. ARTÍCULO 63º, INCISO 1) APARTADO B)

“Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”.

Este artículo, como se señala en la exposición de motivos de la LA, reproduce la Ley Modelo que, a su vez, como es sabido, copia el artículo pertinente de la Convención de NY.

Por otro lado, el texto del artículo 63º, inciso 1) apartado b) es prácticamente igual al que tenía el inciso 2) del artículo 73º de la LGA, sólo que éste era más extenso, pues luego de hacer referencia a que el recurrente no hubiera podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, añadía “siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa”.

O sea que no bastaba que por la omisión en la notificación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales (a lo que se refiere el inciso a) del artículo 42º de la LGA) o por cualquier otra razón el recurrente no hubiera podido hacer valer sus derechos sino que esta situación tenía que causarle un estado de indefensión. Como el artículo en comentario no hacía referencia al debido proceso pero sí a una manifestación de éste tan importante como es el derecho de defensa, durante la vigencia de dicha Ley, quien estimaba que el laudo había afectado su derecho a un debido proceso, haciendo una interpretación extensiva de este inciso 2) del artículo 73º, afirmaba que se había violado su derecho al debido proceso y que, por ende, debía anularse el Laudo, aunque la ley, repito, sólo se refería al derecho de defensa.

También la Sala Comercial en más de una oportunidad señaló que no estaba expresamente contemplada la causal de la violación al debido proceso para poder anular un laudo, pero que cabía hacer una interpretación extensiva pues se entendía que esa había sido la intención del legislador. Y esto lo dijo en varias ocasiones.

Podría decirse que a veces “menos es más”, dado que al haberse suprimido toda la parte relativa al derecho de defensa queda la norma circunscrita a que; “por cualquier otra razón no haya podido hacer valer sus derechos”. ¿Qué derechos?, todos y no solamente los que afectan el derecho de defensa del recurrente.

En mi opinión, este inciso 1) del apartado b) del artículo 63° tiene necesariamente que ser interpretado conjuntamente con el segundo párrafo del artículo 62° que no existía, tal cual, en la LGA. En efecto, “Está prohibido, bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”.

No me cabe duda, pues, que si bien el legislador, al haber hecho la modificación al inciso 1) del artículo 63° con un texto más corto en su extensión pero más lato en su significado que el del inciso 2) del artículo 73° de la ley anterior, lo que ha querido hacer es referirse al derecho al debido proceso del recurrente; sin embargo, este artículo no puede interpretarse sin una lectura muy directa del último párrafo del inciso 2) del artículo 62°, que prohíbe a la Corte Superior entrar a analizar no solamente el fondo de la controversia o contenido de la decisión, sino también a calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral, motivaciones que son obligatorias según el artículo 56°, inciso 1).

Esto me lleva a hacer una breve referencia sobre el debido proceso y también a la llamada tutela jurisdiccional efectiva.

El Tribunal Constitucional ha señalado que mientras que la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a la justicia como a la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.

Para el Tribunal Constitucional el debido proceso tiene, a su vez, dos expresiones; una formal y otra sustantiva; en la de carácter formal los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación; y en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia como son la razonabilidad y la proporcionalidad de toda decisión judicial debe suponer. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha reconocido estas dos manifestaciones del debido procesos en sus sentencias recaídas en los expedientes 2192-2002-HC/TC (f.j.1); 2169-2002-HC/TC (f.j.2) y 3392-2004-HC/TC (f.j.6). De acuerdo al TC, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, mientras que el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de

los derechos fundamentales y esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso de cognición mismo.

Tal vez con un ánimo de aclarar esta situación, el artículo 4º del Código Procesal Constitucional señala que “[...] se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que respetan, de modo enunciativo, sus derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio, igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a la obtención de una resolución fundada en derecho, a acceder a los medios impugnados regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal pena”. Del texto pareciera que el legislador ha tratado de limitar los casos de amparo contra resoluciones judiciales o arbitrales al ámbito formal del debido proceso; sin embargo, el propio texto da margen para pensar lo contrario al mencionar que la lista de garantías allí enumeradas es sólo enunciativa.

En síntesis, me queda claro que si un laudo viola la tutela jurisdiccional efectiva como ha sido tradicionalmente entendida o la tutela procesal efectiva como la denomina el nuevo Código Procesal Constitucional, tendrá derecho a plantear al amparo del inciso bajo comentario la anulación del laudo arbitral, sin que sea necesario “inventar” una causal como lo señala ingeniosamente Ana María ARRARTE⁽¹⁰⁵⁹⁾.

Antes de referirme al tema del debido proceso sustantivo, debo terminar de hacer el análisis sistemático con el artículo 62º, inciso 2) de la LA. Habiendo establecido que forma parte del debido proceso o de la tutela procesal efectiva la motivación de las resoluciones y más concretamente del laudo, surge inmediatamente la duda que genera el párrafo 2º del artículo 62º que le prohíbe a la Corte Superior hacer un análisis del contenido de la decisión y sobre todo calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Entre las causales más utilizadas para invocar la falta de un debido proceso en un laudo está la ausencia o indebida motivación o también la conocida como motivación aparente de los laudos. Entiendo que esto seguirá siendo así. Sin embargo, no veo claro cómo podrá la Sala Comercial de la Corte Superior en su momento poder hacer una refe-

(1059) ARRARTE, Ana M., “Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo”. En: *Revista de Ius Et Veritas*, Ius La Revista, Nº 35, diciembre de 2007, Lima, ps. 78/90.

rencia a la motivación allí cuando el tantas veces mencionado inciso 2) del artículo 62°, le prohíbe calificar “los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral”. Esta interpretación puede resultar injusta y así mismo dar lugar a laudos no solamente violatorios del debido proceso sino particularmente arbitrarios, pero el legislador ha sido tan enfático y preciso que no le bastó con prohibir a la Corte Superior pronunciarse sobre el fondo de la controversia y dejar establecido que la Corte Superior sólo podrá referirse a los vicios *in procedendo* sino que establece esta prohibición expresa que no admite interpretación en contrario.

Volviendo al tema del debido proceso sustantivo, este también tiene una estrecha relación con la prohibición del artículo 62° de la LA y que también constaba en la LGA y en la original 25935, de pronunciarse sobre el fondo de la controversia, debiendo únicamente analizar el laudo en su aspecto externo.

Como ya he señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente la dimensión sustancial del debido proceso vinculándola con el valor justicia en la solución del caso concreto (*sentencia 5396-2005-PA/TC 6 de setiembre de 2005, f.j.8).

Siguiendo al Tribunal Constitucional, supremo intérprete de la Constitución, cabe citar la parte pertinente de la sentencia 0061-2002-AA/TC, 21.10.2002, f.j.4, que define al debido proceso “como aquel derecho que tiene toda persona de invocar al interior de un proceso jurisdiccional el respeto de un conjunto de principios procesales para que una causa pueda ventilarse y resolverse con auténtica justicia”. Y es que “el debido proceso implica el respeto de todo proceso de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia”. Concluye señalando que tal derecho exige observar “un mínimo criterio de justicia, es decir un criterio perfectamente objetivable a través de los principio de razonabilidad y proporcionalidad” (sentencia del 0061-2002-AA/TC, 21.10.02, f.j. 4).

En resumen, de acuerdo al Tribunal Constitucional el contenido del derecho al debido proceso sustantivo se identifica con el valor justicia y éste a su vez con los principios de razonabilidad y proporcionalidad. O sea que es válido considerar que se vulnera también el debido proceso cuando en el trámite de un proceso se afecta algún otro derecho fundamental de naturaleza no procesal, pues, como es lógico, eso generará la emisión de una decisión injusta.

El Tribunal Constitucional tiene dicho que la dimensión material o sustantiva del debido proceso “atiende los contenidos esenciales más que a las formas, permitiendo ingresar *al fondo* de los pronunciamien-

tos y examinarlos aplicando el test de razonabilidad, no sólo por la mera observancia de reglas puramente adjetivas, sino por la compatibilidad o no que haya podido demostrar en relación con el valor justicia y sus elementos esenciales” (sentencia del Tribunal Constitucional 3361-2004-AA/TC, 12.08.05 fj) ⁽¹⁰⁶⁰⁾. Esta posibilidad de un examen sobre el fondo del proceso fue reiterada en el conocido caso de Apolonia Colca CC o LLCCA, STC 3179-2004-AA/TC, 18.02.05, f.j. 22.

Al respecto, Luis CASTILLO CÓRDOVA precisa que la violación del debido proceso sustantivo equivale a una decisión irrazonable o arbitraria de modo que lo que se ataca no es una regla formal inaplicada sino la decisión misma controvertida. La aplicación estricta de la finalidad del amparo lleva a declarar la nulidad de la decisión arbitraria tomada. Continúa afirmando que se trata, por tanto, de un pronunciamiento que atañe al fondo de la cuestión discutida en el proceso cuya irregularidad se ha invocado. En estos casos, no hay manera de pronunciarse por la observación del debido proceso en su dimensión material que no suponga a la vez una decisión sobre el fondo.

Después de este análisis no me queda duda que a lo único que puede circunscribirse como causal de anulación del laudo arbitral es a la violación al debido proceso formal o debido proceso adjetivo pero de ninguna manera entrar a lo que se conoce como el debido proceso sustantivo, ya que justamente éste entra al fondo de la decisión y no a la parte externa del laudo como queda muy claro de la cita de CASTILLO CÓRDOBA. Si se hiciera esto, tengo la sensación que el arbitraje habrá dejado de existir como tal, puesto que si el Tribunal Constitucional tiene la facultad o se arroga la potestad de entrar al fondo del asunto en violación expresa de la ley se habrá convertido en una segunda instancia, desvirtuándose totalmente el arbitraje, tal como lo deja entrever el voto singular del magistrado Landa en el Exp. N° 05311-2007-PA/TC antes citado.

Compartimos la concepción de CAIVANO a la cual se refiere Fernando CANTUARIAS SALAVERRY en su artículo “Anulación de un Laudo Arbitral por Causal de Violación del Debido Proceso y el Derecho de Defensa” ⁽¹⁰⁶¹⁾: “pero, como ha dicho la jurisprudencia española, debe tenerse en cuenta que el carácter antiformalista del procedimiento arbitral obliga a configurar [...] ésta causal de nulidad [...] con una

(1060) CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Tomo I, Palestra Editores, Lima, 2006, p. 195.

(1061) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Anulación de un laudo arbitral por la causal de violación del debido proceso y el derecho de defensa”. En: *Arbitraje On Line*. Centro de Conciliación y arbitraje nacional e internacional de la Cámara de Comercio de Lima. www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitraje2.htm.

perspectiva más sustancial que formal, pues lo que se garantiza no es la protección de un interés rituario sino de ciertos derechos constitucionales cuyo contenido mínimo o esencial es inviolable en cualquier ámbito jurídico". Coincido en esto con CANTUARIAS y CAIVANO pero alerto al lector acerca de la interpretación que tiene el Tribunal Constitucional que, por cierto, es muy posterior al artículo de Fernando CANTUARIAS y a la opinión esgrimida por CAIVANO con respecto a lo que es el debido proceso sustancial. Creo, en síntesis, que podrá invocarse la violación del debido proceso como causal de nulidad pero con dos limitaciones: por un lado la razón tiene que ser de peso y no una simple deficiencia formalista y por otro, no se puede invocar la justicia del caso concreto sino el debido proceso adjetivo.

Un último punto, referido a la interpretación de esta causal de anulación que, según Fernando CANTUARIAS SALAVERRY, en su artículo "Anulación de un Laudo Arbitral por la Causal de Violación del Debido Proceso y el Derecho de Defensa"⁽¹⁰⁶²⁾, se trata "probablemente de la más importante causal para anular o para no reconocer o ejecutar un laudo arbitral, según corresponda". Antes de la expedición de la LA la 4ª Sala Civil de la Corte Superior de Lima había expedido una resolución en el expediente 176-2001, sobre anulación de laudo arbitral cuyo fundamento segundo es el siguiente "que la pretensión de anulación basada en la causal antes indicada se circunscribe al cuestionamiento de la estructuración del razonamiento jurídico empleado por el árbitro en la construcción del laudo; que en este contexto los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el laudo arbitral son inatacables e irreversibles; no pudiendo ser objeto de análisis bajo los argumentos alegados por el peticionante desde que incidir sobre la construcción legal del laudo para determinar si la motivación es la debida y si responde o tiene correspondencia con la prueba actuada en la medida que el cuestionamiento en esencia compromete el razonamiento jurídico empleado por los árbitros, implica necesariamente analizar la justicia de la decisión, situación que la mencionada Ley General de Arbitraje no lo permite a través del recurso de anulación [...]".

Para concluir, debo referirme a la posibilidad de interponer el recurso de amparo contra la decisión del Poder Judicial que se pronuncie sobre el recurso de anulación. Según el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, no procede el amparo cuando existan vías procedimentales, igualmente satisfactorias. La Duodécima Disposición Complementaria de la Ley General de Arbitraje dispone que el recurso de anulación es una vía específica e idónea para proteger cualquier

(1062) *Ibíd.*

derecho constitucional violado o amenazado en el curso del arbitraje o en el laudo. En consecuencia, no cabría el amparo. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no piensa igual y más bien considera que el procedimiento judicial constituye una vía previa para que se pueda admitir el amparo.

Efectivamente, la mencionada Duodécima Disposición Complementaria trata al recurso de anulación de laudo como si fuera una vía paralela al amparo, supuesto regulado por el artículo 5º, inciso 2, del Código Procesal Constitucional. Esto supondría que el justiciable podría optar entre una u otra vía procesal, dependiendo de cuál de ellas —en el caso concreto— se muestra más idónea para tutelar los derechos constitucionales invocados. Sin embargo, a juicio del Tribunal Constitucional, esa posición no sería correcta pues considera que el recurso de anulación es una vía previa al amparo (artículo 5º, inciso 4, y artículo 45º del Código Procesal Constitucional). Con lo cual, para activar el amparo será obligatorio que previamente haya transitado por completo el recurso de anulación. Tal interpretación, no obstante, da cierto margen para acudir del arbitraje directamente al proceso de amparo, pues si el recurso de anulación es una vía previa, cabe la aplicación de los supuestos de excepción al agotamiento de las vías previas, previsto por el artículo 46º del Código Procesal Constitucional. Esto es, podría no agotarse la vía previa (recurso de anulación) y activarse directamente el amparo para cuestionar un laudo o un procedimiento arbitral.

Como cualquier país —cito los casos de Suiza y España— al Perú le interesa constituirse en una sede atractiva para los arbitrajes internacionales. Para ver si en efecto lo es, he hecho un cálculo aritmético simple: Cuando las partes recurren al arbitraje, entre otras razones, lo hacen porque es esencialmente rápido y permite una solución pronta. Sin embargo, al final de cuentas estarán litigando en las siguientes instancias o etapas: la primera, el arbitraje propiamente dicho, luego el recurso de anulación planteado ante la Corte Superior y el recurso de casación para que sea visto el caso ante la Corte Suprema. Como he señalado, luego cabría interponer el amparo ante el juez especializado, después la apelación ante la Corte Superior y finalmente el recurso de agravio constitucional para que el Tribunal Constitucional se pronuncie en última instancia (rogando a Dios que no se pronuncie sobre el fondo como lo ha hecho en el expediente 05311-2007-PA/TC mediante sentencia de 5 de octubre de 2009).

¿A qué conclusión llego? El arbitraje resulta ser un procedimiento larguísimo según lo tiene establecido el ordenamiento legal peruano. Hoy a cualquier justiciable le tomará fácilmente entre 3 y 5 años resolver su conflicto puesto que si bien el arbitraje es breve (6 a 10 meses)

la etapa judicial habrá de tomar 1 a 2 años más y otro tanto la fase constitucional. Esto, a parte de desvirtuar la esencia del arbitraje y la justificación de renunciar a la justicia estatal, ciertamente no hace del Perú una plaza atractiva para arbitrajes internacionales sino todo lo contrario.

Una solución al respecto que propone Ana María ARRARTE⁽¹⁰⁶³⁾, es particularmente interesante. Según Arrarte el inciso b) del apartado 1 del artículo 63° debería tener para el litigante dos opciones: Si la violación es de una falta de notificación o de las actuaciones arbitrales o de cualquier otra razón por la cual el litigante no hubiera podido hacer valer sus derechos pero que no afecte sus derechos constitucionales, podrá plantear la anulación del laudo arbitral al igual que lo podrá hacer al amparo de las otras causales que contempla el inciso 1) del artículo 63°, debiendo concluir el proceso en la Corte Suprema, para todos sus efectos.

Empero, si la violación es al derecho al debido proceso que es, obviamente, un derecho constitucional, en lugar de plantearse la anulación del laudo se debe interponer directamente una acción de amparo ante el juez constitucional, eliminándose vías previas. El Tribunal Constitucional ya se ha puesto en este caso pero ha insistido en que el laudo arbitral no puede ser objeto de impugnación directa por medio del recurso de amparo ya que “carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto como acto no referible a ningún poder público resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo. El recurso de amparo se dirigirá, por tanto, contra la sentencia que resuelva la pretensión de anulación del laudo”.

Me parece que el argumento no es tal por la sencilla razón que el que puede lo más puede lo menos. Si puede el Tribunal Constitucional entrar a revisar una sentencia del Poder Judicial, por la misma razón puede hacerlo con relación a un laudo arbitral ya que el propio Tribunal Constitucional lo considera una decisión jurisdiccional (ver caso Cantuarias). Obviamente, así deberá autorizarlo la ley que modifique la LA y que establezca expresamente este procedimiento dual, que tendrá la virtud de ser será más breve, lo cual es, en definitiva, lo que desean los justiciables que recurren al proceso arbitral.

No niego que existen otras propuestas para limitar e incluso eliminar la intervención del Tribunal Constitucional en el arbitraje.

(1063) ARRARTE, Ana M., “Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: la anulación de laudo y el proceso de amparo”. En: *Revista de Ius Et Veritas*, Lima: Ius La Revista N° 35, diciembre de 2007.

3. ARTÍCULO 63, INCISO 1), APARTADO C)

“Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”.

Esta norma, que es prácticamente una reproducción de la Ley Modelo UNCITRAL, tiene algunas pequeñas diferencias con el texto de la LGA. Esta consideraba como causal únicamente el problema con la composición del tribunal arbitral pero la LA, como se ha visto, incluye también que las “actuaciones arbitrales” no se hayan ajustado al acuerdo, al reglamento o a la ley.

Para establecer si en la composición del tribunal arbitral o en las actuaciones arbitrales hay un vicio que sea causal de anulación hay que definir, en primer término, qué es lo que han acordado las partes sobre el particular y qué es lo que prima. Si no hay pacto sobre el asunto habrá que ver el Reglamento Arbitral (en caso de arbitrajes administrados) y finalmente qué dispone la LA, que tiene un carácter supletorio salvo cuando se trata de normas imperativas.

En cuanto al nombramiento de los árbitros, el artículo 23º señala que hay libertad de procedimiento del nombramiento, precisando que las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral. La única limitación que la ley pone a esta libertad de las partes es que no se vulnere el principio de igualdad, lo cual está ratificado en el artículo 26º de la LA, según el cual “*si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula*” y ello evidentemente puede ser causal de anulación del laudo arbitral. Para plantear la nulidad del laudo arbitral por esta causa es preciso remitirse a lo que dispone el Decreto Legislativo N° 1071 en sus artículos 19º y siguientes.

En cuanto “a las actuaciones arbitrales”, debe indicarse en primer lugar que esto es una novedad en relación con la anterior LGA, que nada decía sobre el particular. En realidad, el legislador ha seguido la Ley Modelo de la CNUDMI, aunque esta contiene la expresión *procedimiento arbitral*, mientras que nuestra ley se refiere a las *actuaciones arbitrales*.

La LA tiene un capítulo dedicado a las actuaciones arbitrales, tratadas a partir del artículo 33º, y también contiene una regla que hace

prevalecer la libertad de regulación de actuaciones, al precisar que las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujetará el tribunal arbitral en el desarrollo del proceso. Solamente a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso, tal como lo precisa el inciso 1) del artículo 34° de la LA.

La autonomía de la voluntad solamente tiene como límite lo dispuesto por la LA pero cuando este lo diga en forma expresa mediante una norma de carácter imperativo.

Algunos ejemplos en cuanto al nombramiento de los árbitros están contenidos en el artículo 20°, que exige que las personas naturales que sean nombradas árbitros *“se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles”* y el mismo dispositivo señala que estos árbitros nombrados no tengan incompatibilidad. Al respecto, el artículo 21° indica que *“tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado Peruano”*. Por tanto, estas normas están por encima de la autonomía de la voluntad de las partes. Lo mismo ocurre si el convenio arbitral pactado por las partes estableciera una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, lo cual está prohibido expresamente por el artículo 26° de la Ley y sancionado con nulidad.

En cuanto a las actuaciones arbitrales, también existe libertad de regulación. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, teniendo también como límite el tratar a las partes con igualdad, dándole a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos, como lo precisa el inciso 2) del artículo 34° de la LA.

Otra regla sobre las actuaciones arbitrales es la contenida en el artículo 38° de la ley, que señala que las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje. Esta regla es meramente declarativa y prácticamente sin sanción, por lo que su violación difícilmente podrá ser fundamento de un recurso de anulación, a menos que la trasgresión al principio de buena fe sea muy gruesa.

Otras de las excepciones sobre el particular es la contenida en el artículo 41° que recoge el principio *Kompetenze Kompetenze*. Las partes no pueden pactar, por ejemplo, que la competencia del tribunal arbitral sea decidida en primera instancia por el Poder Judicial, ya que la norma citada establece que el único competente para decidir sobre su propia competencia es el tribunal arbitral.

Por cierto, para poder plantear el recurso de anulación fundado en la causal que estamos analizando es preciso que, con carácter previo, se haya formulado reclamo expreso ante el tribunal arbitral por la parte afectada y que su reclamo haya sido desestimado. Este reclamo previo se convierte en un requisito de admisibilidad.

4. ARTÍCULO 63, INCISO 1), APARTADO D)

“Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión”.

Para una cabal comprensión de esta causal es preciso tener presente el artículo 63º, inciso 3) de la Ley de Arbitraje: “Tratándose de las causales previstas en los incisos d) y e) del apartado 1) de este artículo, 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”, norma que recoge el principio de separabilidad y que responde al principio de conservación de los actos arbitrales.

Como es conocido, los árbitros y los jueces en general pueden incurrir en tres errores de incongruencia: fallar más allá del petitorio, fallar de menos o fallar distinto a lo pretendido.

La LA solamente comprende como causal de anulación del laudo, la primera de las modalidades antes mencionadas o sea cuando los árbitros fallan de más, lo que en doctrina se denomina incongruencia por exceso, según Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, “El fundamento de este motivo [...] es la falta de competencia o legitimación de los árbitros para conocer y resolver sobre cuestiones litigiosas que no le han sido encomendadas [...] así como el órgano jurisdiccional de derecho público no puede resolver más cuestiones que aquellas que los litigantes someten a su decisión, incurriendo en incongruencia si resuelve otras distintas y dando lugar a la posible casación de las sentencias que tales limitaciones contengan, así también el órgano de arbitraje privado que se propone a resolver puntos que no fueron sometidos a decisión incurre en exceso de jurisdicción”⁽¹⁰⁶⁴⁾.

Según el Informe del Secretario General de las Naciones Unidas se advierte que en el Estudio sobre la Aplicación e Interpretación de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, “puede denegarse el reconocimiento y la ejecución si el laudo se refiere a una diferencia o contiene alguna decisión

(1064) ALVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *op. cit.*, ps. 286/287.

sobre materias no comprendidas en el alcance del compromiso. Las pocas decisiones de que se ha informado y que tratan de este motivo de denegación permiten concluir que los árbitros muy raras veces exceden los límites sustantivos fijados por las partes. Cuando se ha invocado esta excepción, ello se ha debido a alguna interpretación errónea o se ha basado en objeciones que no correspondían precisamente a esta hipótesis”.

Por esta razón es muy importante la audiencia de fijación de puntos controvertidos que, aunque no está expresamente contemplada en la Ley de Arbitraje, es factible estipularla en las reglas de procedimiento. Esta fijación ayudará a los árbitros a no excederse de los llamados puntos controvertidos o en discusión y a resolver únicamente los fijados como tales.

Fernando CANTUARIAS en el artículo “Anulación de un Laudo Arbitral por la Causal de Exceso en la Resolución de la Materia sometida a Arbitraje”⁽¹⁰⁶⁵⁾ cita a CAIVANO para explicar el fundamento de esta causal: “El contenido del laudo está delimitado por los puntos litigiosos que las partes sometieron a los árbitros quienes deben pronunciarse sobre todas las cuestiones comprometidas sin poder extenderse a otras que las partes no han consentido en someterlas, el fundamento reside en el origen voluntario de la jurisdicción de los árbitros [...] para las cuestiones respecto de las cuales no existe pacto arbitral queda subsistente la jurisdicción de los tribunales estatales que no ha sido renunciada, careciendo los árbitros de facultades para resolverlas. Un laudo arbitral que recaiga sobre ellas importaría violentar la intención de las partes dando a la renuncia a los jueces del Estado una extensión no deseada”⁽¹⁰⁶⁶⁾.

El mismo CANTUARIAS se pregunta hasta dónde debe alcanzar la revisión por parte del Poder Judicial. BARONA VILAR citado por Fernando CANTUARIAS, señala que “[...] en determinados supuestos la cuestión principal lleva aparejada la resolución de temas accesorios; lo que significa que, aunque los árbitros resuelvan dichas cuestiones accesorias necesarias para resolver el asunto principal, no debe entenderse que se han extralimitado en su ámbito de competencia, y, por tanto, habrá que entender que respecto de estas cuestiones accesorias no tendría cabida la posibilidad de plantear la anulación por este motivo”.

(1065) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la Resolución de la Materia sometida a Arbitraje”, ps. 203/204. <<http://www.upc.edu.pe/RepositorioAPS/0/10/JER/FACULTAD-DERECHO-DECANO/FC1.doc>> Consultada el: 2 de noviembre de 2009.

(1066) *Ibíd.*

Sobre el particular, el artículo 40º de la nueva Ley de Arbitraje estipula exactamente lo dicho por BARONA VILAR, cuando afirma que el tribunal es competente no solamente para conocer el fondo de la controversia sino para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promuevan durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las reglas complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas, obviamente sin incurrir en *ultra petita*. La lógica de la norma es obvia, aunque la expresión “cuestiones conexas” dará lugar a muchas interpretaciones, porque la conexidad no tiene un carácter subordinado o consecuencial como sí lo tienen las cuestiones accesorias.

Un último punto es el caso de incongruencia por defecto. Nuestro ordenamiento legal no lo reconoce como una causal de anulación del laudo arbitral. La razón es muy sencilla, el artículo 58º, inciso c) de la LA contempla la posibilidad que dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes pueda solicitar su integración, por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a la decisión del tribunal. Si vence el plazo antes mencionado y las partes no solicitan la integración, la única alternativa que tendrían sería demandar la pretensión sobre la que no se ha pronunciado el tribunal ante el Poder Judicial, no a través del recurso de anulación, sino mediante una demanda en un proceso de conocimiento.

5. ARTÍCULO 63, INCISO 1), APARTADO 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”.

Esta causal de anulación es necesario concordarla con el artículo 2º, inciso 1) de la Ley, la cual dispone que “pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materia de libre disposición, conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

Como consecuencia de la lectura sistemática de estos dos dispositivos se llega a la conclusión que prácticamente todo conflicto puede ser materia de arbitraje, salvo aquellos que versen sobre materias indisponibles, lo cual nos lleva a estudiar el concepto de disponibilidad de los derechos.

Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN nos indica que “el estudio de la arbitrabilidad de cuestiones relacionadas, por ejemplo, con la propiedad horizontal deberá enmarcarse en un estudio específico so-

bre la propiedad horizontal (o sobre la arbitrabilidad de la propiedad horizontal) pero no en un estudio general sobre el arbitraje, pretender hacer que le den el elenco completo de materias disponibles conforme a derecho y, por tanto, arbitrables, sería como “poner puertas al campo”, fosilizar las posibilidades de vitalidad y dinamismo jurídico”⁽¹⁰⁶⁷⁾. Citando a MONTERO AROCA, indica que el problema aquí es que el intérprete no puede hacer una lista de las materias incluidas y excluidas porque ello le obligaría a repasar todo el derecho privado, examinando una a una todas las materias imaginables, lo cual evidentemente es imposible.

Es por ello que la LA, a diferencia de la anterior Ley de Arbitraje, se limita a la norma general contenida en el artículo 2° y no indica en qué casos estamos frente a derechos disponibles y en cuáles ante derechos indisponibles. La jurisprudencia se encargará de interpretar esta disposición.

Igualmente, es importante señalar la estrecha vinculación entre este apartado e) con el apartado a) del inciso 1) del artículo 63°. Resultaría evidente que si las partes han determinado en el convenio arbitral que el arbitraje verse sobre una materia indisponible el convenio arbitral será nulo por ilicitud del objeto. Al momento de plantearse el recurso de anulación el abogado deberá ser lo suficientemente cuidadoso para hacer la subsunción del hecho en una de las dos causales antes mencionadas, es decir si el convenio arbitral es nulo o si, por el contrario, el laudo es nulo por haber resuelto sobre materia inarbitrable.

Los autores no llegan a ponerse de acuerdo sobre este concepto. Así, se ha dicho que son indisponibles los derechos no patrimoniales, o aquellos respecto de los cuales existe ausencia de libertad y de autonomía de la voluntad, o cuando la ley los declara indisponibles, o los que no están en el comercio de los hombres, o cuando el derecho en cuestión es irrenunciable y finalmente señalan algunos autores que no puede llevarse a arbitraje una controversia que afecte al orden público.

Sobre este último punto, el artículo V del Título Preliminar el Código Civil señala que es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Marcial RUBIO citado por Marianella LEDESMA, define al orden público como “un conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar, ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, para lo cual el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas de ser necesario

(1067) ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *op. cit.*, ps. 303/304.

recurrir a ellas. El acto que ofende al orden público afecta necesariamente a la vida social y no puede surtir efectos jurídicos, por ello no podría ampararse los actos de disposición que sobre ellos puedan hacer los privados, por citar ejemplos, la capacidad civil, la patria potestad, la reserva hereditaria, la renuncia a la acción por excesiva onerosidad de la prestación, la renuncia a la acción por lesión, celebrar actos de disposición del propio cuerpo, que van a ocasionar una disminución permanente de la integridad física, etc.”⁽¹⁰⁶⁸⁾.

LEDESMA también cita al maestro León BARANDARIÁN con una frase que es bastante gráfica refiriéndose al orden público: “es una legítima defensa en salvaguarda de ciertas estructuras y ciertos intereses fundamentales que no deben ser afectados por la simple determinación de los individuos”. Empero, nuestra reciente Ley de Arbitraje no ha comprendido como causal de anulación del laudo la violación al orden público. Una posible explicación la tiene Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN quien sostiene que “[...] fundamentalmente no se puede identificar los conceptos de orden público y derecho disponible porque no respondería a la razón última que justifica el ámbito material del arbitraje, el cual consiste en el sometimiento a lo que un tercero resuelva sobre cuestiones litigiosas referentes a derechos de las partes. Y este sometimiento es posible, válido y eficaz jurídicamente porque las partes en el convenio arbitral tienen el poder de libre disposición sobre los derechos controvertidos. De aquí que resulte precisa la utilización del criterio de la disponibilidad frente al que sería menos idóneo del orden público”⁽¹⁰⁶⁹⁾.

En mi opinión, si las partes hubieran celebrado un convenio arbitral violando el orden público, el demandante de la anulación del laudo no podría invocar la causal que venimos analizando, o sea la contenida en el apartado e), sino más bien la comprendida en el apartado a) referida a la nulidad del convenio arbitral por ilicitud del objeto del referido convenio.

Por su parte, Pilar PERALES VISCOSILLAS⁽¹⁰⁷⁰⁾ nos dice que la libre disponibilidad tiene una doble acepción, lo que significa que las partes han de tener la libre disposición en relación con la materia sometida a arbitraje y, además, la libertad de poder 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 que expresamente prohibiese el recurso de arbitraje.

(1068) LEDESMA NARVAEZ, Marianella, *Comentarios al Código Procesal Civil*, Tomo II, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, ps. 44 y 45.

(1069) ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *op cit.*, ps. 296/299.

(1070) ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *op. cit.*, p. 131.

