

**EL ARBITRAJE EN LA
CONTRATACIÓN PÚBLICA**



MARIO CASTILLO FREYRE

Volumen 7

Biblioteca de Arbitraje del

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

El Arbitraje en la Contratación Pública

MARIO CASTILLO FREYRE

RITA SABROSO MINAYA

PALESTRA

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Primera edición, septiembre 2009

Tiraje: 1000 ejemplares

© MARIO CASTILLO FREYRE, editor, 2009

Av. Arequipa 2327, Lince

Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166

estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© PALESTRA EDITORES S.A.C., 2009

Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú

Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627

palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

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

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2009-11912

ISBN: 978-612-4047-07-7

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Páginas
Índice	7
Introducción	11
CAPÍTULO I: ARBITRAJE OBLIGATORIO Y DE DERECHO	21
1. ¿ARBITRAJE OBLIGATORIO?	21
2. ARBITRAJE DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	31
CAPÍTULO II: MATERIA ARBITRABLE	39
1. LIBRE DISPOSICIÓN Y PATRIMONIALIDAD	42
2. CRITERIO POSITIVO Y CRITERIO NEGATIVO	44
3. MATERIA ARBITRABLE EN LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE	46
4. MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO	48
4.1. LOS ADICIONALES DE OBRA Y LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA	49
4.2. ENRIQUECIMIENTOS SIN CAUSA	62
4.2.1. CONCEPTOS GENERALES SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	62
4.2.2. ¿EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA ES MATERIA ARBITRABLE?	72

CAPÍTULO III: PROCESO ARBITRAL: PLAZOS DE CADUCIDAD, ACUMULACIÓN Y EXCEPCIONES	83
1. Plazos para solicitar el inicio de un arbitraje	83
1.1. Prescripción y caducidad	83
1.2. Plazo de caducidad en la Ley y el Reglamento	88
1.3. La caducidad para el caso de los vicios ocultos	95
1.3.1. Aspectos generales de los vicios ocultos	95
1.3.2. Vicios ocultos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	107
1.4. La conciliación como requisito previo para el arbitraje	109
2. Acumulación	116
3. Excepciones	121
3.1. Oportunidad para deducir una excepción y para resolverla	124
3.2. Excepción de incompetencia	130
3.3. Excepción de cosa juzgada	132
3.4. Excepción de caducidad	133
CAPÍTULO IV: ÁRBITROS	137
1. ¿Quién puede ser árbitro?	138
2. Designación	147
3. Aceptación de la designación como árbitro. Deber de declaración	151
3.1. Plazo para aceptar la designación	151
3.2. Deber de declaración	153
3.2.1. Conceptos generales sobre independencia e imparcialidad	155
3.2.2. Independencia e imparcialidad en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	162

3.2.3. Deber de declaración en el Código de Ética del OSCE	166
4. Recusación	187
4.1. Causales	188
4.2. Procedimiento	196
CAPÍTULO V: LAUDO	209
1. Mayorías y minorías	210
1.1. Laudo emitido por mayoría: el voto disidente y la opinión separada	212
1.2. Laudo emitido por mayoría: problemas que se pueden presentar	215
2. Publicidad de los laudos	221
3. Recursos en contra del laudo dentro del proceso arbitral	225
4. Anulación	235
4.1. Concepto y causales	235
4.2. La anulación en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado	252
5. Ejecución del laudo	253
Bibliografía consultada	263

INTRODUCCIÓN

No cabe duda de que los inversionistas extranjeros que llegaron a América Latina estimularon el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ya que exigían la inclusión de algún tipo de cláusula de conciliación y/o arbitraje en los contratos que suscribían con, por ejemplo, los Estados.

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

Al respecto, Bernal Gutiérrez¹ señala que esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la reticencia y resistencia —movida por intereses de diversa índole— ha sido férrea y sostenida; y el externo, donde, a pesar de estar casi sin excepción vinculados y adheridos a los tratados más importantes, se desconocen estos mecanismos en nombre de la soberanía y la preponderancia de la Constitución, como consecuencia del fanatismo y la ignorancia.

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

¹ BERNAL GUTIÉRREZ, Rafael. «El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, junio-diciembre 2004, pp. 123-124.

Ello no quiere decir que no se llevaran a cabo arbitrajes, ni que la mecánica no se utilizara o que no fuere considerada como una buena opción. Simplemente, la tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él —tan sólo por ostentar tal condición— escenarios de privilegio, sin importar que el Estado se encontraba en el mismo nivel que los particulares y que ello no comprometía —en modo alguno— la soberanía ni los poderes del Estado. Se trataba del Estado o sus entidades y, por ende, tenía derecho a tal privilegio, sin importar nada más y sin consideración alguna.

Como bien señala Bernal, no obstante, quizás por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional y por la necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los inconvenientes a los que se ha hecho referencia han cedido de manera relativa. Hoy en día, como consecuencia de la reforma que venimos comentando, podemos observar una referencia constante a la materia, permisiva en líneas generales, de la aplicación del arbitraje y de los métodos alternativos de resolución de controversias, cuando del Estado y sus entidades se trata. Esto, sin desmedro de sus poderes, pero quizá con un tono menor y un más claro entendimiento del concepto de «soberanía» y con mayor conciencia del papel que desempeñan cuando, como particulares, contratan o causan daños.

De esa manera, se pueden distinguir dos bloques; a saber: aquellos países que no han contemplado —en relación al sometimiento del Estado a arbitraje— ninguna regulación; y aquéllos que sí lo han hecho.

En el primer bloque, los ordenamientos internos no contemplan una norma concreta sobre el sometimiento del Estado al arbitraje. Sin embargo, ello no ha impedido, por un lado, que dichos países se hayan integrado a diversos tratados donde tanto los particulares como el Estado se encuentran sometidos a resolver sus controversias por la vía arbitral, sino que, de otro lado y en el campo interno, el arbitraje se practica y es utilizado sin reticencias y sin que para la doctrina haya sido objeto de cuestionamientos o dudas que hagan del arbitraje una herramienta desechada para el caso.

Ahora bien, entre los países que sí contienen normas particulares sobre la participación del Estado en el arbitraje o en algún medio alternativo de solución de conflictos, encontramos al Perú, el cual —en opinión mayoritaria— cuenta con una completa legislación sobre la materia.

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

Esta referencia constitucional a una ley, nos lleva a la nueva Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071 (en adelante, Ley de Arbitraje), cuyo artículo 4, inciso 2, establece que «las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre estas entidades estatales pueden someterse también a arbitraje nacional», mientras que el inciso 3 señala claramente que «el Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros no domiciliados en el país».

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

Cabe recordar que uno de los aspectos que revolucionó la administración de justicia en el país fue la disposición contenida en el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.º 26850 del año 1998,² que estableció —por primera

² Vigente desde el día siguiente de la publicación de su Reglamento, Decreto Supremo n.º 039-98-PCM, es decir, desde el 29 de septiembre de 1998, de conformidad con lo establecido por la Primera Disposición Final de la Ley. Antes de dicha Ley, teníamos al Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas —RULCOP— y el Reglamento Único de Adquisiciones —RUA—, los cuales disponían procedimientos administrativos y de impugnación

vez— como una de las cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisiciones y Contrataciones, la de solución de controversias, estableciendo que «cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes».³

Las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo n.º 012-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, Decreto Legislativo n.º 1017 y Decreto Supremo n.º 184-2008-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias.

En efecto, como hemos venido sosteniendo a lo largo de los últimos años, estas disposiciones transformaron radicalmente la administración de justicia en el Perú, en la medida en que introdujeron a la conciliación y al arbitraje obligatorios como mecanismos de solución de controversias en todos los conflictos suscitados en los contratos que el Estado celebra con particulares, ya sea con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.

judicial (proceso contencioso administrativo). Dichas normas no contemplaban de forma alguna al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

Incluso, se hablaba de una dicotomía entre los contratos privados y los contratos administrativos en relación al arbitraje, ya que sólo los primeros podían ser sometidos a arbitraje. (Al respecto, ver CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales». En *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2002, n.º 7, pp. 180-181).

³ Cabe recordar que el artículo 63 de la Constitución Política del Estado contemplaba la posibilidad de que el Estado y las demás personas de Derecho Público sometieran a arbitraje las controversias derivadas de una relación contractual. Sin embargo, no se establecía la obligatoriedad, como sí lo han hecho y lo hacen las leyes y reglamentos sobre contratación pública.

Se trata de una situación especial en el contexto de América Latina, porque no sólo se implantó el arbitraje obligatorio, sino que, además, ello significó que el Estado peruano era consciente de que no necesariamente el propio Estado resultaba ser el más indicado para administrar justicia en sus propios conflictos.

Esto implica, evidentemente, que se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada⁴ la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema.

Como bien señala Bullard,⁵ las características de nuestro Poder Judicial condujeron a la creación de una serie de «sustitutos» confiables. Dado que la reforma del Poder Judicial parece tan difícil y toma tanto tiempo, las privatizaciones parecen no poder esperar. Había que crear mecanismos alternativos para generar confianza. Así, se renuncia o se difieren las reformas judiciales, y se pone énfasis en la creación de diversos mecanismos destinados a limitar las prestaciones del sistema político sobre los agentes económicos.

El esquema que se implantó con la Ley n.º 26850 ha tenido éxito, en la medida en que ha sido mantenido con las mismas características en los últimos gobiernos que han regido en el Perú. No olvidemos que esta norma es del penúltimo gobierno de Fujimori y se mantuvo en su último gobierno, durante el gobierno del Presidente Paniagua, en el gobierno del Presidente Toledo y en el actual gobierno.

⁴ En efecto, entre las ventajas operativas que la doctrina suele destacar en el arbitraje figuran la rapidez y la especialización. En cuanto a la rapidez, pocas dudas puede plantear si se compara hoy en día la duración de un arbitraje con la duración promedio de un proceso judicial. En lo que a la especialización se refiere, hay que tener en cuenta que ello dependerá de que se haya elegido muy bien a los árbitros, tema sobre el cual tratará el cuarto capítulo del presente trabajo.