Sin embargo, esto ocurre cada vez menos, lo que se prueba con el hecho que hasta hace algunos años el Estado no podía pactar un arbitraje y todos sus conflictos intersubjetivos debían ser resueltos ante el Poder Judicial. Sin embargo, además de leyes especiales, la propia Ley de Arbitraje recogida en la LA señala expresamente en el artículo 4°, las pautas por las que se rige el arbitraje del Estado Peruano. Este dispositivo precisa que el Estado podrá resolver sus controversias tanto en materia de arbitraje nacional como también de arbitraje internacional, dentro o fuera del país, ya sea que celebre contratos con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país.

Alexander CAMPOS MEDINA⁽¹⁰⁷¹⁾, en un artículo sobre la “Arbitrabilidad del Enriquecimiento sin Causa”, a propósito de los contratos administrativos, señala que “la moderna doctrina establece sin miramiento alguno las grandes ventajas que el arbitraje representa para el Estado y la administración pública”, precisando más adelante que “también han sido ya superados los incorrectos argumentos basados en lecturas y concepciones superficiales de los conceptos de soberanía, orden público o interés público que intentaban restarle terreno al arbitraje. En la actualidad ya no queda duda alguna que el arbitraje está tomando cada vez más fuerza como mecanismo de solución de controversias en las relaciones jurídicas en las cuales el Estado forma parte, especialmente los contratos administrativos toda vez que se ha demostrado sobradamente que este mecanismo constituye una ventaja para la actividad económica estatal”.

En mi opinión, me inclino por dejar al margen del arbitraje, tanto para el Estado como para los particulares, aquellos conflictos que versen sobre normas imperativas, en las cuales la libertad o autonomía contractual está absolutamente limitada. Si la esencia del arbitraje es la autonomía de la voluntad y ésta choca contra una norma imperativa, es evidente que estamos frente a un caso de inarbitrabilidad.

Otro aspecto vinculado es que los incisos 2) y 3) del artículo 63° se refieren expresamente a esta causal. No podrá formularse reclamo alguno, es decir, plantearse el recurso de anulación, si el perdedor en el arbitraje no hizo reclamo oportuno ante el tribunal arbitral y éste fuera desestimado. En otras palabras, este reclamo se convierte en un requisito de admisibilidad del recurso de anulación.

Paralelamente, es interesante analizar el concepto de separabilidad. El inciso 3) del artículo 63° establece que la anulación afectará

(1071) CAMPOS MEDINA, Alexander, “La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*, N° 3, Grijley, Lima, 2006, ps. 325/328.

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. Norma que tiene la virtud de evitar las nulidades totales.

Según Pedro ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN⁽¹⁰⁷²⁾, este principio de la separabilidad se relaciona con la doctrina de “exclusión por conexión”. Puede ocurrir que una de las materias que se está discutiendo en el arbitraje sea disponible pero que esté inseparablemente unida a otra que no lo es. En este caso, si la relación entre una y otra es directa, resulta evidente que el tribunal arbitral no podrá pronunciarse sobre ninguna de las dos, incluida la que verse sobre derechos disponibles. Por el contrario, si fueran separables, no habrá problema para que el Tribunal se pronuncie sobre la controversia que versa sobre derechos disponibles y omita hacerlo sobre aquella que trate sobre derechos indisponibles.

Cabe precisar que, excepcionalmente, tanto esta causal contenida en el inciso e) referida al arbitraje nacional, como lo dispone el apartado 3) del artículo 63º, al igual que la causal señalada en el inciso f), que se ocupa del arbitraje internacional, como lo señala el apartado 6), pueden ser declaradas de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación. Estas disposiciones, como resulta evidente, son una excepción al principio de incongruencia, según el cual un árbitro no puede resolver más allá de lo que se le haya solicitado.

6. ARTÍCULO 63, INCISO 1), APARTADO F)

“Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional”.

Este artículo es muy parecido al inciso quinto del artículo 123º de la LGA, referido al arbitraje internacional. Dicha norma contemplaba los dos supuestos que en el caso de la LA han sido agrupados bajo un solo apartado. En efecto, el mencionado inciso 5) señalaba que la autoridad judicial compruebe: (i) Que según las leyes de la República el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o (ii) que el laudo es contrario al orden público internacional.

De allí pues que el inciso f) de la LA hable “*de las Leyes de la República*” como lo hacía la norma derogada, y no emplee la expresión contenida en su propio artículo 4º que señala que “para los efectos de

(1072) ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *op. cit.*, ps. 309/311.

este decreto legislativo, la referencia a Estado Peruano comprende el gobierno nacional, los gobiernos regionales, los gobiernos locales y sus respectivas dependencias”. Habría sido más apropiado emplear la expresión leyes del Estado Peruano en lugar de las Leyes de la República.

Como señalé anteriormente, son dos los casos en los cuales se puede plantear la nulidad del laudo arbitral internacional: por un lado que, según las Leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje. Esta hipótesis es la que he analizado al tratar el inciso e) referente a la arbitrabilidad y me remito a lo allí expuesto.

La segunda razón por la cual se puede pretender la anulación de un laudo internacional es cuando éste sea contrario al orden público internacional.

Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA señala en “Revista Internacional de Arbitraje”, páginas 78, 82 y 83 en el artículo sobre “Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo”⁽¹⁰⁷³⁾, que lo anterior implica que los árbitros deben aplicar las normas de orden público internacional bajo el control del juez de anulación. Así lo dijo, continúa CÁRDENAS MEJÍA, la Corte de Apelaciones de París el 19 de mayo de 1993, en el caso *LABINAL*.

Héctor VIANA, en su artículo “Las Causales de Anulación en el Arbitraje Internacional no son la que establece la Ley Local”⁽¹⁰⁷⁴⁾, señala que “la anulación procedería solo para el caso de que se hubiera violado en forma grave y manifiesto el orden público internacional, lo que equivaldría —y esta resulte ser una precisión del concepto de orden público internacional— las garantías del debido proceso y del ejercicio del derecho de defensa de las partes”.

Más adelante, VIANA ratifica que los laudos arbitrales internacionales sólo podían ser anulados en situaciones de violación manifiesta, grave, concreta y específica del orden público internacional y que este último comprende el respeto del debido proceso y el ejercicio del derecho de defensa de las partes⁽¹⁰⁷⁵⁾.

(1073) CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, “Las causales que pueden ser declaradas de oficio para negar el reconocimiento de un laudo”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Nº 6, Bogotá Legis Editores, Bogotá, 2007, ps. 78, 82 y 83.

(1074) VIANA, Héctor B., “Las causales de anulación en el arbitraje internacional no son las de la ley local. Tribunal uruguayo ratifica jurisprudencia”. En: *Revista Internacional de Arbitraje*, Nº 7, Bogotá Legis Editores, Bogotá, 2007, ps. 136/137.

(1075) VIANA, Héctor B., *op. cit.*, ps. 137/139.

Debe advertirse, sin embargo, que la llamada Ley Modelo no hace referencia al orden público internacional. La razón de ello es que este concepto es impreciso. Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA en *Revista Internacional de Arbitraje* ⁽¹⁰⁷⁶⁾ se pregunta “¿Qué significa el orden público internacional?” El referido autor considera que el orden público internacional puede tener un triple origen: de una parte están los principios básicos del ordenamiento que no pueden dejar de aplicarse aún en situaciones internacionales. Por otro lado, se encuentran las leyes de policía que se aplican en situaciones internacionales. Finalmente, están las obligaciones internacionales entre los estados.

CÁRDENAS MEJÍA señala, a modo de ejemplo de violación del orden público internacional, cuando en la expedición de un laudo ha habido fraude o corrupción, concluyendo que “algunas legislaciones que han seguido la Ley Modelo precisan que uno de los casos de violación del orden público es la vulneración de las reglas de justicia natural” ⁽¹⁰⁷⁷⁾.

Sobre lo que no cabe duda, por cierto, es que esa infracción debe ser grave, lo que se desprende de la casuística recogida por el Informe Final de la Asociación de Derecho Internacional ⁽¹⁰⁷⁸⁾:

- “a. La imparcialidad del juez.
- b. La prohibición de la emisión del laudo por fraude o corrupción.
- c. El respeto a las reglas fundamentales del debido proceso”.

Finalmente, reitero que en el arbitraje internacional esta causal de anulación puede también ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

7. ARTÍCULO 63, INCISO 1), APARTADO G)

“Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral”.

En forma específica el artículo 53º de la LA señala que la controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el Reglamento Arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral, plazo que, aunque la ley no lo dice expresamente, es perentorio.

(1076) CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *op. cit.*, ps. 85/88.

(1077) CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *op. cit.*, ps. 92/96.

(1078) CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo, *op. cit.*, ps. 94/97.

Para entender a cabalidad esta causal de anulación, es preciso tener presente el inciso c) del artículo 12° de la ley, según el cual los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles. Se consideran inhábiles los días sábados, domingos y feriados, así como los días no laborables declarados oficialmente. Lleva a confusión para este cómputo de los plazos, la primera parte del mencionado inciso c) del artículo 12°, porque señala que si el último día del plazo fuera inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación se extenderá hasta el primer día laborable siguiente. No es posible que el último día del plazo sea inhábil porque los plazos se computarán únicamente por días hábiles, siendo imposible, pues, que cualquier día de los que debe contarse para efectos del plazo para laudar sea un día no laborable, salvo pacto en contrario o cuando los plazos se cuentan por meses.

El fundamento de esta causal es la falta de jurisdicción del tribunal arbitral. Vencido el plazo, a diferencia de lo que sucede con los jueces ordinarios, los árbitros pierden su capacidad para “decir el derecho”. Por tanto, un laudo expedido fuera de plazo habrá sido dictado por tres ciudadanos que por el transcurso del tiempo perdieron la capacidad para dirimir la controversia, o sea para laudar.

No hay que olvidar que conforme al inciso 4) del artículo 63°, al igual que en otros casos antes analizados, la parte afectada deberá haber denunciado el vencimiento del plazo de manera inequívoca. La ley no dice cuándo pero es obvio que tiene que ser tan pronto se venza el plazo para laudar y, además, su conducta posterior no puede ser de aquiescencia con la demora del Tribunal. Es decir, no sería posible que luego de vencido el plazo y denunciado por la parte afectada, esta siga presentando escritos o asistiendo a audiencias.

Si ocurriera la situación descrita y el tribunal finalmente expide el laudo, este no podrá ser anulado porque la parte afectada convalidó la conducta del tribunal, aunque me queda la duda de si un fallo expedido por tres personas que perdieron jurisdicción puede ser convalidado por la conducta de las partes.

Finalmente, considero que será muy difícil caer en esta causal de anulación, dada la facultad concedida al tribunal arbitral por el artículo 34° apartado 4) de ampliar los plazos “incluso si estuvieran vencidos”.

8. ARTÍCULO 63, INCISOS 2), 3) Y 4)

Inciso 2)

“Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del apartado 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso

en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas”.

Inciso 3)

“Tratándose de las causales previstas en los incisos d, y e. del apartado 1 de este artículo, 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. Asimismo, la causal prevista en el inciso e. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación”.

Inciso 4)

“La causal prevista en el inciso g. del apartado 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo”.

Al estudiar el inciso 1) apartados a), b), c), d), e) y g) se ha hecho expresa referencia a estos incisos 2), 3) y 4) del epígrafe y que se refieren a la denuncia oportuna como requisito de admisibilidad para que pueda presentarse y darse trámite al recurso de anulación fundado en las causales mencionadas, así como al principio de separabilidad.

9. ARTÍCULO 63, INCISOS 5) Y 6)

Inciso 5)

“En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 de este artículo se apreciará de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral”.

Inciso 6)

“En el arbitraje internacional, la causal prevista en el inciso f. podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de anulación”.

Ambos incisos están referidos exclusivamente al arbitraje internacional. El artículo 5º de la LA señala que el arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

“a. Si las partes en un convenio arbitral tienen, al momento de la celebración de ese convenio, sus domicilios en Estados diferentes.

b. Si el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

c. Si el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto de la controversia tiene una relación más estrecha, está situado fuera del territorio nacional, tratándose de partes domiciliadas en el Perú”.

Pues bien, el inciso 5) del artículo 63°, bajo comentario, dispone que el recurso de anulación fundado en el apartado a) del inciso 1) de este artículo será juzgado en primer lugar con arreglo a las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral. Es decir, que nuevamente la LA da preferencia a la autonomía de la voluntad, como debe ser. Si las partes no hubieran hecho tal elección o fueran insuficientes, los jueces deberán resolver la controversia rigiéndose por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el derecho peruano, dependiendo de cual de ellas resulta más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral y por tanto del laudo.

Los árbitros deben tener muy presente el principio *in favor processu* y, en particular, la preservación del laudo arbitral que se dicte oportunamente. Por consiguiente, el legislador persigue que esta causal de anulación (inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral) sea resuelta a la luz de la norma que permita una interpretación favorable del convenio arbitral.

En cuanto al inciso 6), el legislador faculta al Juez, como ya tuvo oportunidad de señalarlo oportunamente, a decretar de oficio que el convenio arbitral contiene un objeto no susceptible de arbitraje o que el laudo es contrario al orden público internacional, al cual hice referencia al analizar el apartado f) del inciso 1) de este artículo 63°. Para el efecto, tal como se ha visto anteriormente, el Juez peruano deberá regirse por las leyes de la República, o sea del Estado Peruano.

10. ARTÍCULO 63, INCISO 7)

Inciso 7)

“No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos”.

Esta norma recoge el denominado principio *in favor arbitralis*. Es obvio que al legislador le interesa que el procedimiento de arbitraje concluya mediante un laudo y que esto sirva para resolver el conflicto de intereses que subyace. Por ello, si bien es cierto que como se ha vis-

to extensamente, el legislador contempla la posibilidad del recurso de anulación, vale decir el control por parte del órgano jurisdiccional del Estado, también es verdad que de alguna manera pone ciertas vallas para que los intervinientes en el arbitraje no recurran al recurso de nulidad indiscriminadamente.

De allí, pues, que la norma bajo comentario exige que antes de interponerse el recurso de anulación, la parte haya formulado alguna o algunas de las cuatro alternativas contempladas en el artículo 58º de la LA, o sea la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

Por ejemplo, no podrá plantearse la nulidad del laudo por haber resuelto sobre materias no sometidas a su decisión, como lo autoriza el apartado d) del inciso 1) del artículo 63º si previamente no se ha solicitado la exclusión a que se refiere el apartado d) del inciso 1) del artículo 58º.

Por cierto, el error u omisión o extralimitación del laudo debe ser trascendente para que pueda sustentarse la improcedencia del recurso de anulación por no haberse hecho uso de las facultades consignadas en el inciso 7) antes mencionado.

11. ARTÍCULO 63, INCISO 8)

Inciso 8)

“Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII”.

Tratándose del arbitraje nacional no es posible renunciar al recurso de anulación antes de que se haya expedido el laudo, como tampoco es válida la renuncia al derecho de acción. Sí se puede hacer, tácitamente, después de emitida la resolución final, cuando el perjudicado no interpone el recurso de anulación. Tratándose del arbitraje internacional, cuyas partes no están sometidas a la Constitución, nuestra norma permite en el artículo 63º, inciso 8) que cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicha recurso a una o mas causales establecidas en el artículo 63º.

En un artículo publicado por Jesús REMÓN⁽¹⁰⁷⁹⁾ se analiza las ventajas de la admisibilidad o no de la renuncia en el arbitraje internacional. Para el autor suele reconocerse tres ventajas a favor de la posibilidad de la renuncia, siempre y cuando la situación sea la mencionada por el inciso octavo del artículo 63° antes comentado: en primer lugar, la ventaja de evitar estrategias de defensa dirigidas a preconstituir motivos de anulación o maniobras dilatorias una vez conocido el laudo. Si las partes han incluido en la cláusula arbitral un pacto de renuncia preventiva carecerán de sentido esas estrategias y las partes se concentrarán en la defensa de sus respectivas posiciones de fondo. El segundo argumento es uno de corte sociológico, pues está en el interés de los árbitros cuidar su reputación y autoridad, y esto es garantía suficiente de la corrección de los laudos. Por tanto el control judicial sería, desde ésta óptica, innecesario.

El tercer y último argumento que suele aducirse “es estrictamente técnico y se condensa en las disfunciones que se imputan a un sistema de doble control del laudo, primero, por la jurisdicción de la sede en la vía de anulación, y, más tarde, por el juez del exequátur en el proceso dirigido al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros”⁽¹⁰⁸⁰⁾.

En síntesis, el pacto de exclusión del recurso de anulación está previsto únicamente para el arbitraje internacional y dentro de las situaciones que analiza el inciso octavo del artículo 63° de la LA. Por el contrario, en el caso de arbitrajes nacionales no es posible tal pacto, porque sería renunciar a un derecho contemplado en nuestra legislación y que es de orden público. “[...] El recurso de anulación es una garantía de legalidad irrenunciable que tienen todos los que se someten a la jurisdicción arbitral”, según afirma Oswaldo HUNDSKOPF EXEBIO⁽¹⁰⁸¹⁾. Esta posición también es recogida por uno de nuestros autores más identificados con el arbitraje, Fernando CANTUARIAS SALAVERRY⁽¹⁰⁸²⁾, quien afirma: “a diferencia de las disposiciones nacionales, en las que no cabe renunciar al recurso de anulación, en el arbitraje internacional el artículo 126° de la Ley General de Arbitraje (se refiere a la LGA) dispone que dicha renuncia si es factible en un documento escrito”. Cuando las partes hayan renunciado al recurso de anulación y el lau-

(1079) REMÓN, Jesús, “La Anulación del Laudo: El Marco General, El Pacto de Exclusión y el Orden Público”. En: *Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, Magna Ediciones, Lima, 2009, ps. 474/479.

(1080) *Ibíd.*

(1081) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo, “Régimen impugnatorio en el arbitraje nacional”. En: *Actualidad Jurídica*, N° 153, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 81.

(1082) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, “Recursos contra el Laudo Arbitral”. En: *Revista Themis*, Themis N° 53, enero 2007, Lima, ps. 43/55.

do se pretenda ejecutar en el Perú será de aplicación lo previsto en el Título VIII de la Ley General de Arbitraje.

ANEXO: JURISPRUDENCIA

STC 0061-2002-AA/TC del 21 de octubre de 2002.

STC 5396-2005-PA/TC 6 de setiembre de 2005.

STC 3361-2004-AA/TC del 12 de agosto de 2005.

STC 3179-2004-AA/TC del 18 de febrero de 2005.

STC 2192-2002-HC/TC Lima del 14 de octubre de 2002.

STC 2169-2002-HC/TC Lambayeque del 25 de julio de 2005.

Sentencia del Tribunal Constitucional del 24 de agosto de 2006 en los procesos acumulados con expediente N° 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC.

STC 3392-2004-HC/TC del 27 de junio de 2005.

STC 6167-2005-PHC/TC del 28 de febrero de 2006.

STC 8583-2006-PA/TC Lima del 27 de octubre de 2006.

STC 4195-2006-AA/TC Lima del 16 de noviembre de 2007.

STC 8123-2005-PHC/TC del 14 de noviembre de 2005.

STC 5396-2005-PA/TC del 6 de setiembre de 2005.

STC 0612-1998-AA/TC del 9 de abril de 1999.

STC 2502-2004-AA/TC del 8 de noviembre de 2004.

STC 8123-2005-PHC/TC del 14 de octubre de 2002.

STC 0200-2002-AA/TC del 15 de octubre de 2002.

STC 0061-2002-AA/TC del 21 de octubre de 2002.

STC 3361-2004-AA/TC del 12 de agosto de 2005.

STC 3179-2004-AA/TC del 18 de febrero de 2005.

STC 0016-2002-AI/TC Lima del 30 de abril de 2003.

STC 0008-2003-AI/TC Lima del 11 de noviembre de 2003.

STC 0048-2004-PI/TC del 1 de abril de 2005.

STC 0012-2006-AI/TC Lima del 8 de mayo de 2006.

STC 0045-2004-AI/TC Lima del 29 de octubre de 2005.

STC 0050-2004-AI/TC del 3 de junio de 2005 y la resolución aclaratoria del 17 de junio de 2005.

STC 07532-2006-PA/TC Lima del 8 de noviembre de 2007.

STC 2192-2004-AA/TC del 11 de octubre de 2004.

Casación 1174-2005 expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 3, Grijley, Lima, 2006.

Casación 2791-2005-Lima expedida por la Sala Civil Permanente de la Suprema de la Corte Suprema de Justicia de la República. En: <http://www.jurisperu.com/pase1/mostrar.php?cod=5504&cade=electroperu>.

Casación 2805-2006 expedida por la Corte Suprema de Justicia de la República. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 4, Grijley, Lima, 2007.

Sentencia de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima expedida en el Expediente N° 0060-2005 el 22 de julio de 2005. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 3, Grijley, Lima, 2006.

Sentencia de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima expedida en el Expediente N° 0908-2006 el 12 de junio de 2006. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 8, Grijley, Lima, 2008.

Sentencia de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima expedida en el Expediente N° 2517-2007 el 7 de julio de 2008. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 8, Grijley, Lima, 2008.

Sentencia de la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima expedida en el Expediente N° 2273-2006 el 16 de junio de 2008. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 8, Grijley, Lima, 2008.

Sentencia de la Cuarta Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Lima expedida en el Expediente N° 2542-2006. En: Revista Peruana de Arbitraje N° 8, Grijley, Lima, 2008.



Art. 64°.—Trámite del recurso.

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo. Cuando se hubiere solicitado la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo o se hubiese efectuado por iniciativa del tribunal arbitral, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión sobre estas cuestiones o de transcurrido el plazo para resolverlos, sin que el tribunal arbitral se haya pronunciado.

2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes

de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones, no siendo necesario el envío de la documentación original. Asimismo el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes, excepto en el caso previsto en el apartado 4 del artículo 66º en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos.

4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.

5. Contra lo resuelto por la Corte Superior sólo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

COMENTARIO⁽¹⁰⁸³⁾

SUMARIO: 1. *Del plazo de la interposición.* 2. *Del contenido del Recurso de Anulación.* 3. *Garantía de Cumplimiento.* 4. *De la suspensión de las actuaciones judiciales y del Recurso de Casación.*

(1083) Por GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA: Socio del Estudio García-Calderón, Vidal, Montero & Asociados. Profesor de Arbitraje de la Universidad de Lima.

1. DEL PLAZO DE LA INTERPOSICIÓN

Al comentar la tramitación del recurso de anulación, resulta inevitable referirnos a la anulación propiamente dicha. Así, la anulación de laudo es un recurso que tiene por objeto invalidar el pronunciamiento efectuado por los árbitros, por ausencia de los requisitos formales que impone la LA.

El artículo 62° del referido Decreto Legislativo dispone que contra el laudo sólo podrá interponerse el recurso de anulación, a fin de revisar cuestiones formales de la decisión adoptada por los árbitros, quedando prohibida la revisión de aspectos que tengan que ver con el fondo de la disputa, con el contenido mismo de la decisión o con el cuestionamiento de los criterios adoptados por los árbitros, motivaciones o interpretaciones realizadas al momento de emitir su fallo.

Y es que, el fondo de lo decidido por los árbitros deviene de una evaluación que si bien recoge una estructura normativa, se encuentra dentro de la esfera de interpretación realizada por los árbitros y que la institución arbitral considera que no debe ser cuestionada, por ello, el recurso de anulación tiene como objeto controlar el cumplimiento de los requisitos legales, tanto respecto a la validez del origen del Convenio Arbitral, como del procedimiento llevado a cabo como el laudo expedido, sin entrar a analizar el criterio o la interpretación adoptada por los árbitros.

Con ello la LA deja en claro —además de manera expresa— que la única vía y, por tanto, la vía idónea para impugnar el laudo, es el recurso de anulación del mismo, dejando de lado —o al menos relegando su uso para después— las acciones de garantía. Tal como ha sido señalado por el Tribunal Constitucional, la “garantía procesal del debido proceso permite establecer con carácter absoluto su aplicación en cualquier proceso que se pretenda llevar a cabo, ante cualquier persona o autoridad, pues por su carácter fundamental, requiere de una interpretación amplia que le permita estar presente para hacer posible alcanzar el mayor grado de justicia” (Expediente 0067-AA/TC de fecha 12 de Diciembre de 1996).

En cuanto a la tramitación, siguiendo la misma línea establecida en la LGA, el recurso de anulación se tramita ante el Poder Judicial, específicamente, ante la Sala Sub especializada en los Comerciales de la Corte Superior de Justicia.

Es sumamente útil para el fortalecimiento de la institución arbitral que quien revise la validez o invalidez del convenio arbitral, o cualquier defecto formal generado durante la tramitación del procedimiento arbitral o en la emisión del laudo sepa que el arbitraje cuenta con reglas

propias de interpretación, conozca las particularidades de este mecanismo privado de solución de conflictos. Los magistrados deben tener una especialización y conocimiento profundo sobre la materia. Es por ello que el legislador, desde la LGA incorporó la necesidad de contar con una sala especializada. La disposición Octava indicaba que el Poder Judicial, debía designar en el distrito judicial de Lima y en aquellos distritos judiciales con más de una Sala Civil, a una de éstas para el conocimiento de las causas en materia arbitral para que controle la legalidad de los procesos.

De otro lado, encontramos diferencias, con relación a la tramitación establecida en la derogada LGA, con la actual norma arbitral, específicamente, en lo que se refiere a los plazos para tramitar el recurso de anulación.

En efecto, en cuanto a la tramitación del recurso de anulación, la LGA disponía que debía 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. El segundo párrafo señalaba que cuando se hubiera solicitado corrección, integración o aclaración del laudo, el recurso de anulación deberá interponerse dentro de los diez (10) días de notificada la resolución correspondiente.

Existe aquí un primer cambio, pues la novísima norma dispone que el recurso de anulación se deberá presentar dentro de los veinte (20) días siguientes de la notificación del laudo y existiendo rectificación, integración, interpretación o exclusión, el referido recurso se presentará dentro de los veinte (20) días de notificada la última decisión que resuelve estas cuestiones o, una vez vencido el plazo para su resolución sin que el tribunal arbitral haya emitido pronunciamiento.

2. DEL CONTENIDO DEL RECURSO DE ANULACIÓN

Otra novedad que ofrece el artículo bajo comentario, es en materia de prueba, pues restringe el ofrecimiento de éstas a aquellas que tengan sólo naturaleza documental, dejando de lado la posibilidad de ofrecer cualquier tipo de prueba, aun cuando ésta pudiera probar la parcialidad de los árbitros, o la existencia de algún tipo de grabación, tan utilizada en los últimos tiempos.

A primera impresión, en tanto y en cuanto el recurso de anulación importa la revisión de cuestiones formales del laudo, no cabría prueba alguna que no se haya ventilado al interior del proceso, sin embargo, cabe preguntarse ¿qué pasa con aquellos medios probatorios ofreci-

dos de manera magnética o por ejemplo videos de la obra contratada, o algunas grabaciones o un audio registrados al interior del proceso y que puedan ser piezas fundamentales para acreditar la vulneración del derecho de defensa o del debido proceso? Muchas veces los tribunales arbitrales —en casos complejos— optan por registrar de manera visual o magnetofónica algunas actuaciones arbitrales, entonces ¿qué sucede con la cinta magnetofónica que emana de una audiencia y en la cual se registra todos los actos, las conversaciones y manifestaciones de las partes o de un tercero llamado a participar en dicha audiencia, o la cinta de video que captura alguna evidencia que demuestre la vulneración? ¿Acaso el que interpone el recurso de anulación está impedido de ofrecer como prueba dicha cinta de video o magnetofónica?

No tengo duda que el juzgador merituará casuísticamente este restrictivo inciso en materia probatoria, por lo que considero que el Juzgador se encuentra facultado para solicitar la actuación de dicha prueba si es que el impugnante acredita la idoneidad de la misma y la necesidad de su actuación dentro del proceso de anulación, pues, de otro modo, podríamos estar ante una norma que vulnere también el derecho de defensa de la parte que quiera sustentar un recurso de anulación.

Otro aspecto relacionado a la tramitación del recurso de anulación está referido a la indicación expresa de la causal o las causales en que se sustenta el recurso. Dicha disposición es similar a la consignada en la derogada LGA.

No obstante, existe un cambio respecto a la remisión de documentos, trasladando ese requisito a las partes. En efecto, el artículo 64° de la LA dispone que las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder, facultando a la Sala para que de manera excepcional pueda solicitarse al tribunal arbitral la remisión de determinadas actuaciones arbitrales.

Con ello se deja de lado la imposición al tribunal arbitral de remitir todo el expediente arbitral a la Sala, cuando se interponga un recurso de anulación en contra del laudo emitido por éste⁽¹⁰⁸⁴⁾.

Es necesario explicar que lo que se busca es evitar el excesivo formalismo. Todos los árbitros, al igual que las partes cuentan con un expediente original y salvo que el tema verse sobre alguna vulneración

(1084) Esta disposición se encuentra consignada en el artículo 74° de la Ley General de Arbitraje, el cual dispone: “Recibido el recurso de anulación, la Sala oficiará al árbitro o al presidente del tribunal arbitral, para la remisión del expediente dentro del plazo de cinco (5) días de la notificación, bajo apercibimiento de multa del cincuenta por ciento (50%) de una (1) Unidad Impositiva Tributaria”.

en las notificaciones procesales en que se requieran los cargos del expediente que obran en poder del presidente del tribunal arbitral (en los casos de arbitraje *ad hoc*) o de la institución arbitral (en los casos de arbitraje administrado), será innecesario solicitar todo el expediente al Presidente del Tribunal Arbitral.

3. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO

Que duda cabe que el recurso de anulación es una garantía frente a cualquier exceso ocurrido al interior del procedimiento arbitral, sea como consecuencia de una acción u omisión de los árbitros. Considero que el arbitraje debe estar sujeto a un control posterior por parte de algún órgano (público o privado) que permita cautelar el debido proceso.

Nuestra Ley se adecua a lo prescrito por la Ley Modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL) la misma que señala que cada Estado señalara la autoridad competente para la petición de nulidad contra el laudo arbitral cuando exista una invalidez del convenio arbitral o incapacidad de las partes, o violación al debido proceso entre otros aspectos⁽¹⁰⁸⁵⁾.

(1085) “**Artículo 34º.** La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral

1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

Personalmente siempre he considerado —para el arbitraje nacional— como irrenunciable este derecho al recurso de anulación del laudo y que no cabe limitarlo vía convenio entre las partes, como lo permitía la ley derogada. En ese sentido el legislador nacional ha señalado este derecho de manera clara, precisando que sólo podrá expresamente renunciarse al recurso de anulación cuando las partes no sean de nacionalidad peruana o tengan su domicilio, residencia habitual o lugar de las actividades en territorio peruano, ya que en esos casos la protección se dará por la vía del *exequátur* o reconocimiento de laudos extranjeros. Como contrapartida a la irrenunciabilidad al recurso de anulación, el legislador peruano ha señalado que este procedimiento no paraliza la ejecución del laudo.

El artículo 64° hace una salvedad y está referida al tema de la garantía de cumplimiento. En efecto, el artículo 66° de la LA dispone que el recurso de anulación sólo suspenderá la ejecución cuando el impugnante cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable de ser el caso.

Asimismo, dispone que en caso no haya disposición alguna con relación al requisito de la garantía, la Sala podrá, a pedido de parte, establecer la presentación de la garantía por el monto equivalente a lo ordenado pagar en el laudo a fin de suspender su ejecución.

Dicha garantía deberá tener una duración de seis meses prorrogables por el tiempo que dure el proceso de anulación de laudo, a diferencia de lo establecido en la derogada Ley General de Arbitraje, que sólo hacía referencia a la exigencia del cumplimiento de éste requisito en caso las partes lo hayan acordado expresamente en el convenio arbitral o en otro documento que demuestre fehacientemente dicha condición.

Como hemos señalado, al inicio de este comentario, el arbitraje tiene reglas propias tomando en consideración su origen y su función como un todo de manera autónoma. El Tribunal Constitucional la llama “Jurisdicción de Carácter Privado” o “Jurisdicción Independiente” indicando que, si bien el origen es voluntario, esa voluntad no se agota

3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.

4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación del laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.”

en el contrato que lo originó, al igual que el laudo arbitral, que tiene el carácter de cosa juzgada, no impregna al arbitraje con las características típicas del Derecho Procesal Ordinario, sino que el hecho de someterse a una jurisdicción privada, automáticamente produce efectos jurídicos que hacen del arbitraje una institución con plenos derechos de autonomía dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales recogidos en la Constitución.