⁵ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 166.

Ello ha dado muy buenos resultados en la medida en que la solución de estas controversias ha demostrado a la sociedad que el medio arbitral es —por lo general— más eficiente que la justicia ordinaria, disminuyendo tiempo y costos en la administración de justicia. Así, tanto las entidades públicas como las empresas contratistas se encuentran satisfechas con la implantación de este mecanismo de solución de controversias.

Cantuarias⁶ señala que si el Estado peruano no arbitrara las controversias generadas en el campo comercial, lo más probable es que tendría pocos ofertantes de los bienes y servicios que consume (sólo participarían aquellos que tienen menos aversión al riesgo de someterse al Poder Judicial peruano) y a mayores precios (ya que el riesgo de someterse a una instancia poco neutral como es el Poder Judicial del Estado interviniente en la operación, necesariamente afectará las condiciones del intercambio).

Tal consideración podría tener algo de verdad; sin embargo, dudamos mucho de que la mayor o menor participación de empresas interesadas en contratar con el Estado obedezca al arbitraje como medio de solución de controversias. No hay mucho que escoger cuando el mayor adquirente de bienes y servicios (el propio Estado) quiere contratar con uno.

Además, hay que señalar que a través de esta vía se ha producido una verdadera transformación en la administración de justicia, en la medida en que, como todos sabemos, es muy grande la cantidad de procesos arbitrales que se derivan de los conflictos relacionados con contratos que celebran los particulares con el Estado y sus entidades. Asimismo, los montos en controversia son bastante altos. Los arbitrajes en donde —por lo menos— una de las partes es el Estado, representan alrededor del 70% del total de procesos arbitrales que están en curso en nuestro país.

⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 192.

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

Si bien el Estado tiene que generar confianza en aquellos que vayan a contratar con él, asegurándoles que de surgir algún conflicto, éste se solucionará de manera imparcial, pronta y adecuada, hay quienes afirman⁷ que ello no implicaba inexorablemente que el conflicto no sea resuelto por el Poder Judicial, sino que el Estado debía proveer de un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta. En síntesis, es imprescindible realizar una verdadera y comprometida reforma, lo que indudablemente tiene un costo importante en tiempo, esfuerzo y dinero. Sin embargo, el Estado ha optado por lo urgente y lo inmediato, admitiendo que el arbitraje constituye, decididamente, un mecanismo más confiable que el jurisdiccional.

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

Dentro de tal orden de ideas, el presente trabajo abordará los aspectos más importantes del principal mecanismo de solución de controversias en la Contratación Pública; a saber: el arbitraje.

⁷ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra». En *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2007, n.º 16, p. 182.

En él recogemos experiencias adquiridas en el ejercicio tanto de la función arbitral como la de abogados defensores, cuando tal labor nos ha sido encomendada por los clientes de nuestro Estudio.

Lima, julio del 2009

MARIO CASTILLO FREYRE*
RITA SABROSO MINAYA**

-
- * Mario Castillo Freyre, Magister y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Catedrático de las mismas materias en la Universidad de Lima. Director de la Biblioteca de Arbitraje. www.castillofreyre.com
- ** Rita Sabroso Minaya, Adjunta de Cátedra de Derecho de las Obligaciones en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Alumna del último ciclo de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia en dicha Casa de Estudios. Miembro del Área de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre y Secretaria Arbitral en procesos *Ad-Hoc*.

CAPÍTULO I

ARBITRAJE OBLIGATORIO Y DE DERECHO

Capítulo I

ARBITRAJE OBLIGATORIO Y DE DERECHO

1. ¿ARBITRAJE OBLIGATORIO?

Como sabemos, el artículo 40 del Decreto Legislativo n.º 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado),⁸ establece que los contratos regulados por dicha norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas —entre otras— a la solución de controversias. En efecto, el referido artículo 40 establece lo siguiente:

Artículo 40.- «Cláusulas obligatorias en los contratos

Los contratos regulados por la presente norma incluirán necesariamente y bajo responsabilidad cláusulas referidas a:

[...]

- c) Solución de Controversias: Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje. En caso que en las Bases o el contrato no se incluya la cláusula correspondiente, se entenderá incorporada de pleno derecho la cláusula modelo que establezca el Reglamento.

[...]». (El subrayado es nuestro).

⁸ Publicado en el Diario Oficial «El Peruano», con fecha 4 de junio de 2008 y entró en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009, de conformidad con el artículo 1 del Decreto de Urgencia n.º 014-2009, publicado el 31 de enero de 2009. Dicho artículo establecía lo siguiente: «El Decreto Legislativo n.º 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, y el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado —OSCE—, cuyo texto fue aprobado por el Decreto Supremo n.º 006-2009-EF, entrarán en vigencia a partir del 1 de febrero de 2009 [...]».

En ese sentido, el primer rasgo característico importante a resaltar en esta materia, es que se trataría de un arbitraje obligatorio,⁹ cuya cláusula arbitral no es negociable por las partes.

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

Es voluntario cuando son las partes en conflicto —actual o potencial— las que deciden someter la decisión a un tercero neutral. Esto hace la esencia del arbitraje, ya que parte de una manifestación de confianza y de un reconocimiento tanto de la capacidad y pericia del árbitro, cuanto de su sentido de equidad. Por su parte, el arbitraje es forzoso cuando viene impuesto por voluntad del legislador, quien manda que determinados conflictos sean resueltos mediante arbitraje.¹⁰

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

En efecto, el ingreso a la jurisdicción arbitral requiere de la aceptación expresa de las partes. Ello no implica que el convenio arbitral

⁹ Cabe señalar que el Decreto Ley n.º 25935, antigua Ley de Arbitraje, establecía la posibilidad de obligar a la otra parte a arbitrar, cursándole previamente una carta notarial, en caso de falta de respuesta de la otra parte y sin necesidad de contar con un convenio arbitral. Sin embargo, la anterior Ley de Arbitraje, Ley n.º 26572, no dio continuidad a las disposiciones sobre arbitraje obligatorio contenidas en el decreto derogado. (KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». En *Thémis*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999, n.º 39, p. 217).

¹⁰ PAREDES CARBAJAL, Gustavo y Jaime GRAY CHICCHÓN. «Mecanismos Alternativos de Resolución de Disputas en Construcción». En *Revista de Derecho Administrativo*. Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2008, n.º 4, p. 205.

contenga todos los aspectos que regirán el arbitraje, puesto que, en defecto de mayor detalle, se aplicarán las reglas establecidas en la Ley de Arbitraje. En ese sentido, una cláusula arbitral simple que contenga el acuerdo de las partes de recurrir al arbitraje, bastará para habilitar la vía arbitral, porque las partes así lo han querido.

Como bien señala García-Calderón,¹¹ esta autonomía de la voluntad está mencionada en la Ley General de Arbitraje¹² y lo estuvo también en el Código Civil de 1984, y fue así históricamente desde sus orígenes en el Perú, es decir, desde el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851, siendo ésta la primera norma peruana que precisaba la consensualidad para someter la controversia a una solución privada o alternativa al Poder Judicial.

A entender de Baca,¹³ el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial (salvo los tasados supuestos del recurso de anulación contra los laudos), pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.¹⁴

¹¹ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. «Análisis del arbitraje en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Ius et Praxis*. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 2001, n.º 32, p. 143.

¹² García-Calderón hace referencia a la Ley n.º 26572, ley vigente al momento de la redacción del referido artículo. Sin embargo, cabe precisar que la autonomía de la voluntad de las partes también se encuentra recogida en la actual Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo n.º 1071.

¹³ BACA ONETO, Víctor Sebastián. «Los medios —alternativos— de solución de conflictos en el derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)». En *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1, p. 232. http://www.limaarbitration.net/victor_sebastian_baca_oneto.pdf

¹⁴ El citado autor hace la precisión de que la situación es distinta respecto al establecimiento de mecanismos obligatorios de conciliación, pues nada obliga a llegar a un acuerdo y a excluir así el control judicial.

Por el contrario, en el caso de las contrataciones públicas, el arbitraje es una imposición de la propia ley y su inclusión en todo contrato que celebre el Estado para proveerse de bienes, servicios, obras o supervisión de las mismas, es obligatoria.¹⁵

Sobre este tema, Kundmüller¹⁶ nos dice que en el caso de las contrataciones y adquisiciones del Estado, las vías de arbitraje y conciliación han quedado establecidas legalmente como necesarias para la solución de controversias sobrevinientes en la etapa de ejecución de los contratos, sustituyendo o excluyendo a las vías administrativa y judicial.

Al respecto, Arrarte y Paniagua¹⁷ se cuestionan por qué, en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido con carácter obligatorio que las controversias derivadas de la ejecución de contratos con el Estado sean resueltas a través de un arbitraje, sin que quepa la posibilidad de que esta función pueda ser realizada por los órganos jurisdiccionales, vía originaria prevista en la Constitución Política del Perú.

¹⁵ Sobre el particular, Donayre se cuestiona por qué el arbitraje es obligatorio en el Perú, si en el resto de países de América Latina es facultativo. Así, cita textualmente las cláusulas arbitrales de las leyes de contrataciones de Colombia, Costa Rica, Guatemala, Honduras, México, Argentina, Bolivia y Nicaragua, en donde el arbitraje sobre temas de contratación pública es potestativo o voluntario, como propone el referido autor para el caso del Perú.

A entender de Donayre, nada pasa si el arbitraje en obras públicas es optativo y voluntario, como es la filosofía de un mecanismo alternativo de solución de conflictos. No se va a caer el sistema jurídico peruano si es que la Ley de Contrataciones opta por el arbitraje «no obligatorio», por voluntad de las partes (cada Entidad, cada Contratista, cada contrato). (DONAYRE ORDINOLA, Jorge Luis. «Administración, gestión y contratos en obras viales. Riesgos y beneficios de la legislación actual de contrataciones públicas». En *ADR Resources. Arbitraje y Mediación*, 2006, p. 9. En http://www.aryme.com/getdoc.php?section=2&page=4&doc_id=32.