Opino que estamos ante un desarrollo conceptual de “*Status Nascente*”, por lo que no cabe encasillar al arbitraje en paradigmas jurídicos que escapen a su verdadera esencia y vocación originaria, debiéndose interpretar bajo sus propias fuentes doctrinales.

Por último, una vez admitido el recurso de anulación —para lo cual la Corte Superior deberá resolver la admisión en un plazo de diez días siguientes de presentado el recurso, a diferencia de lo dispuesto por la norma derogada que disponía un plazo de tres días— la Sala deberá poner en conocimiento de la otra parte para que manifieste lo conveniente en el plazo de veinte días, siendo ésta otra diferencia con relación a la LGA, que disponía sólo un plazo de cinco días a la parte afectada con el recurso de anulación.

4. DE LA SUSPENSIÓN DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES Y DEL RECURSO DE CASACIÓN

El artículo 64º sigue manteniendo la posibilidad de que la Sala, una vez llevado a cabo la vista pueda suspender el proceso de anulación de laudo, incrementando solamente el tiempo de cinco a seis meses; sin embargo, consideramos que estos plazos tampoco son cumplidos, debido —principalmente— a la gran carga procesal que ha sufrido la Sala Sub Especializada en lo Comercial.

Finalmente, una vez transcurrido el plazo de suspensión, la Sala deberá resolver el recurso en un plazo de veinte días, en contraposición a los diez días que consignaba la no vigente LGA.

El legislador ha considerado que finalizado el recurso de anulación con la sentencia que declara la validez del laudo arbitral expedido por el tribunal, no es posible interponer el recurso de Casación ante la Corte Suprema de Justicia, el mismo que sólo podrá interponerse en el supuesto de haberse declarado Nulo el mismo.

Si por ejemplo el Tribunal Arbitral declaró Infundada la solicitud de inexistencia del Convenio arbitral deducida por una de las partes y luego en el proceso de anulación la Corte Superior revoca dicha decisión declarando fundada la solicitud de anulación por la causal de inexistencia de Convenio Arbitral, sólo en esos casos, en donde exista

discrepancia entre lo resuelto por la vía privada y la vía ordinaria, podrá acudir a la Corte Suprema de Justicia, vía Casación. Obviamente, si la Sala Superior valida el laudo arbitral y no lo anula el laudo, finaliza el procedimiento de revisión de la legalidad del proceso arbitral.



Art. 65°.—Consecuencias de la anulación.

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:

a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del apartado 1 del artículo 63°, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del apartado 1 del artículo 63°, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

c. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso c. del apartado 1 del artículo 63°, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

d. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso d. del apartado 1 del artículo 63°, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del apartado 1 del artículo 63°, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del apartado 1 del artículo 63°, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de ar-

bitraje nacional, dentro de los quince (15) días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Superior que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial.

COMENTARIO⁽¹⁰⁸⁶⁾

Las consecuencias, están orientadas en primer lugar a aquellos supuestos donde el recurso de anulación sea amparado de manera parcial o de manera total, caso contrario, la consecuencia inmediata es que el laudo cuestionado quede firme, procediéndose o continuando —según sea el caso— a la ejecución del laudo.

Así, la anulación —total o parcial— del laudo debe estar sujeto a la infracción de supuestos específicos establecidos en la LA y las consecuencias están definidas en base a dichos supuestos, de manera particular.

El artículo 63º de la LA dispone que el laudo sólo podrá ser anulado cuando dicha decisión se encuentre inmersa en causales taxativamente establecidas, siendo así que la parte impugnante deberá alegar y probar determinados hechos para que se generen las consecuencias siguientes:

Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz, siendo su consecuencia que el laudo sea anulado por dichas causales referidas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral. En ese supuesto se dispone que la controversia podrá ser resuelta judicialmente, salvo el caso que las partes acuerden remitirla a la vía arbitral, para lo cual deberán celebrar un convenio arbitral.

Como consecuencia de alguna interpretación restrictiva que se le quiso dar a la ley anterior, este inciso de la nueva norma es sumamente preciso y amplio en los conceptos que incorpora, a diferencia de lo que señalaba la ley derogada. En efecto, el artículo 73º de la LGA indicaba que para plantear la anulación del laudo se debía de haber

(1086) Por GONZALO GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA: Socio del Estudio García-Calderón, Vidal, Montero & Asociados. Profesor de Arbitraje de la Universidad de Lima.

alegado la nulidad del convenio arbitral, siempre que quien lo pida lo hubiese reclamado conforme al artículo 39° de la LGA, la misma que señalaba que los árbitros estaban facultados para resolver acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del Convenio arbitral. La interpretación restrictiva se dio cuando una de las partes adujo la inexistencia del convenio arbitral al interior del procedimiento arbitral, el mismo que fue discutido ante el tribunal, declarando los árbitros infundada la oposición al arbitraje, pero al momento de solicitar la anulación del laudo ante la Corte Superior, la parte vencedora argumentó que no se había discutido respecto a la nulidad del convenio arbitral al interior del procedimiento, sino que se había discutido acerca de la inexistencia y que se trataba de conceptos jurídicos distintos, por lo que el recurso de anulación debió ser declarado inadmisibile por la sala.

Los legisladores, han tenido el tino de evitar discusiones como esas incorporando, todas las causales que puedan suscitarse respecto al origen del convenio arbitral.

El Convenio Arbitral, que duda cabe, es la piedra angular que determina o no la sustracción a la jurisdicción ordinaria. Es el nacimiento a la vida jurídica del arbitraje y es ahí donde las partes pueden configurar los requisitos y características que desean exigir a las personas naturales para que actúen como árbitros. Es ahí donde deben precisar el mecanismo de su elección, es ahí donde pueden delimitar el ámbito de aplicación del arbitraje y es ahí donde pueden fijar las reglas procedimentales siendo, justamente, estos temas los que pueden dar origen a la anulación de laudo.

El Código Civil señala, respecto a la capacidad de las personas naturales para suscribir arbitrajes, que es suficiente una manifestación de voluntad conciente, libre e inequívoca de recurrir al arbitraje⁽¹⁰⁸⁷⁾.

En caso de representante, éste requerirá poderes especiales para obligar a su representado a acudir a arbitraje. El artículo 167°, inciso 3 del CC señala que los representantes legales requieren de representación expresa para celebrar compromiso arbitral. Cualquier referencia contractual o legal a cláusula compromisoria o compromiso arbitral se entiende hecha al concepto de convenio arbitral, según lo precisa la cláusula Tercera de las Disposiciones complementarias de la nueva Ley de Arbitraje.

Tratándose de personas jurídicas el Gerente General —salvo pacto en contrario— está facultado por su solo nombramiento para celebrar

(1087) CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, Editorial Comares, Granada, 1998, p. 723.

convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en la LA⁽¹⁰⁸⁸⁾.

Es lógico que en el supuesto caso que el Poder Judicial anule el laudo por la causal de invalidez o inexistencia del convenio arbitral, el tema de fondo, deba ser resuelto por el Poder Judicial ya que el origen que motivo la decisión de los árbitros no surtió efectos jurídicos.

Por otro lado, cuando se trate de arbitraje internacional, relacionado a la causal referida a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral; se deberán apreciar las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

La LA ha señalado en su artículo 57º, que las normas aplicables al fondo de la controversia serán las elegidas por las partes, no aceptándose el reenvío, tal como también lo prescribe el artículo 2048º del CC, referido al Libro X sobre Derecho Internacional Privado, es decir que toda referencia efectuada a un derecho extranjero deberá entenderse a sus normas materiales y no a sus normas de conflicto, salvo pacto expreso en contrario.

En la hipótesis que las partes no hayan indicado las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, corresponderá a los árbitros aplicar la que estimen apropiada, tomando en consideración las estipulaciones contractuales y los usos y costumbres.

El legislador manteniendo ese mismo criterio ha señalado que para efectos de un cuestionamiento respecto a la validez o no de un convenio arbitral, tratándose de un arbitraje internacional, el juez tomará en cuenta el derecho elegido por las partes para regular el convenio arbitral, o la ley aplicable al fondo de la controversia y por último tomara en cuenta el derecho peruano, lo que resulte más favorable a la validez y eficacia del convenio arbitral.

Es aceptado mayoritariamente en el derecho internacional, y así lo recoge nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 2049º del CC, que el factor de conexión utilizado para el otorgamiento de un acto jurídico sea la ley del lugar de su celebración, no siendo usual que exista pacto entre las partes respecto a este tema específico, a diferencia de la

(1088) Véase artículo "Algunas consideraciones jurídicas sobre el proceso de anulación del laudo arbitral Sulliden - Algamarca". En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, N° 116, Gaceta Jurídica, Lima, 2008, p. 127-136.

ley aplicable al fondo de la controversia, que normalmente, es pactada por las partes.

Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. La consecuencia jurídica de esta causal consiste en que el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

Las causales que invoca este inciso están referidas a componentes formales o sustantivos de la llamada tutela procesal efectiva y es —a esa protección— que apunta el legislador.

Esta causal de anulación es —probablemente— la más utilizada por la parte vencida en la vía arbitral, con el fundamento de violación del derecho de defensa. El Tribunal Constitucional, se ha pronunciado en el sentido, que antes de proceder a interponer una acción de garantía debe de agotarse la vía previa señalada por la Ley, como es la de anulación de laudo (Véase sentencia del T.C. de 4 de agosto del 2006. Expediente 4972-2006-PA/TC, sentencia del T.C. de fecha 30 de abril del 2006 y su aclaratoria de fecha 21 de junio de 2006, Expediente No 1567-2006-PA/TC). Así, el control constitucional sólo podrá ser interpuesto *a posteriori*, finalizado el proceso de legalidad.

Sin embargo, la Casación No 4582-06 ICA expedida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema el 11 de julio del 2007, entre Ordenamiento y Desarrollo Empresarial S.A.C. contra Mediterráneo Fish y otro, declaró Infundado el recurso de casación interpuesto contra la anulación de laudo que había sido declarado fundado por la Sala Mixta Descentralizada de Chíncha de la Corte Superior de Ica, por violación de este inciso, a pesar que quien había recurrido a la vía de anulación no había sido parte del proceso arbitral y obviamente no había reclamado al interior de dicho proceso, requisito que, al igual que en la presente ley, se encontraba regulado en la norma anterior.

Por último, no comparto la consecuencia jurídica que se plantea de manera homogénea para todos los supuestos señalados en la norma. Me parece lógico que se reinicie el arbitraje, desde el momento de la violación de falta de notificación del nombramiento de un árbitro a una de las partes, pero no me parece que el mismo tribunal conozca del proceso, habiendo faltado a un deber procesal, que ha perjudicado manifiestamente a una de las partes, por lo que en esos supuestos considero debería procederse a un nuevo nombramiento.

Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento

arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición del decreto legislativo del que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en la LA. La consecuencia será la de proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.

La hipótesis para solicitar la anulación de un laudo por esta causal, tiene su origen en el concepto de igualdad que debe existir entre las partes que han suscrito un convenio arbitral, ya que el nombramiento de los árbitros o el mecanismo de su designación no puede quedar sujeta a la voluntad de una de ellas, siendo dicha estipulación nula.

Si por ejemplo se designa en un arbitraje de derecho, por error, a una persona que no es abogada, ¿será posible solicitar la anulación del laudo por esta causal? ¿Será necesario que haya invocado, durante el desarrollo del arbitraje, que el árbitro que no cuenta con las calificaciones que las partes requerían para resolver el conflicto o puedo invocarlo directamente en la solicitud de anulación?

La respuesta debe ser afirmativa, pues será necesario haberlo invocado durante el desarrollo del proceso arbitral, y que dicha causal haya sido desestimada por el árbitro.

No obstante, si nos encontramos ante una controversia regida bajo el ámbito de la normativa de contrataciones públicas, la designación de un profesional no abogado como parte del tribunal arbitral resulta admisible a pesar de que el convenio arbitral señale expresamente que el arbitraje es de derecho⁽¹⁰⁸⁹⁾. En estos casos a pesar que en el convenio arbitral las partes manifestaron su voluntad de someter sus controversias a arbitraje de derecho, no procederá recurso de anulación alguno.

Así, también, si alguna actuación ha sido delegada a un árbitro, por los otros dos integrantes del tribunal, digamos una inspección ocular fuera del lugar de la sede, siendo el reglamento aplicable o el acuerdo de las partes claro al señalar que las actuaciones se llevarán con la concurrencia de los tres árbitros, se deberá aplicar la consecuencia descrita en el presente inciso.

(1089) Y aunque no lo dijera sería igual de derecho pues en arbitrajes con el Estado peruano, está prohibido el pacto de arbitrajes de conciencia.

Por lo que, deberá previamente analizarse si las actuaciones arbitrales o el nombramiento del árbitro se ajusta a lo señalado por las partes pero, además, por la norma que regula dicho mecanismo.

Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión. La consecuencia que corresponde a la anulación del laudo por esta causal será que la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

Similar tratamiento debe operar cuando lo que se cuestiona es el pronunciamiento sobre alguna materia controvertida no sometida a decisión de los árbitros o no contemplada en el convenio arbitral. En este caso, serán los propios árbitros los llamados a resolver de manera previa dicho cuestionamiento y sólo en caso de denegación, quedará habilitada la vía del recurso de anulación⁽¹⁰⁹⁰⁾.

El fallo "*ultra petita*" genera la invalidez del laudo arbitral, al haberse fallado mas allá de la voluntad de las partes al momento de la fijación de los puntos controvertidos. Es claro —como señalaba la ley derogada— que la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a la decisión, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidas a la cuestión principal que si el tribunal arbitral se pronuncia, es decir, que si la materia que da origen a la anulación puede separarse de las otras cuestiones desarrolladas al interior del procedimiento arbitral ésta no afectará a aquellas.

Si por ejemplo, el tribunal se pronuncia respecto a un tema relacionado con el cálculo de intereses, que no fue solicitado, es obvio que la anulación afectará sólo a ese extremo del laudo, quedando subsistente el laudo arbitral en sus demás extremos.

Con la entrada en vigencia de la LA, al parecer el recurso de anulación de laudo por esta causal se reduciría al mínimo, en la medida que la nueva normativa prevé la figura de la exclusión de laudo, que está orientada específicamente para subsanar el exceso del tribunal arbitral al momento de emitir su fallo.

(1090) Nótese que existen dos tipos de cuestionamiento sobre la competencia de los árbitros para emitir pronunciamiento: i) el primero, dado por la falta de competencia en razón de las disposiciones del convenio, es decir, que no exista convenio alguno, o de existir, que contenga un vicio de nulidad que haga imposible su ejecución y ii) el segundo, dado por la falta de competencia de los árbitros respecto a la materia controvertida, sea por que ésta es evidentemente no arbitrable o porque el convenio arbitral no somete dicha controversia a pronunciamiento de los árbitros.

En efecto, la exclusión de laudo según ya comentada otorga al tribunal arbitral la posibilidad de excluir del laudo algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que dicho extremo haya sido sometido a conocimiento y decisión del Tribunal.

De esta manera, en el ejemplo antes señalado, el tribunal arbitral podrá excluir de su decisión el pronunciamiento respecto a los intereses, sin necesidad que la parte afectada con dicho pronunciamiento tenga que acudir al recurso de anulación de laudo, bastará que este incidente sea resuelto a través del mecanismo de la exclusión de laudo.

No obstante ello, la parte afectada con el pronunciamiento en exceso del tribunal arbitral deberá interponer en sede arbitral la exclusión de laudo, caso contrario, a pesar de que dicho laudo fuera *extra petita*, la decisión quedará firme pues la parte impugnante no acudió al remedio previsto para este caso, expresando de manera tácita su intención de que el tribunal arbitral se pronuncie sobre el extremo en exceso, en nuestro ejemplo, sobre los intereses respectivos.

Que el tribunal ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional. La consecuencia será que, anulado el laudo, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.

Es necesario precisar que esta causal podrá ser invocada por la parte perjudicada, pero también podrá ser apreciada de oficio por la Corte Superior que conoce del recurso de Anulación, ello quiere decir, que el Juez que conozca del recurso de anulación, podrá encausar dicho petitorio si el pronunciamiento del tribunal arbitral esté referido a materia no susceptible de arbitraje, a pesar de que la parte impugnante no lo haya mencionado.

Cabe señalar, que a diferencia de las demás causales de anulación, analizadas, donde resulta necesario que el impugnante haya hecho valer su reclamo previamente al interior del proceso arbitral, y que ésta además haya sido rechazada por el tribunal arbitral, en la causal bajo comentario no es necesario dicho reclamo. Ello, porque el legislador ha sido claro en facultar al Juzgador que conoce el recurso, para anular de oficio el laudo —parcial o totalmente— si la materia es manifiestamente no arbitrable.

Con ello, podría darse el caso que una impugnación de laudo en sede judicial vía recurso de anulación pueda ser desestimado por no haberse agotado la instancia arbitral, es decir, que el impugnante no hizo valer su reclamo al interior del proceso arbitral pero que; sin embargo, luego del análisis el Juzgador considere que la materia sometida a conocimiento de los árbitros resultara ser no susceptible de arbi-

trarse y con lo cual, podría —en estos casos— anular el fallo expedido por los árbitros.

En ese orden de ideas, el Juzgador que conoce el recurso tendrá una doble tarea, en primer lugar, verificar si la materia sometida a conocimiento de los árbitros era susceptible de ser arbitrada y una vez verificada su procedencia, verificar los aspectos formales del recurso de anulación en función de la causal que se invoca.

Respecto a esta causal, tenemos un claro ejemplo en las acciones de amparo resueltas por el Tribunal Constitucional con relación a materias no arbitrables en los casos del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

En efecto, en el expediente No 3746-2004-AA/TC, resuelto el 17 de diciembre de 2004, el Tribunal Constitucional señaló la no arbitrabilidad en materia de salud, ya que tratándose de un derecho indisponible no era susceptible de resolverse en la vía arbitral, igual criterio ha sido señalado para temas pensionables.

La consecuencia es absolutamente lógica, y al igual que la primera causal, en donde no existía un convenio arbitral válido, en este supuesto, no siendo la materia susceptible de ser conocida en la vía privada, debe ser resuelta en la vía ordinaria.

Que según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

Esta causal de anulación señalada en el artículo 63° de la LA no tiene una consecuencia señalada en el artículo 65° bajo comentario.

La primera causal se refiere a la arbitrabilidad de la materia sometida a arbitraje en relación al derecho peruano. Véase que para solicitar el reconocimiento de un laudo emitido en el extranjero, este no debe incumplir determinados requisitos, que son las causales de denegación de un laudo, y entre ellos encontramos que es una causal de rechazo del laudo proveniente del extranjero, que el convenio arbitral no sea válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

Las partes pueden haber celebrado válidamente un convenio arbitral, al amparo de un ordenamiento extranjero sobre una materia que en ese país sí era susceptible de ser sometida a arbitraje, pero si las partes establecieron como sede del tribunal arbitral el Perú, y esa materia no es posible de derivarla a arbitraje, se podrá interponer la anulación respectiva contra ese laudo llevado a cabo en nuestro país.

Es relevante distinguir el concepto de orden público nacional y orden público internacional. Es posible que un laudo pueda vulnerar el orden público interno mas no deberá vulnerar el orden público internacional. Si las partes pactan una ley extranjera para resolver el fondo de la controversia y esa ley colisiona con nuestro derecho interno, ese laudo no deberá anularse por esa razón, salvo que la ley extranjera aplicada violente principios fundamentales que sustentan el derecho internacional, independientemente del derecho nacional.

El rol que desempeña el orden público internacional es el de un remedio para inaplicar un derecho extranjero que ha sido aplicado válidamente por la voluntad de las partes para un caso determinado. Imaginemos derechos que se discuten en un arbitraje entre partes con domicilios en estados diferentes en sede nacional entre parejas del mismo sexo, al amparo de una ley extranjera que así lo permita. El legislador peruano ha considerado que esa materia y/o el laudo podrán ser susceptibles de anulación ante el Poder Judicial.

Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

La norma señala que la consecuencia jurídica de la anulación del laudo por esta causal consistirá en que puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre las bases de las actuaciones resuelva la controversia o que —tratándose de un arbitraje nacional— decidan que la Corte Superior, que conoció del recurso de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

Por otro lado, cuando la causal invocada corresponda a que la decisión se haya tomado fuera del plazo pactado por las partes, sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

Aquí también conviene señalar que el recurso de anulación interpuesto contra el laudo bajo el argumento de haberse emitido fuera del plazo establecido, según el convenio arbitral o en las reglas del proceso, procederá no sólo si el impugnante ha hecho valer su reclamo en la vía arbitral, es decir, que haya dejado constancia inequívoca de que el laudo no se ha expedido en el plazo establecido, sino que además será necesario que el impugnante no haya demostrado un comportamiento que contradiga el reclamo efectuado, en pocas palabras, que el impugnante no haya convalidado la expedición tardía del laudo.

Conviene preguntarse entonces, ¿en qué momento el comportamiento puede ser contrario al posterior reclamo en sede judicial?

Una vez expedido el laudo, existe por lo general una sola actuación arbitral posterior, y es aquella referida a subsanar los aspectos formales del laudo, es decir, la integración, rectificación, interpretación y exclusión del laudo.

La integración de laudo es un mecanismo que permite subsanar la omisión del tribunal arbitral de pronunciarse respecto a algún extremo de la controversia sometida a su conocimiento y decisión.

Por otro lado, la rectificación del laudo está orientada a subsanar o corregir algún error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.

En cuanto a la interpretación, se encuentra orientado a subsanar algún extremo oscuro, impreciso o dudoso en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.

Finalmente, en lo que respecta a la exclusión de laudo, como su nombre lo dice, se utiliza para solicitar que excluya del laudo algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

Estos remedios establecidos para subsanar aspectos formales del laudo no deberán ser utilizados por la parte que desee impugnar el laudo por la causal de expedición fuera del plazo, pues dicha actuación conllevará a considerar que la parte impugnante está de acuerdo con la decisión y que sólo pretende que se subsane las omisiones o defectos expuestos al detallar cada uno de los remedios.

Así, el impugnante deberá dejar constancia de la expedición del laudo fuera del plazo y dispondrá la anulación de dicha causal dentro del plazo establecido para ello, sin necesidad de agotar la vía de la rectificación, integración, interpretación o exclusión como paso previo, para el recurso de anulación de laudo.

Al restringir este comportamiento a la causal de anulación referida a la expedición del laudo fuera del plazo, pues acaso, ¿no podría acusarse dicho comportamiento para acreditar una aceptación tácita, sobre una decisión adoptada al interior del proceso arbitral?

Si en el desarrollo de un proceso arbitral, el tribunal decide dejar de lado un medio probatorio ofrecido por una parte y esta decisión es cuestionada por falta de motivación, si la parte afectada continúa con

las actuaciones arbitrales sin hacer referencia a dicho cuestionamiento, incluso si el tribunal arbitral decide concluir la etapa probatoria y la parte afectada no cuestiona tal decisión, ¿acaso esta conducta no puede considerarse como una aceptación tácita de la decisión del tribunal arbitral respecto al rechazo de la prueba? ¿Basta acaso que se cuestione la decisión en ese momento y seguir con las actuaciones arbitrales sin mencionar nada al respecto?

Considero que aquella parte que pretenda reclamar una decisión arbitral debe hacerlo no sólo de manera oportuna al conocer la decisión emanada de los árbitros sino que —en mi opinión— está en la obligación de dejar constancia de dicho reclamo en cada actuación arbitral que realice, pues de lo contrario, podría haber manifestado tácitamente su voluntad de continuar el proceso, aceptando con ello lo decidido por el tribunal arbitral.

Finalmente, tratándose de un laudo anulado por haber sido expedido fuera del plazo previsto en el convenio o en las reglas del proceso arbitral, las partes estarán en la posibilidad de iniciar otro arbitraje o someter la decisión a la propia Sala que conoció el recurso, para que en única instancia resuelva sobre el fondo de la controversia, a diferencia de lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 73º de la derogada LGA, que disponía como remedio la habilitación del Poder Judicial, con la posibilidad de que las partes puedan pactar someter a arbitraje dicha controversia, claro con el nombramiento de otros árbitros.



Art. 66º.—Garantía de cumplimiento.

1. 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 solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.

2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el

tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el apartado anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.

4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la fianza bancaria prevista en el apartado anterior a la Corte Superior que conoce del recurso, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral. La Corte Superior luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.

5. La garantía constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite el recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, la Corte Superior, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación.

6. Si el recurso de anulación es desestimado, la Corte Superior, bajo responsabilidad, entregará la fianza bancaria a la parte vencedora del recurso. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso el recurso.

COMENTARIO ⁽¹⁰⁹¹⁾

Uno de los temas más relevantes del arbitraje es el recurso de anulación del laudo, especialmente las condiciones de su interposición y los efectos sobre la exigibilidad del fallo. La parte vencida tiene derecho a cuestionar el laudo si se presentan las causales extraordinarias señaladas en el artículo 63°. Según el artículo 66°, inciso 1, la interposición del recurso de anulación no suspende la ejecución del laudo, sal-

(1091) Por MARTÍN MEJORADA CHAUCA: Socio del Estudio Jorge Avendaño -Forsyth & Arbe Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

vo que la parte que lo impugna solicite dicha suspensión y *garantice el cumplimiento de la decisión arbitral*. El artículo que comento se refiere al régimen de las garantías que debe constituir el actor del recurso de anulación. Me ocuparé brevemente de aquellos aspectos que están más allá del texto de la norma.

Es positivo que los laudos gocen de carácter ejecutivo desde su notificación. El recurso de anulación es un camino extraordinario al cual sólo se debe recurrir cuando el proceso arbitral es claramente injusto, de lo contrario el recurso se convertiría en un medio ilegítimo para dilatar el cumplimiento del laudo. En este sentido, es correcto que la eventual suspensión del laudo pase necesariamente por la constitución de una garantía.

¿Cuáles son las características de esta garantía? La norma responde señalando un orden. En primer lugar, tendrá las condiciones que las partes hubiesen acordado y si no hay acuerdo las establecidas en el reglamento arbitral aplicable. Esto no lo dice la norma, pero naturalmente el acuerdo sobre la garantía podría constar en el convenio arbitral, en algún acuerdo producido dentro del proceso arbitral o en un pacto externo al proceso. Si bien la norma parece privilegiar las condiciones señaladas en el eventual acuerdo de garantía por encima del tratamiento que el tema tuviese en el reglamento arbitral aplicable, considero que estas dos fuentes (convenio y reglamento) pueden ser perfectamente complementarias. Los temas que no se hubiesen abordado en el convenio de garantía podrían ser cubiertos por las condiciones que señale el reglamento. Obviamente si el convenio y el reglamento señalan condiciones incompatibles, tendrá que observarse la prioridad prevista en la norma.

El inciso 2 del artículo en comentario señala que si no se convino previamente las características de la garantía, el impugnante deberá acompañar a su pedido de suspensión una *fianza bancaria* solidaria, incondicionada y de realización automática a favor de la otra parte, con una vigencia no menor de 6 meses renovables durante todo el proceso y *por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo*. Si el laudo no señala monto de condena, el tribunal arbitral podría indicar la suma de la garantía que habrá de constituirse. Si el tribunal no lo hace, el recurrente tendría que pedirle que señale el monto a la Corte Superior que conoce del recurso de anulación. Aquí también hay un orden sobre quién debe señalar el valor de la garantía. Obviamente, el tribunal arbitral conoce mejor el valor económico de lo ordenado en el laudo, por lo cual es conveniente que las partes le soliciten oportunamente un pronunciamiento sobre el valor de la prestación o declaración contenidas en el fallo, a efectos de la eventual anulación que pudiesen pretender una de las partes.

Considero que este pedido se puede formular al tribunal incluso después de expedido el laudo; sin embargo, a fin de evitar controversias sobre el particular (el tribunal podría entender que fijar el valor de la garantía no es parte de su encargo), es conveniente solicitarlo desde la interposición de la demanda arbitral, obviamente sólo en los casos donde se sabe que no habrá un fallo de condena dineraria. No olvidemos que en muchos supuestos la liquidación de valor puede ser tarea compleja que los árbitros consideren irrealizable después del fallo. En realidad, tal como veremos más adelante, el monto que señalen los árbitros será propiamente una liquidación de valor que permitirá la ejecución del laudo por ese monto, incluso si no se presentara un recurso de anulación.

En mi opinión, el valor señalado para garantizar el cumplimiento de fallos no dinerarios tiene el carácter de “prestación sustitutoria” de la obligación no dineraria indicada en el laudo, de modo que la eventual ejecución de la fianza permita el pago efectivo de lo ordenado por el tribunal arbitral. Estamos ante una prestación sustitutoria cuya naturaleza proviene de la propia norma (aunque ésta no lo diga expresamente), así identificamos la obligación garantizada que permitirá la ejecución de la fianza y el cumplimiento del laudo a la vez.

La garantía es una fianza bancaria que se rige por la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (Ley N° 26702), el Código Civil y la Circular N° B2101-2001-SBS de la Superintendencia de Banca y Seguros. La fianza es un contrato entre el fiador y el acreedor. El banco se dirige mediante carta al acreedor y se compromete a pagar una obligación de cargo de otra persona (el obligado conforme al laudo). La norma que comento no lo dice pero es obvio que se trata de una fianza dineraria. Vale la precisión porque la fianza en general no tiene que ser para abono de dinero.

Como en toda garantía, la fianza que acompaña al pedido de suspensión debe señalar la obligación garantizada. Es un requisito de validez, de otro modo no se sabría qué debe pagar el fiador. Esto es fundamental para lograr una constitución y ejecución adecuadas de la fianza. ¿Cuál es la obligación garantizada? La obligación a garantizar es normalmente la señalada en el laudo, la cual puede ser dineraria, de hacer, de no hacer, de dar bienes ciertos o meramente declarativa. Tratándose de esta última, por ejemplo cuando el laudo declara la validez de un contrato o reconoce la propiedad de un bien a favor de determinada persona, el acreedor no siempre espera que se cumpla una prestación a su favor, en cuyo caso la postergación de la ejecución del laudo sólo tiene como efecto la prolongación de la incertidumbre. En estos casos la garantía debe asegurar los daños derivados de

la suspensión. En las demás situaciones se garantiza el cumplimiento del laudo. Si la prestación es dineraria, la fianza garantiza la suma correspondiente, y si no lo es la fianza garantiza el valor señalado por el tribunal arbitral o por la Corte Superior, según sea el caso. Dicho valor tiene el carácter de prestación sustitutoria según vimos.

Ahora bien, nada impide que las partes que convienen las características de la garantía del recurso de anulación, acuerden que ésta asegurará también los daños derivados de la suspensión (incluso cuando el fallo es de condena dineraria u obliga al deudor a cumplir prestaciones no dinerarias). A este efecto tendrían que convenir también el valor de tales daños (cláusula penal). Si no se acuerda el monto la garantía es válida, pero su ejecución requeriría que previamente se liquiden los perjuicios sufridos.

La fianza bancaria no deja de ser fianza por la participación de un banco. El Principio de Accesoriedad que es esencial a todas las garantías está presente en la fianza bancaria, por ello se debe ser muy riguroso en el señalamiento de la obligación garantizada. De hecho, la norma que comentamos constituye un avance respecto a su precedente, pues con anterioridad, cuando las garantías se constituían para acompañar el recurso de anulación, tratándose de laudos referidos a prestaciones ilíquidas o no dinerarias, obviamente la garantía enfrentaba un serio problema de ejecución. No se puede ejecutar una fianza dineraria para pagar una deuda que no es dineraria o que está pendiente de liquidación.

Tal como establece el inciso 6 del artículo que comento, si se rechaza el recurso de la Corte entrega la carta fianza a la parte vencedora. En ese momento el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía según lo que señale el laudo. En efecto, si el laudo ordena el pago de una suma líquida la fianza se realizará para cobrar dicha suma. Si la prestación no es dineraria, pero obviamente fue valorizada para efectos de la garantía, la ejecución de la fianza procede pero debemos entender que se está cobrando la prestación sustitutoria nacida de la ley.

En el caso de obligaciones ilíquidas y las no dinerarias la prestación sustitutoria tiene peculiaridades. Dado que el valor de la garantía no es producto de un análisis profundo en el arbitraje, sino de la verificación superficial del tribunal o de la Corte Superior, el abono de la fianza no necesariamente paga toda la prestación ordenada en el fallo. Sólo paga el valor que ésta tenga al momento de la ejecución. Establecida la diferencia el acreedor podría cobrarla a través del proceso correspondiente. Teóricamente la diferencia también podría favorecer al deudor.