¹⁶ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». En *Ius et Praxis*, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima. Lima, 2003, n.º 34, p. 72.

¹⁷ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 181.

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

Por su parte, Trayter¹⁸ afirma que no estamos en presencia de auténticos arbitrajes cuando la única vía, impuesta legalmente, es la del sometimiento a la decisión de unas personas denominadas árbitros.

Así, para Arrarte y Paniagua,¹⁹ lo previsto en nuestra legislación, es un mandato imperativo e irrenunciable, en donde no existe la posibilidad de utilizar la vía judicial, en tanto expresamente se ha excluido esta posibilidad, lo cual implica que —contrariamente a lo que ocurre en cualquier convenio arbitral—, si alguna de las partes, sea Estado o un particular, recurre a un órgano jurisdiccional, éste debe declararse incompetente —incluso de oficio— para conocer cualquier controversia derivada de un contrato celebrado por el Estado, sin que quepa la posibilidad de que como producto de un acuerdo entre las partes, le otorguen competencia para emitir un pronunciamiento válido.

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

En efecto, a entender de Cuevas,²⁰ si bien se establece que el arbitraje es de aplicación obligatoria, ello no significa negar el carácter

¹⁸ Citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 185.

¹⁹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, pp. 185-186.

²⁰ CUEVAS MORALES, Carlos. «El convenio arbitral en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». En *Cathedra*. Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, 2001, n.º 8, p. 203.

consensual del arbitraje. Lo que ocurre es que una de las partes, en este caso la entidad correspondiente del Estado, incluye —o, mejor dicho, debe incluir— un convenio arbitral dentro de los contratos que celebre con sus proveedores, el mismo que es aceptado por éstos al participar en la respectiva convocatoria pública. Es más, dicho convenio es expresamente aceptado por el proveedor al suscribir el contrato con el Estado. En consecuencia, la obligatoriedad a la que alude la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado está referida a la obligación que tiene el Estado de incorporar en sus contratos el arbitraje, como la forma de resolver sus controversias con sus proveedores.

Sobre el particular, Santistevan de Noriega²¹ se resiste al concepto de arbitraje obligatorio y prefiere admitir la doctrina de las condiciones generales de contratación, bajo la fórmula de que el Estado lo que hace —en la contratación regida por los términos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado— es extender una oferta general de arbitraje, que el contratante acoge al celebrar el contrato o a la que se adhiere.

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

Al respecto, Kundmüller²² señala que es de público conocimiento para los futuros contratantes con el Estado, la existencia de esta cláusula obligatoria. De ahí que todo aquél que contrate o que tenga inten-

²¹ 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*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, n.º 177, p. 27.

²² KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». *Op. cit.*, p. 74.

ción de contratar con el Estado y sea un mínimo diligente, sabe de la preexistencia de dicha cláusula obligatoria y está en libertad de participar o no en los procedimientos de contratación.

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

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

Por otro lado, encontramos a Cantuarias,²³ quien nos dice que el arbitraje regulado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado²⁴ no tiene nada de obligatorio, ya que el Estado al momento de ofertar las adquisiciones de bienes y servicios está en plena libertad de proponer el acceso al arbitraje como parte de sus condiciones. Si algún particular libremente desea contratar con el Estado, pues tendrá que someterse a las condiciones de la oferta, una de las cuales será el acceso al arbitraje.

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

²³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Op. cit.*, p. 182.

²⁴ Cabe precisar que el autor hace referencia al Decreto Supremo n.° 012-2001-PCM, vigente al momento de la elaboración de su artículo. Sin embargo, sus apreciaciones son plenamente aplicables con la normativa hoy vigente.

Finalmente, García-Calderón²⁵ sostiene que esta obligatoriedad del arbitraje es una figura atípica, ya que se trata de una obligación para el Estado (empresas del Estado de derecho público o privado, sean gobiernos locales, gobiernos regionales o gobierno central), quien debe, obligatoriamente, al convocar a una licitación pública, establecer que en el contrato futuro se consignará una cláusula arbitral, por lo que todo aquél que contrate con el Estado debe aceptar dicha condición, en la medida en que quiera celebrar un contrato con el gobierno central, gobierno regional o gobiernos locales.

A entender del citado autor, es una obligación que, sin duda, respeta la naturaleza jurídica del arbitraje, ya que se trata de una autoimposición para las empresas estatales; estamos en presencia de una exigencia interna, tal como lo señala el artículo 41 de la Ley al incluir cláusulas obligatorias en los contratos, bajo responsabilidad del titular del pliego o de los responsables. Esta exigencia no atenta contra la autonomía de la voluntad de las partes.

Así, García-Calderón señala que esta sutil diferencia jurídica es de suma importancia, ya que la ley no obliga a un tercero a someterse al arbitraje cuando éste no lo desea. Si la ley dijese, por ejemplo, que en todos los casos en materia de arrendamiento se deberá acudir al arbitraje y no al Poder Judicial, entonces sí se trataría de una imposición forzosa o legal (no voluntaria), y vulneraría la esencia de la naturaleza jurídica del arbitraje, pero en el artículo bajo comentario nadie está obligado a contratar con el Estado.

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

²⁵ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, pp. 144.

Otro aspecto importante a destacar es la inclusión de pleno derecho de un modelo de cláusula arbitral, en caso las partes no la hayan establecido.

Así, el artículo 216 del Decreto Supremo n.º 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, el Reglamento), establece que si el contrato no incorpora un convenio arbitral, se considerará incorporado de pleno derecho el siguiente texto, que remite a un arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), cuya cláusula arbitral tipo es la siguiente:

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

Al respecto, García-Calderón²⁶ tiene una posición muy interesante sobre la incorporación de pleno derecho de la cláusula arbitral, considerándola ilegal. Así, sostiene que si el convenio arbitral no consta en el contrato que han suscrito la dependencia u organismo estatal y el particular, no podrá invocarse el arbitraje, a pesar de que el reglamento contemple su incorporación de pleno derecho.

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

²⁶ *Idem.*

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

Al respecto, debemos señalar que no compartimos esta posición en torno a la ilegalidad de la incorporación de pleno derecho del arbitraje, ya que aquí también debe tenerse en cuenta que la ley no obliga a contratar con el Estado y que, por ello, el particular que desea contratar con el Estado sabe que si no pacta cláusula arbitral alguna con la entidad, se entenderá incluida la cláusula arbitral tipo.

Como bien señala Kundmüller,²⁷ la obligatoriedad del arbitraje en la Contratación Pública podría estar justificada por una serie de circunstancias y razones basadas en nuestra realidad. Sin embargo, es necesario que las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha «obligatoriedad» existe y cuáles son sus consecuencias respecto del arbitraje, especialmente en lo relativo a las atribuciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE), en caso no se hayan sometido a las reglas de una institución administradora y en caso el contrato no incorporase un convenio arbitral.

A nuestro entender, el considerar incorporado —de pleno derecho— dicho convenio arbitral permitirá garantizar la plena vigencia del arbitraje en las contrataciones con el Estado, aunque las partes no lo hubieran pactado formalmente en el contrato. Es decir, nos encontramos ante una cláusula arbitral que podríamos denominar como.

²⁷ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». *Op. cit.*, pp. 217-218.

2. ARBITRAJE DE DERECHO EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En el arbitraje de derecho los árbitros deben resolver las controversias aplicando el ordenamiento jurídico, al igual que un juez. Por el contrario, en el arbitraje de conciencia, los árbitros no están sometidos a reglas en particular, ya que fallan de acuerdo a su leal saber y entender.

Si bien existen varias razones por las cuales las partes pueden preferir un arbitraje de conciencia a uno de derecho,²⁸ también existe el temor de que este tipo de arbitraje sea arbitrario, caprichoso o, cuando menos, demasiado subjetivo.

En efecto, existe el temor de que mediante un arbitraje de conciencia se pueda contravenir lo establecido por la ley.

Ciertamente no resulta lógico ni deseable socialmente que los particulares resuelvan sus problemas contra la ley. Por ello, toda vez que el arbitraje es un medio de solución de conflictos, dicha solución no debería pasar por pisotear la ley.

²⁸ Fernando de Trazegnies menciona que el arbitraje de conciencia goza —muchas veces— del favor de los hombres de negocios porque éstos desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del Derecho oficial. Acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos, se encuentre basada también en la buena fe antes que en una interpretación literal de un texto normativo.

Otras veces, se escoge el arbitraje de conciencia porque el problema excede el ámbito de las leyes nacionales. En estas condiciones, para evitar tener que fijar una ley nacional que gobierna el contrato entre las varias posibles, se opta por un arbitraje de conciencia que permite al árbitro usar varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes.

También se opta por un arbitraje de conciencia cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del Derecho de Obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión. (DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Arbitraje de Derecho y arbitraje de conciencia». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1996, n.º 12, p. 116).

Algunos podrían argumentar con una interpretación extrema, que ello es posible si la misma ley así lo permite en el caso específico del arbitraje de conciencia. Ésta parece ser la posición del profesor Álvaro Aliaga,²⁹ para quien los árbitros de conciencia se encargan de resolver la controversia obedeciendo a lo que su prudencia y equidad les dicten, por lo que no están obligados en sus procedimientos ni en sus laudos a lo establecido en otras reglas, sino únicamente a lo que las partes hayan determinado en el acuerdo arbitral.

No compartimos dicha posición, ya que —a entender nuestro— no resulta coherente que el ordenamiento jurídico dé carta blanca para su eventual violación a través del arbitraje de conciencia.

Fernando de Trazegnies³⁰ advirtió sobre la presencia del círculo vicioso en que incurre generalmente la doctrina. En efecto, el referido autor sostiene que caemos ante un perfecto razonamiento circular cuando se dice que el arbitraje de conciencia funciona conforme al leal saber y entender del árbitro, y, a su vez, el leal saber y entender es guiado por la equidad; pero cuando preguntamos sobre lo que es la equidad, nos encontramos con la extraña respuesta de que es lo que según el leal saber y entender de los árbitros, éstos consideran equitativo.

Una posición interesante es la de Guillermo Lohmann,³¹ quien sostiene que los árbitros de conciencia se pronuncian según criterios extra-jurídicos, ya que el ordenamiento legal es dejado de lado por completo. Y, por tanto, es perfectamente posible que el laudo de conciencia sea contrario a ley. Sin embargo, dicho autor precisa que a través del arbitraje de conciencia se puede resolver dejando de lado las normas legales dispositivas aplicables al caso y, asimismo, se pueden dejar de

²⁹ ALIAGA GREZ, Álvaro. *Los Recursos Procesales en el Juicio Arbitral*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 17-21.

³⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 116.

³¹ Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *El Arbitraje en el Perú: Desarrollo actual y perspectivas de futuro*. Lima: Fundación M.J. Bustamante de la Fuente, 1994, p. 365.

aplicar disposiciones contractuales que se consideren injustas, pero nunca dejar de lado las normas imperativas.

Recordemos que el inciso 3 del artículo 57 de la Ley de Arbitraje contempla la posibilidad de que las partes pacten arbitraje de conciencia, al establecer que «en cualquiera de los supuestos previstos en los apartados 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».

Con esta modificación se está regresando a lo establecido en la primera Ley General de Arbitraje, en donde el arbitraje de derecho era la regla, mientras que el arbitraje de conciencia era la excepción. En efecto, el último párrafo del artículo 3 del Decreto Ley n.º 25935,³² establecía que a falta de pacto expreso, se presume que las partes optan por un arbitraje de derecho.

En su momento Cantuarias y Aramburú³³ manifestaron su disconformidad con la antigua Ley General de Arbitraje, que consideraba como regla al arbitraje de derecho y sólo como excepción al arbitraje de conciencia. La razón tenía que ver con el hecho de que el arbitraje de derecho constituye una función monopólica en manos de los abogados, a diferencia del arbitraje de equidad, donde sí pueden participar el resto de ciudadanos. Existiendo dicha situación, lo razonable —a entender de los citados autores— era que la actividad monopólica sea la excepción y no la regla.

En cambio, con la siguiente Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, se invirtió la relación entre el arbitraje de derecho y el de conciencia, siguiendo —de alguna manera— la observación anotada.

³² Publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 10 de diciembre de 1992. Cabe señalar que dicha Ley fue la primera norma especial sobre la materia en el Perú, la misma que estuvo inspirada en la Ley Española de Arbitraje de 1988.

³³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 262.

Sin embargo, el inciso 4 del artículo 57 de la actual Ley de Arbitraje tiene como objetivo no sólo seguir la tendencia internacional, sino sobre todo la experiencia observada, que muestra que lo que se suele pactar es el arbitraje de derecho, es decir, que lo común es un pacto en contrario de la norma.

Al respecto, Zegarra Pinto³⁴ señala que a partir de la legislación comparada, la tendencia actual es considerar al arbitraje de derecho como la regla.³⁵

Ahora bien, en materia de Contratación Pública, todas las legislaciones de nuestro país han contemplado al arbitraje de derecho como aquél que se aplicará para la solución de controversias. Ello, de seguro, porque el legislador ha querido y quiere evitar que —precisamente— el arbitraje sobre esta materia sea arbitrario o subjetivo.

Así, por ejemplo, si bien la Ley n.º 26850, antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no establecía expresamente que se trataba de un arbitraje de derecho, su Reglamento, el Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM, sí lo hacía, al señalar lo siguiente:

Artículo 186.- «*Aplicación del Arbitraje*

El arbitraje será de aplicación obligatoria en la solución de controversias surgidas después de la suscripción o cumplimiento de la formalidad de perfeccionamiento de los contratos derivados de los procesos de selección hasta el consentimiento de su liquidación. [...]

[...]

El arbitraje regulado en el presente Subcapítulo, en todos los casos, será de derecho». (El subrayado es nuestro).

³⁴ ZEGARRA PINTO, José. «Arbitraje de conciencia: ¿Género del arbitraje de derecho?». En *Arbitraje on Line*. Boletín jurídico editado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. Lima, 2005, año III, n.º 5, p. 2.

³⁵ El autor señala que, en el caso de Latinoamérica, dicha opción legislativa es compartida por países como Colombia, Costa Rica, México y Venezuela, entre otros.

Por su parte, la siguiente Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, establecía:

Artículo 53.- «*Solución de controversias*

[...]

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 [...]

El arbitraje será de derecho [...]. (El subrayado es nuestro).

Por último, el segundo párrafo del artículo 52 de la actual Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 52.- «*Solución de controversias*

[...]

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». (El subrayado es nuestro).

A entender de Kundmüller,³⁶ el hecho de exigir que el arbitraje sea de derecho constituye una grave limitación a la libertad de las partes para determinar el tipo de arbitraje que convenga a sus intereses, significando también una gravísima limitación para la libre determinación de las partes respecto del modo apropiado de gestión de sus conflictos en sede arbitral.

Según el citado autor, en el caso de los temas regulados por el Reglamento y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado esto cobra especial relevancia, ya que básicamente estamos hablando de asuntos que se refieren a temas de ingeniería o concernientes a otras especialidades no necesariamente del campo del Derecho.

³⁶ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado». *Op. cit.*, p. 218.

Dicha opinión no es compartida por García-Calderón,³⁷ quien considera que tratándose de los intereses del Estado, representados sea por una persona jurídica de derecho público o privado, no se debe dejar al libre albedrío o al criterio subjetivo de los árbitros de equidad la resolución del conflicto, sino que debe basarse en una interpretación jurídica y al amparo de una ley determinada y tomando en cuenta en su decisión la prueba que respalda el derecho invocado.

Ahora bien, el segundo párrafo del citado artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no deja opción a elegir y dispone que en todos los casos el arbitraje sobre controversias relativas a la contratación pública será de derecho.

Conforme a lo establecido por el inciso 1 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje, «*en el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario*», con lo cual sólo los abogados podrían arbitrar las referidas controversias. La salvedad establecida por el citado inciso 1 no estaría pactada por las partes, sino por la propia del Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuyo artículo 52 contempla la posibilidad de que los árbitros designados por las partes (en un tribunal colegiado) puedan ser de otras profesiones distintas a la abogacía.³⁸

³⁷ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 148.

³⁸ Sobre el particular nos remitimos al punto 1 del Capítulo IV.

CAPÍTULO II

MATERIA ARBITRABLE

Capítulo II

MATERIA ARBITRABLE³⁹

Las disquisiciones teóricas sobre la naturaleza y la definición del arbitraje no tendrían sentido práctico si es que se soslayara el tema de su validez. Y el eje de ésta es, sin duda, la respuesta a la pregunta: qué arbitrar. Pues el ejercicio del sentido común nos dice que no todo es arbitrable, en la medida de que si todos los conflictos suscitados o por suscitarse entre los miembros de una sociedad lo fuesen, estaríamos ante el impresionante espectáculo de un Estado sin función jurisdiccional alguna. Y de ser tal situación posible, lo sería solamente bajo un nuevo concepto de Estado que, hoy, se nos escapa.

De ahí que para determinar la validez y eficacia del arbitraje como medio de solución legal de controversias en la sociedad, es necesario esclarecer qué tipo de conflictos pueden sustraerse a la jurisdicción soberana del Estado, sobre todo en temas relacionados con las contrataciones y adquisiciones del Estado.

Y es aquí donde se manifiesta en todo su poder el papel del Estado en la institución arbitral. Pues el arbitraje, como medio de solución de controversias, existe por obra y gracia del Estado. Es el Estado el que

³⁹ La presente sección se basa en el capítulo IV del libro *Arbitraje. El Juicio Privado: la verdadera reforma de la Justicia*. CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2006, vol. 1, p. 73 y en el artículo «Nueva Ley de Arbitraje: ¿Cuáles son las materias arbitrables?». CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. En *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica, agosto 2008, n.º 177, pp. 31-35.

permite la sustracción de los particulares a su jurisdicción y es el Estado el que determina —a través de la ley— las hipótesis bajo las cuales esa sustracción es válida, así como las hipótesis en que aquélla no lo es.

Son esas hipótesis el objeto del presente capítulo, son esos conflictos que la ley discrimina —ya sea en pro del arbitraje ya sea a favor de la jurisdicción estatal— el problema que deberemos resolver aquí. Un problema que desacertadamente la doctrina conoce como «materia arbitrable».

Y decimos desacertadamente porque, ¿qué cosa es materia arbitrable? ¿Son acaso las grandes clasificaciones que el Derecho hace sobre ciertos temas? ¿Se refiere quizás el término a las ramas del Derecho? ¿Al Derecho de Familia, al Derecho Civil, al Derecho Penal, al Derecho Administrativo o a los así llamados Derechos Humanos que de acuerdo al mandato de la ley caerían o no bajo la órbita del arbitraje? ¿Alude tal vez a que la materia del arbitraje son los conflictos o controversias? ¿Es posiblemente el objeto de un conflicto? En buena cuenta y cerrando el párrafo con la misma interrogante de su inicio, ¿qué cosa es materia arbitrable?

Puestas así las cosas, materia arbitrable no es nada que nosotros podamos aprehender clara y distintamente. Sí podemos, por el contrario, saber a ciencia cierta que quienes se deciden por un arbitraje lo hacen para solucionar por la vía extrajudicial un conflicto de intereses. Y como quiera que los conflictos justiciables se dan sobre derechos concretos y no sobre materias, clasificaciones, ramas jurídicas o algo que se le parezca —el derecho concreto de alguien es siempre lo que en todo juicio está en discusión—, son éstos, los derechos, los que dan sentido a la pregunta relativa a qué arbitrar y qué no.⁴⁰

⁴⁰ Sobre el desacertado concepto de materia arbitrable y a propósito del comentario de la antigua Ley de Arbitraje española de 1988, la profesora Silvia Gaspar dice que «[...] el término «materia» [...] debería interpretarse en el sentido de constituir un complejo entramado de derechos que, abstracción hecha de cada uno de ellos, se considera disponible. Pero, en sentido estricto, la posibilidad de disponer

Así pues, la ley permite expresa o tácitamente que se arbitre sobre determinados derechos concretos que un miembro del cuerpo social siente vulnerados. En otras palabras, la ley otorga a las personas la facultad de disponer que, en caso de un conflicto de interés jurídico, tal o cual derecho pueda ser pretendido en un juicio ordinario o en un arbitraje privado.