Art. 67°.—Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

COMENTARIO ⁽¹⁰⁹²⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Por qué los árbitros tendrían problemas para ejecutar un laudo? El uso de la coertio. 3. Tipos de ejecución por árbitros. 4. Requisitos de forma para el pacto de ejecución por los árbitros. 5. Alcances del acuerdo para ejecutar. 6. ¿Qué tipo de actos puede llevar a cabo un árbitro durante la etapa de ejecución? 7. La facultad discrecional de dejar de ejecutar. 8. El arbitraje de ejecución.

1. INTRODUCCIÓN

REISMAN dice que “el verdadero problema no esta en llegar a una solución de acuerdo a Derecho, sino en poner en práctica esa solución legal. En el análisis final el Derecho no es [...] lo que la corte dice, pero lo que el sheriff hace” ⁽¹⁰⁹³⁾.

Si un laudo no se cumple, e incumplido no se ejecuta, entonces el sistema arbitral en su conjunto pierde sentido. Y lo que el “sheriff” hace es conseguir que se cumpla la ley o los principios aplicables, que en el caso de un arbitraje es lo que dice el laudo. La pregunta es quién debe desarrollar el rol de “sheriff” es decir de ejecutor de lo ordenado en el laudo. ¿Debe ser el Poder Judicial? ¿O deben los propios árbitros?

(1092) Por ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

(1093) REISMAN, W. M., “The Enforcement of International Judgments” p. 1. Traducción libre del siguiente texto: “[...] *the real problem is not in arriving at an answer in law, but in enforcing an answer in law. In the final analysis law is not only [...] what the court says but also what the sheriff does.*”

Tendemos a pensar que son las Cortes Ordinarias las que, desde sus orígenes, se encargaban de la ejecución de los laudos. Pero ello no es así. El concepto de ejecución o cumplimiento del laudo en los orígenes del arbitraje, se aleja mucho de lo que entendemos hoy. De hecho, el arbitraje como lo conocemos (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes y su existencia precedió a la aparición de las Cortes ordinarias. El arbitraje nació antes que aparecieran los ejecutores judiciales de los laudos.

Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. El gremio designaba a otros comerciantes (no a abogados) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, se resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes, lo que no significaba necesariamente la mera aplicación de normas ni doctrinas legales, sino más bien prácticas y costumbres comerciales.

Y la ejecución se ajustaba a parámetros igualmente flexibles e informales. Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. No había anulación ni ejecución de laudo por los jueces, lo que hoy las leyes (y buena parte de la doctrina) asumen, de manera errada, como consustanciales al arbitraje.

La ejecución judicial de laudos es bastante reciente. Como bien relata BENSON, cuando en los años 20 del siglo pasado en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados en arbitrajes era realmente excepcional. Estas leyes aparecen por el lobby de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio de prestación de servicios profesionales. Así se aprobaron normas a finales de los 30s, que permitían la ejecución de laudos por las cortes ordinarias. Según la estadística, la representación con abogados frente a los tribunales arbitrales de la AAA se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947⁽¹⁰⁹⁴⁾. El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* [282 U.S. 30 (1930)] en

(1094) BENSON, Bruce, "Arbitration" en Encyclopedia of Law and Economics. <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>, p. 169.

el que se declaró como boicot o negativa concertada a contratar, y por tanto contrario a las normas de libre competencia o antimonopolio, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo⁽¹⁰⁹⁵⁾.

Como se ve, en sus orígenes, los laudos tenían mecanismos de autoejecución, que no requerían de la autoridad o del juez estatal para ser puestos en práctica. Ello cambió y hemos asumido, quizás sin suficiente reflexión, que ahora la ejecución es algo que corresponde naturalmente al juez, y que es ajeno a los árbitros inmiscuirse en ese tipo de actividades. Esta visión condujo en la LA a una solución intermedia que, sin negar la posibilidad de ejecución del laudo por los árbitros, considera que ello no es la situación normal y que, por tanto, es mejor que la regla dispositiva sea que, salvo pacto en contrario, la ejecución corresponde al juez.

En esa línea, el artículo 67° suscitó una gran discusión al interior de la Comisión a cargo de la elaboración del proyecto. Una parte de los integrantes proponía que los árbitros tuvieran facultad de ejecución, salvo pacto en contrario. El otro sector sugería como regla supletoria precisamente la inversa, es decir que los árbitros, una vez emitido el laudo, no pudieran ejecutar, salvo acuerdo en contra. Todos coincidían en que los árbitros podían ejecutar. La discusión era si esa era la regla o por el contrario se requería pacto para que la ejecución arbitral opere.

Como se desprende del texto del artículo, primó la segunda posición. Las razones que se esgrimieron fueron varias: (1) los árbitros no tienen habilidades especiales para ejecutar, principalmente por que carecen de facultades de coacción. En eso los jueces tienen facultades más adecuadas para desarrollar esa labor, en especial su capacidad de dar ordenes directas para el uso de la fuerza pública, por lo que es mejor confiar la ejecución a alguien ajeno al arbitraje mismo; (2) la ejecución por árbitros puede generar verdaderos cuellos de botella, que pueden hacer interminable el arbitraje; (3) no se encuentra recogido como una práctica internacional ni legislativa. De hecho la Ley Modelo UNCITRAL no tiene como regla la ejecución del laudo por los árbitros; (4) los honorarios de los árbitros no corresponde ni cubren, según la práctica, actos de ejecución.

Como veremos más adelante, sin embargo, la propia Comisión reconoció en el numeral 1 del artículo 48° de la LA que “El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o convenien-

(1095) *Ibíd.*, p. 170.

te requerir la asistencia de la fuerza pública”. El tema parece contradictorio, pues si los árbitros no son idóneos para ejecutar laudos, ¿por qué lo serían para ejecutar medidas cautelares, donde podrían presentarse los mismos problemas? Para quien diga que las cautelares requieren urgencia, y que por ello habría que confiarlas a los árbitros, habría que contestarle que ello significa que los árbitros están en mejor aptitud para ejecutar que los jueces. De hecho si en lo más urgente (la cautelar) pueden hacerlo, por que no podrían ejecutar un laudo contenido la decisión final sobre algunos o todos los puntos controvertidos.

Sin embargo el sentir de la mayoría de la Comisión quedo reflejada en un párrafo de la exposición de motivos:

“El artículo 67º supedita la ejecución arbitral siempre a la voluntad de las partes y también a la discrecionalidad de los árbitros. La norma es flexible por la variedad de supuestos que pueden suscitarse y posibilita que las partes recurran a la ejecución judicial en cualquier momento cuando resulte más efectiva”.

Hay varios elementos a destacar.

a. El primero, como ya se dijo, se estableció, como regla supletoria, que los árbitros no se encargan de la ejecución. La facultad de ejecución arbitral no esta negada, pero requiere de pacto.

b. El segundo es que la posibilidad y alcances de la posibilidad de ejecutar dependerán del acuerdo al que lleguen las partes, acuerdos que incluso puede derivarse del sometimiento a un reglamento arbitral que contemple esa posibilidad. Así lo reconoce expresamente el numeral 1ro del artículo 67º, que indica que el pacto puede estar contenido en el reglamento del centro de arbitraje al que las partes se hayan sometido. Ello es concordante con lo que señala el inciso b) del artículo 6º de la LA que establece que cuando la Ley “Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido”.

c. Lo tercero es que incluso si las partes acordaran la ejecución por los árbitros, ello no les impide a estos últimos pasar la ejecución a las Cortes ordinarias, si determinan, a su sola discreción, que no debe continuar con dicha actividad. Así el árbitro puede apartarse de dicha labor en cualquier momento, y sin incurrir en responsabilidad, sobre la base de un argumento de practicidad (conveniencia o necesidad del uso de la fuerza pública), pero sujeto a su criterio discrecional. Sin embargo, como veremos más adelante, esto plantea una discusión sobre la posibilidad de rembolsar honorarios ya pagados anticipadamente por la ejecución, si esta se interrumpe prematuramente.

2. ¿POR QUÉ LOS ÁRBITROS TENDRÍAN PROBLEMAS PARA EJECUTAR UN LAUDO? EL USO DE LA *COERTIO*

El punto principal por el que se sostiene que los árbitros no pueden ejecutar es por que carecerían de *coertio*. Si uno entiende *coertio* como el monopolio del uso de la fuerza pública entregado al Estado podría decirse que la afirmación sería correcta. Un árbitro no puede emitir una orden directamente a la policía para que apoye un desalojo, un descerraje o la extracción de un bien. Tendrá necesariamente que recurrir a un juez.

Pero ejecutar es mucho más que autorizar el uso de la fuerza pública. Muchos actos de ejecución no requieren del uso de tal fuerza pública. Inscribir un embargo o una decisión en los registros públicos, organizar o llevar a cabo la venta un bien, liquidar intereses, costa y costos, resolver oposiciones o cuestionamientos a la ejecución o a la forma como esta se está realizando, son todos actos de un inmenso inventario, que pueden ser llevados a cabo por árbitros sin ningún problema, pues no hay que recurrir a la fuerza pública. Son actos que implican un juicio de conocimiento (o *notio*) por parte del juzgador que, en la esencia, no difiere del juicio y criterio que se requieren para dictar un laudo o cualquier otra decisión arbitral. Si el árbitro es bueno para una cosa, lo es para la otra. De hecho me atrevería a decir que, al menos en mi experiencia, las ejecuciones que requieren de *coertio*, entendido como uso de la fuerza pública, son más la excepción que la regla en los arbitrajes. Ello debido al alto grado de cumplimiento voluntario por las partes de lo que el laudo ordena. Pero las partes, incluso con voluntad de cumplir, requieren que para la ejecución se precisen o aclaren ciertas incertidumbres que naturalmente no están resueltas en el laudo, como, por ejemplo, cuáles son los intereses a pagar en la fecha misma de pago.

En esa línea nada en la naturaleza del arbitraje impide a los árbitros ejecutar sus decisiones, incluido el laudo. De hecho, como veremos, la ley, la práctica y la doctrina lo admiten. Si bien puede tener algunas limitaciones por la falta de *coertio*, de ello no se puede derivar que los árbitros no puedan ejecutar, sino solo que tendrá limitaciones para ciertos actos de ejecución.

En mi opinión sólo existen dos límites a la ejecución por un árbitro:

a. El uso de la *coertio* entendida como el ordenar el uso de la fuerza pública. Efectivamente un árbitro no puede pedir directamente a la policía que ejecute un laudo.

b. Las afectaciones, durante la ejecución, de terceros al convenio arbitral. Por ejemplo, durante los actos conducentes a la venta forzada de un bien, alguien ajeno al convenio arbitral podría solicitar una tercera sosteniendo que se pretende ejecutar un bien de su propiedad o que tiene un derecho preferente de pago. O podrían haber garantías sucesivas sobre un bien en el que el ejecutor (en este caso el árbitro), debería al ejecutar el bien, definir la distribución de los recursos obtenidos entre los distintos acreedores, a pesar que estos otros acreedores podrían no estar vinculados al convenio arbitral que le da competencia al árbitro. O también se presenta el problema del levantamiento de gravámenes de terceros después de la venta para la entrega del bien al adquirente. Nótese que ello podría significar afectar derechos de personas que no han sido parte en el arbitraje al ser ajenos al convenio arbitral. Sin embargo debemos anotar que este es un problema que afecta no sólo la ejecución, sino cualquier decisión arbitral que pueda afectar a terceros que nos suscribieron el convenio.

Fuera de estos limitantes, nada impediría a los árbitros llevar acciones de ejecución si es que las partes así lo acuerdan.

Por el contrario, presentada una de las situaciones señaladas como límites a la facultad de ejecutar, el árbitro debería:

a. En el primer caso (necesidad de uso de la fuerza pública), entregar la parte pertinente de los actuados a la parte interesada para que esta vaya a la ejecución judicial; y

b. En el segundo de los casos (afectación de posibles derechos de terceros), declararse incompetente por carecer de jurisdicción para pronunciarse sobre derechos de quienes no son parte del convenio arbitral, para dejar que un juez ordinario se pronuncie sobre el tema y tome las decisiones correspondientes⁽¹⁰⁹⁶⁾. Este principio tiene a su vez una excepción, y ello sería si en el laudo se han extendido los efectos a estos terceros en base a lo que señala el artículo 14º de la LA, es decir, si podemos estar ante partes no signatarias. Este tema será desarrollado con mayor detalle más adelante.

Son varios los antecedentes que admiten la ejecución de decisiones o laudos por los árbitros.

Un caso interesante es el de ejecución de garantías mobiliarias. En la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho In-

(1096) Sin embargo, debemos ser claros en señalar que dicha situación no significa que el árbitro quede privado de continuar la ejecución contra aquellas partes que si son parte del convenio y están obligadas a cumplir el laudo. Sólo se recurrirá al Poder Judicial para que resuelva aquella parte o elemento sobre el que el árbitro carece de jurisdicción bajo el convenio arbitral.

ternacional Privado, en febrero del año 2002, se aprobó la Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias. En su artículo 68° señala:

“Artículo 68°. Arbitraje.

Cualquier controversia que se suscite respecto a la interpretación y cumplimiento de una garantía, podrá ser sometida por las partes a arbitraje, actuando de consenso y de conformidad con la legislación de este Estado”.

Esta norma fue una de las fuentes de la Ley de Garantías Mobiliarias del Perú, aprobada mediante Ley N° 28677 del 24 de febrero de 2006, que es aún más clara en relación a la facultad que puede tener un árbitro para la ejecución del contrato:

“Artículo 48°. Arbitraje.

Las controversias que pudieran surgir durante la *ejecución del bien mueble* afectado en garantía mobiliaria, *podrán ser sometidas* a arbitraje, conforme a la ley de la materia” (énfasis agregado).

Como vemos, ya antes de la entrada en vigencia de la actual ley, existían en el Perú regulaciones que autorizan a los árbitros a tomar decisiones sobre la ejecución de un contrato, lo que incluye la posibilidad de ejecutar directamente.

Otro ejemplo es el artículo 9° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución de la Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 248-2008-SUNARP/SN, del 28 de Agosto de 2008:

“Artículo 9°.- Inscripción en mérito a laudo arbitral

Los laudos se inscriben en mérito de la copia certificada de la respectiva resolución arbitral, con la constancia de la notificación a que se refiere el artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.

El Registrador no podrá evaluar la competencia del Tribunal Arbitral o Árbitro Único para laudar, el contenido del laudo, ni la capacidad de los árbitros para ejecutarlo.

Tampoco podrá calificar la validez del acuerdo arbitral ni su correspondencia con el contenido del laudo”.

Es importante destacar que esto es consecuencia natural del acuerdo entre las partes para darle competencia al árbitro. La norma claramente prohíbe al registrador siquiera calificar la competencia de los árbitros.

Sin embargo, creemos que incluso en el caso que no se hubiera autorizado al tribunal arbitral a ejecutar el laudo, las partes podrían

alcanzar la inscripción acompañando el laudo a la autoridad registral, quien deberá proceder a la inscripción.

Internacionalmente, existen reglamentos de centros arbitrales que contienen mecanismos dirigidos a ejecutar decisiones. Uno de los casos más destacados es el Procedimiento Precautorio Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional de París (ICC). El sistema permite, mediante un pacto, solicitar el dictado y ejecución de una medida cautelar antes de la instalación del Tribunal Arbitral. El Reglamento pertinente denomina al ejecutor “Tercero”, y si bien no lo denomina árbitro, le asigna funciones que responden a dicha naturaleza.

Este mecanismo se creó justamente para que, por la vía del pacto, no sea necesario que las partes tengan que recurrir a las Cortes ordinarias para el dictado y ejecución de una medida cautelar fuera de proceso. Así, este mecanismo permite la ejecución de medidas urgentes en una vía no judicial. Estas medidas pueden prever una solución provisional de la disputa, sentando las bases para una decisión definitiva.

El sistema funciona mediante un acuerdo de las partes al Procedimiento Precautorio Arbitral, que tiene su propio Reglamento distinto al Reglamento de Arbitraje de la CCI. El Tercero es nombrado por acuerdo de partes o, en su defecto, por el Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la ICC, correspondiendo a dicha Corte resolver cualquier recusación. En todo lo demás, incluida su propia competencia, el Tercero es quien decide. Se prevé un plazo de 30 días para resolver la solicitud, contado desde que el expediente es entregado al Tercero. El Tercero puede establecer determinadas condiciones tales como sujetar la vigencia de la medida a que se inicie el procedimiento ante la autoridad competente (que puede ser un árbitro, pero también podría ser una autoridad judicial), dentro de un plazo determinado. También puede requerir que se otorgue garantía adecuada para asegurar la reparación por los daños que pueda causar una medida que termine siendo injustificada.

Un sistema similar existe en el Reglamento de Arbitraje de la CERMARC, en Argentina, en lo que denomina Medidas Preliminares Prearbitrales⁽¹⁰⁹⁷⁾.

(1097) ANEXO DE MEDIDAS PRELIMINARES PREARBITRALES

“Artículo 2º. Facultades del Tercero Neutral

2.1. Las facultades del Tercero neutral son las siguientes:

Ordenar a las Partes de un convenio arbitral, el cumplimiento de cualquier medida cautelar de aseguramiento de un derecho o de un bien que corriese peligro inminente de ser desconocido o destruido en tal forma que no fuese posible reparar la pérdida mediante un laudo arbitral o sentencia judicial.

3. TIPOS DE EJECUCIÓN POR ÁRBITROS

Uno podría encontrar, en términos generales, distintos tipos de ejecución por árbitros:

a. Una primera es la ejecución del laudo emitido por un Tribunal Arbitral por el propio Tribunal que lo emitió. Así, de existir pacto entre las partes, una vez emitido el laudo sobre alguna discusión sustantiva, no termina la jurisdicción de los árbitros, y estos continúan dictando las decisiones necesarias para ejecutarlo.

b. El segundo supuesto es un arbitraje de ejecución, es decir un arbitraje en que lo que se encarga es la ejecución misma. En ese caso, el convenio arbitral se refiere específicamente a acciones de ejecución. Podría tratarse, por ejemplo, de árbitros que ejecutan laudos dictados por otros árbitros, lo cual podría explicarse en la especialización de la actividad de ejecución. Un centro arbitral podría tener tribunales de ejecución para los laudos que se dicten bajo su administración. O podría nombrarse árbitros para la ejecución directa de una obligación en caso de incumplimiento sin necesidad de una discusión sobre algún problema de fondo o sustantivo. Ello ocurriría, por ejemplo, en un pacto arbitral en una hipoteca o en una garantía mobiliaria, o un título valor, en la cual el árbitro se encarga directamente de la ejecución. Este modelo no sólo permite la ejecución, sino que hace del árbitro un mero ejecutor.

¿Cubre el artículo 67° ambos supuestos? Si bien la redacción parecería más orientada a referirse al primer supuesto, pues da a entender que lo que se ejecuta es un laudo o una decisión, lo cierto es que esa sería una lectura muy restrictiva del artículo. En ejercicio de su autonomía privada las partes pueden autorizar, como el propio artículo sugiere, la ejecución de laudos y decisiones. Por ello entendemos que nuestra ley permite pactar cualquiera de ambos supuestos.

En esa línea, es común escuchar que los bancos o entidades financieras no suelen pactar arbitraje por que su actividad de litigio se basa principalmente en ejecutar obligaciones. Pero ello quizás es un pre-

Ordenar a las Partes de un convenio arbitral el cumplimiento de cualquier medida de aseguramiento de pruebas o del reconocimiento de cosas o lugares.

Disponer cualquier medida adecuada a la finalidad perseguida Aun cuando no fuera la solicitada por la parte requirente.

Invitar a un tercero que no es parte en el contrato que contiene el convenio arbitral al cumplimiento de una prestación pactada, o a abstenerse de realizar conductas que puedan ocasionar los perjuicios que la cautelar pretende evitar haciendo conocer las consecuencias posibles de su negativa sin perjuicio de la confidencialidad requerida por el acuerdo arbitral” (énfasis agregado).

juicio que no advierte que es posible pactar directamente arbitrajes de ejecución. Si bien para el uso de la fuerza pública o para pronunciarse sobre derechos de terceros se requerirá de un juez, hay toda una gama de actos que pueden ser atendidos de manera más rápida y expeditiva por un árbitro que por un juez, incluyendo el dictado de cautelares, el dictado de ordenes de ejecución, la solución de oposiciones a la ejecución por alguna de las partes, el calculo de intereses o de costas y costos, etcétera.

4. REQUISITOS DE FORMA PARA EL PACTO DE EJECUCIÓN POR LOS ÁRBITROS

El pacto de ejecución por los árbitros puede producirse en momentos diferentes. Una primera posibilidad es que el pacto de ejecución ya este incorporado en el convenio arbitral mismo. Así, el convenio no sólo se refiere a cuál es la relación jurídica materia de arbitraje, sino que además indica que los árbitros están facultados a ejecutar sus decisiones.

Sin embargo, hay que tener cuidado con la lectura de muchas cláusulas arbitrales. Por ejemplo, en un contrato de compraventa muchas veces se redactan con fórmulas parecidas a la siguiente “Las partes convienen que toda disputa vinculada a la negociación, celebración, *ejecución* o terminación de este contrato quedara sujeta a arbitraje”. El uso del término “*ejecución*” no esta referido a la ejecución de la decisión del árbitro, sino a la ejecución de las obligaciones contractuales en cumplimiento del contrato. Lo que entendemos quiere decir el término es que son arbitrables las discrepancias sobre el cumplimiento del contrato, y no es intención conceder facultades de ejecución a los árbitros. Lo que se requeriría es una fórmula que adicionalmente señale algo como lo siguiente: “*Las partes facultan a los árbitros a ejecutar el laudo o las decisiones que dicten*”.

Pero hay también que ser cuidadoso con otras fórmulas, dependiendo del tipo de contrato. En un contrato de hipoteca o en una garantía mobiliaria, o en un título valor, facultar al árbitro para que resuelva controversias sobre la ejecución del contrato, tiene alcances distintos, pues la ejecución del contrato es en si misma la ejecución del bien dado en garantía o en su caso el patrimonio del deudor. Por ello, hay que leer el pacto a la luz de las circunstancias concretas de cada caso para tener claro si se faculta a ejecutar el laudo dictado por los mismos árbitros o se ejecuta un elemento distinto como una garantía real, personal o un título valor. Como veremos más adelante, lo recomendable sería contar un proceso arbitral con reglas *ad hoc* para la ejecución y que posiblemente difieran de las reglas de los arbitrajes

comerciales típicos, más orientados a labores de *notio*, y, por tanto, con requisitos y etapas necesarias para una ejecución. Sería recomendable que los centros arbitrales tengan reglas particulares distintas a sus reglamentos comunes, y que se asemejen más a las reglas procesales de un juicio ejecutivo o de ejecución.

El segundo supuesto es que el pacto de ejecución sea un pacto independiente al convenio arbitral mismo, sea por que se coloque en documento distinto o por que simplemente se celebró después de celebrado el convenio arbitral y eventualmente después de emitido el laudo.

En cualquier caso, el pacto de ejecución es o parte de un convenio arbitral o es en si mismo un convenio arbitral independiente (particularmente cierto en los acuerdos de arbitraje de ejecución). Y por ello los requisitos y formalidades que debe cumplir no son otros que los que corresponden a cualquier convenio arbitral. Y eso esta regulado por el artículo 13° de la LA.

Como se sabe, si bien el numeral 2 del artículo 13° hace referencia a que el convenio debe constar por escrito⁽¹⁰⁹⁸⁾, los demás numerales dan a entender que ello no es una forma *ad solemnitatem* y que, por tanto, el acuerdo para ejecutar puede tomar diversas formas, tal como se desprende inequívocamente del numeral 3 del mismo artículo 13⁽¹⁰⁹⁹⁾.

Este problema nos plantea la discusión sobre qué ocurre si en un arbitraje en el que las partes no han acordado inicialmente la ejecución, una de ellas solicita la ejecución del laudo, la otra no cuestiona la competencia de los árbitros y estos inician la ejecución. En nuestra opinión, ello equivale a un acuerdo para arbitrar, pues se aplicaría el numeral 5, que hace referencia a que un cruce de demanda y contestación, significa la existencia de un convenio para arbitrar⁽¹¹⁰⁰⁾. La solicitud de ejecución es, finalmente, el equivalente a una demanda de ejecución, y, por tanto, la contestación, sin cuestionar la competencia de los árbitros, equivale a una aceptación de que existe un acuerdo para que los árbitros ejecuten.

(1098) “2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

(1099) “3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

(1100) “5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra”.

Es importante destacar que en nuestra opinión existirá un acuerdo así haya oposición a la ejecución, siempre que la oposición se base en razones distintas a la competencia de los árbitros. Por ejemplo, si la oposición se basa en la inexistencia de la obligación o en la improcedencia de la misma por cuestiones de forma del título en la cual se basa. Ello por que resistirse a la ejecución no necesariamente significa resistirse a su competencia y desconocer que los árbitros pueden conocer del tema.

5. ALCANCES DEL ACUERDO PARA EJECUTAR

Como todo convenio arbitral, el acuerdo para ejecutar define sus límites de materia y de sujetos a los cuales resulta aplicable. En primer lugar, siguiendo lo que establece el numeral 1 del artículo 13º, la ejecución se limita a la relación jurídica definida por las partes⁽¹¹⁰¹⁾. Si bien suena redundante, lo que se ejecuta es lo que las partes han acordado que se ejecute, y no nada distinto. Ejecutar obligaciones ajenas a la relación jurídica viciaría de nulidad las decisiones de ejecución que adopte el Tribunal.

Más complejo es el problema del alcance subjetivo del convenio para ejecución. Ello por que no será extraño que la ejecución pueda afectar a terceros. Como se mencionó anteriormente, podrían surgir tercerías planteadas por quienes señalan que se pretende ejecutar bienes que no son de propiedad de la parte demandada, o podrían alegar un derecho preferente de pago. Y estos terceros no serían parte del convenio arbitral. O también podría darse, en ejecución de un bien, que deban levantarse los gravámenes luego de la venta. Y esos gravámenes pueden estar a favor de terceros no firmantes del convenio ni que han consentido al mismo.

Como ya se adelantó, salvo que sea de aplicación lo indicado en el artículo 14º, respecto a la existencia de partes no signatarias, no es posible que el árbitro asuma competencia sobre terceros, y por ello deberá entregar las partes pertinentes del expediente para que un juez se encargue de resolver el problema sobre el que el árbitro carece de competencia.

La regla es que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo, proviene del acuerdo para arbitrar. En ese sentido, el arbitraje es

(1101) "1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas *respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza*" (énfasis agregado).

obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto, vincula a las partes que celebraron el convenio, y solamente a ellas.

El arbitraje, “nace de un negocio jurídico, que como tal, *proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral*. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje *las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra*”⁽¹¹⁰²⁾ (énfasis agregado).

Dicho consentimiento voluntario se ve plasmado en la suscripción de un convenio arbitral, el mismo que, como regla general, sólo puede ser oponible entre las partes firmantes del mismo, pues son ellas —y sólo ellas— quienes dieron su conformidad con tal pacto arbitral. Al respecto, TRAZEGNIES ha indicado que:

“Por su origen y por su naturaleza, *el convenio arbitral es un contrato*. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. [...] Es en ese sentido que el artículo 1363° del Código Civil prescribe que *los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*. En consecuencia, en tanto que contrato que *se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad*, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, *no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar*, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario)”⁽¹¹⁰³⁾ (énfasis agregado).

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede y quién no puede ser forzado a ir a una ejecución en arbitraje, soportando sus consecuencias, y quién no puede ser forzado y quién sí a permitir la participación de otro en la ejecución en el arbitraje. Estos principios son:

a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. En consecuencia, si se acordó que los árbitros ejecuten, la parte que no desee que se ejecute lo ordenado en su contra no podrá impedir que dicha ejecución se produzca ni podrá desvincularse de la misma. Este principio, que no es otro que el de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) está protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el *kompetenz-kompetenz*, que se orien-

(1102) SALCEDO CASTRO, Myriam, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 114.

(1103) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. En: *Revista Ius et Veritas*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 29, 2004, p. 16.

tan a limitar la creación de obstáculos que impidan que se arbitre o, como ocurre en este caso, que el árbitro ejecute.

b. Un tercero al convenio de ejecución no puede ser incorporado al arbitraje, y por tanto a los efectos de la ejecución, si es que no ha aceptado participar en el mismo. El tercero podrá entonces oponerse a la ejecución en arbitraje planteando excepciones o defensas previas o incluso de fondo por las que sostendrá que los árbitros no son competentes para ejecutarlo al no ser parte del convenio que permite tal ejecución. Así, si como producto del laudo se pretende ejecutar un bien de un tercero al arbitraje, este podrá negar la competencia de los árbitros.

c. Un tercero no puede ejecutar lo resuelto sin el consentimiento de quienes son parte del convenio. En ese caso serán quienes ya están incorporados en el arbitraje de ejecución los que tendrán que oponerse a la participación del tercero, sosteniendo que dicho tercero no está contractualmente facultado a ello. Así, por ejemplo, un tercero no podrá solicitar la ejecución de un laudo contra alguna de las partes del arbitraje, si el tercero no fue parte del convenio.

Así el árbitro autorizado a ejecutar está en una situación totalmente diferente a la de un juez ordinario. Su competencia se deriva de un contrato, de un acuerdo de voluntades, y por tanto sólo vincula a las partes de dicho acuerdo. Su competencia es tan relativa como relativos son los alcances del contrato del que se origina. El principio de relatividad del convenio adquiere así una doble dimensión, porque el contrato no sólo obliga a las partes a cumplir sus obligaciones, sino que limita a ellas el mecanismo de solución de conflictos pactado. El resultado de ello es que una decisión arbitral que pretenda ejecutar una obligación contra quien no es parte del convenio que autoriza a los árbitros a ejecutar, pueda estar viciada de nulidad.

Como dijimos, existe una excepción en el artículo 14º de la LA, el que permite la incorporación al arbitraje (y eventualmente a la ejecución del mismo) a aquella parte que, sin haber suscrito el convenio, queda a él vinculado por la participación en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene el convenio arbitral. También permite incluir a quien deriva beneficios del contrato sujeto a arbitraje⁽¹¹⁰⁴⁾.

(1104) **“Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral.**

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende

Imaginemos, por ejemplo, el caso de dos empresas vinculadas económicamente, en la que una otorga una fianza en relación a un contrato de compraventa. Este contrato contiene un convenio arbitral que además permite la ejecución del laudo por los árbitros. En dicha fianza contractual, asegura el cumplimiento de las obligaciones del comprador a pagar el precio convenido. Además, la fiadora tuvo una participación importante en la negociación y en la ejecución del contrato de compraventa. Por ejemplo, recibió físicamente el bien adquirido. Sin embargo, la empresa no suscribe el contrato de compraventa y por tanto tampoco el convenio arbitral. En ese caso, en nuestra opinión, es posible ejecutar la fianza en vía arbitral en caso de incumplimiento del deudor, en aplicación del artículo 14°.

Pero si no estamos ante alguno de los supuestos contemplados bajo el artículo 14°, los árbitros no podrán ejecutar contra un tercero su obligación, ni resolver controversias que afecten directamente a esos terceros.

Como dijimos, ese sería el caso de una tercería, en el que una persona ajena al arbitraje (y al convenio que permite la ejecución) se presenta ante los árbitros alegando que el bien que se pretende ejecutar es de su propiedad y no del ejecutado, que fue vencido en el arbitraje. Tal controversia no podría ser resuelta por los árbitros al carecer de competencia para pronunciarse de manera vinculante respecto del derecho del tercero, salvo, claro está, que fuera de aplicación el artículo 14°.

Lo mismo ocurriría si existen diversos gravámenes, con acreedores distintos, sobre el mismo bien. Imaginemos que sólo uno de esos acreedores está cubierto por el arbitraje y la competencia de los árbitros, pero no los demás. Los árbitros tendrían que decidir sobre cómo repartir el dinero resultante de la venta y, eventualmente, levantar todos los gravámenes para que el bien quede libre de los mismos a favor del adquirente. Pero el árbitro no podrá tomar esa decisión por que se refiere a derechos de terceros que no se han sometido a su jurisdicción.

Una alternativa interesante sería que se inscriba en el registro correspondiente el convenio arbitral de ejecución, por ejemplo, al inscribirse una hipoteca o una garantía mobiliaria. Una forma de salvar el arbitraje sin afectar derechos de terceros, es que la cláusula arbitral inscrita, sea oponible a todos los que inscriban algún gravamen o derecho sobre el bien. Sería una suerte de aceptación del convenio arbitral

también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

por adhesión al convenio registrado en primer lugar. Evidentemente, la oponibilidad del convenio arbitral sólo alcanza a quienes inscribieron su gravamen después, y no a quienes lo inscribieron antes.