La conclusión lógica que de esto se sigue es que dependerá de la política legislativa de cada Estado nacional —y no de la doctrina jurídica— saber qué derechos son arbitrables en un orden jurídico determinado. Pues, aunque los derechos arbitrables son por lo general muy similares en el Derecho comparado, nada obsta para que la ley de un país pueda romper esa homogeneidad. En este caso, la ley es la suprema fuente de todo lo que puede o no arbitrarse en una sociedad.⁴¹

debe predicarse de cada uno de los derechos que integran la materia de que se trata». Asimismo, Gaspar señala que si bien la expresión «materia» no es adecuada para indicar el objeto de la facultad de disponer, tampoco resulta apropiada para referirse al objeto de un conflicto, en la medida de que las cuestiones litigiosas se presentan propiamente en relación con derechos concretos. Agrega que el erróneo término utilizado por la antigua Ley de Arbitraje española se manifiesta en su artículo 2.1,b), que establece que no pueden ser objeto de arbitraje «las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tienen poder de disposición», en la medida de que resulta inverosímil que exista una materia que pueda estar unida a otra materia distinta. Lo que sí resulta lógico y posible es encontrar derechos particulares unidos a otros diferentes. (GASPAR, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*. Navarra: Editorial Aranzandi, 1998, p. 90).

⁴¹ Fernando Cantuarias Salaverry y Manuel Aramburú Yzaga, comentando la dificultad del tema de la materia arbitrable, señalan que éste es «[...] uno de los temas de más difícil análisis, ya que [...], no existe país en el mundo que haya podido plasmar en una norma legal, qué materias pueden arbitrarse o cuáles están excluidas de dicha vía. Y la razón estriba en la dificultad de poder determinar cuáles son las materias que interesan únicamente a los particulares y cuáles son de interés público». (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 189 y 190).

1. LIBRE DISPOSICIÓN Y PATRIMONIALIDAD

Así, cabe recordar que tradicionalmente han sido dos los criterios utilizados para delimitar las materias susceptibles de ser sometidas a arbitraje; a saber: (i) el criterio de libre disposición conforme a derecho; y (ii) el criterio patrimonial.⁴²

Hablar simplemente de disponibilidad como el factor clave para determinar qué derechos son o no son arbitrables es un despropósito, porque el concepto, en sí mismo, no nos dice nada. En Derecho, disponibilidad no es un concepto que tenga vida propia, sino que está en función de lo que dice la ley. Es ésta la que determinará qué derechos son disponibles y cuáles no.

Así lo ha entendido con acierto Silvia Gaspar,⁴³ comentando el artículo 1 de la Ley de Arbitraje española de 1988 que establece que «mediante arbitraje, las personas naturales o jurídicas pueden someter, previo convenio, a la decisión de uno o más árbitros las cuestiones litigiosas, surgidas o que puedan surgir, *en materias de su libre disposición conforme a derecho*».

Afirma Gaspar que la locución «conforme a derecho» no cabe interpretarla más que en el sentido de considerar que la determinación del concepto de disponibilidad —teniendo en cuenta su carácter variable— no puede verificarse sino atendiendo a lo que el ordenamiento jurídico dispone en el momento en que dicho concepto ha de ser estimado. Es por ello que suele relacionarse la libertad de disponer con el principio de orden público, también de contenido variable e indeterminado. Por tal razón, la citada autora considera acertadamente que la abstracción del concepto de disponibilidad y su carácter variable le restan utilidad como pauta determinante del ámbito material del arbitraje. Y ello no

⁴² ARIAS LOZANO, David. *Comentarios a la Ley General de Arbitraje 2003*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 31.

⁴³ GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, p. 89.

puede sino redundar negativamente en las expectativas de operatividad que pudieran depositarse en esta institución.

Por su parte, Campos Medina⁴⁴ sostiene que si se sigue la teoría de la libre disposición, será arbitrable toda pretensión en la cual el demandante alegue tener un derecho subjetivo al que corresponde una obligación por parte del demandado, con independencia de la fuente u origen.

Continúa dicho autor afirmando que hay quienes sostienen que esta teoría de la libre disponibilidad tiene dos caras o manifestaciones. La primera de ellas es la de la arbitrabilidad objetiva, es decir, el derecho material; mientras que la segunda es la arbitrabilidad procesal, en el sentido de que para que se considere que una pretensión es arbitrable, las partes deben además no tener impedimento legal para someterla a arbitraje.

En efecto, según Perales Viscosillas,⁴⁵ la libre disponibilidad en el doble sentido mencionado significa que las partes han de tener la libre disposición en torno a 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 mercantil que expresamente prohibiese el recurso al arbitraje. En este caso, el Estado se hallaría literalmente prohibiendo la arbitrabilidad de determinadas materias, al imponer la vía jurisdiccional como único cauce de resolución de determinadas categorías de disputas.

Al respecto, Yáñez Velasco⁴⁶ señala que, desde hace tiempo se consideró imposible que el legislador en un principio o el intérprete de la

⁴⁴ CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, n.º 3, p. 319.

⁴⁵ PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 131.

⁴⁶ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 160.

ley con posterioridad, elaborasen un listado cerrado con las materias incluidas y excluidas del arbitraje como libre disposición. Tal cosa obligaría a repasar todo el Derecho en toda cuestión imaginable, lo que evoca el absurdo y el inagotable casuismo de épocas remotas. Y si lo que se pretende es eludir los casos particulares y plantear grupos de temas o materias concretas, igualmente serían posibles las dudas o la sugerencia de excepciones o matizaciones en algunos de esos temas o materias.

Ahora bien, en torno al criterio patrimonial, Perales⁴⁷ señala que la tendencia que puede considerarse mayoritaria entre la doctrina, establece que la libre disposición se refiere a la patrimonialidad de la materia; por tanto, las materias patrimoniales podrán ser objeto de arbitraje, pero no las relativas a las personas.

Por su parte, Campos Medina⁴⁸ señala que la patrimonialidad termina siendo una forma de sustentar el concepto de libre disponibilidad, en el sentido de que se entenderá que si el objeto de una controversia es de carácter patrimonial, entonces, es arbitrable.

2. CRITERIO POSITIVO Y CRITERIO NEGATIVO

Sin embargo, aunque corresponde a cada Estado señalar legalmente los derechos que, existiendo un conflicto, pueden ser objeto de arbitraje, no es menos cierto que las leyes que regulan la institución arbitral en el mundo se estructuran en razón de una técnica legislativa estándar que establece otros dos criterios para definir la arbitrabilidad de un derecho: el criterio positivo y el criterio negativo.

Se entiende por el primero el que permite a las partes someter a arbitraje los conflictos sobre derechos que la ley pone bajo su dominio,

⁴⁷ PERALES VISCOSILLAS, Pilar. *Op. cit.*, p. 139.

⁴⁸ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 320.

esto es, derechos sobre los que las partes tienen la autoridad de disponer libremente. Es éste, como se verá al momento de revisar la ley sobre la materia, un criterio abierto e inclusivo, pues la norma que se estructura bajo su sombra no especifica ni enumera cuáles son esos derechos de libre disposición. Por el contrario, el criterio negativo es excluyente y cerrado, en la medida en que inspira a la norma a sancionar una lista de derechos sobre los que las partes se hallan expresamente prohibidas de recurrir a la vía extrajudicial del arbitraje en caso de una controversia.

Con relación a los criterios positivo y negativo, Lohmann⁴⁹ dice que respecto a los temas o controversias arbitrables —*criterio positivo*—, es notorio que la regla ha querido ser bastante amplia. Una enumeración siempre sugiere exclusión. Por tanto, cuando se alude a «facultad de libre disposición» ha de entenderse que el legislador ha querido emplear tales conceptos para traducir lo que es el poder decisorio y la autonomía de la voluntad. De este modo, salvo excepciones expresas —*criterio negativo*—, todo aquello que no haya quedado legalmente excluido del ámbito dispositivo, como posibilidad de libertad decisoria sobre un bien o derecho; todo aquello sobre lo que a su vez pueda celebrarse una transacción o renunciarse, es susceptible de arbitrase.

Para López Menudo,⁵⁰ es inapropiado utilizar un sistema de lista en el que casuísticamente se enumeren las materias susceptibles o no de solución arbitral.

A nadie escapa pues que el eje para determinar qué derechos son susceptibles de arbitraje es el criterio negativo. Y esto porque sin crite-

⁴⁹ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan Guillermo. *El Arbitraje*. Biblioteca Para leer el Código Civil. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1987, vol. V, pp. 61-68.

⁵⁰ Citado por BUSTILLO BOLADO, Roberto O. *Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, p. 365.

rio negativo, sin lista cerrada de prohibiciones, cualquier derecho podría ser arbitrable, siempre que sea de libre disposición.

3. MATERIA ARBITRABLE EN LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE

En la nueva Ley de Arbitraje, la materia arbitrable se regula lacónicamente en el inciso 1 del artículo 2, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 2. - *«Materias susceptibles de arbitraje*

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlado por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones derivadas del convenio arbitral». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la nueva Ley deja de lado el criterio negativo que contemplaba el artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje.⁵¹

⁵¹ En nuestro ordenamiento jurídico, el concepto de arbitrabilidad estaba regulado por el artículo 1 de la antigua Ley General de Arbitraje, precepto que acogía la teoría de la libre disposición y el criterio negativo.

En efecto, el artículo 1 de Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572, establecía lo siguiente:

Artículo 1. - *«Disposición general*

Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto:

1. Las que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de incapaces sin la previa autorización judicial.
2. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución, en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso.
3. Las 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.

En efecto, de manera novedosa,⁵² la nueva Ley de Arbitraje mantiene el criterio de «libre disponibilidad» (criterio positivo), incluyendo aquellas materias que hayan sido autorizadas de ser conocidas en sede arbitral, a través de una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional (como, por ejemplo, los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones —APPRI—; y, en general, todos los Tratados Bilaterales de Inversión —TBI ó BIT—; así como los multilaterales en los que por remisión o pacto, se establezca como medio de solución de controversias, el arbitraje).

La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Arbitraje no nos brinda una razón del por qué se prescindió del criterio negativo.

Eliminado el criterio negativo en la nueva Ley de Arbitraje, sólo tenemos a la «libre disposición» como eje orientador, a efectos de determinar si una materia es o no arbitrable.

Ello ha sido acertado, pues el criterio negativo que pretendía excluir del arbitraje determinadas «materias» adolecía de un serio defecto, a saber: dejaba la puerta abierta para que las cuatro prohibiciones que allí se sancionaban estuvieran plagadas de excepciones. Esto quería decir, en buen romance, que las prohibiciones en realidad no prohibían tanto como aparentaban o querían, y que el arbitraje, incluso en ellas, estaba más que presente.

De ahí la necesidad de pensar muy en serio sobre si el criterio negativo, esto es, las prohibiciones sobre lo que no se puede arbitrar, tenía

4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público».

Como se puede apreciar, el criterio positivo se encuentra claramente expresado en el primer párrafo del citado artículo 1, y el criterio negativo en la lista taxativa del referido artículo.

⁵² Decimos novedosa, porque, por ejemplo, el Proyecto Modificador de la Ley General de Arbitraje, elaborado por la Comisión Técnica creada por Resolución Ministerial n.º 027-2006-JUS de fecha 25 de enero de 2006, no contemplaba modificación alguna al citado artículo 1 de la Ley General de Arbitraje.

en realidad algún sentido para determinar todo aquello que sí se puede arbitrar. Lo cierto es que, tal como el devenir histórico lo está demostrando, cada vez son más los derechos sobre los que se puede arbitrar⁵³ y esto se reflejaba plenamente en las múltiples excepciones susceptibles de extraerse de las cuatro prohibiciones reguladas en la fenecida Ley General de Arbitraje.

En este sentido, la nueva Ley de Arbitraje ha dado un paso muy importante, pues, en principio, no reconoce ninguna «materia» que no pueda ser arbitrable si la ley y los tratados dicen que lo sea (o que no lo prohíban expresamente).

4. MATERIA ARBITRABLE EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO

El primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes [...].» (El subrayado es nuestro).

En principio, cualquier controversia sobre los aspectos señalados por el citado artículo 52 constituirá materia arbitrable, la que resulta ser una norma bastante amplia.

El artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no contempla un criterio negativo, lo que nos parece acertado.

Ahora bien, el citado artículo contempla una enumeración de las

⁵³ Ver: *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, 2007, vols. 3 y 4.

materias arbitrables; a saber: las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.

Por otro lado, debemos señalar que una enumeración siempre sugiere exclusión. Por ello, un tema relevante es el referido a la exclusión — como materia arbitrable— de las prestaciones adicionales que superen cierto porcentaje del valor del contrato y el tema referido al enriquecimiento sin causa, cuyo tratamiento efectuamos más adelante.

4.1. *Los adicionales de obra y la Contraloría General de la República*

Los presupuestos adicionales representan un incremento del monto contractual que se deriva de mayores bienes y servicios o de mayores trabajos (en el caso del contrato de obra) no considerados en el contrato original.

Campos Medina⁵⁴ señala que los trabajos adicionales de obra, o simplemente los adicionales de obra, generan costos inicialmente no previstos para la Entidad propietaria y, por tanto, representan un desafío de especial complejidad para el Derecho. Recordemos que en la contratación del Estado está en juego el dinero público y la transparencia de los procesos de selección por los cuales se adjudican los contratos.

Al respecto, Linares Jara⁵⁵ señala que, en general, las distintas legislaciones sobre contratación pública recogen la problemática de los

⁵⁴ CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». En *Arbitraje On Line*. Boletín Jurídico del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. Lima, 2004, n.º 4, p. 1. g.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm» http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm

⁵⁵ LINARES JARA, Mario. «Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa». En *Revista de Derecho Administrativo*. Revista editada por el Círculo de Derecho Administrativo. Lima, 2009, n.º 7, p. 180.

adicionales, aunque es bastante claro que los niveles de flexibilidad para la aplicación de dicha figura difieren, así como también la perspectiva a partir de la cual se aborda su definición y requisitos constitutivos.

Como sabemos, el artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se encarga de desarrollar el tema de los adicionales, reducciones y ampliaciones, estableciendo lo siguiente:

Artículo 41.- «Adicionales, reducciones y ampliaciones

Excepcionalmente y previa sustentación por el área usuaria de la contratación, la Entidad podrá ordenar y pagar directamente la ejecución de prestaciones adicionales en caso de bienes y servicios hasta por el veinticinco por ciento (25%) de su monto, siempre que sean indispensables para alcanzar la finalidad del contrato. Asimismo, podrá reducir bienes, servicios u obras hasta por el mismo porcentaje.

Tratándose de obras, las prestaciones adicionales podrán ser hasta por el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original, restándole los presupuestos deductivos vinculados, entendidos como aquellos derivados de las sustituciones de obra directamente relacionadas con las prestaciones adicionales de obra, siempre que ambas respondan a la finalidad del contrato original. Para tal efecto, los pagos correspondientes serán aprobados por el Titular de la Entidad.

En el supuesto de que resultara indispensable la realización de prestaciones adicionales de obra por deficiencias del Expediente Técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el segundo párrafo del presente artículo y hasta un máximo de cincuenta por ciento (50%) del monto originalmente contratado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al proyectista, el Titular de la Entidad podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular de la Entidad, debiendo para la ejecución y el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República y con la comprobación de que se cuentan (sic) con los recursos necesarios. En el caso de adicionales con carácter de emergencia dicha autorización se emitirá previa al pago [...].

La decisión de la Entidad o de la Contraloría General de la República de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales, no podrá ser sometida a arbitraje. Tampoco podrán ser sometidas a arbitraje las controversias referidas a la ejecución de las prestaciones adicionales de obra y mayores prestaciones de supervisión que requieran aprobación previa de la Contraloría General de la República.

[...].» (El subrayado es nuestro).

Asimismo, debemos tener presente lo establecido por la Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, Ley n.º 28411, que establece lo siguiente:

QUINTA.- «Sólo procederá la ejecución de obras adicionales cuando se cuente, previamente, con disponibilidad presupuestal, con aprobación del Titular de Entidad mediante la resolución correspondiente, o en el caso de empresas, incluyendo aquellas bajo el ámbito de (sic) FONAFE, por Acuerdo del Directorio de la empresa, y en los casos en que su valor, restándole los presupuestos deductivos vinculados a tales adicionales, no superen el quince por ciento (15%) del monto total del contrato original.

Para el caso de las obras adicionales que superen el quince por ciento (15%) del contrato original, luego de ser aprobadas por el Titular de la Entidad o el Directorio de la empresa, según corresponda, se requiere contar, previamente, para su ejecución y pago, con la disponibilidad presupuestaria y la autorización expresa de la Contraloría General de la República, independientemente de la fecha del contrato de obra. Para estos efectos, la Contraloría General de la República debe observar los plazos y procedimientos establecidos en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento.

Cuando se trate de la ejecución de obras adicionales en el marco de un proyecto de inversión pública, cuya viabilidad se haya visto afectada, el órgano competente deberá proceder a la verificación de la misma». (El subrayado es nuestro).

Cabe señalar que la citada disposición final fue modificada por la única disposición complementaria modificatoria de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Antes, la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto establecía el 10% como límite máximo para la aprobación de obras adicionales, sin autorización de la Contraloría General de la República, lo que implicaba la existencia de dos normas incompatibles: por un lado, la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que establecía en 15% el límite máximo y la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, que establecía 10%.⁵⁶

⁵⁶ Dicha incompatibilidad y la facultad de la Contraloría General de la República de autorizar adicionales ha sido criticada por la doctrina nacional. Ver: ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 187; CANTUARIS SALAVERRY, Fernando. «El Arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacio-

Cabe señalar que tanto el citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como la Quinta Disposición Final de la Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, están en concordancia con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, Ley n.º 27785.

En efecto, los artículos 22 y 23 de la referida Ley Orgánica establecen lo siguiente:

Artículo 22.- «*Atribuciones*

Son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

[...]

k) Otorgar autorización previa a la ejecución y al pago de los presupuestos adicionales de obra pública, y de las mayores prestaciones de supervisión en los casos distintos a los adicionales de obras, cuyos montos excedan a los previstos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y su Reglamento respectivamente, cualquiera sea la fuente de financiamiento.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 23.- «*Inaplicabilidad del arbitraje*

Las decisiones que emita la Contraloría General, en el ejercicio de las atribuciones de autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra y a la aprobación de mayores gastos de supervisión, no podrá ser objeto de arbitraje, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 1 de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje.

Asimismo, tampoco se podrá someter a arbitraje, las controversias que versan sobre materias comprendidas en los alcances de las atribuciones previstas en el literal k) del Artículo 22 de la Ley, las que no pueden ser sustraídas al pronunciamiento que compete a la Contraloría General». (El subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, en atención a que en el contrato de obra pública media el interés del Estado, se ha establecido una competencia

nal de Control y de la Contraloría General de la República». En *Derecho & Sociedad*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2003, n.º 21, pp. 284-287; ORTEGA PIANA, Marco Antonio. «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública». En *Advocatus*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, 2002, n.º 7, pp. 433-440.

especial para la Contraloría General de la República en lo relativo a los presupuestos adicionales que superen el porcentaje establecido en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Así, mediante la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA⁵⁷ sobre «Autorización previa a la ejecución y pago de Presupuestos Adicionales de Obra», se regula la potestad de control previo externo que ostenta la Contraloría General de la República, en aquellos adicionales de obra que excedan el 15%⁵⁸ del contrato original.