Por ejemplo, si un primer acreedor hipotecario registra su gravamen y al mismo tiempo queda registrado el convenio arbitral, este será oponible a un nuevo acreedor que inscribe después su hipoteca. Ello por que el segundo podía conocer el convenio revisando los registros públicos y, por tanto, verse obligado a respetarlo, si es que se opone a la ejecución de la primera hipoteca o se ve obligado a recibir el pago de la manera como lo ha establecido el árbitro pudiendo el gravamen ser levantado luego de la venta.

De hecho, ya existe en nuestro ordenamiento una figura parecida recogida en la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N° 28677) que en su artículo 47º, incisos 1 y 4⁽¹¹⁰⁵⁾ establece que las partes que inscriben una garantía mobiliaria pueden designar a un representante para la venta del bien. Si se inscriben garantías posteriores, todos quedan obligados a respetar la venta por el representante designado, pues se entienden adheridos por el conocimiento del registro a su representación para efectos de la venta y posterior pago. Una norma similar para el caso de ejecución arbitral de bienes registrados o en los que para un registro de garantías, podría ser un mecanismo que permitiría ampliar la eficacia del arbitraje, pudiéndose facultar al árbitro no sólo a proceder con la venta, sino eventualmente a entregar el dinero y a levantar los gravámenes.

(1105) “**Artículo 47º.- Venta extrajudicial**

Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediere pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil:

1. En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgará poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. No se admite el pacto mediante el cual el propio acreedor garantizado sea el representante. El poder no requiere inscripción distinta de la que contiene el Registro respectivo. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153º del Código Civil ni el artículo 156º del mismo. [...]

4. Si el bien mueble estuviese afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria que dio lugar a la venta, el representante deberá consignar a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio.

Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía mobiliaria que ha dado lugar a la venta, el representante consignará a la orden del juez el saldo del precio de venta que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor garantizado. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil”.

6. ¿QUÉ TIPO DE ACTOS PUEDE LLEVAR A CABO UN ÁRBITRO DURANTE LA ETAPA DE EJECUCIÓN

Sin que la siguiente enumeración sea taxativa, sino meramente enunciativa, un tribunal arbitral podría, durante la ejecución:

- a.* Calcular intereses o costas y costos del arbitraje y ordenar su pago.
- b.* Resolver oposiciones a la ejecución. Incluso bajo el principio kompetenz-kompetenz podría resolver cuestionamientos a su competencia para ejecutar, determinando si la cláusula arbitral lo faculta a ello.
- c.* Llevar a cabo la venta del bien.
- d.* Ordenar embargos e incluso proceder a su inscripción en el registro respectivo.
- e.* Monitorear el cumplimiento de la conducta u omisión ordenada en el laudo.
- f.* Entregar las cartas fianzas que se le hubieran dado para garantizar el cumplimiento del laudo.
- g.* Ordenar el desalojo o el secuestro de un bien. Sin embargo si para ejecutar dicha orden se requiere el uso de la fuerza pública, tendrá que recurrirse a un juez que emita la orden correspondiente.
- h.* Ordenar la entrega de bienes o dinero depositado en almacenes o entidades financieras.

Como vemos, la relación de actos es amplia y permite formarse una idea del potencial de la ejecución arbitral y de la contribución adicional que el arbitraje puede dar a la desjudicialización de los conflictos. El etcéteras de las posibilidades puede ser interminable y se puede cubrir un espectro muy variado de actos de ejecución.

7. LA FACULTAD DISCRECIONAL DE DEJAR DE EJECUTAR

El segundo numeral del artículo 67° señala, sin embargo, que en caso los árbitros consideren, a su mera discreción, que se requiere el auxilio de la fuerza pública, podrán así requerirlo. Así el numeral en cuestión señala:

“2. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a

costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución”.

El párrafo merece algunos comentarios. El primero es que, incluso, así el árbitro este facultado por las partes para ejecutar, puede apartarse del encargo. La norma ha señalado que ello es a su sola discreción, dando a entender que no puede ser obligado a llevara cabo la ejecución más allá de lo razonable, siendo la razonabilidad evaluada a discreción de los propios árbitros. En nuestra opinión, ello no significa que pueda apartarse inmotivadamente, pues la norma le exige que evalúe si es conveniente o necesario el uso de la fuerza pública, que como ya vimos parece el campo en el que justamente no se puede dar competencia al árbitro.

El ejercicio de la discrecionalidad del árbitro no debe entenderse como libre de consecuencias. Por ejemplo, si un árbitro que aceptó la ejecución y aceptó también honorarios adicionales por dicha etapa, y se retira sin que sea razonable hacerlo, deberá, a nuestro criterio, devolver los honorarios o una parte proporcional de los mismos, por la labor que deja de desempeñar en uso de dicha discreción. Ello no debería ocurrir si efectivamente es razonable que la ejecución continúe en lo judicial. En esa línea, la ausencia de responsabilidad no puede ser entendida como una facultad para conservar honorarios por actividades que no ha realizado.

En segundo lugar, hay que leer la norma con cuidado para evitar malas interpretaciones. Pueden darse situaciones en que el árbitro ha hecho todo a su alcance y ya no es posible continuar con ningún aspecto de la ejecución sin recurrir a la fuerza pública. En ese caso cesa en sus funciones (como señala el párrafo comentado) y entrega los actuados para que se recurra a la ejecución judicial.

Sin embargo, ello no significa que toda vez que recurra a la fuerza pública debe cesar en sus funciones. Los árbitros pueden estar, por ejemplo, ejecutando diversos bienes al mismo tiempo y en uno de los casos requerir la extracción de uno de esos bienes del predio en el que se encuentra. En ese caso puede pedir el auxilio del juez para la ejecución, pero sin cesar en sus funciones para continuar ejecutando otros bienes. El cese al que se refiere el párrafo es en el caso que el árbitro ya haya llevado a cabo todos los actos que estaban a su alcance.

¿Qué situaciones puede justificar que el árbitro se aparte? Por ejemplo, la necesidad de realizar un descerraje o la extracción física de bienes de un domicilio, la inscripción de una decisión ante la negativa de un registrador, la negativa de un banco o de un almacén de entregar los fondos o bienes correspondientes, etc. No olvidemos que si bien la ley y el acuerdo pueden haber facultado al árbitro a ejecutar, se pre-

sentarán situaciones en las que autoridades o incluso particulares, se resistan a cumplir lo ordenado, llevando al árbitro a considerar que es mejor dejar la ejecución a un juez, para que este haga uso de aquellas facultades y apercibimientos de los que los árbitros carecen.

8. EL ARBITRAJE DE EJECUCIÓN

Finamente, es conveniente reflexionar sobre el relativo poco uso de árbitros para actividades de ejecución. No es común que los bancos o entidades financieras usen al arbitraje como mecanismo de ejecución. Quizás ello se derive de la creencia que esa actividad significa siempre el uso de la fuerza pública. Pero como vimos, ello no es necesariamente cierto.

Como mencionamos antes, la ejecución por árbitros puede no referirse a la ejecución de un laudo, sino a la ejecución de un título valor, una hipoteca, una garantía mobiliaria, etc. Ello se haría en procesos arbitrales de ejecución en la que los árbitros ejecutan desde un primer momento y sin intervención judicial.

Quizás el no uso tenga otra explicación, y se relacionen con esquemas arbitrales usados en el arbitraje comercial convencional, diseñado para lidiar con controversias contractuales de otra naturaleza. Una ejecución requiere decisiones rápidas, muchas veces sin notificar del inicio de las actuaciones a la otra parte. Ello significaría que el árbitro para ejecutar este designado sin la participación, pues si se pasa por la etapa de designación usualmente utilizada, la parte deudora estaría notificado de la inminencia de la ejecución, y procedería a ocultar sus bienes. Incluso el uso de órganos colegidos (suelen designarse tribunales de tres miembros) puede hacer más lentas las actuaciones y privar de eficacia la ejecución misma.

En ese sentido, es mejor plantear un sistema de arbitraje de ejecución diferente, con otros paradigmas y con otra funcionalidad. Tendría que tener su propio reglamento, con reglas que se ajusten a los procesos de ejecución.

No puede tratarse del arbitraje tradicional con tres árbitros. Posiblemente, requerirá de un nivel de especialización particular, con una estructura capaz de responder de inmediato al conflicto y con capacidad de reacciones rápidas sin advertir a la otra parte que la ejecución es inminente.

Ello hace que consideremos algunas características especiales para los arbitrajes de ejecución:

- a. **Se trataría preferentemente de un arbitraje institucional**, dado que ello permite presentar la solicitud de ejecución directamente, sin necesidad de notificar a la otra parte. El carácter institucional permitiría especialización de los árbitros y de las reglas de arbitraje.
- b. **Un solo árbitro designado directamente por el centro de arbitraje**. El carácter unipersonal le daría más dinámica para responder, evitando que las deliberaciones o discrepancias al interior del cuerpo colegiado retrasen el accionar de los árbitros. La designación directa por el centro resuelve el problema de tener que notificar a las partes para el proceso de designación de manera previo, dando aviso innecesario al deudor, con los problemas que de ello se deriva. Si la demanda lo permite podrían ser árbitros adscritos y trabajando a tiempo completo en el centro arbitral.
- c. **Procedimiento especial, corto y expeditivo**. Como señalamos, debería ser un reglamento especial el que regule este tipo de arbitrajes, pues los reglamentos convencionales no se adaptan a las necesidades de acción rápida y efectiva en la ejecución misma.
- d. **Sistema de recusación expeditivo**. Ello para evitar el uso de recusaciones para evitar la ejecución. Debería resolverse por el centro de arbitraje de manera rápida, y sin que las facultades de seguir ejecutando queden suspendidas con la recusación.

En otras palabras, lo que se plantea es un sistema *sui generis*, que se ajuste a las particularidades de este tipo de arbitraje. Incluso podría pensarse que, en el caso de arbitrajes comerciales convencionales, los centros arbitrales cuenten con árbitros de ejecución a los cuales se les encarga la ejecución del laudo, liberando de esa etapa a los tribunales arbitrales ordinarios.



Art. 68º.—Ejecución judicial.

La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.

La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el apartado anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su

obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.

La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66°. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.

La autoridad judicial esta prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.

COMENTARIO ⁽¹¹⁰⁶⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El laudo arbitral como título de ejecución. 3. Requisitos de procedencia de la solicitud 4. Competencia para la ejecución de un laudo. 5. Procedimiento, oposición e impugnación. 6. El particular caso de los arbitrajes CIADI y lo laudos expedidos en tal sede. 7. ¿Qué se debe entender por recurso que entorpezcan la ejecución del laudo? 8. ¿Hasta qué punto pueden intervenir los terceros en un proceso de ejecución de laudo arbitral? 9. Respecto del plazo de prescripción para la ejecución del laudo arbitral.

1. INTRODUCCIÓN

El laudo es la decisión final de un proceso arbitral; siendo su principal función la de establecer expresamente una realidad sustantiva como verdadera. Esto supone que el laudo ha eliminado el conflicto o la incertidumbre jurídica que las partes del proceso sometieron al Tribunal. El cumplimiento de lo ordenado en esta decisión debería ser voluntario, como cualquier obligación asumida por las partes; sin embargo, en ocasiones la parte vencida no cumple el fallo del tribunal lo que, a su vez, genera que la parte vencedora acuda al órgano jurisdiccional para exigir una tutela específica que asegure lo que se ha decidido en el laudo. Ciertamente, esta exigencia de acudir al Poder Judicial para ejecutar un laudo, obedece a que la institución arbitral carece del poder de hacer ejecutar lo decidido (*executio*); que es por cierto, una de las grandes diferencias que tiene con la potestad jurisdiccional.

(1106) Por **JULIO C. GUZMÁN GALINDO**: Profesor de la Academia de la Magistratura. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

El artículo 68° bajo comentario tiene como supuesto de hecho la negativa de la parte derrotada en el arbitraje de cumplir voluntariamente la decisión contenida en el laudo emitido. En tal sentido, la parte favorecida por la decisión del tribunal arbitral acude al Poder Judicial para que éste, a partir del poder jurisdiccional del cual es titular exclusivo, ordene el inmediato cumplimiento de la decisión arbitral.

Si bien el artículo 68° de la LA se encarga de detallar de manera clara y precisa los requisitos que debe acompañarse a la solicitud; regula además el procedimiento para lograr la ejecución y las causas que pueden invocarse como oposición. Además, resalto, la importancia de concordar esta norma con la regulación que tiene el Código Procesal Civil para este tipo de procesos (artículos 688° y siguientes).

2. EL LAUDO ARBITRAL COMO TÍTULO EJECUTIVO

El laudo arbitral firme constituye un título ejecutivo (inciso 2 del artículo 688° del Código Procesal Civil). La doctrina⁽¹¹⁰⁷⁾, sin embargo, distingue entre títulos de ejecución para hacer referencia a aquellos documentos judiciales (o equivalentes, como el laudo) que contuvieran con certeza una obligación, mientras que para los títulos ejecutivos se alude a otros documentos que contengan una obligación líquida y exigible, pero que no derivan de un proceso, sino que el legislador le atribuye tal calidad a ciertos documentos que contienen una realidad económica. Entendemos que la finalidad de la distinción del “*nomen iuris*” a la que me refiero, era para diferenciar, a su vez, las estructuras de los procesos ejecutivos, pero sin una utilidad práctica ya que ambos son el presupuesto de un proceso ejecutivo; y quizás por esa razón nuestra legislación procesal ha unificado, ahora, la nomenclatura y ha preferido utilizar la denominación de título ejecutivo.

(1107) BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Introducción al Estudio del Proceso*, Buenos Aires, Depalma Ediciones, 1983, p. 211, “El concepto de título de ejecución no puede ser más que la traducción verbal de una realidad normativa. Con el simple método de observar los distintos procedimientos que conducen a la ejecución se advierte que, en todos ellos, en un momento determinado, se procede en base a un accertamiento documental judicial, o equivalente, de la existencia de una obligación o deber pendientes de cumplimiento.

En el caso particular del juicio ejecutivo a este documento se lo denomina título ejecutivo. Pero la misma función cumplen otros actos documentados, por ejemplo la sentencia ejecutoria de entrega de la cosa o la también ejecutoriada del juicio de desalojo, o la de condena que remata un juicio ordinario.

Todos presentan una característica común: están legalmente reconocidos, con o sin denominación especial, y habilitan el desplazamiento o la transformación, de cosas o personas, constitutivos de la ejecución”.

En esa línea ORMAZABAL SÁNCHEZ⁽¹¹⁰⁸⁾ señala que “lo que verdaderamente determina la eficacia ejecutiva de una resolución judicial o en nuestro caso, del laudo, es que revista la condición de título ejecutivo”. Así, el mismo autor señala que “[...] lo que al laudo...le confiere la condición de título ejecutivo [...] es el efectivo cumplimiento de las normas imperativas de la ley arbitral [...]”. En efecto, todo laudo arbitral adquiere la calidad de título ejecutivo —y los efectos jurídicos que ello implica— cuando se ha observado irrestrictamente la LA y los derechos fundamentales de las partes en ella recogidos.

Sobre el particular, también resulta interesante precisar que únicamente podremos acudir a un proceso de ejecución cuando se trate de un laudo de condena y no cuando se trate de uno declarativo. El laudo declarativo en sí mismo satisface la pretensión formulada en el arbitraje toda vez que por medio de éste se declara la existencia de un derecho, mientras que por medio de un laudo de condena se ordena a la parte vencida el cumplimiento de cierta obligación y es, precisamente por ello, que surge la negativa al cumplimiento que termina siendo el presupuesto para el inicio del proceso de ejecución judicial de laudo arbitral.

3. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA SOLICITUD

Como hemos indicado, la LA es bastante precisa al señalar que a la solicitud de ejecución judicial del laudo se deben acompañar los siguientes documentos: (i) rectificaciones (ii) interpretaciones (ii) integraciones (iii) exclusiones y, en su caso (iv) las actuaciones de ejecución efectuada por el Tribunal Arbitral.

En efecto, la idea de exigir toda esta documentación a la solicitud es permitir al órgano jurisdiccional contar con los instrumentos que le permitan entender de forma cabal el sentido de la decisión del Tribunal Arbitral. Las interpretaciones, aclaraciones o exclusiones no hacen otra cosa que permitir, a quien ejecutará en vía judicial el laudo, velar por una correcta y concordante ejecución judicial del laudo.

Podemos afirmar, entonces, que para la procedencia de la solicitud de ejecución judicial del laudo es imprescindible adjuntar la documentación indicada en la norma, y cualquier otra que contribuya a esclarecer cualquier duda respecto de la decisión del Tribunal Arbitral. Asimismo, en mi opinión, dicha solicitud también deberá cumplir con los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en nuestra legislación procesal.

(1108) ORMAZABAL SANCHEZ, Guillermo, *La ejecución de laudos arbitrales*, Editorial Bosch, Barcelona, 1996, p. 51.

4. COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO

El órgano jurisdiccional competente para la ejecución del laudo arbitral es el Juzgado Especializado en lo Civil; o, atendiendo a la materia del laudo, podría nacer un supuesto de competencia para los Subespecialidad en lo Comercial. En la medida que el laudo arbitral que se pretenda ejecutar en la vía judicial derive de una pretensión claramente comercial, corresponderá a los Juzgados con dicha especialidad llevar a cabo la ejecución respectiva dentro de los alcances del artículo 68º de la LA bajo análisis.

Respecto de la competencia territorial aplicable, la regla general supone que será competente el Juez del domicilio del demandado, pero considero que pueden aplicarse las reglas de competencia facultativa, en cuyo caso el ejecutante podrá elegir la competencia según el factor de conexión de que se trate, dado que lo que se busca es precisamente obtener el cumplimiento de una obligación derivada, en este caso, de un laudo.

5. PROCEDIMIENTO, OPOSICIÓN E IMPUGNACIÓN

Como el propio artículo 68º de la LA indica, el solo mérito de los documentos adjuntados a la solicitud de ejecución judicial del laudo es suficiente para que, de inmediato, el órgano jurisdiccional emita un mandato ejecutivo contra la parte vencida en el arbitraje (inciso 2). Sin embargo, se indica, también, que el ejecutado podrá oponerse (en un plazo no mayor a cinco días) si acredita el cumplimiento de la obligación o, en todo caso, la suspensión de la ejecución (inciso 3). Y termina la norma señalando que la resolución que declara fundada la oposición puede ser objeto de apelación la que se concederá con efecto suspensivo.

Los dos temas más importantes que surgen de la norma son: i) la extensión de la oposición; y, ii) la impugnación. Veamos cada uno de ellos.

5.1. Oposición

El inciso 3 regula dos supuestos específicos de oposición: i) el cumplimiento de la obligación y ii) la suspensión de la ejecución. Pareciera que la norma al utilizar el adverbio “sólo” ha querido limitar los mecanismos de defensa para cuestionar la ejecución de un lado, dejando de lado cualquier otra razón o causa. Tesis que desde nuestro punto de vista no es aceptable.

La norma no señala si procede la oposición por otros medios de extinción de la obligación diferentes al cumplimiento estricto de la mis-

ma, me refiero a los denominados supuestos anormales de extinción de obligaciones.

Hecho particularmente importante si se tiene en cuenta que antes existió norma expresa que sí permitía oponerse invocando la extinción de la obligación por otras causas que no sean el cumplimiento mismo, me refiero al ahora derogado artículo 718° del CPC. No obstante, la ley tampoco prohíbe que se utilice este mecanismo de defensa; en todo caso se podría señalar que falta un instrumento procesal para hacerlo efectivo, pero considero que ese no puede ser un argumento para desestimar una causa justificada y evitar una ejecución cuando medie alguna razón.

■ *Cumplimiento de la obligación vs. Otros medios de extinción*

Dicho esto, me resulta interesante generar el debate respecto de si es posible o no oponerse a la ejecución, en base a situaciones jurídicas distintas al fiel cumplimiento de la obligación contenida en el laudo, por ejemplo, cuando se trate de un supuesto de extinción de la obligación por un medio diferente al pago mismo, por ejemplo, cuando se alegue la extinción como consecuencia de una novación, consolidación, compensación, condonación y transacción.

Cuando se refiere al cumplimiento, HERNANDEZ GIL señala que “Interesa puntualizar la relación en que se encuentran las expresiones cumplimiento, pago y solutio. Hay una cierta equivalencia, generalmente resaltada por la doctrina y reflejada también en el Código. Ruggiero-Maroi enuncian esta equivalencia de manera plena y terminante. Dicen: ‘Cumplimiento es la exacta ejecución de la prestación por parte del deudor: son sus perfectos sinónimos pago y solutio’. La afirmación, sin dejar de ser cierta en el fondo acaso peque de exagerada. La expresión latina solutio tiene dos acepciones que suelen resaltar los romanistas (Girard, Solazzi, Iglesias, etc.): la originaria y etimológica que indica ampliamente toda liberación del deudor, y, en tal sentido, solutio equivale a extinción, y otra posterior y más restringida que entiende por solutio la prestación de lo que es debido. Esta segunda expresión de solutio es la que principalmente recogen las expresiones pago o cumplimiento”⁽¹¹⁰⁹⁾.

En suma, considero que, atendiendo al fin ulterior del cumplimiento, procede formular una oposición basándose en causales de extinción de la obligación diferente al cumplimiento estricto de la misma. Esta misma opinión la encontramos en Manuel ALBALADEJO cuando sostiene: “como la prestación persigue satisfacer un interés del acree-

(1109) HERNANDEZ GIL, Antonio, *Derecho de Obligaciones Obras completas*, Tomo 3, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 198.

dor, a cuyo servicio aquella es mero medio, si tal interés queda satisfecho *por otro camino o desaparece o deviene imposible de satisfacer la obligación se extingue [...]*. La idea que debe prevalecer en términos económicos es si el crédito ha quedado satisfecho por cualquier mecanismo aunque no sea necesariamente el que el laudo ha señalado literalmente. Sostener lo contrario, podría generar injusticias que la sociedad rechaza, así por ejemplo si el vencedor de un proceso arbitral requiere a su deudor para que le pague una suma de dinero, pero a su vez este mismo acreedor “vencedor” es deudor en otra obligación de la misma parte “vencida” y además se cumplen con los requisitos de la compensación, considero que resultará válido oponerse a la ejecución de un laudo invocando la extinción de la obligación. Por esta razón, no tengo duda que la parte vencida podrá alegar válidamente la compensación o en general poder afirmar cualquier otro medio de extinción de la obligación que no sea necesariamente el pago. Y sostener que la obligación contenida en el laudo arbitral no existe más pues ésta se extinguió de forma anormal. Reitero, pero porque el ejecutado no es más un deudor.

■ *Suspensión de la ejecución*

El otro aspecto importante de la norma es que permite a la parte vencida oponerse alegando que la ejecución está suspendida por haberlo así dispuesto la Corte Superior donde se tramita el recurso de anulación. Si bien la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo, ni su ejecución; es posible que la Corte disponga la suspensión de la obligación ya sea cuando la parte vencida ha cumplido con la garantía pactada en el procedimiento arbitral o cuando la misma Corte ha dispuesto la presentación de una garantía para proceder a la suspensión de la ejecución.

Aparentemente se trata de un tema que no reviste mayor complejidad porque si se trata de una condena valorizable en dinero será sencillo plasmarlo en una carta fianza y pedir la suspensión; sin embargo, el problema podrá surgir cuando se trate de sumas ilíquidas que hagan inviable su presentación; o por cualquier otra circunstancia equivocada la Corte negara la suspensión.

Entre tanto, la parte vencedora podría solicitar la ejecución del laudo y ante cualquier evento la parte vencida podría oponerse argumentando que el pedido de suspensión se encuentra en trámite o que ésta ha sido denegada por error. En cualquier caso, repito, sea porque la suspensión fue rechazada por la Corte de manera injustificada o en base a errores de hecho o de derecho, nada obsta para plantear la suspensión del trámite del proceso ejecutivo ante el mismo Juez que co-

noce la ejecución, previo ofrecimiento de una garantía que represente la misma obligación que se exige en sede judicial.

Creo que es factible aplicar analógicamente al artículo 405° del CPC; que permite la presentación de una garantía ante el Juez ejecutante y esperar el resultado de la impugnación. De la misma manera se podría proceder ante el juez que conoce el laudo que se pretende ejecutar y con esta interpretación se busca recuperar el equilibrio entre las partes de un proceso e impedir ejecuciones inadecuadas generando, además, afectaciones a derechos fundamentales como el debido proceso.

5.2. Impugnación

Si la oposición invocada por la parte vencida resulta fundada, la resolución que así la declare es susceptible de ser impugnada y ésta será concedida con efecto suspensivo. De esto se desprende que si la oposición es infundada ergo la apelación contra dicha resolución será concedida sin efecto suspensivo. Las complicaciones se pueden presentar en este último caso; esto es, cuando el laudo corra el riesgo de ser ejecutado; no obstante, que existe una impugnación porque en este último supuesto la obligación no está suspendida.

Aquí, al igual que lo dicho líneas arriba adquiere particular relevancia lo regulado en el artículo 405⁽¹¹¹⁰⁾ del CPC que podría por analogía ser aplicado permitiéndole al propio Juez de la ejecución suspender dicho trámite previa presentación de una garantía. En mi opinión, cuando se trate de una parte ejecutada cuya oposición fue rechazada de manera injustificada o en base a errores de hecho o de derecho, procede que esta solicite la suspensión del trámite del proceso ejecutivo, previo ofrecimiento de una garantía que represente la obligación que se pretende ejecutar.

Otro tema que puede surgir y de hecho existe algunos casos aislados en sede judicial, es cuando el recurso de anulación ha sido desestimado, pareciera que no procede ningún recurso impugnativo ya que la LA establece que sólo procede casación cuando el recurso ha sido fundado en parte o totalmente, pero no al revés. Esto es, la norma no dice que cuando se desestima el recurso de anulación ésta sea inimpugnable. Y mientras surja la discusión sobre la impugnabilidad

(1110) “Artículo 405 del CPC.- Efectos de la interposición del recurso.- La interposición del recurso no suspende la tramitación del principal, ni la eficacia de la resolución denegatoria. Excepcionalmente, a pedido de parte y previa prestación de contracautela fijada prudencialmente, el Juez de la demanda puede suspender el proceso principal, a través de resolución fundamentada e irrecurrible”.

o no de esta resolución se podrá pedir la ejecución del laudo, sea solicitando la entrega de la garantía que se presentó cuando se interpuso la anulación que naturalmente representará el pago de la obligación o cuando se pretenda exigir la diferencia no cubierta por dicha garantía, en cuyo caso, reitero que el criterio del Juzgador será vital para determinar la posibilidad de exigir una garantía y disponer la suspensión de la ejecución.

6. EL PARTICULAR CASO DE LOS ARBITRAJES CIADI Y LO LAUDOS EXPEDIDOS EN TAL SEDE

El Estado Peruano se encuentra adscrito desde el 8 de setiembre de 1993 al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y se encuentra directamente vinculado al Convenio que dio origen al mismo.

Resulta interesante hacer mención a este hecho toda vez que el artículo 54° del Convenio del CIADI señala que “Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado”. Es decir, cuando se trate de un arbitraje de inversión llevado a cabo ante un Tribunal CIADI, tendrá el valor de una resolución expedida por un tribunal peruano sin mayor discusión.

En este orden de ideas, CANTUARIAS SALAVERRY señala que “no hay necesidad de un *exequatur* ni de “homologación”. El laudo no es un laudo extranjero sino [...] que tiene toda la fuerza de un fallo definitivo de un tribunal del país. Por su parte, si el que incumple es un Estado, el inversionista también podrá seguir el camino indicado en los párrafos precedentes, no pudiendo escudarse el Estado en cuestión en la inmunidad de jurisdicción para pretender impedir el reconocimiento del laudo arbitral”.⁽¹¹¹¹⁾

En estricto, cuando se trate de un laudo expedido bajo la jurisdicción del CIADI, éste tiene por sí mismo el valor de una sentencia nacional y, en consecuencia, resulta absolutamente posible su ejecución judicial, de manera directa y sin la necesidad de un proceso de *exequatur* previo y bajo las reglas establecidas en el artículo 68° de la LA aquí analizado.

(1111) CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje Comercial y de las inversiones*. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, abril, 2007, p. 783.

7. ¿QUÉ SE DEBE ENTENDER POR RECURSOS QUE ENTORPEZCAN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO?

Cuando el artículo 68° de la LA señala que se deberán rechazar, bajo responsabilidad, todos aquellos recursos que entorpezcan la ejecución del laudo se encarga de dejar sentado que el hecho de que se pueda acudir a sede judicial para la ejecución del laudo no implicará que la parte ejecutada pueda dilatar el efectivo cumplimiento de la obligación mediante maniobras dilatorias o cargadas de mala fe.

En este sentido, se realiza un particular encargo al órgano jurisdiccional, toda vez que resulta sumamente complicado identificar un recurso que tenga como propósito entorpecer la ejecución del laudo. La intención del legislador es buena pero creo que una vez más será el propio juez quien deberá analizar caso por caso y determinar si los pedidos de las partes o por terceros tienen un claro propósito dilatorio; o si por el contrario, se trata de un caso justificado.

Como es sabido, todo acto que tenga como objetivo entorpecer la ejecución del laudo tendrá un componente de mala fe y, en tal medida, se genera un reto ciertamente complicado para el órgano jurisdiccional orientado a rechazar recursos que considere pretendan entorpecer la ejecución. Esta tarea, ciertamente complicada, podría implicar que si se rechaza un recurso por considerar que éste tiene como objetivo entorpecer la ejecución antes mencionada se podría alegar eventualmente una vulneración a los derechos de defensa⁽¹¹¹²⁾ y a la tutela jurisdiccional efectiva del ejecutado.

Al respecto, es importante precisar que tanto el derecho de defensa como el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva —en realidad como todos los derechos fundamentales— tienen un límite para su ejercicio y este sería un caso en el que tales límites se activarían. PICO I JUNOY ya se planteaba este dilema cuando decía que: “En el marco de un proceso, el ejercicio de las facultades que las leyes de enjuiciamiento atribuyen a las partes, se encuentra amparado, prima facie, por el derecho fundamental a la defensa. En consecuencia, su limitación sólo puede justificarse por la necesidad de proteger otro derecho fundamental, valor o bien constitucionalmente protegido. Sólo desde la técnica de la ponderación (balancing) puede resolverse la colisión entre derechos o bienes constitucionales. Por ello, al margen de los fundamentos éticos

(1112) Este razonamiento fue expuesto en la CA, N° 2506-2006 LIMA pues la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema señaló que: “Si bien en los procesos de ejecución de laudo arbitral a priori no es posible hacer valer ningún recurso impugnatorio o de nulidad; sin embargo, desestimarlos importaría colocar en estado de indefensión al justiciable, vulnerando de manera flagrante su derecho a la tutela judicial efectiva”.

o morales del principio de la buena fe, debemos determinar, en última instancia, el fundamento constitucional de este principio susceptible de legitimar la limitación del derecho de defensa”⁽¹¹¹³⁾.

De lo citado se desprende que, por ejemplo, el derecho de defensa podrá ser limitado cuando su ejercicio implique la merma de otros derechos fundamentales y, en el caso concreto, al encontrarnos en una ejecución judicial, consideramos que, luego de un juicio de ponderación, el derecho de defensa puede ser válidamente limitado en la medida en que: (i) la parte ejecutada pudo defenderse en el proceso arbitral en el que se emitió el laudo y (ii) en el proceso ejecutivo no se discute el fondo del asunto por lo que el único recurso admisible es la eventual oposición del ejecutado por las causales antes descritas.

8. ¿HASTA QUÉ PUNTO PUEDEN INTERVENIR LOS TERCEROS EN UN PROCESO DE EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL?

Ahora bien, cabe evaluar también la posibilidad de la intervención de terceros durante el trámite de ejecución del laudo arbitral. Al respecto, consideramos que cualquier solicitud de intervención de tercero deberá ser limitada a aquellos que ostenten un interés legítimo en el proceso ejecutivo.