En esta Directiva se señala expresamente que «para los fines del control gubernamental, se considera prestación adicional de obra a la ejecución de trabajos complementarios y/o mayores metrados no considerados en las bases de la licitación o en el contrato respectivo, y que resultan indispensables para alcanzar la finalidad del contrato original».

En ese sentido, el presupuesto adicional de obra es el «mayor costo originado por la ejecución de prestaciones adicionales de obra».

Ahora bien, para el cálculo del porcentaje de incidencia acumulado, la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA señala que «las Entidades acumularán el monto total de los presupuestos adicionales de obra autoriza-

⁵⁷ Aprobada mediante Resolución de Contraloría n.º 369-2007-CG de fecha 29 de octubre de 2007, publicada en el Diario Oficial «El Peruano» con fecha 1 de noviembre de 2007. Cabe señalar que la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA entró en vigencia a los quince (15) días naturales de su publicación.

Asimismo, es necesario precisar que la primera norma que reguló el tema de la autorización previa a la ejecución y pago de presupuestos adicionales de obra fue la Directiva n.º 012-2000-CG/OATJ-PRO, a través de la cual la Contraloría General de la República estableció los lineamientos para cautelar el adecuado procedimiento de control previo. Dado que la referida Directiva era anterior a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, a la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y a su Reglamento, fue modificada por la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA.

⁵⁸ La Directiva n.º 01-2007-CG/OEA hace referencia al 10%; sin embargo, como hemos visto, actualmente el límite establecido es del 15%.

dos, incluyendo el que se encuentra en trámite, y el monto de aquellos presupuestos deductivos derivados de las sustituciones de obra directamente vinculadas con las partidas de obras adicionales, siempre que ambas respondan a la misma finalidad programada».

Otro aspecto importante que regula la referida Directiva es el relativo a las causales de procedencia de las prestaciones adicionales de obra, indicando que «procede la autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, sólo en casos originados por la cobertura de mayores costos orientados a alcanzar la finalidad del contrato y siempre que sean derivados de:

- a) Hechos por su naturaleza imprevisibles al formularse las bases de la licitación o celebrarse el correspondiente contrato, y hechos fortuitos o de fuerza mayor producidos con posterioridad a la suscripción del contrato de obra.
- b) Errores, omisiones o deficiencias en el expediente técnico de la obra».

Finalmente, debemos resaltar la aplicación del silencio administrativo positivo, en caso la Contraloría General de la República no emita pronunciamiento sobre la solicitud de autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, en el plazo máximo de quince (15) días hábiles.

En efecto, si la Contraloría General de la República no se pronuncia dentro del referido plazo, la Entidad considerará aprobada la solicitud, entendiendo autorizada la ejecución y el pago del presupuesto adicional.

Ahora bien, ello no enerva el que la Contraloría General de la República realice un control posterior de los documentos, declaraciones e información presentadas por la Entidad.

Sobre el particular, Campos Medina⁵⁹ afirma que los cambios nor-

⁵⁹ CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». *Op. cit.*, p. 2.

mativos se han caracterizado por un constante intento de extender la intervención de la Contraloría General de la República, sin reparar en los graves problemas legales y prácticos que esto genera.

Al respecto, Ortega Piana⁶⁰ afirma que supeditar el pago de determinado adicional a un pronunciamiento de la Contraloría General de la República puede ser un interesante medio de control previo; sin embargo, la autorización previa de la ejecución podría generar desventajas antes que ventajas para el Estado.

Si se trata de una institución de control, el citado autor cree que la Contraloría General de la República no debería ingresar a temas propios de la gestión, porque ello es responsabilidad de la entidad comitente, la que debe contar con el personal técnico calificado que le permita adoptar oportunamente las decisiones más convenientes, siendo —en todo caso— un tema de responsabilidad que corresponde asumir a dicha entidad comitente.

Coincidimos en que el asunto de la autorización en la ejecución de los adicionales demandaría a la Contraloría General de la República contar con un gran plantel de personal altamente especializado en todas las materias en las que el Estado contrata, lo cual significaría convertir a la Contraloría General de la República en una suerte de supraorganismo público que sería sinónimo, en los hechos, de ineficiencia.⁶¹

En efecto, como bien señalan Arrarte y Paniagua,⁶² la intervención eficiente de la Contraloría General de la República, implicaría contar con un «mega» organismo estatal, con múltiples áreas especializadas para poder supervisar técnicamente a todas las Entidades contratantes —que a su vez deben contar con su propio supervisor para cada obra a ejecutar— lo que en opinión de los autores citados originaría un importante sobrecosto para la ejecución de cualquier obra pública.

⁶⁰ ORTEGA PIANA, Marco Antonio. *Op. cit.*, p. 440.

⁶¹ *Idem.*

⁶² ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 193.

Ahora bien, para el contratista resultará más adecuado que tanto la ejecución como el pago del adicional que supera el porcentaje establecido por el artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, estén sujetos a la aprobación previa de la Contraloría General de la República. Ello, en comparación a que sea sólo el pago el que esté sujeto a dicha aprobación previa, ya que en este último caso, el contratista podría ejecutar el adicional (ordenado por la entidad) y, luego, la Contraloría General de la República podría no aprobar el pago del referido adicional, lo que —obviamente— implicaría que el contratista asuma todo el riesgo.⁶³

Como se puede apreciar, este es un tema muy importante, en la medida de que marca la línea con respecto a los adicionales, entre aquéllos cuyas controversias sí son susceptibles de ser sometidas arbitraje y aquéllos que no.⁶⁴

⁶³ Cabe señalar que este riesgo en relación al pago (luego de que la Entidad ordenaba la ejecución de un adicional que superaba la valla porcentual establecida por Ley), se presentaba con el artículo 42 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley n.º 26850, que establecía lo siguiente: «[...] En el supuesto de que resultara indispensable la realización de obras adicionales por errores del expediente técnico o situaciones imprevisibles posteriores a la suscripción del contrato, mayores a las establecidas en el párrafo precedente, la Entidad [...] podrá decidir autorizarlas. Para ello se requerirá contar con la autorización del Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, debiendo para el pago contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República [...]». (El subrayado es nuestro).

La norma guardaba absoluto silencio sobre cuál era la consecuencia en caso la Contraloría General de la República denegara el pago del adicional, a pesar de que el adicional ya se había ejecutado. Ello generó que luego se modificará la normativa y se estableciera que la aprobación previa de la Contraloría General de la República era no sólo para el pago del adicional, sino también para la ejecución misma del adicional.

⁶⁴ Cabe señalar que este tema también estuvo regulado por el artículo 41 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM, que establecía que «Dicha disposición (la de la cláusula de solución de controversias) no resulta aplicable a las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General, ejerce el con-

Son susceptibles de arbitraje, en resumen, en materia de bienes y servicios cuando estos adicionales no superen el 25% del monto de tales bienes y servicios, y tratándose de obras cuando dichos adicionales no superen el 15% del monto total del contrato original.

En los otros casos, cuando superen estos porcentajes y hasta los límites señalados por la propia Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, tales adicionales requerirán la aprobación previa de la Contraloría General de la República y se trata, conforme al quinto párrafo del citado artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, de materias no arbitrables.

La razón por la cual tales materias no son arbitrables es que se considera que —en tanto se trate de porcentajes mayores a los señalados, es decir, 25% en bienes y servicios y 15% en obras—, a través de estos posibles o eventuales adicionales, se podría estar modificando o alterando el Presupuesto General de la República, razón por la cual se establecen estas normas que, evidentemente, son de orden público.⁶⁵

En efecto, uno de los principales argumentos de la Contraloría General de la República es que las decisiones que emite en relación a los

trol previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para el efecto». Ahora bien, tanto la actual como la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se diferencian del Decreto Supremo n.º 012-2001, en que éste sólo especificaba la obligatoriedad del arbitraje como mecanismo de solución de controversias para los contratos con el Estado y no se excluía a los adicionales de obra como materia arbitrable, cuando la Contraloría General de la República ejercía el control previo.

⁶⁵ A entender de Campos Medina, la intención de la administración de prohibir el uso del arbitraje para resolver este tipo de controversias, le hace pensar en que la administración no se encuentra satisfecha con los resultados de estos procesos. Más allá de los argumentos esgrimidos para intentar justificar esta prohibición, queda claro —a entender del citado autor— que la administración no adoptaría una medida tan radical si los tribunales arbitrales conformados para resolver este tipo de controversias estuvieran en su mayoría respaldando la posición del Estado. (CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». *Op. cit.*, p. 3).

presupuestos adicionales no pueden ser materia de arbitraje, ya que con ello se podría estar modificando los montos autorizados por el organismo de control. La Contraloría General de la República refiere que los recursos invertidos por el Estado no son de libre disposición de las partes contratantes, cuando por Ley se dispone que será —precisamente— dicho organismo de control el que deberá, previamente, aprobar la ejecución y pago del adicional.

Sobre este tema, Arrarte y Paniagua⁶⁶ consideran que no tiene ningún sentido afirmar que si las obras adicionales exceden una valla porcentual del valor contratado, se debe tener en cuenta que los fondos involucrados son públicos y, en consecuencia, indisponibles. En efecto, si se asume que los fondos que solventan las obras públicas son del Estado, es claro que no sólo aquéllos que excedan esta valla porcentual tendrán la calidad de fondos públicos, sino que esto ocurre desde el primer centavo comprometido con la obra, sin que por ello se pueda afirmar que estamos frente a un bien indisponible.

A entender de los citados autores, dicho argumento resulta más débil si se considera que este porcentaje, que supuestamente marcaría la brecha entre lo disponible y lo que no, varía cada año en función a criterios poco conocidos y razonables, al punto tal que, en el año 2003, fue del 5% del valor de la obra.

Otro de los argumentos para prohibir el arbitraje cuando se trata de controversias derivadas de las decisiones de la Contraloría General de la República sobre adicionales de obra, es la imposibilidad de arbitrar aspectos relativos al *ius imperium* del Estado.

Al respecto, Ortega Piana⁶⁷ señala que resulta obvio que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido *ius imperium* alguno, por lo que no encuentra razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje en estos casos.

⁶⁶ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 189.