El requisito de interés de estos terceros deberá ser minuciosamente evaluado por el órgano jurisdiccional pues, por tratarse de la ejecución de un laudo arbitral firme, los únicos válidamente interesados en el resultado del proceso son el ejecutante y el ejecutado, resultando claramente innecesaria la participación de cualquier otra persona natural o jurídica en dicho trámite. Sin embargo, pueden presentarse varios casos que podrían generar problemas en la propia ejecución; así sólo de manera enunciativa podríamos encontrar lo siguiente:

i) Un tercero que no estuvo presente en el proceso arbitral pero que tenga un derecho opuesto a la parte vencedora y que considere que es el legítimo titular del derecho que se discutió en el proceso arbitral. Así, si dos personas discuten la propiedad de un bien inmueble sometiendo sus diferencias a un proceso arbitral y se le declara propietario al demandante, por ejemplo, podría suceder que cuando pretenda ejecutar su laudo éste encuentre que el predio se encuentra ocupado por un tercero que alegue tener un mejor derecho que el vencedor del arbitraje con documento de fecha cierta,

(1113) PICÓ I JUNOY, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, Bosch, Barcelona, 2003, p. 73.

por lo que válidamente el juez de ejecución deberá revisar la prueba que presente el tercero.

ii) Cuando se pretenda ejecutar una obligación dineraria y se afecte el bien de un tercero, considero que nada impide que se pueda presentar una tercería excluyente de propiedad; esto es, que el tercero con los documentos que acrediten indubitablemente su propiedad pida que se levante la afectación de su patrimonio.

iii) Cuando al ejecutarse el bien del deudor, se presente un tercero alegando un derecho preferente y por lo tanto se deberá respetar su prelación.

iv) Eventualmente, podría un tercero presentarse en ejecución alegando que debió participar en el proceso arbitral porque se trataba de un litisconsorte necesario; y que al haberse tramitado un proceso arbitral sin su intervención el laudo no tiene validez y, por ende, no puede ser ejecutado. Tema complejo si se tiene en cuenta que el artículo 93° del CPC dispone que la decisión sólo será válida en la medida que todos intervengan. Esto puede generar un serio problema en la ejecución porque el Juez tendrá que analizar si el laudo es válido o no.

9. RESPECTO DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA LA EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

De acuerdo a lo establecido en el inciso 1 del artículo 2001° del CC toda acción derivada de un mandato de ejecución prescribe a los diez años. Así, consideramos que si la parte vencedora, luego de constatar la negativa de la parte vencida para el cumplimiento de la obligación derivada del laudo, no activa el aparato jurisdiccional para lograr la ejecución respectiva dentro del plazo establecido en el inciso 1 del artículo 2001° verá imposibilitada toda iniciativa de ejecución del laudo, toda vez que el derecho emanado del mismo habrá prescrito por mandato imperativo de la norma del CC. En otras palabras, si es que interpone una solicitud de ejecución judicial de un lado emitido hace más de diez años, esta deberá ser declarada improcedente en virtud del plazo de prescripción regulado en el inciso 1 del artículo 2001° del CC, claro está, si es que no se presentó ningún supuesto de interrupción o suspensión del mismo.



TÍTULO VII

COSTOS ARBITRALES

Art. 69°.—Libertad para determinar costos.

Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.

COMENTARIO ⁽¹¹¹⁴⁾

SUMARIO: *1. Introducción 2. Importancia de la Autonomía de la Voluntad de las Partes. 3. Remisión a Reglas de Organizaciones Arbitrales e intervención del tribunal arbitral. 4. Consideraciones Finales.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 69° junto a otras disposiciones de la nueva Ley de Arbitraje, han recogido la esencia netamente privada del arbitraje. Se trata de reconocer la preeminencia de la voluntad de las partes en un aspecto básico del proceso arbitral: los costos y las reglas que deberán aplicarse en su determinación y atribución. La Ley reconoce a las partes la misma libertad de que gozan los agentes económicos en general para determinar el precio en una relación de servicios y las reglas para determinar su cálculo e imputación.

Mucho se ha escrito y se ha dispuesto sobre cuáles son los costos del arbitraje, cuáles son los costos que las partes pueden recuperar o deben rembolsar, quién debe asumir dichos costos y si se trata de un criterio absoluto de parte vencida o no. Asimismo, se han propuesto mecanismos para asignar o distribuir los costos de acuerdo a criterios de razonabilidad y proporcionalidad a ser ejercidos por el tribunal arbitral. Dichas reglas de alguna manera están reflejadas en las disposiciones contenidas en el Título VIII de la Ley.

(1114) Por **ALEJANDRO FALLA JARA**: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor de Derecho de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El autor quiere agradecer especialmente la colaboración en la elaboración y redacción de este artículo a la señorita Mayra Bryce Alberti, estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Dichas reglas o parámetros sólo tendrán cabida, en defecto de un acuerdo expreso de las partes sobre dichas materias. Y ello porque estamos frente a una materia donde no existe razón para limitar o poner restricciones al ejercicio de la libertad de los agentes económicos. No hay aquí —ni tendría porque haberlo— un esquema de “control de precios”.

2. IMPORTANCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

¿Por qué celebran las partes un acuerdo arbitral? Se trata de un derecho que ejercen las partes de hacer uso de su autonomía de la voluntad para poder determinar cómo se actuará y qué medidas se adoptarán frente a una eventual controversia. Las partes buscan plasmar de manera previa, qué reglas se adoptarán para resolver posibles controversias en el futuro.

Siendo que los intereses de las partes son los que se encuentran en juego, son ellas las que se encuentran en mejor posición para protegerlos. No se requiere aquí de la tutela del Estado, de un funcionario público o de algún tercero ajeno a la relación para tutelar sus derechos. En ese sentido, las partes buscarán negociar los acuerdos que mejor las favorezcan. De ahí la opción de someterse a un procedimiento arbitral en vez de un proceso judicial; las partes valoran el hecho de poder ser ellas mismas las que elijan las reglas del juego. Esto no sólo alcanza a las reglas del proceso o de designación de quienes van a decidir la controversia, sino también a los costos involucrados en el mecanismo y a la forma en que se asignaran los mismos a las partes.

En esta materia no se presenta razón alguna para expropiar —mediante una regulación— la libertad de los agentes de ponerse de acuerdo sobre el nivel y la forma de administración de los costos de un procedimiento arbitral. No hay aquí problemas de monopolio, de asimetrías de información o de elevados costos de transacción entre los involucrados que en otros contextos podrían justificar la introducción de una regulación que limita la libertad de una o de ambas partes. Así como regular el precio del pan no tiene ningún sentido económico en un contexto de libre mercado, tampoco lo tiene el imponer a las partes una regulación sobre los costos de un arbitraje y las reglas de imputación de los mismos en caso de que surja una controversia. Ello constituiría una restricción de la libertad de contratación de los individuos que no sólo carecería de justificación objetiva sino que además podría resultar cuestionable en el plano constitucional.

Los costos involucrados en un proceso arbitral pueden resultar elevados en razón a la entidad de la controversia involucrada. La falta de previsión de este tipo de aspectos podría conducir a resultados indeseables para quien por ejemplo “gatilló” el inicio de un procedimiento

arbitral con una expectativa diferente del nivel de los costos involucrados en el proceso: “La lavada puede salir mas cara que la camisa”. Pero, además de ello, la falta de acuerdo sobre el particular y de reglas que permitan llenar dicho vacío, podría dejar espacio para el desarrollo de conductas estratégicas por algunas de las partes destinadas a bloquear el desarrollo de cualquier mecanismo para resolver una discrepancia.

En ese sentido, parece necesario dotar a las partes, *ex ante* al surgimiento de cualquier conflicto, de cierta predictibilidad respecto de los costos del arbitraje y a las reglas que van a gobernar su distribución y atribución antes de que el conflicto surja.

Si bien pactar los costos del arbitraje con anterioridad puede favorecer a las partes con una mayor capacidad económica (*deep pockets*) debido a que pueden intimidar y eventualmente desincentivar a las partes económicamente más débiles de iniciar un proceso arbitral (si se pactan costos elevados), o puede elevar los costos de transacción debido a que la estimación de los costos puede resultar ser complicada antes de que surja una controversia, pueden establecerse reglas que derivan a ciertas instituciones o a los propios árbitros la determinación de los mismos bajo ciertos parámetros previamente determinados por las partes.

La Ley en esta parte ha reconocido que el tema de costos del arbitraje y las reglas que lo gobiernan se encuentran dentro de la esfera privada de las partes, quienes pueden atender a dichas materias directamente —estableciendo los costos de los procesos o señalando topes máximos, por ejemplo— o indirectamente, remitiendo su determinación a los propios árbitros o a terceros (costos y reglas de imputación recogidas en Reglamento de Centros arbitrales, por ejemplo).

Si bien la Ley de Arbitraje anterior (Ley N° 26572) contenía una regla parecida⁽¹¹¹⁵⁾, la redacción del artículo 69° de la nueva Ley pone

(1115) Ley N° 26572 - Ley General del Arbitraje

“Artículo 52°.- Costos del Arbitraje

Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del Artículo 9° cuando ello corresponda.

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral”

mas énfasis en el derecho y libertad de los agentes para ocuparse de dichos asuntos (“Las partes tienen la facultad de adoptar [...]”) que contrasta con la anterior que ponía una mayor atención en la facultad de los árbitros (“Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio”).

Existen múltiples y distintas maneras de regular la determinación de los costos del arbitraje. Se trata entonces de que las partes diseñen o elijan libremente *ex ante* a la aparición de una controversia cuáles son las reglas que mejor se acomodan a sus intereses y sobretodo a sus posibilidades.

Así, MOSES recomienda que:

“Las partes deben negociar exactamente cómo será manejado el tema de honorarios y costos, eso es si serán los árbitros quienes tengan la total discreción para determinar quién paga los costos y los honorarios legales; si es la parte vencida quien automáticamente se ve obligada a lidiar con todos los costos del arbitraje así como los honorarios de los abogados de la parte que ganó; o, si será cada parte la que cubra sus propios gastos”⁽¹¹¹⁶⁾.

Lo anterior parece ser la medida más sensata y eficiente, después de todo, ¿quién mejor que la propia parte para conocer cuáles son sus límites respecto a los costos que en el peor escenario puede asumir? BERNSTEIN, TACKABERRY y MARRIOTT señalan en comentario que podría hacerse extensivo a la Ley peruana que:

“La norma deja entrever que son las partes las que deben acordar cuáles son los costos materia de reclamo, pudiendo acordar por ejemplo topes sobre hasta cuánto se puede reclamar”⁽¹¹¹⁷⁾.

En los casos de los Artículos 15° y 41°, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado.

(1116) MOSES, Margaret L., “The Principles and Practice of International Commercial Arbitration”. En: *Cambridge University Press*, 2008, p. 48. Traducción libre del siguiente texto: “Parties should negotiate exactly how the issue of fees and costs will be handled, that is the arbitrators will have complete discretion in determining who pays the costs and legal fees, whether the losing party will automatically bear all costs of the arbitration as well as the legal fees of the prevailing party, or whether each party will bear its own costs and fees”.

(1117) BERNSTEIN, Ronald, John A. TACKABERRY y Arthur L. MARRIOTT, *Bernstein's Handbook of Arbitration and Dispute Resolution Practice*. Reino Unido: Chartered Institute of Arbitrators - Sweet Maxwell, 2003, p. 364. Traducción libre del siguiente texto: “The provision envisages that the parties may agree as to which costs are recoverable and may agree for example to place a cap or ceiling on recoverable costs”.

El permitir que las partes tengan la libertad de determinar los costos del arbitraje y las reglas que le son aplicables, no sólo parece ir de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad de las partes presente en todo arbitraje, sino que además parece plantear una solución eficiente al problema de la falta de predictibilidad de los costos del arbitraje frente a las partes.

Esta postura de la Ley peruana ha sido también incorporada en otras legislaciones como la mexicana. Así, GONZÁLEZ DE COSSÍO explica que:

“El Código de Comercio establece expresamente la libertad de las partes de convenir el método de reglamentación de las costas del arbitraje. Esta libertad puede ser ejercida ya sea directamente (mediante pacto expreso), o indirectamente (mediante una remisión a un reglamento arbitral). Es por lo general la segunda práctica seguida”⁽¹¹¹⁸⁾.

Como ya hemos mencionado, la libertad puede ser ejercida de manera directa o indirecta, de manera que no se niega la utilidad que pueden tener los reglamentos arbitrales ni los usos de de la jurisprudencia comparada. No se niega su utilidad siempre y cuando las partes hayan deliberado al respecto y hayan escogido de manera libre cuáles son las reglas que desean escoger para que se determinen los costos del proceso arbitral en el cual están involucradas.

Como bien ilustran REDFERN y HUNTER con BLACKABY y PARTASIDES, los usos varían; distintas legislaciones han adoptado distintas formas de determinar los costos y la distribución y asignación de los mismos. En Estados Unidos, por ejemplo, cada parte asume sus propios costos de honorarios de sus abogados⁽¹¹¹⁹⁾. En el Perú, sin embargo, nuestra Ley ha permitido que sean las partes mismas las que escojan de manera libre, cuáles serán los criterios y reglas para determinar sus costos.

3. REMISIÓN A REGLAS DE ORGANIZACIONES ARBITRALES E INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

De acuerdo con la LA las partes pueden fijar directamente el régimen aplicable a los costos del arbitraje o someterse a las reglas que sobre la materia se tengan establecidos en reglamentos arbitrales de ciertas organizaciones. En este último caso, como surge de la voluntad expresa de las partes, la decisión de remitirse a ciertas reglas preexis-

(1118) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, 1ª ed., Editorial Porrúa S.A., México, 2004, p. 300.

(1119) REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Nigel BLACKABY & Constantine PARTASIDES, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Editorial La Ley, 4ª ed., Buenos Aires, 2007, p. 553.

tentes es una expresión de la libertad de las partes para determinar los costos del arbitraje.

Y es que las organizaciones arbitrales suelen tener establecidas reglas muy detalladas en materia de costos del arbitraje; de hecho constituyen una variable muy importante en su esfuerzo por diferenciarse y captar preferencias de los interesados. Es por esto último que podrían existir y de hecho existen diferencias importantes en cada caso, no sólo respecto al nivel de los costos y forma de pago, sino inclusive respecto a la forma de atribución de los mismos.

Así, reglas tales como las contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL por sus siglas en inglés), delegan el poder de determinación de los costos arbitrales al tribunal arbitral del arbitraje en cuestión⁽¹¹²⁰⁾. La misma situación sucede en caso se sometan a las reglas contenidas en el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional⁽¹¹²¹⁾ (ICC por sus siglas en inglés).

A nivel local, no sólo hay diferencia en cuanto a los niveles de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria Arbitral, sino incluso respecto de la forma de pago de los mismos, las reglas de adelantos, y la forma como serán distribuidos entre las partes. El siguiente cuadro muestra las principales diferencias respecto del trato de los costos del arbitraje entre los reglamentos de arbitraje de los principales centros de arbitraje del Perú⁽¹¹²²⁾.

(1120) Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional aprobado por Resolución 31/98 de Asamblea General de fecha 15 de diciembre de 1976.

"Artículo 38°.

El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje [...]

Artículo 39°.

[...] 2. Si las partes han convenido en una autoridad nominadora o ésta ha sido designada por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya, y si dicha autoridad ha publicado un arancel de honorarios de árbitros en los casos internacionales que administre, el tribunal arbitral al fijar sus honorarios tendrá en cuenta ese arancel de honorarios en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso".

(1121) ICC Reglamento de Arbitraje. Vigente a partir del 1 de enero de 1998.

Artículo 31°.- Decisión sobre los costos del arbitraje

[...] 3. El Laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas".

(1122) Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje del American Chamber (AMCHAM) Perú; y, Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Vigentes desde el 1 de setiembre de 2008.

	REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA	REGLAS DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ARBITRAJE AMCHAM PERÚ	REGLAMENTO DE ARBITRAJE DEL CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PUCP
Alcance de los Costos	Incluye los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro; los gastos administrativos del Centro; los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados; costo de asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme al Reglamento; y, los demás gastos Originados en las actuaciones arbitrales (artículo 57.2)	Incluye los honorarios y lo gastos de los árbitros; gastos administrativos del Centro determinados por el Secretario General conforme al arancel vigente; honorarios y gastos de los peritos nombrados por el tribunal arbitral; y, los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje (artículo 40.1)	Incluye los gastos administrativos del Centro; los honorarios de los árbitros; los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos, realicen los árbitros y el personal del Centro, de conformidad con las disposiciones del Reglamento; los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme al Reglamento; los honorarios razonables de las defensas de las partes; y, otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales (artículo 102)
Criterios para establecer los costos del arbitraje	La tabla de aranceles se aplica según la cuantía del arbitraje. Así, se determinan honorarios del Tribunal Arbitral; los gastos administrativos; y, los honorarios del Árbitro Único. Cuantías menores a US \$ 10,000 tienen costos con montos máximos; y, cuantías mayores a dicha cifra tienen tasas mínimas y máximas aplicables.	El Centro fijará los gastos administrativos de acuerdo a la cuantía de las pretensiones planteadas por las partes. Lo mismo sucede para el caso de los honorarios de los árbitros (artículo 91°-92°) En caso las pretensiones no fueran cuantificables económicamente, la Corte de Arbitraje fijará el monto correspondiente a los referidos gastos (artículo 93) En el caso de los árbitros únicos, sus honorarios, que correspondería a un árbitro al inte-	Los gastos administrativos y los honorarios de los árbitros se basan en los aranceles del Centro. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, la Corte podrá fijar dichos honorarios o gastos administrativos en un monto inferior o superior, si lo considera justificado (artículo 40°. 3-4) Se precisa todo acuerdo entre los árbitros y las partes sobre honorarios será contrario a las Reglas del Centro.

rior de un Tribunal Arbitral colegiado, se incrementarán en un 20% (artículo 92).

Forma de Pago de los Costos del Arbitraje	Si bien el Reglamento no hace referencia a un momento oportuno, se hace referencia a lo pactado en el convenio arbitral (artículo 57) Asimismo, se establece que de no haber condena, cada parte cubrirá sus propios gastos y aquellos que sean comunes (honorarios y gastos del Tribunal Arbitral; honorarios de los peritos designados por el Tribunal Arbitral; y, los gastos administrativos del Centro) serán divididos en iguales proporciones (artículo 57.4).	Toda demanda principal o reconvenzional estará sujeta al pago de un anticipo de gastos administrativos determinado por el Secretario General que no será reembolsable y se le imputará a cuenta de los gastos administrativos que le corresponda al demandante o demandando respectivamente (artículo 39.1) El Secretario Arbitral no tomará medidas sobre las demandas hasta efectuado el pago provisional.	La oportunidad del pago de los costos arbitrales se sigue por las reglas contenidas en el artículo 98: En el acto de instalación de los árbitros o en resolución inmediatamente posterior, los árbitros señalarán el importe correspondiente a los costos administrativos por la administración del arbitraje y los honorarios profesionales de los árbitros; el plazo para el pago de del íntegro de dichos conceptos es de diez (10) días, contados desde la fecha de la instalación de los árbitros, o de notificados con la resolución que los fija; tratándose de pagos derivados de una liquidación definitiva, los árbitros concederán a las partes, en la resolución que los requiere, un plazo de diez (10) días para efectuarlos; y, a solicitud de parte y de manera discrecional los árbitros pueden permitir que los pagos se hagan de manera fraccionada (artículo 98).
		El monto de la provisión puede ser reajustado en cualquier momento durante el arbitraje, especialmente cuando se trate de las modificaciones del contenido económico de la controversia, de la estimación de los gastos del árbitro, o la evolución del grado de dificultad y complejidad del asunto (artículo 39.5)	
		La provisión fijada por el Secretario General será pagada en partes iguales por la demandante y la demandada; todo anticipo será considerado como un pago parcial de dicha provisión. No obstante, cualquiera de las partes podrá pagar la totalidad de la provisión de una demanda principal o re-	

convencional, si la otra parte no hace el pago que le corresponde (artículo 39.8).

Distribución de los costos del arbitraje	Para efectos de la condena al pago de costos, se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se tomará en cuenta la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos (artículo 57.3)	El laudo final fijará los costos del arbitraje y decidirá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben ser asumidas por ellas sobre la base de criterios razonables. En caso el arbitraje termine sin la emisión del laudo final, el Secretario General fijará los costos tomando en cuenta la etapa alcanzada en el arbitraje y otras circunstancias pertinentes. (artículo 40.6-7)	Los árbitros se pronunciarán en el laudo que pone fin a la controversia sobre la imputación de los costos del arbitraje, atendiendo a lo establecido en el convenio arbitral. De no existir acuerdo al respecto, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje. Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán disponer la distribución de los costos del arbitraje entre las partes, si lo considerase atendible de acuerdo a lo ocurrido en el arbitraje (artículo 103).
	Cabe resaltar que lo anterior es siempre tomando en cuenta lo dispuesto por el Convenio Arbitral (artículo 57.1).		

Dichas diferencias se explican, como en el caso de cualquier otro mercado, por un saludable deseo de competir entre dichas organizaciones. Tomando en cuenta las diferencias y las ventajas que representa para los usuarios el menú de opciones disponibles, parecería recomendable una evaluación detallada y comparativa de dichos aspectos de manera previa a la decisión de remitir dichos aspectos a los reglamentos de tal o cual organización. No hacerlo podría frustrar las expectativas de las partes en relación al mecanismo de solución de controversias adoptado y eventualmente favorecer el desarrollo de conductas estratégicas por algunas de las partes una vez que surja la controversia.

La nueva Ley dispone expresamente que sólo a falta de acuerdo entre las partes —sea porque no definieron su composición, límites o los criterios de atribución, o porque no se sometieron a los reglamen-

tos arbitrales de ciertas organizaciones— el tribunal arbitral dispondrá sobre la materia de costos. En tal escenario el Tribunal se encuentra sujeto a los parámetros establecidos en el Título VII de la Ley en materia de naturaleza y entidad y distribución de costos. La participación discrecional —dentro de los límites mencionados— de los árbitros para determinar los costos del arbitraje y los criterios aplicables para cumplir dicha función, parecen entonces cumplir un rol supletorio, sea porque existe un vacío en el convenio arbitral permitido libremente por las partes o sea porque estas así lo dispusieron expresamente en el mismo convenio arbitral.

4. CONSIDERACIONES FINALES

Al igual de lo que sucede en aquellos casos en los que no existe un monopolio regulado, la Ley reconoce la libertad de las partes de determinar los costos del arbitraje y las reglas para atribuirlos. En ese contexto, en manos de las partes se encuentra el impedir que aspectos vinculados con los costos del proceso frustren el desarrollo del proceso o cuestione la utilidad del mecanismo para resolver una controversia.



Art. 70°.—Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.**
- b. Los honorarios y gastos del secretario.**
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.**
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.**
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.**
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.**

COMENTARIO ⁽¹¹²³⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *¿Pueden las partes pactar en contra?* 3. *Oportunidad de fijación de los costos.* 4. *Conceptos incluidos y la*

(1123) Por CAROLINA DE TRAZEGNIES THORNE: Asesora Legal de la Alta Dirección y Secretario del Consejo Directivo de OSINERGMIN.

problemática de los gastos de defensa. 4.1. ¿Dónde está la diferencia? 4.2. ¿Qué es lo razonable? 4.3. ¿Bajo los mismos criterios? 5. El “cajón de sastre”. 6. Apreciaciones finales.

1. INTRODUCCIÓN

Los aspectos relacionados con los costos del arbitraje y su distribución suelen ser de los más olvidados por los tribunales arbitrales. Típicamente, los tribunales arbitrales no dedican una parte importante de su análisis a la responsabilidad de las partes respecto del pago de los costos o gastos del arbitraje. La trascendencia de estos aspectos es frecuentemente subestimada.

Esto sorprende pues, desde una perspectiva económica, la cuestión puede ser muy relevante, equiparable incluso a la discusión sobre la cuantificación de la pretensión principal⁽¹¹²⁴⁾. De hecho, se ha dado el caso de arbitrajes internacionales en los que los montos reclamados por concepto de costos, incluyendo tanto gastos del tribunal como gastos de defensa, han implicado varios millones de dólares⁽¹¹²⁵⁾.

La regla general sobre distribución de costos del arbitraje está contenida en el artículo 73° de la Ley de Arbitraje (LA)⁽¹¹²⁶⁾. El artículo 73° ofrece una guía clara de los criterios en base a los cuales debe efectuarse el traslado de costos del arbitraje entre las partes. De acuerdo con éste, la distribución de costos del arbitraje se hará según lo acordado entre las partes y, a falta de acuerdo, serán de cargo de la parte vencida. Sin perjuicio de ello, el tribunal arbitral está facultado a distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estima que el prorrateo es razonable según las circunstancias del caso. Al establecer esta regla, la norma sigue la tendencia marcada por la práctica reciente en la experiencia arbitral internacional en la que puede advertirse una mayor

(1124) Al respecto, ver por ejemplo GOTANDA, John Y., “Awarding Costs and Attorney’s Fees in International Commercial Arbitrations”. En: *Michigan Journal of International Law*, N° 21, 1999-2000, p. 3.

(1125) A modo de ejemplo, en *PSEG Global Inc. v. la República de Turquía* (Caso CIADI ARB/02/5, Laudo de fecha 19 de enero de 2007), las partes en controversia reclamaron un total de US\$ 21 millones de dólares de los Estados Unidos de Norteamérica por estos conceptos.

(1126) “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.

[...]”.

disposición a aplicar la regla de “el perdedor paga” o de “los costos siguen al evento”⁽¹¹²⁷⁾.

Complementando la regla contenida en el artículo 73°, el artículo 70° materia de estos comentarios regula la oportunidad de la fijación y distribución de los costos del arbitraje por parte del tribunal. Asimismo, define los conceptos que conforman los costos del arbitraje y que deberán ser considerados por el tribunal para efectos de su fijación y distribución.

El antecedente inmediato del artículo 70° es el artículo 52° de la Ley N° 26572 que ya incluía una relación no limitativa de los diversos conceptos que podían verse comprendidos en la categoría general de gastos (ahora costos) del arbitraje, estableciendo que éstos podían ser objeto de condena o exoneración a las partes si es que en el convenio no se hubiese pactado nada al respecto⁽¹¹²⁸⁾. En la Exposición de Motivos del proyecto de Ley del Decreto Legislativo N° 1071 se señala que las modificaciones en este punto buscan identificar con precisión los conceptos que comprenden los costos del arbitraje, cubriendo así deficiencias y vacíos de la legislación anterior.

(1127) En efecto, en fallos arbitrales recientes puede observarse una tendencia de los tribunales a aplicar la regla general de “el perdedor paga” o “los costos siguen al evento”, alejándose de la visión tradicional según la cual las partes debían asumir los costos del arbitraje en partes iguales y correspondía a cada una sus gastos de defensa. Al respecto, ver WEINIGER, Matthew y Niguel MACKAY, “Costs: Do Recent Trends Represent a Dramatic Shift in Tribunal Practice?”. En: *Transnational Dispute Management*, Vol. 4, 2007, Issue 6. En el mismo sentido: WEINIGER, Matthew y Matthew PAGE, “Adding up the costs”. En: *Treaty Arbitration and Investment Disputes*, Noviembre 2006.

(1128) Ley N° 26572.

“Artículo 52°.- Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. Adicionalmente, los árbitros deberán determinar el monto de la multa a que se refiere el último párrafo del Artículo 9°, cuando ello corresponda.

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo.

Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral.

En los casos de los Artículos 15° y 41°, los árbitros determinarán los gastos del arbitraje, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

Los árbitros no podrán cobrar honorarios adicionales por la corrección, integración o aclaración del laudo que hubieran dictado”.

2. ¿PUEDEN LAS PARTES PACTAR EN CONTRA?

El artículo 70° es claramente una regla dispositiva que se aplicará cuando no exista pacto contrario entre las partes. En efecto, las partes cuentan con la facultad de regular el procedimiento arbitral⁽¹¹²⁹⁾. Tal y como se reconoce en el artículo 73°, al dar prioridad al acuerdo de las partes sobre distribución de costos, la libertad de las partes de regular el procedimiento abarca el establecer las reglas bajo las cuales debe efectuarse la distribución o traslado de costos⁽¹¹³⁰⁾.

Si bien el artículo 70° no lo dice expresamente, la facultad de las partes de regular la distribución de costos incluye no sólo definir la regla que regirá la distribución, sino también aspectos regulados por el artículo 70°, tales como la oportunidad de la liquidación de los costos y su fijación por parte del tribunal y los conceptos que deben ser incluidos o excluidos.

3. OPORTUNIDAD DE FIJACIÓN DE LOS COSTOS

De acuerdo con el texto expreso del artículo 70°, el tribunal arbitral fijará los costos y determinará quién debe asumirlos —en base, claro está, a la regla contenida en el artículo 73°— al momento de laudar.

Es claro que la fijación y distribución de costos del arbitraje debe realizarse a la finalización del proceso arbitral. Recién en ese momento quedará determinado el monto total de los costos.

No obstante, nada impide que el tribunal establezca en el laudo las reglas para distribución de los costos pero reserve la decisión sobre su cuantificación para una decisión posterior. Esta práctica arbitral es coherente con el sentido que la LA le da al término “laudo” —para incluir laudos parciales—⁽¹¹³¹⁾ y con la práctica arbitral contemporánea. La determinación de la regla de responsabilidad por parte del tribunal,

(1129) LA, “*Artículo 34°.- Libertad de regulación de actuaciones.*”

Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones [...].”

(1130) En la misma línea, explica CANTUARIAS, comentando la Ley anterior, que existe libertad de las partes para regular estas materias con las únicas limitaciones de que el pacto no sea contrario al orden público, vaya en contra de una clara intención de las partes o sea injusto en un extremo para las partes. CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *Arbitraje comercial y de las inversiones*, Editorial Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, 2007, p. 335.

(1131) “*Artículo 6°.- Reglas de interpretación.*”

Cuando una disposición de este Decreto Legislativo: [...] f. Se refiere a laudo, significa entre otros, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.”

para luego cuantificar el monto específico en un laudo parcial posterior, es una práctica de uso frecuente. Además, dota de eficiencia al procedimiento, pues permite al tribunal solicitar y revisar únicamente el sustento que resulte pertinente para su decisión⁽¹¹³²⁾.

4. CONCEPTOS INCLUIDOS Y LA PROBLEMÁTICA DE LOS COSTOS DE DEFENSA

En cuanto a los conceptos que serán incluidos dentro de los costos del arbitraje, el artículo 70° precisa que estos son: (a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral (b) Los honorarios y gastos del secretario (c) Los gastos administrativos de la institución arbitral (d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral (e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje (f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje “propriadamente dichos”. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral⁽¹¹³³⁾.

Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje “propriadamente dichos”, mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes. En este último punto, con buen acierto, la nueva norma ha adoptado una tendencia más abierta que deja campo para el traslado y recuperación de otros gastos en que po-

(1132) Sobre el particular, ver REDFERN, Alan; Martin HUNTER; Constantine PARTASIDES y Nigel BLACKABY, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta. Edición, Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 551: “[El tribunal arbitral] puede solicitar a las partes que le proporcionen un detalle de los gastos respectivos antes de dictar el laudo para determinarlos en él; o puede abordar el tema de los gastos en un laudo final por separado, que limitaría la decisión que pretendió ser un laudo final sobre el fondo de la controversia a la categoría de laudo parcial”.

(1133) Para una definición de los costos del procedimiento arbitral y los gastos de defensa, ver GOTANDA, John Y., *Supplemental Damages in Private International Law*, Kluwer Law International, Londres, 1998, ps. 146/147.

dría haber incurrido la parte ganadora para la preparación y presentación de su caso ante el tribunal, distintos de los honorarios de sus abogados (contratación de peritos o expertos, por ejemplo). La norma anterior, contenida en la Ley N° 26572⁽¹¹³⁴⁾, al referirse a las “retribuciones de los abogados de las partes”, no dejaba en claro la posibilidad de trasladar —y por tanto de que la parte vencedora recuperase— cualquier otro gasto en el que pudiera haber incurrido para efectos de su defensa en el arbitraje distinto de éstos.

De todos los conceptos incluidos como costos del arbitraje en el artículo 70°, el traslado de los gastos de defensa a la parte contraria es el que presenta mayores dificultades y ha recibido tratamientos más disímiles en la experiencia comparada. Como señala GOTANDA, “las partes suelen recibir sorpresas bruscas cuando se trata de reclamos con respecto a costos y honorarios de abogados. En algunos casos los tribunales arbitrales otorgan a la parte vencedora montos significativos mientras que en otros casos los tribunales otorgan poco o nada”⁽¹¹³⁵⁾.

En la experiencia comparada, los tribunales arbitrales parecen más dispuestos a trasladar los costos del arbitraje asumidos por una parte a la parte contraria, en contraste con el traslado de los gastos de defensa⁽¹¹³⁶⁾.

Así, por ejemplo, en un estudio de laudos dictados bajo las reglas CCI entre 1989 y 1991 se encontró que en el 81% de los casos materia de estudio se ordenaba a la parte vencida a asumir los costos del

(1134) “Artículo 52°.- Costos del Arbitraje.

[...] Los gastos incluyen, pero ni se limitan, a las *retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes*; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral [...]”.

(1135) Traducción libre del siguiente texto: “Parties in international commercial arbitrations sometimes receive rude surprises when it comes to claims for costs and attorney’s fees. In some cases arbitral tribunals award the successful party a significant amount, while in other cases tribunals award little or nothing”. GOTANDA, John Y., “Awarding Costs and Attorney’s Fees in International Commercial Arbitrations”, *op. cit.*, p. 1.

(1136) GOTANDA, John Y., “Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes”. En: *Transnational Dispute Management*, Vol. 4. Issue 6, 2007, ps. 12/14. En la misma línea, señalan REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES que “El Tribunal arbitral en un arbitraje comercial internacional rehusará, por lo general, a ordenar a la parte vencida que pague la totalidad de los gastos incurridos por la parte vencedora. Hay muchas razones para ello. En primer lugar, como ya hemos señalado, la costumbre de que la parte vencida debe pagar o contribuir al pago de los gastos de la otra no es universal, ni en el ámbito del arbitraje internacional ni, de hecho, en los sistemas jurídicos internos[...]”. REDFERN y otros, *op. cit.*, p. 550.

arbitraje. Sin embargo, sólo en el 50% de estos casos se ordenaba a la parte vencida el pago de una porción de los gastos de defensa del ganador⁽¹¹³⁷⁾.

De manera similar, en un estudio sobre los casos CIADI litigados entre 1990 y 2006 se determinó que de 102 laudos, 54 de estos se pronunciaron sobre los gastos de defensa. Sin embargo, de estos 54, sólo 13 trasladaron estos costos a la parte contraria. En los demás casos cada parte asumió la carga de sus propios costos⁽¹¹³⁸⁾.

Si bien en algunos casos los gastos de defensa han sido colocados por los tribunales dentro del mismo saco que los costos del procedimiento arbitral (es decir se ha otorgado a la parte vencedora tanto costos del procedimiento y gastos legales)⁽¹¹³⁹⁾, en un gran número de

(1137) DERAIS, Yves y Eric SCHWARTZ. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. Citado por GOTANDA, "Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes", ps. 12/13. Cabe señalar que bajo las reglas de la CCI, los tribunales fijarán en el laudo los costos del arbitraje y decidirán en que proporción deben ser cubiertos por las partes. Ver GOTANDA, *Supplemental Damages in Private International Law*, p. 180.

(1138) FRANCK, Susan D., "Empirically Evaluating Claims About Investment Treaty Arbitration". En: www.ssrn.com (SSRN-id969257), ps. 68/69. Las reglas CIA-DI dan discrecionalidad al tribunal para distribuir los costos del arbitraje entre las partes. Sin embargo, no contienen un lineamiento claro para evaluar los gastos de defensa. Como resultado, el otorgamiento de dichos costos por parte de los tribunales ha sido bastante irregular. Algunos tribunales han otorgado a la parte ganadora costos incluyendo gastos del procedimiento arbitral pero no gastos de defensa. En otros casos se ha otorgado a la parte ganadora montos por ambos conceptos. GOTANDA, *Supplemental Damages in Private International Law*, p. 177.

(1139) Así por ejemplo, en *Methanex Corporation v. EE.UU.*, el tribunal ordenó a la parte perdedora el pago de los gastos del arbitraje incluyendo los gastos razonables de defensa de la parte ganadora. De manera similar, en *International Thunderbird Gaming Corporation v. los Estados Unidos de México*, un arbitraje internacional llevado a cabo bajo las reglas de UNCITRAL, el tribunal decidió que Aun cuando las reglas arbitrales otorgaban discreción a los tribunales para adoptar una posición distinta del principio general según el cual "el perdedor paga", el marcador más objetivo para ambos tipos de costos (costos del procedimiento y costos de defensa) es el porcentaje de éxito de una parte. Dado que México no resultó vencedor en todos los aspectos del caso, se ordenó al inversionista a contribuir con el 75% de los costos del procedimiento arbitral y con el mismo *ratio* de los costos legales de México ascendentes a más de un millón de dólares. Más recientemente, en *ADC Affiliate Limited v. Hungría* (Caso CIADI ARB/03/16) el tribunal decidió que no existían motivos para apartarse de la regla de "el perdedor paga" que venía siendo aplicada por los tribunales CIADI y otorgó a los demandantes vencedores US\$ 7.6 millones por costos del arbitraje, incluyendo costos de defensa. El tribunal consideró dichos montos razonables a la luz de su experiencia en arbitrajes de inversión y las circunstancias particulares del caso. En *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Sirketi v. la Republica de Turquía* (Caso CIADI ARB/02/5, Laudo de fecha 19 de enero de 2007), el tribunal ordenó al demandado a cubrir un

casos, los árbitros han considerado que el traslado de los gastos de defensa y los costos del procedimiento ameritan distintos razonamientos. Así, existe un grupo importante de casos en los que los tribunales arbitrales trasladan los costos del procedimiento arbitral pero no los gastos de defensa o que establecen que cada parte deben cubrir sus propios gastos de defensa con independencia del resultado del caso⁽¹¹⁴⁰⁾.

De hecho, el principio según el cual “el perdedor paga” parece ser aplicado en mayor medida con respecto a los costos y gastos del tribunal pero no respecto a los gastos de defensa de las partes⁽¹¹⁴¹⁾. Incluso algunas reglas arbitrales, como es el caso de las reglas de UNCITRAL, hacen una clara distinción entre los criterios que deben aplicarse para trasladar los gastos de defensa y otros gastos del arbitraje⁽¹¹⁴²⁾. Así, el primer párrafo del artículo 40° del Reglamento de UNCITRAL contie-

65% de los costos y gastos de defensa incurridos en el arbitraje, ascendentes a un total de US\$ 13.6 millones.

(1140) Así por ejemplo, en *Siemens A.G. v. Argentina* (Caso CIADI ARB/02/08, fecha de laudo 6 de febrero de 2007), el tribunal distribuyó los costos del procedimiento entre las partes, en un *ratio* de 75-25%, pero ordenó a cada una cubrir sus costos de defensa. De manera similar, en *Azurix Corp. v. Argentina* (caso CIADI ARB 01/12, Laudo del 14 de julio de 2006), el tribunal ordenó al Estado demandado (el perdedor) asumir prácticamente todos los costos del procedimiento. Sin embargo, declaró que cada parte debía de ser responsable por sus costos de defensa. En una decisión aún más controversial, en *Encana Corporation v. República del Ecuador*, un arbitraje llevado a cabo bajo las reglas UNCITRAL (Caso UN 3841 Laudo de fecha 3 de febrero de 2006), el tribunal ordenó a Ecuador — pese a resultar vencedor— el pago de los gastos del arbitraje. Sin perjuicio de ello, no aplicó una regla similar en cuanto a los gastos de defensa ordenando a cada parte a cubrir sus propios gastos.

(1141) GOTANDA, John Y., “Assesing damages in international commercial arbitration: a comparison with investment treaty disputes”, ps. 12/14. En la misma línea, señalan REDFERN, HUNTER, BLACKABY y PARTASIDES que “El Tribunal arbitral en un arbitraje comercial internacional rehusará, por lo general, a ordenar a la parte vencida que pague la totalidad de los gastos incurridos por la parte vencedora. Hay muchas razones para ello. En primer lugar, como ya hemos señalado, la costumbre de que la parte vencida debe pagar o contribuir al pago de los gastos de la otra no es universal, ni en el ámbito del arbitraje internacional ni, de hecho, en los sistemas jurídicos internos [...]”. REDFERN, *et ali*, *op. cit.*; p. 550.

(1142) Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL
“Artículo 40°.

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38°, el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.”

ne una regla de redacción muy similar al artículo 73° de la LA, según la cual el tribunal tiene amplia discreción para decidir sobre la distribución de costos. Aun cuando, en principio, los costos del arbitraje serán asumidos por la parte vencida. Sin perjuicio de ello, con respecto a los gastos de defensa legal, se establece en segundo párrafo que el tribunal arbitral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, será libre de determinar que parte soportará los costos o distribuirá los costos si lo estima razonable. Nótese entonces que respecto de los gastos por defensa legal no se aplica inmediatamente la regla general de “el perdedor paga” como parece ser el caso bajo la ley peruana⁽¹¹⁴³⁾.

4.1. ¿Dónde está la diferencia?

Hay una serie de razones que justifican un tratamiento diferenciado de los gastos de defensa. En primer lugar, a diferencia de los costos del procedimiento arbitral, que son decididos o cuando menos controlados por el tribunal arbitral, los gastos de defensa son incurridos a sola discreción de cada parte. Así, se conforman luego de una serie de decisiones unilaterales tomadas por éstas como parte de su estrategia de defensa.

De ello se deriva que los gastos de defensa son asimilables a cualquier otro reclamo por daños. Corresponde a quien los solicita la carga de probarlos a satisfacción del tribunal⁽¹¹⁴⁴⁾. Ello a diferencia de los costos del procedimiento respecto de los cuales no suele existir —por encontrarse bajo la esfera de actuaciones del tribunal— controversia respecto de los montos de los mismos.

De otra parte, los gastos de defensa son difícilmente previsibles para la parte contraria, que no los conocerá hasta el final del proceso cuando se solicite a la o las partes que presenten el sustento correspondiente⁽¹¹⁴⁵⁾.

(1143) En este mismo sentido, algunos tribunales arbitrales han interpretado que existe en dicha norma una “sutil diferencia entre los dos párrafos, el primero enfatizando en el *éxito* y el segundo en *las circunstancias del caso*”. Ver por ejemplo *S.D. Myers v. Canada* (Laudó de fecha 30 de diciembre de 2002). En otros casos se ha interpretado que el segundo párrafo a diferencia del primero concede a los árbitros amplia discrecionalidad para distribuir costos (Ver *Thunderbird v. México*, cuya referencia ha sido incluida en la nota 16).

(1144) CRAIG, W. Laurence; PARK, William W. y PAULSSON, Jan, *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3ª ed., París: ICC y Oceana Publications Inc., 2000, p. 394. En la misma línea, ver GOTANDA. *Awarding Costs and Attorney's Fees in International Commercial Arbitration*, *op. cit.*, p. 47.

(1145) Así, explican CRAIG, PARK y PAULSSON, que el solo hecho que los montos finales de gastos legales sólo pueden ser conocidos al final del proceso genera una serie de problemas prácticos. CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 393.

En contraste, los costos del procedimiento arbitral serán conocidos antes del inicio del litigio. Este es el caso por ejemplo de los honorarios de los árbitros y de los centros arbitrales cuando son fijados en base a criterios pre-establecidos en reglamentos o guías de la institución. Cuando este no es el caso, son cuando menos conocidos y aceptados por las partes a lo largo del procedimiento. Si bien esta afirmación se relativiza ante un arbitraje *ad hoc* y aun cuando algunos gastos no son previsibles de la misma manera (gastos de asistencia técnica, viáticos, servicios, gastos de oficina, entre otros), incluso en estos casos el tribunal arbitral suele solicitar a las partes dentro del proceso que expresen sus puntos de vista y de ser posible su conformidad respecto de los honorarios y gastos, antes de incurrir en los mismos. Ello sobre todo cuando son significativos⁽¹¹⁴⁶⁾.

Así, los gastos de defensa pueden ser, para la parte vencida, una “caja de Pandora” abierta al final del proceso que almacena costos no esperados ni esperables al momento de litigar.

Un problema adicional se presenta por la magnitud de los montos que suelen verse involucrados. Es sabido que los costos del procedimiento suelen ser bastante inferiores que los costos de defensa, que pueden alcanzar magnitudes impresionantes⁽¹¹⁴⁷⁾. Finalmente, en tanto dependen de decisiones de la parte, pueden manejarse en rangos muy distintos incluso dentro de un mismo proceso, dependiendo en las decisiones que cada parte adopte. ¿Qué pasa cuando una de las partes considera necesario requerir la ayuda de un perito o estudio de abogados internacional en un arbitraje local, multiplicando exponencialmente los costos promedio para un arbitraje de dicha envergadura? ¿Es admisible trasladar dichos costos aún si se aleja de la práctica usual del mercado y no es previsible para la parte contraria? ¿Debe confiarse para estos efectos en el análisis costo-beneficio realizado por la propia parte al momento de incurrir en dicho costo?

Los gastos de defensa presentan entonces una serie de problemáticas que no se plantean en el caso de los costos del procedimiento arbitral o del arbitraje propiamente dichos. Estas mayores dificultades están relacionadas, en grandes rasgos, con temas de prueba de

(1146) CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 392.

(1147) Algunos ejemplos resultan ilustrativos. El CIADI ha estimado que los costos de un arbitraje de inversión, excluyendo costos de defensa, es de alrededor US\$ 220,000. UNCTAD ha estimado que los gastos de cada parte para el tribunal son de aproximadamente US\$ 400,000. Sin embargo, los costos legales de defensa en un arbitraje internacional, incluyendo honorarios de abogados, están en el rango de 1 o 2 Millones de Dólares. UNCTAD, *Disputes on the Rise*, citado por FRANCK, *op. cit.*, p. 67.

los montos involucrados, con si estos gastos deben trasladarse en su integridad a la otra parte o solo parcialmente y, finalmente, bajo qué criterios debe seleccionarse qué proporción de estos será trasladada a la otra parte, de ser esta la decisión del tribunal.

4.2. ¿Qué es lo razonable?

Siguiendo una solución planteada por otras reglas arbitrales a nivel comparado, el artículo 70° parece responder a esta problemática al establecer un requisito adicional para la revisión de los gastos de defensa: que se trate de “gastos razonables”.

La inclusión de dicho término sirve como una suerte de “tope” para permitir al tribunal trasladar únicamente una porción de los gastos de defensa, de considerar que los gastos reclamados y sustentados son excesivos, teniendo en cuenta las características de la controversia.

Sin duda, la inclusión de este término deja un campo de discrecionalidad a cada tribunal que deberá determinar qué es lo razonable⁽¹¹⁴⁸⁾.

Nótese que el test de razonabilidad puede ser aplicado tanto respecto de las actividades cuyos costos se reclaman, como respecto de los montos reclamados por cada actividad⁽¹¹⁴⁹⁾, es decir que puede ser aplicado para evaluar tanto una valuación adecuada de los servicios contratados como la pertinencia del recurso de defensa.

En la experiencia internacional comparada, se han ensayado distintas interpretaciones sobre la “razonabilidad” de los gastos de defensa, algunas de las cuales han sido mayoritariamente rechazadas.

Así se han rechazado tests de razonabilidad basados en lo invertido por la parte contraria.

A modo de ejemplo, en el caso *CIADI ADC Afiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited v. la República de Hungría*, el tribunal declaró que lo que se requiere para trasladar gastos de defensa es que el tribunal esté satisfecho con el sustento declarado, a la luz de las circunstancias del caso. El tribunal reconoció que podían existir discrepancias válidas entre los costos de una y otra parte intrínsecas a la estrategia de defensa o decisiones comerciales y/o legales de cada parte, que determinara que la estructura de costos de cada una de éstas fuese

(1148) CRAIG, PARK y PAULSSON, así señalan que “Sin embargo, los árbitros son completamente libres de determinar a su propia discreción lo que consideran como razonable”. CRAIG, PARK y PAULSSON, *op. cit.*, p. 395.

(1149) CANTUARIAS, *op. cit.*, p. 342.

sustancialmente diferente pese a estar representadas por abogados similares⁽¹¹⁵⁰⁾.

La defensa de ambas partes en un caso no necesariamente será igual de compleja. Por el contrario, como regla general existirán dificultades de defensa inherentes a la postura que cada una de las partes ha adoptado, lo que determina de por sí una estructura de costos diferente.

De otra parte, no hay razón para presumir que la inversión realizada por la parte perdedora es “más razonable” que aquella utilizada por la otra parte. ¿Qué pasa si dicha parte tuvo una defensa floja o poco eficiente o si por su posición sobre los hechos la característica de su defensa era sustancialmente diferente?

Una de las opiniones más reconocidas en esta materia se encuentra en el voto singular emitido por el juez Holtzmann en un arbitraje seguido ante el Tribunal de Reclamaciones Irán - Estados Unidos.

En su decisión, Holtzmann interpretó que constituyen elementos objetivos para efectos del test de razonabilidad el tiempo destinado por los abogados y la complejidad del caso. El razonamiento se sustenta en que el rango de tarifas horarias de los abogados es generalmente conocido y predecible y en que el tiempo razonable de un abogado para cumplir una tarea puede ser medido en base a la complejidad de la materia, el número de puntos involucrados en un caso y el volumen de evidencia que necesita ser analizada y presentada⁽¹¹⁵¹⁾.

(1150) Caso ARB/03/16. Laudo de fecha 2 de octubre de 2006, “*In addition to the obvious good sense of the passage cited above there are a number of features in this case which justify the Tribunal in ordering the Respondent to reimburse the Claimants the full amount of their legal and other expenses of this arbitration. However, at the outset, the Tribunal should make clear that it is quite satisfied that the amount claimed for costs by the Claimants is reasonable in amount having regard to all the circumstances of this case. The Tribunal rejects the submission that the reasonableness of the quantum of the Claimants’ claim for costs should be judged by the amount expended by the Respondent. It is not unusual for claimants to spend more on costs than respondents given, among other things, the burden of proof. Although at the outset both sides were represented by top class international law firms, the Respondent changed counsel before the hearing and took on an able and dynamic younger legal team. The Respondent also engaged Dr. Hunt at the very last minute in place of its former expert firm NERA Consulting. All these factors can explain the discrepancy between the two sides’ costs and expenses.*”

(1151) Voto singular del Juez Holtzmann en el caso Iran - EE.UU CTR 329. Citada en Iranian Assets Litigation Reporter 10860, “*A test of reasonableness is not, however, an invitation to mere subjectivity. Objective tests of reasonableness of lawyers’ fees are well-known. Such tests typically assign weight primarily to the time spent and complexity of the case. In modern practice, the amount of time required to be spent is often a gauge of the extent of the complexity involved. Where the Tribunal is presented with*

Sin embargo, no debe entenderse que bajo el razonamiento del juez Holtzmann los tribunales arbitrales deben “validar” la eficiencia de las labores de los abogados y/o expertos involucrados en el caso o reemplazar las decisiones de los empresarios en su contratación. Holtzmann se cuidó de precisar que: “el Tribunal no debe negarse a considerar la realidad de que las facturas de abogados son usualmente presentadas primero a hombres de negocios. El hecho pragmático de que un hombre de negocios haya aceptado pagar una determinada factura, sin saber que el tribunal iba a reembolsar estos gastos, es un fuerte indicio de que el monto facturado fue considerado razonable por un hombre razonable gastando su propio dinero, o el dinero de la compañía para la cual trabaja. Este es un test clásico de razonabilidad”⁽¹¹⁵²⁾.

El razonamiento de Holtzmann ha sido seguido directa o indirectamente por una serie de tribunales arbitrales que se han visto en la necesidad de pronunciarse sobre la razonabilidad de los gastos de defensa. “Se trata de un criterio que sirve como pauta de sentido común respecto del método que deberían adoptar los tribunales internacionales en ejercicio de su discreción a la hora de determinar los gastos correspondientes en el laudo”⁽¹¹⁵³⁾.

Una crítica que puede hacerse a este razonamiento es que no existe necesariamente una relación directa entre el tiempo dedicado a un caso o una línea de argumentación y el valor de ese tiempo en cuanto a los resultados obtenidos en el caso⁽¹¹⁵⁴⁾.

copies of bills for services or other appropriate evidence, indicating the time spent, the hourly billing rate, and a general description of the professional services rendered, its task need be neither onerous nor mysterious. The range of typical hourly billing rates is generally known and, as evidence before the Tribunal in various cases including this one indicates, it does not greatly differ between the United States and countries of Western Europe, where both claimants and respondents before the Tribunal typically hire their outside counsel. (...) Just how much time any lawyer reasonably needs to accomplish a task can be measured by the number of issues involved in a case and the amount of evidence requiring analysis and presentation. While legal fees are not to be calculated on the basis of the pounds of paper involved, the Tribunal by the end of a case is able to have a fair idea, on the basis of the submissions made by both sides, of the approximate extent of the effort that was reasonably required”

(1152) Voto singular del Juez Holtzmann en el caso Iran - EE.UU. CTR 329. Citada en Iranian Assets Litigation Reporter 10860 “Nor should the Tribunal neglect to consider the reality that legal bills are usually first submitted to businessmen. The pragmatic fact that a businessman has agreed to pay a bill, not knowing whether or not the Tribunal would reimburse the expenses, is a strong indication that the amount billed was considered reasonable by a reasonable man spending his own money, or the money of the corporation he serves. That is a classic test of reasonableness.”

(1153) REDFERN y otros, *op. cit.*, p. 552.

(1154) REDFERN, y otros, *op. cit.*, p. 551.

De hecho, el tiempo invertido o el volumen de pruebas tiene poco que ver con el monto en juego en la controversia.

De otra parte, la confianza en la decisión racional de un “hombre de negocios” —central en la opinión de Holtzmann— es válida siempre y cuando existan los incentivos adecuados para que las partes internalicen los costos de sus decisiones al asumir el costo de litigar. Si llevamos el razonamiento de Holtzmann al extremo, podrían generarse incentivos perversos para sobre-invertir en la defensa de un caso ante la expectativa de que dichos costos serán reembolsados por la parte perdedora a sola confianza de lo decidido por el empresario. Es decir, a mayor predictibilidad sobre la devolución de dicha inversión existiría menor razonabilidad.

4.3. ¿Bajo los mismos criterios?

El test de razonabilidad es sin duda una gran puerta de discrecionalidad para determinar los gastos de defensa que serán fijados y trasladados por el tribunal. Sin perjuicio de ello, ¿puede un tribunal optar por no distribuir gastos probados y razonables de acuerdo con la regla contenida en el artículo 73° (de acuerdo con la cual el pago de los costos del arbitraje corresponde a la parte vencida)?

Como se ha desarrollado, aún en los casos en los que se ha establecido una revisión a los costos de defensa basada en un “test de razonabilidad”, en la experiencia comparada existe una tendencia a aplicar criterios distintos para la distribución de estos costos y los costos del procedimiento arbitral.

Si bien el artículo 73° no deja en claro la posibilidad de aplicar una regla distinta para los gastos de defensa, dada la distinta naturaleza de ambos conceptos y la experiencia internacional comparada parecería razonable que así sea.

Los tribunales podrían, aún frente a gastos sustentados y razonables, hacer uso de la discrecionalidad que le otorga el artículo 73° para prorratar los costos de la manera que estime pertinente, en base a las circunstancias particulares del caso. Haciendo uso de esta discrecionalidad, podrían concluir que el prorrato de los gastos de defensa se haga en distinta medida que el prorrato de los demás costos del arbitraje, alejándose en cierta medida de la regla general de “el perdedor paga”.

Dicho en otros términos, aun cuando el tribunal esté satisfecho con la evidencia de los gastos de defensa presentada y considere dichos gastos razonables, no está obligado a aplicar la regla de que “el que pierde paga”.

5. EL “CAJÓN DE SASTRE”

Finalmente, cabe hacer una corta mención al inciso (f) que contiene una norma “cajón de sastre” que permite al tribunal incluir gastos por conceptos adicionales no enumerados en los demás incisos de la norma, siempre que se trate de gastos “originados en las actuaciones arbitrales”.

La flexibilidad en la redacción de este artículo y el tratamiento conjunto de los gastos del arbitraje y los gastos de defensa como “costos del arbitraje” permite que se incluya cualquier otro costo relacionado con el arbitraje que pudiera haberse quedado fuera de los incisos anteriores. Nótese que en este caso se ha puesto también como requisito la “razonabilidad” de dichos gastos, de manera similar a lo que ocurre con los gastos de defensa.

6. APRECIACIONES FINALES

La solución de controversias no se trata únicamente de quién gana o quién pierde. Para las partes, el verdadero costo del litigio incluye la cuantificación de distintos factores, entre ellos, del costo de tomar acciones (demandar o defenderse, respectivamente). Así, para las partes involucradas, una parte importante del caso tiene que ver con la distribución de costos y gastos. Un actor racional incluirá estos costos y el riesgo de su no recuperación en su análisis costo-beneficio al optar por iniciar un proceso, cualquiera sea la naturaleza de la pretensión que se discuta⁽¹¹⁵⁵⁾.

El hecho que el legislador se haya preocupado del tema de los costos del arbitraje es una señal importante hacia la predictibilidad del arbitraje en el Perú. Cuantificar y predecir los costos y beneficios de un arbitraje promueve la capacidad de los interesados de tomar decisiones informadas respecto de sus posibilidades y estrategias para resolver sus controversias. Con un panorama más completo de los costos del arbitraje y de cuándo y cómo los tribunales pueden estar inclinados a trasladar los costos del procedimiento o de defensa, las partes están en una mejor posición de tomar decisiones informadas sobre la resolución de sus conflictos⁽¹¹⁵⁶⁾.

(1155) FRANCK, Susan D., *op. cit.*, p. 66: “Dispute resolution risk is not simply a matter of winning, losing, and possible damages. The true cost of investment treaty conflict requires a quantification of other factors, such as the cost of obtaining a beneficial outcome. Rational actors should consider whether the cost of pursuing investor rights or defending government action is worth the benefit”.

(1156) FRANCK, Susan D., *op. cit.*, p. 70.

Cuando un tribunal analiza una pretensión por costos del arbitraje, generalmente, considerará tres puntos: (1) si tienen competencia o autoridad para otorgar costos del arbitraje (2) en base a qué regla deben distribuir dichos costos entre las partes y (3) cuál es el monto en cuestión⁽¹¹⁵⁷⁾. La nueva norma contenida en la LA cuenta con el mérito de haber dado claras directrices para el análisis central que deberán efectuar los tribunales arbitrales. Queda claro que, salvo pacto en contrario, los tribunales contarán con competencia para otorgar costos del arbitraje. Queda clara también la regla en base a la cual deberá efectuarse su distribución, por lo demás se ha adoptado una postura moderna acorde con la experiencia internacional. Asimismo, en el artículo 70° bajo comentario, la norma contiene una definición de los costos del arbitraje bastante más completa que la norma anterior y que establece con certeza los conceptos que pueden incluirse en la fijación y distribución de costos.

Hasta cierto punto, la existencia de este régimen garantiza que existirá uniformidad en las decisiones de costos del arbitraje pues existen reglas claras para que las partes en similares condiciones sean tratadas de manera similar.

No obstante, existen una serie de aspectos que quedarán a discrecionalidad de los tribunales arbitrales y que quedan pendientes para definir cuál será la tendencia en el traslado de costos arbitrales en nuestro país. Está aún por verse cuál será la interpretación de estas nuevas reglas y cuál será el resultado de su aplicación. De manera significativa, queda aún por verse las reglas que se aplicarán para el traslado de gastos de defensa. Así por ejemplo, está por verse cómo se interpretará el requisito de “razonabilidad” que la norma establece. Asimismo, está por verse cómo se aplicará la discrecionalidad con la que cuenta el tribunal para prorratear los costos y si se interpretará que existe o no una obligación del tribunal arbitral de distribuir los gastos de defensa aplicando la misma regla que para los costos del procedimiento arbitral (“el perdedor paga”, establecida por el artículo 73°).

Con estos aspectos pendientes, pese a los avances, está aún en manos de los tribunales que apliquen la norma el que ésta implique verdaderamente una mayor predictibilidad en el traslado de costos del arbitraje, que fomente la conciliación, se traduzca en un desincentivo para demandas maliciosas o ineficientes y, al mismo tiempo, dé legitimidad al proceso arbitral y actúe como un incentivo para la inversión de recursos razonables en los litigios arbitrales.



(1157) GOTANDA, John Y., “Awarding Costs and Attorney’s Fees in International Commercial Arbitrations”, *op. cit.*, p. 3.

Art. 71°.—Honorarios del tribunal arbitral.

Los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

COMENTARIO ⁽¹¹⁵⁸⁾

El artículo 71° de la LA dispone que los honorarios del tribunal arbitral y del secretario, en su caso, serán establecidos de manera razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera circunstancias pertinentes del caso.

El artículo bajo comentario tiene su antecedente en el artículo 19° de la Ley General de Arbitraje derogada, vale decir, la Ley 26572, el cual establecía que los árbitros serían remunerados, salvo pacto en contrario. Añadiendo que la aceptación al cargo confiere a los árbitros, así como a las instituciones arbitrales, el derecho de exigir a las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje.

Como se puede apreciar, el artículo 71° de la LA constituye un avance respecto de su antecedente, en la medida que establece con mayor precisión las reglas que se deben seguir, a los efectos de definir los honorarios del tribunal arbitral.

Una primera reflexión que merece esta norma, consiste en que su aplicación se hará mayoritariamente a los arbitrajes *ad hoc*, pues en éstos, a diferencia de lo que ocurre en la gran mayoría de arbitrajes administrados, no existe un reglamento de aranceles y pagos que establezca de manera anticipada los honorarios del tribunal arbitral.

Por otro lado, este dispositivo se aparta del principio contenido en el artículo 1767° del CC, relativo a la retribución del locador en los contratos de locación de servicios, que establece si dicha retribución no puede determinarse según las tarifas profesionales o los usos, será

(1158) Por **JORGE VEGA SOYER**: Socio del Estudio Vega & Asociados Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados.

En otras palabras, si la LA no contuviera una norma equivalente a la de su artículo 71º, se debería aplicar el artículo 1767º del CC. Esto porque la relación entre el tribunal arbitral y las partes estaría regida por las reglas sobre contratos de prestación de servicios, bajo la modalidad de locación de servicios, en la medida que dicha relación podría ser asimilada a un contrato en el que los locadores, vale decir, el tribunal arbitral, sin estar subordinado a los comitentes, es decir a las partes, se obliga a prestarle sus servicios intelectuales para un trabajo determinado, a cambio de una retribución, tal como se regula en los artículos 1764º y 1765º del CC.

Así las cosas, en ausencia del artículo 71º de la LA, y en aplicación del artículo 1767º del CC, si la retribución del tribunal arbitral no pudiese ser determinada según las tarifas profesionales o los usos, como sería el caso, por ejemplo, de un reglamento de aranceles y pagos que establezca de manera anticipada los honorarios del tribunal arbitral, en la hipótesis de un arbitraje administrado, dicha retribución sería fijada en relación a la calidad, entidad y demás circunstancias de los servicios prestados por el tribunal arbitral.

De lo expuesto se aprecia que la eventual inexistencia del artículo 71º de la LA y, consecuentemente, la aplicación del artículo 1767º del CC, resultaría poco conveniente, ya que, como queda dicho, implicaría que el tribunal arbitral y las partes estarían frente a la situación de tener que determinar los honorarios a ser pagados en función de criterios bastante ambiguos.

Lo señalado en el párrafo que antecede obligaría a que las partes y el tribunal arbitral tuvieran que incurrir en un engorroso proceso de negociación, a los efectos de determinar los montos que las partes deben cancelar al tribunal arbitral por concepto de honorarios, lo cual no es lo más propicio al iniciar un proceso arbitral.

A partir de lo dicho, se aprecia la conveniencia del contenido del artículo 71º de la LA, el cual suple la aplicación del artículo 1767º del Código Civil, que, a todas luces, no resulta el más apropiado para regular este tipo de situaciones.

Otro aspecto que merece reflexión es el de los requisitos que el artículo 71º de la LA exige para el cálculo del pago de los honorarios del tribunal arbitral.

La norma bajo comentario establece como requisitos los siguientes: Que sean establecidos de manera razonable. Que se tenga en cuenta el monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el

tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

De ello se rescata una primera conclusión, como es que el principal criterio para determinar los honorarios del tribunal arbitral es el de razonabilidad. Obviamente, si estos honorarios no son razonables, sea porque son manifiestamente altos o bajos, con relación al tema en controversia, lo más probable será que no se arribará a un acuerdo entre el tribunal arbitral y las partes y, por lo tanto, el arbitraje no seguirá adelante.

De este criterio de razonabilidad derivan los demás que establece el artículo 71° de la LA, a los efectos de determinar los honorarios del tribunal arbitral.

Así pues, un elemento importante para establecer los honorarios del tribunal arbitral consiste en el monto en disputa, ya que, por lo general, aunque no siempre es así, a mayor cuantía en disputa, más complejo será el caso a resolver. Consecuentemente, parece lógico afirmar que, cuanto más alta sea la materia en discusión, lo propio ocurra con los honorarios del tribunal arbitral.

No obstante ello, y dado que la cuantía del caso no puede ser el único criterio a tomar en cuenta para determinar los honorarios del tribunal arbitral, ya que sería perfectamente posible que un arbitraje en el que se discute un monto considerable sea sencillo de resolver, desde el punto de vista de los hechos o del derecho en controversia; o en el que se arbitra respecto de una suma relativamente baja, pero acerca de un tema jurídico que reviste gran complejidad; lo cual, a su vez, se traduce en un menor o mayor trabajo del tribunal arbitral, según sea el caso, el artículo 71° de la LA regula como un segundo criterio para definir los honorarios del tribunal arbitral la dimensión y complejidad del caso, ya que no es lo mismo que un tribunal arbitral resuelva acerca de un expediente de escasa documentación, en el que el tema controvertido es sencillo, a tener que pronunciarse sobre un expediente voluminoso, en el que la cuestión que se trae a arbitraje puede resultar siendo muy compleja. Incluso, se pueden dar situaciones especiales, en las que los aspectos de hecho pueden ser fáciles de asimilar, pero en las que lo realmente difícil se encuentre en el aspecto jurídico; o viceversa.

En la misma línea de lo expresado en el párrafo que antecede, se encuentra el criterio del tiempo dedicado por los árbitros al caso. Esto es así porque, como resulta obvio, será en función de la mayor o menor complejidad del caso que el tribunal arbitral tendrá que dedicar más o menos tiempo para su resolución, lo cual, a su vez, debe

traducirse en el pago de mayores o menores honorarios, según corresponda.

Igualmente, el criterio del desarrollo de las actuaciones arbitrales juega un rol importante en la fijación de los honorarios del tribunal arbitral, pues no es el mismo trabajo el que se tiene que realizar en un caso en el que se discuten fundamentalmente cuestiones de puro derecho, y en el que no se hace necesaria la realización de un número considerable de audiencias de actuación de pruebas, que uno en el que la controversia se basa en aspectos de hechos especialmente complejos, supuesto en el cual se hará necesaria la actuación de una gran cantidad de pruebas y, consecuentemente, el empleo de una mayor cantidad de tiempo de parte del tribunal arbitral.

Finalmente, un último criterio considerado por el artículo 71º de la LA para establecer los honorarios del tribunal arbitral consiste en los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso. Definitivamente, este es un criterio residual y muy subjetivo, por lo que resulta algo difícil de explicar. En tal sentido, se podría pensar en algún caso en el que la complejidad del tema en controversia no sólo se aprecia desde un punto de vista jurídico; sino en su trascendencia en lo social o en lo político, lo que va a determinar una gran exposición pública del tribunal arbitral y ello, incluso, podría traducirse en presiones de tipo periodístico sobre el tribunal arbitral. Evidentemente, en estos casos los esfuerzos que deberá realizar el tribunal arbitral para la resolución del caso serán mucho mayores que en un arbitraje común y corriente, lo cual justifica el cobro de un honorario mayor.

No se puede concluir este comentario sin hacer una reflexión final, en el sentido de reiterar que el criterio que debe primar para establecer los honorarios del tribunal arbitral debe ser el de razonabilidad, y es en base a este criterio que se aplican los demás.

Por ello, los criterios del monto en disputa, la dimensión y la complejidad del caso, el tiempo dedicado por los árbitros, el desarrollo de las actuaciones arbitrales, así como los usos y costumbres arbitrales y cualesquiera otras circunstancias, no deben ser entendidos como un orden excluyente; sino, por el contrario, en base a un criterio de razonabilidad, todos estos criterios deben ser analizados en su conjunto, dándole a cada uno un peso específico. De tal manera que los honorarios que finalmente se establezcan terminen siendo justos y aceptables, tanto para el tribunal arbitral como para las partes.



Art. 72°.—Anticipos.

Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70°. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, puede disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. En este caso, el tribunal arbitral sólo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje.

Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales.

La decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación de depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. La misma regla se aplica a las reclamaciones excluidas del arbitraje por no encontrarse cubiertas con los respectivos anticipos.

El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. En caso de ejecución arbitral, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrá liquidarse honorarios adicionales.

COMENTARIO ⁽¹¹⁵⁹⁾

El artículo 72º de la Ley de Arbitraje (en adelante “LA”) tiene su antecedente en el artículo 19º de la Ley General de Arbitraje derogada, vale decir, la Ley 26572, el cual establecía que los árbitros serán remunerados, salvo pacto en contrario. Añadiendo que la aceptación al cargo confiere a los árbitros, así como a las instituciones arbitrales, el derecho de exigir a las partes un anticipo de los fondos que estimen necesarios para atender las retribuciones respectivas y los gastos del arbitraje.

Como se puede apreciar, y en relación con su antecedente legislativo, el artículo 72º de la LA establece con mayor precisión las reglas que se deben seguir, a los efectos de definir la forma en que se deben pagar los honorarios del tribunal arbitral.

En el mismo sentido que el comentario formulado al artículo 71º de la LA, se puede afirmar que el artículo 72º de la LA se aplicará mayormente a los arbitrajes *ad hoc*, pues en éstos, y a diferencia de lo que sucede en los arbitrajes administrados, no existe un reglamento que establezca con precisión la forma de pago de los anticipos del tribunal arbitral.

Asimismo, cabe sostener que este dispositivo se aparta del principio contenido en el artículo 1759º del CC, relativo a la remuneración del prestador en los contratos de prestación de servicios, que establece que la retribución se pagará después de prestado el servicio o aceptado su resultado, salvo cuando por convenio, por la naturaleza del contrato, o por la costumbre, deba pagarse por adelantado o periódicamente.

En otras palabras, si la LA no contuviera una norma equivalente a la de su artículo 72º, se debería aplicar el artículo 1759º del CC, esto porque la relación entre el tribunal arbitral y las partes estaría regida por las reglas sobre contratos de prestación de servicios, en la medida que dicha relación podría ser asimilada a un contrato innominado de doy para que hagas, recogidas por el artículo 1757º del CC.

Así las cosas, en ausencia del artículo 72º de la LA, y en aplicación del artículo 1759º del CC, en principio, las partes sólo pagarían sus honorarios a los árbitros una vez prestado el servicio, vale decir, una vez notificado el laudo o, de ser el caso, una vez notificada la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, según corresponda.

(1159) Por **JORGE VEGA SOYER**: Socio del Estudio Vega & Asociados Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Lima y Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Incluso, se podría llegar a la discutible situación en la que las partes únicamente estarían obligadas a cancelar los honorarios de los árbitros una vez aceptado su resultado, con lo cual se podría interpretar que ello ocurriría en la medida que ninguna de las partes interponga recurso de anulación contra el laudo ante el Poder Judicial y, en todo caso, de interponerse dicho recurso de anulación, que el Poder Judicial no lo termine amparando.

Siguiendo la línea de pensamiento recogida por el artículo 1759° del CC, por acuerdo entre las partes y los árbitros se podría llegar a establecer que los honorarios de estos últimos se paguen por adelantado o periódicamente.

En el mismo sentido, se podría interpretar que la naturaleza del contrato o la costumbre determinan que corresponde que las partes paguen a los árbitros sus honorarios en forma adelantada o periódica. Sin embargo, estos supuestos resultan sumamente discutibles.

De lo expuesto se aprecia que la eventual inexistencia del artículo 72° de la LA y, consecuentemente, la aplicación del artículo 1759° del CC, resultaría poco conveniente desde un punto de vista práctico, ya que, como queda dicho, implicaría que los árbitros recién tendrían derecho al cobro de sus honorarios a partir de la notificación del laudo, o de su eventual rectificación, interpretación, integración o exclusión, e, incluso, desde que el Poder Judicial desestime el eventual recurso de anulación que alguna de las partes podría interponer.

Lo señalado en el párrafo que antecede obligaría a que las partes y los árbitros tuvieran que incurrir en un engorroso proceso de negociación, a los efectos de determinar la oportunidad y montos que las partes deben cancelar a los árbitros por concepto de honorarios, lo cual no es lo más propicio al iniciar un proceso arbitral.

A partir de lo dicho se aprecia la conveniencia del contenido del artículo 72° de la LA, el cual suple la aplicación del artículo 1759° del CC, que, a todas luces, no resulta el más apropiado para regular este tipo de situaciones.

Ingresando propiamente al análisis del artículo 72° de la LA, se puede apreciar que en su primer inciso se dispone que, una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70° de la LA, esto es: los honorarios y gastos del tribunal arbitral, los honorarios y gastos del secretario, los gastos administrativos de la institución arbitral, los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral, así como los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Asimismo, este primer inciso del artículo 72º de la LA añade que en el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes, ya que es perfectamente posible que durante el desarrollo del proceso arbitral ocurran circunstancias que aumenten los costos previstos en el artículo 70º de la LA, a los que se hace referencia en el párrafo que antecede.

Finalmente, el primer inciso del artículo 72º de la LA señala que las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo, pues, en aplicación del primer inciso del artículo 73º de la LA, 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.

Según el inciso segundo del artículo 72º de la LA, el tribunal arbitral, de estimarlo adecuado, según las circunstancias, puede disponer anticipos separados para cada una de las partes, teniendo en cuenta sus respectivas reclamaciones o pretensiones. Esta situación excepcional se puede dar en aquellos supuestos en que ambas partes incorporan al arbitraje reclamaciones o pretensiones, pero la de una de ellas es considerablemente más complicada que la de la otra. En tal hipótesis, parece razonable y justo que el tribunal arbitral disponga que cada parte pague sus anticipos, en función de la complejidad de la reclamación o pretensión presentada.

En este supuesto, y siempre dentro del ámbito del inciso segundo del artículo 72º de la LA, el tribunal arbitral sólo conocerá las reclamaciones que hayan sido cubiertas con los anticipos respectivos. De no cumplirse con la entrega de los anticipos, las respectivas reclamaciones o pretensiones podrán ser excluidas del ámbito del arbitraje. Esto también resulta lógico, ya que la labor del tribunal arbitral sólo puede corresponder a aquello por lo que las partes han pagado. Evidentemente, si la parte que reclama o pretende algo no hace el pago que le corresponde, el tribunal arbitral podrá excluir dicha reclamación o pretensión del arbitraje.

Con relación al tercer inciso del artículo 72º de la LA, si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. En este caso, el tercer inciso del artículo 72º de la LA recoge el principio de la excepción de incumplimiento, regulado por el artículo 1426º del CC,

en virtud del cual, en los contratos con prestaciones recíprocas, cada parte tiene derecho de suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación.

Incluso, el tercer inciso del artículo 72° de la LA va más allá, permitiendo que si a criterio del tribunal transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales. Aquí, el tercer inciso del artículo 72° de la LA se ampara en el principio de resolución contractual de pleno derecho, contenido en el artículo 1430° del CC, según el cual el contrato queda sin efecto cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo.

Resulta importante destacar que, según el inciso cuarto del artículo 72° de la LA, la decisión del tribunal arbitral de terminar las actuaciones ante el incumplimiento de la obligación de depósito de los anticipos correspondientes no perjudica el convenio arbitral. Esto implica que nada impide que, una vez que el tribunal arbitral decida dar por terminadas las actuaciones en el proceso arbitral, debido a una falta de pago de honorarios, cualquiera de las partes pueda iniciar un nuevo proceso arbitral, en la medida que, como queda dicho, la situación prevista en el inciso cuarto del artículo 72° de la LA no afecta al convenio arbitral.

Añade el inciso cuarto del artículo 72° de la LA que la misma regla referida en el párrafo que antecede se aplica a las reclamaciones excluidas del arbitraje por no encontrarse cubiertas con los respectivos anticipos.

Finalmente, el inciso quinto del artículo 72° de la LA establece que el tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo. Esto en el entendido que la labor del tribunal arbitral concluye con la emisión del laudo, y su eventual rectificación, interpretación, integración o exclusión están incluidos en dicha labor.

Sin perjuicio de ello, el mismo inciso quinto del artículo 72° de la LA precisa que en caso de ejecución arbitral del laudo, de acuerdo a la complejidad y duración de la ejecución, podrá liquidarse honorarios adicionales. En este supuesto, se hace remisión a los comentarios efectuados al artículo 71° de la LA, a los efectos de establecer cuáles deben ser los criterios que utilice el tribunal arbitral para liquidar dichos honorarios adicionales por ejecución arbitral del laudo.



Art. 73º.—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 impugnabile.

COMENTARIO ⁽¹¹⁶⁰⁾

SUMARIO: 1. Introducción. 2. *¿Podría el tribunal arbitral apartarse de la regla de que los costos los asumirá la parte vencida?* 3. *¿Qué se consideran costos razonables?* 4. *Comentarios finales.*

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 73º de la Ley bajo comentario, dispone que “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” (énfasis agregado). En cambio, la norma antecesora, contenida en el artículo 52º de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, decía que “Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo”.

La diferencia sustancial entre la disposición anterior y la actual, reside en que el artículo 73º actual dice que a falta de pacto, los costos del arbitraje los pagará *la parte vencida*. El artículo 52º de la Ley anterior no contenía referencia directa a parte vencida y su obligación de

(1160) Por **HUÁSCAR EZCURRA RIVERO**: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC.

reembolsar los costos a la parte vencedora. El cambio es, por tanto, sustantivo.

Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable. En efecto, según precisa el artículo 70° de la Ley, los costos del arbitraje que asumiría la parte vencida a favor de la parte vencedora incluyen los siguientes: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; y, f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Si bien es cierto que la regla general contenida en el artículo 73° de la Ley es que la parte vencida pagará a la parte vencedora los costos del arbitraje, esta regla tiene la excepción que indica la última oración del mismo numeral 1 del artículo 73°, según la cual “Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. Es decir, aparentemente, la Ley ha querido que el Tribunal mantenga la potestad de decidir distinto, *“teniendo en cuenta las circunstancias del caso”*.

La regulación actual generará amplio debate en su aplicación práctica y en ese sentido corresponderá a los árbitros y a la doctrina especializada definir, entre otros, ¿cuándo se aplicará la regla general según la cual la parte vencida pagará todo a la parte vencedora? ¿Cuándo, en cambio, los árbitros deberían poder apartarse de la regla general y decidir una distribución distinta de costos? ¿La aplicación de la regla general significa que la parte vencida deberá pagar todos los costos que en peritos y en abogados asumió la parte vencedora? ¿Qué significa parte vencida, en casos en los cuales una parte pierde ciertos argumentos pero, sin embargo, gana otros? ¿Qué significa parte vencida cuando la parte que ganó en los argumentos; sin embargo, únicamente obtuvo la mitad del monto pretendido?

Consideramos muy pertinente para la correcta interpretación del artículo 73° de la LA, recurrir a la jurisprudencia y literatura aplicable al arbitraje internacional. Lo anterior, teniendo en cuenta que la regla contenida en el artículo 73° de la LA tiene como antecedente relevante

(en el ámbito del arbitraje internacional), el artículo 40º del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, que dispone lo siguiente:

“Artículo 40º.

1. Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. [...]

Como se puede observar, el contenido de la regla anterior es muy similar a la regla del artículo 73º que comentamos. Si bien la regla en ambas disposiciones es que la parte vencida asume los costos; ambas disposiciones prevén también que el Tribunal podría apartarse de la regla, según las circunstancias del caso.

Adicionalmente, una regla interesante contenida en el artículo 40º del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL es el numeral 2, según el cual: “Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38º, *el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable [...]*” (énfasis agregado).

Entonces, considerando que el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL es un antecedente muy relevante para la comprensión de nuestra Ley en estos aspectos; en los puntos siguientes nos plantearemos algunos de los varios problemas y preguntas que sin duda surgirán en la aplicación del artículo 73º de la Ley, y buscaremos ensayar una respuesta teniendo en cuenta, principalmente, la doctrina y jurisprudencia que ha interpretado estos mismos aspectos del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL.

La primera pregunta relevante es si el artículo 73º de la Ley obliga al Tribunal Arbitral a decidir que los costos del arbitraje deben ser asumidos por la parte vencida, o si éste tiene la facultad de decidir discrecionalmente un reparto proporcional de los mismos según el caso.

2. ¿PODRÍA EL TRIBUNAL ARBITRAL APARTARSE DE LA REGLA DE QUE LOS COSTOS LOS ASUMIRÁ LA PARTE VENCIDA?

La regla, como hemos comentado, es que la parte vencida paga los costos. Esta regla es conocida como una según la cual los costos “siguen el evento” (*follow the event*). Nuestra posición, sin embargo, es que no obstante que la regla general contenida en el artículo 73º de la LA sea que “A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán *de cargo*

de la parte vencida”, el Tribunal mantiene la potestad de decidir que cada parte asuma sus propios costos del proceso.

Nuestra posición se sustenta, en primer término, en el propio texto de la Ley. En segundo lugar, en el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL que consideramos por su similitud un referente importantísimo para nuestra interpretación.

En primer lugar, sustenta nuestra posición la simple lectura de la disposición contenida en el mismo artículo 73° de la LA, según la cual “Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

Es claro que la Ley manda que los árbitros evalúen la razonabilidad del prorrateo. El principio rector en ese sentido debe ser, siempre, el principio de razonabilidad. Y si a criterio de los árbitros, dadas las circunstancias del caso, el prorrateo es razonable, no nos cabe la menor duda que ellos tienen plenas facultades para apartarse de la regla general (según la cual los costos “siguen el evento” y deben ser asumidos por la parte vencida).

Lo anterior se ve reforzado —en lo que a los gastos en abogados para la defensa se refiere— cuando el artículo 70° de la LA los define como “Los gastos *razonables* incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje” (énfasis agregado).

Lo anterior, a nuestro criterio, indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento.

Es pertinente a este respecto (por su similitud con la Ley peruana) el artículo 38° del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, que a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 38°.

El tribunal fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término “costas” comprende únicamente lo siguiente:

Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39°;

Los gastos de viaje y demás expensas realizadas por los árbitros;

El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;

Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;

El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y *sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable*;

Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de la Haya” (énfasis agregado).

Como se podrá observar, el literal e) del artículo 38º del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, es similar al literal e) del artículo 70º de nuestra LA. Ambos artículos dan un tratamiento especial al caso de los gastos en abogados para la defensa, estableciendo, como principio, que los árbitros se encuentran obligados a evaluar y definir la razonabilidad de dichos gastos, de tal forma que solamente calificará como costo del arbitraje aquella parte de los gastos en abogados que el Tribunal considere que cumple con el requisito de ser razonable.

Es pertinente, igualmente, por su similitud con el artículo 73º de la LA, el artículo 40º del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL, según el cual:

“Artículo 40º.

Salvo lo dispuesto en el párrafo 2, en principio, las costas del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, *el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

Respecto del costo de representación y de asistencia de letrados a que se refiere el inciso e) del artículo 38º, *el tribunal arbitral decidirá, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, qué parte deberá pagar dicho costo o podrá prorratearlo entre las partes si decide que el prorrateo es razonable.*

[...]” (énfasis agregado).

El artículo 40º recoge la misma idea que nuestra Ley en su artículo 73º.

En conclusión, si bien en principio es generalmente aceptado que los costos arbitrales “siguen el evento” (*follow the event*), por que los

asumirá la parte vencida; también es cierto que los párrafos del artículo 73° de la Ley, debidamente concordado con el artículo 70° literal e), brindan al tribunal arbitral plenos poderes y libertad para decidir sobre los costos del proceso arbitral (y en particular, los costos en abogados que son razonables).

Es ilustrativa a este respecto la decisión en *Myers v. Canada* (arbitraje NAFTA bajo reglas de UNCITRAL) en la que en la página 5, refiriéndose al artículo 40° del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL citado arriba, se dijo lo siguiente “ambos párrafos del Artículo 40° de las Reglas UNCITRAL otorgan amplia discrecionalidad al Tribunal Arbitral en la decisión sobre los costos del arbitraje”⁽¹¹⁶¹⁾.

De modo similar, en el caso *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico*, el tribunal reconoció la diferencia entre los artículos 40° (1) y 40° (2) del Reglamento de Arbitraje UNCITRAL en los siguientes términos: “la diferencia entre los dos párrafos [del artículo 40] es que el primer párrafo establece la regla general y la excepción a dicha regla, y el segundo párrafo brinda al tribunal arbitral amplia discreción”⁽¹¹⁶²⁾.

Es pertinente además la decisión en *Waste Mgt., Inc. v. Mexico* (II), ICSID Case No. Arb (AF)/00/3 (April 2004), página 183, según la cual: “no es la regla aplicable en arbitraje internacional la regla según la cual los costos siguen el evento. Igualmente, sin embargo, el Tribunal no acepta que existe una práctica en los arbitrajes de inversión [...] en el sentido que cada parte debe asumir sus propios costos. *Al final, la cuestión de los costos es una materia dentro de la discrecionalidad del Tribunal*, teniendo en cuenta el resultado del proceso y otros factores que sean relevantes”⁽¹¹⁶³⁾ (énfasis agregado).

En el mismo sentido, en *Encana Corp. v. The Republic of Ecuador*, London Court of Int’l Arb., ICSID/UNCITRAL, 45 I.L.M. 901 (3 Feb.

(1161) Caso *Myers v. Canada*. Página 5. Traducción libre del siguiente texto: “both paragraphs of Article 40 of the UNCITRAL Rules confer wide discretion on an arbitral tribunal in respect of its award on costs”.

(1162) Caso *International Thunderbird Gaming Corp. v. Mexico*. Traducción libre del siguiente texto: “the difference between the two paragraphs [of Article 40] is that the first paragraph sets forth a rule with an exception to that rule, whereas the second paragraph gives an arbitral tribunal unfettered discretion”.

(1163) *Waste Mgt., Inc. v. México* (II), ICSID Cas, N° Arb (AF)/00/3 (April 2004), página 183. Traducción libre del siguiente texto: “[t]here is no rule in international arbitration that costs follow the event. Equally, however, the Tribunal does not accept that there is any practice in investment arbitration (as there may be, at least the fact, in the International Court and in interstate arbitration) that each party should pay its own costs. In the end the question of costs is a matter within the discretion of the Tribunal, having regard both to the outcome of the proceedings and to other relevant factors” (énfasis agregado).

2006) página 68, se falló concluyendo que: “De acuerdo al principio general contenido en el artículo 40º (1), como parte vencedora Ecuador se encuentra en principio legitimado para recibir los costos del arbitraje. *No obstante, no se trata de una regla inflexible y el Tribunal tiene la facultad de decidir distinto*”⁽¹¹⁶⁴⁾ (énfasis agregado). En este caso se dieron costos del arbitraje para la parte vencedora. No obstante, es de observar que en este caso se decidió que cada parte debería asumir sus propios gastos de abogados.

En conclusión, cuando la regla dice “los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida” se trata entonces de una regla que contiene una presunción leve (“*slight presumption*”) de que la parte perdedora paga los costos de los árbitros, presunción ésta sencilla de revertir⁽¹¹⁶⁵⁾.

Es pertinente, asimismo, comentar que para quienes redactaron las reglas de UNCITRAL una de las circunstancias principales en que resultaría apropiado desviarse de la presunción de que la parte vencedora recobre sus costos del arbitraje de la parte perdedora, es justamente cuando la demanda tuvo un éxito parcial⁽¹¹⁶⁶⁾.

Entonces, en lo que a la aplicación de la regla contenida en el artículo 73º de la Ley, si una demanda es solamente parcialmente exitosa, los árbitros deberían preferir distribuir los costos del arbitraje entre las partes, en lugar de seguir la presunción de que la parte perdedora debe pagar dichos costos.

Ver, por ejemplo, el trabajo del Profesor *Pieter Sanders*, cuando señala que: “Los costos pueden ser distribuidos entre las partes si el Tribunal Arbitral determina que la distribución es razonable, considerando las circunstancias del caso. El Tribunal Arbitral goza de amplia libertad al respecto. Podría incluso darse el caso en el que no exista un claro ganador o perdedor en el arbitraje. En este caso los costos deberían ser asumidos en partes iguales por las partes”⁽¹¹⁶⁷⁾.

(1164) *Encana Corp. v. The Republic of Ecuador*, London Court of Int'l Arb., ICSID/UNCITRAL, 45 I.L.M. 901 (3 Feb. 2006) página 68. Traducción libre del siguiente texto: “According to the general principle expressed in article 40(1), as the prevailing party Ecuador is in principle entitled to the costs of the arbitration. However, this is not an inflexible rule and the Tribunal has a discretion to order otherwise” (énfasis agregado).

(1165) *Vid.* al respecto: GOTANDA, John Yukio. *Supplemental Damages in Private International Law*. The Hague: Kluwer, 1998, p. 183.

(1166) Ver a este respecto: BAKER, Stuart ABERCROMBIE & Mark David DAVIS. *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal*, Kluwer, Deventer, 1992, p. 214.

(1167) SANDERS, Pieter, *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation* 49. 2d Expanded Ed. 2004. Traducción libre del siguiente texto: “The costs may be apportioned between the parties if the A.T. determines that apportionment is reasona-

Asimismo, el Profesor *Pieter Sanders*, comentando las mismas reglas, señala lo siguiente: “los costos pueden ser distribuidos entre las partes si el Tribunal Arbitral determina que la repartición es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”⁽¹¹⁶⁸⁾.

En el mismo sentido, en el caso *Sylvania Technical Systems, Inc. v. Iran*, se indicó que no existe obligación del Tribunal de dar los costos a favor de la parte vencedora sino que por el contrario, el Tribunal goza de amplia discrecionalidad para decidir al respecto⁽¹¹⁶⁹⁾.

En conclusión, la jurisprudencia y doctrina citadas muestran que los árbitros tienen en realidad amplio poder, discrecionalidad y libertad para decidir cómo aplican la regla de costos, considerando las circunstancias de cada caso.

3. ¿QUÉ SE CONSIDERAN COSTOS RAZONABLES?

Qué se consideran costos razonables de abogados, será sin duda una pregunta difícil de responder en determinados casos en los que la parte vencedora presente su reclamo con todo el sustento respectivo (facturas de abogados y sustento de horas dedicadas al caso). Al evaluar la razonabilidad de la suma total de los costos legales que una parte demande que le sean reconocidos, correspondería al Tribunal Arbitral respectivo evaluar el número de horas de abogados así como el costo por cada hora, a fin de examinar si los mismos son razonables. ¿Sobre la base de qué criterios debería evaluarse la razonabilidad de los costos reclamados? ¿Qué es razonable y qué no? Corresponderá a la jurisprudencia arbitral sentar los criterios generales que den a los abogados litigantes algún nivel de predictibilidad sobre qué se considera razonable y qué no.

ble, taking into account the circumstances of the case. The A.T. enjoys a great freedom in this respect. It may even be the case that there is no clear winner or loser of the arbitration. The costs may then be borne equally by the parties”.

(1168) SANDERS, Pieter. *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation*. 2d Expanded Ed. 2004, p. 49. Traducción libre del siguiente texto: “costs may be apportioned between the parties if the [Arbitral Tribunal] determines that apportionment is reasonable, taking into account the circumstances of the case”.

(1169) *Sylvania Technical Systems, Inc. v. Iran*: “Article 38, paragraph 1(c) mandating the Tribunal fix the legal costs of the successful party, seems to indicate an intention that such costs shall also be borne by the unsuccessful party. Article 40, paragraph 2, however, clearly leaves broader discretion to the Tribunal to determine who shall bear such costs”. El Tribunal arbitral luego decide lo siguiente: “the seemingly mandatory provision of Article 38, paragraph 1(c), is to a large extent modified by the fact that the Tribunal shall fix such costs only to the extent that it deems them reasonable”.

Un punto de partida para determinar la razonabilidad de los costos de abogados que se invoquen, debería ser la relación existente entre el monto en disputa y los costos de abogados que se reclamen; o la relación de los costos que invoque una parte con los costos que invoque la otra. Al respecto, CRAIG, PARK & PAULSSON, explican que sin perjuicio de que los árbitros tienen amplia libertad y discrecionalidad para definir qué es razonable, los tribunales “tienden a ponerle un techo a los costos recuperables considerándolos como un monto razonable basados en su relación con el monto en disputa, o con los costos reclamados por la otra parte, u otras consideraciones de equidad” ⁽¹¹⁷⁰⁾.

Otro punto de comparación válido para evaluar la razonabilidad de los costos de la hora de los abogados, podría ser —según las circunstancias— el costo de la hora de los árbitros que componen el Tribunal en dicho caso.

Un elemento adicional a considerar podría ser la relación existente entre los costos de abogados de una y otra parte. De verificarse una diferencia abismal entre el costo de las horas de abogados de una parte (la parte ganadora) y el costo de horas de abogado asumidas por la otra (la parte perdedora), ello podría servir para indicar que el monto pretendido por la parte ganadora quizás no sea razonable. En este caso, CRAIG, PARK & PAULSSON citan el ejemplo de un caso en el que el Tribunal resolvió otorgar el 100% de los costos ICC a una de las partes porque había tenido éxito en todos sus reclamos, pero únicamente concedió US\$ 50,000 como un monto razonable de gastos legales, a pesar que la parte vencedora había incurrido en costos de US\$ 200,000 y la otra parte en costos legales de US\$ 25,000. Otro ejemplo relevante lo constituye el Caso ICC Nº 8528 (1996), en el cual el Tribunal distribuyó los costos del arbitraje de tal forma que el demandado tuvo que asumir el 80% sobre la base de que el “*claimant mainly prevail[ed]*”. Sin embargo, considerando que los costos legales del demandante representaban más del doble que los costos del demandado, el tribunal decidió que, sin perjuicio de que algunas circunstancias podrían justificar los mayores costos legales y gastos incurridos por el demandante, el demandado debía contribuir únicamente con el 60% de los costos legales del demandante, teniendo en cuenta que existía “*a certain imbalance in the legal costs incurred by both*”.

(1170) Ver: CRAIG, PARK, & PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration* 394-95. 3d Ed. 2000. Traducción libre del siguiente texto: “*tend to ‘cap’ recoverable costs as a ‘reasonable’ amount allowed based on relationship to the amount in dispute, the other party’s claimed expenses for the same posts, and other equitable considerations*”.

4. COMENTARIOS FINALES

El principio establecido en el artículo 73º de la LA de que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, deberá ser interpretado —caso por caso— por la autoridad arbitral. Se trata de un principio nuevo. La Ley anterior no lo recogía. Y la práctica arbitral siempre ha sido (y sigue siendo) una según la cual la regla general es que cada parte asume sus costos del proceso ¿cambiará esta regla del artículo 73º la práctica arbitral peruana? Habrá que esperar y ver cómo la jurisprudencia llena de contenido el principio establecido en el artículo 73º. En principio, podría esperarse que el texto del artículo 73º generará cambios importantes en nuestra práctica arbitral para el tratamiento de los costos del arbitraje. No obstante, conforme hemos explicado arriba, la discrecionalidad de los árbitros es amplia. Ellos finalmente marcarán el cambio, si alguno.

Entonces, lo único que puede quedar claro a estas alturas en la corta experiencia de aplicación de la nueva Ley, es que la Ley delegó en la autoridad arbitral la difícil tarea de definir conceptos fundamentales como ¿qué se considera parte vencida? ¿Qué se consideran costos razonables? ¿Cómo evaluar la razonabilidad de los costos de abogados? ¿Cuándo, a pesar de haber una parte claramente ganadora, no obstante ello, corresponde dictar una repartición proporcional de los gastos? Y, finalmente, considerando que el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL recoge el mismo principio de que a falta de acuerdo, los costos del arbitraje los asume la parte vencida, sus disposiciones al respecto, así como la doctrina y la jurisprudencia que la interpretan, deberían constituirse en un referente fundamental para la interpretación y aplicación de la Ley peruana.



AGRADECIMIENTOS

Los Directores de la presente obra colectiva agradecen a las personas e instituciones que han colaborado, directa o indirectamente, con la publicación de esta obra. De manera especial extienden su agradecimiento a:

- ✓ AMPRIMO ABOGADOS
- ✓ BULLARD, FALLA & EZCURRA ABOGADOS
- ✓ ESTUDIO ECHECOPAR ABOGADOS
- ✓ ESTUDIO RUBIO, LEGUÍA, NORMAND & ASOCIADOS
- ✓ MIRANDA & AMADO ABOGADOS
- ✓ MUÑIZ, RAMÍREZ, PÉREZ-TAIMAN & OLAYA ABOGADOS
- ✓ REBAZA, ALCÁZAR & DE LAS CASAS ABOGADOS FINANCIEROS
- ✓ VEGA & ASOCIADOS ABOGADOS
- ✓ PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Esta publicación se terminó de imprimir en OPENSAC
en el mes de Enero de 2011
RUC 20519427525
open.informes@gmail.com