⁶⁷ ORTEGA PIANA, Marco Antonio. *Op. cit.*, p. 434.

Dicha posición es compartida por Campos Medina,⁶⁸ quien sostiene que en el arbitraje para el pago de los trabajos adicionales no se discute en forma alguna el *ius imperium* del Estado, por lo que en modo alguno la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República podría prohibirlo.

El referido autor señala que nada en un eventual laudo arbitral favorable al contratista podría modificar alguna consecuencia de la decisión de la Contraloría al interior de la administración pública (su auténtico ámbito de aplicación). Por ejemplo, si en abuso de su competencia una Entidad ordena la ejecución de una obra a pesar de no contar con el presupuesto respectivo, el funcionario encargado será responsable frente al Estado por esto. Pero la Contraloría General de la República no está facultada para modificar ni denegar los derechos de un contratista nacidos del contrato de obra, mucho menos, puede convertir una prestación pactada como onerosa en gratuita. Por lo tanto, si el contratista reclama y obtiene un laudo favorable que sólo hace respetar sus derechos en el contrato en cuestión, cómo puede esto infringir el *ius imperium* del Estado.⁶⁹

Sostener lo contrario, nos enfrentaría con serias contradicciones de índole práctico y legal. Por ejemplo, si la Contraloría General de la República está de acuerdo en que la obra adicional era en efecto necesaria pero deniega el pago simplemente por haberse ejecutado antes de requerirse las autorizaciones de dicho órgano de control (o por cualquier otro defecto de forma), cómo puede un laudo que reconoce al contratista el derecho al justo valor de esta obra ya ejecutada, ser contrario al *ius imperium* de la Contraloría.⁷⁰

Por otro lado, Cantuarias⁷¹ señala que el argumento de que a través

⁶⁸ CAMPOS MEDINA, Alexander. «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición de arbitrar o licencia para incumplir?». *Op. cit.*, p. 2.

⁶⁹ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 4.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El Arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». *Op. cit.*, p. 287.

del arbitraje se podrían modificar los montos autorizados por la Contraloría General de la República carece de sustento, ya que la decisión de dicho organismo de control también podría ser modificada por el Poder Judicial.

Así, Emilio Cassina⁷² señala que recurrir a la vía judicial significa un largo proceso que recorre dos duras instancias y es factible de casación por la Corte Suprema, lo que —a su vez— irrumpiría con la finalidad de incluir una cláusula de solución de controversias en la contratación pública; a saber: la de proveer una rápida solución como es el arbitraje.

En efecto, lamentablemente la decisión del Poder Judicial demorará varios años (dados los problemas que todos conocemos) y será tomada por jueces que nada o poca experiencia tienen en esta materia.

Si el propósito fue permitir que el Estado contrate con particulares en igualdad de condiciones y, en función de ello, se determinó la pertinencia de recurrir a un mecanismo alternativo de solución de controversias, nada obsta a que los adicionales que superen cierto porcentaje, también puedan ser materia arbitrable, sin perjuicio de que para estos casos pueda disponerse que la Contraloría General de la República intervenga en los procesos arbitrales, cuando estos adicionales estén en discusión.⁷³

Al respecto, nos parece interesante la propuesta de Cantuarias,⁷⁴ quien señala que si lo que reclama la Contraloría General de la República es no poder defender —en sede arbitral— su evaluación técnica del adicional (ya que no forma parte del convenio arbitral), lo más

⁷² Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El Arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». *Op. cit.*, p. 286.

⁷³ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 190.

⁷⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «El Arbitraje frente a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República». *Op. cit.*, p. 287.

conveniente hubiese sido una norma expresa que le permitiera participar en los procesos arbitrales como tercero coadyuvante, exclusivamente para defender sus decisiones.

Otro cuestionamiento que se hace a este tema es el relativo a la razonabilidad técnica para considerar no arbitrables los adicionales que superen el porcentaje contemplado en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Como sabemos, el porcentaje del adicional —cuya aprobación previa para la ejecución y pago son competencia de la Contraloría General de la República— ha variado con el transcurso de los años, fluctuando entre el 5% y el 15%.

A entender de Arrarte y Paniagua,⁷⁵ carece de sustento técnico colocar un porcentaje predeterminado, aplicable a todas las obras, con prescindencia de su naturaleza, y teniendo como único parámetro restricciones presupuestales uniformes.

Lo recomendable, según los citados autores, debería ser que los porcentajes de obras adicionales se establezcan tomando en consideración el tipo de obra a ejecutar. Por ejemplo, no resulta técnicamente adecuado asignar un mismo porcentaje de variación del presupuesto original (obras adicionales), a una edificación en la que razonablemente se pueden determinar todas las variables que afectarán su ejecución desde el proyecto, que a una obra de distinta naturaleza como una obra vial o un túnel, en donde no es posible prever, desde el proyecto, todas las variables que podrían terminar afectando las actividades a realizar en su ejecución y que determinarán la necesidad de modificar el presupuesto asignado de manera inicial.

Finalmente, y sin perjuicio de todo lo anterior, debemos señalar que ante una situación de esta naturaleza (controversias sobre adicionales

⁷⁵ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 188.

que son de competencia de la Contraloría General de la República), los tribunales arbitrales se podrían declarar incompetentes, ya sea a pedido de una de las partes vía excepción de incompetencia o de oficio, a efectos de evitar una posible anulación del laudo.⁷⁶

En tal sentido, en caso no se esté de acuerdo con el pronunciamiento de la Contraloría General de la República (que denegó la aprobación del adicional), la Entidad deberá impugnar dicha decisión, a través del recurso de apelación ante la propia Contraloría General de la República (impugnación administrativa),⁷⁷ e incluso podría impugnarse la decisión a través del proceso contencioso administrativo (impugnación judicial).

4.2. *Enriquecimientos sin causa*

4.2.1. *Conceptos generales sobre el enriquecimiento sin causa*

Como señalan Castillo Freyre y Molina Agui,⁷⁸ la doctrina considera a la teoría del enriquecimiento sin causa como uno de los aciertos más notables de la técnica jurídica, pues sin duda alguna lo que se pretende amparar con tal figura son —precisamente— todos los casos de enriquecimiento sin causa que pasaron inadvertidos al legislador, motivo por el cual los afectados no encuentran remedio alguno en la norma; pero, no obstante ello, los principios de la moral, la equidad, la justicia

⁷⁶ Recordemos que el artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece las causales de anulación del laudo, indicando que «1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional [...]». (El subrayado es nuestro).

⁷⁷ En el numeral 22.1. de la Directiva n.º 01-2007-CG/OEA, se establece que «contra la resolución emitida por la CGR respecto a la solicitud de autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra, la Entidad puede interponer únicamente el recurso de apelación.

⁷⁸ CASTILLO FREYRE, Mario y GIANNINA MOLINA AGUI. «Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa». En *Jus Doctrina & Práctica*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2009, n.º 2, p. 185.

y la eficiencia no aceptan que exista una persona que se beneficie a expensas de otra, sancionando así tal situación a través de la acción de enriquecimiento sin causa que se otorga al perjudicado.

Así, Von Tuhr⁷⁹ señala que el enriquecimiento sin causa es otra fuente de obligaciones, como lo son el contrato y los delitos. Agrega que esta fuente de obligaciones otorga al empobrecido «la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento [...]».⁸⁰

En ese mismo sentido, Llambías⁸¹ afirma que el enriquecimiento sin causa es fuente de la obligación de restitución denominada acción *in rem verso*, que no es otra que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado —sin justa causa— una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.

Por su parte, Ludwig Enneccerus⁸² señala que el fundamento del enriquecimiento sin causa está en el derecho patrimonial, pues éste busca una regulación justa y equitativa de las relaciones patrimoniales, siendo el enriquecimiento sin causa una pretensión que se dirige contra el enriquecido para que entregue aquello con lo que injustificadamente se enriqueció.

A esta pretensión la denomina *condictio*, y precisa que la misma podrá dirigirse contra el enriquecido, no por el solo hecho de enriquecerse, sino que tendrán que verificarse los requisitos que «por lo regular y universalmente se asignan a esta figura jurídica: la obtención de una ventaja patrimonial que supone un enriquecimiento para quien lo

⁷⁹ VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, tomo I, p. 299.

⁸⁰ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 323.

⁸¹ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Tratado de las obligaciones*. Buenos Aires: Perrot, 1964, tomo IV-B, p. 375.

⁸² ENNECCERUS, Ludwig. *Derecho de obligaciones*. Barcelona: Bosch, 2.^a Ed., Volumen Segundo, p. 583.

consigue y un empobrecimiento para quien lo pierde, cuando dicho fenómeno se produce sin causa o injustificadamente, a pesar de lo que el Derecho, por razones de seguridad o de otro orden imperioso, se ve forzado a reconocer y concederle determinados efectos jurídicos».⁸³

Al respecto, nosotros sostenemos que para que proceda la acción *de in rem verso*, no es necesario que el hecho por el cual una persona se enriquece a costa de otra tenga carácter ilícito. Esto, debido a que «el hecho ilícito requiere siempre del dolo o culpa del obligado»,⁸⁴ mientras que el enriquecimiento sin causa puede prescindir de esos elementos.

Así también, Moisset de Espanés⁸⁵ señala que el enriquecimiento sin causa abarca otras situaciones en las que no hay pago, definiendo al enriquecimiento como:

«[...] una ventaja de carácter pecuniario que se incorpora al patrimonio de una persona. Unas veces se incorpora en forma de desplazamiento de valores de un patrimonio a otro, pero otras veces no hay desplazamiento; o sea no hay egreso de valores de un lado, que ingresen en el patrimonio ajeno. Por ello consideramos suficiente decir: atribución patrimonial, ventaja de carácter económico o pecuniario con que se mejora un patrimonio».

En esa misma línea de pensamiento, José Lete del Río define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que «una persona se beneficia o enriquece a costa de otra sin que exista una causa o razón de ser que justifique este desplazamiento patrimonial».⁸⁶

El referido autor agrega, ya refiriéndose al enriquecimiento y al empobrecimiento, que «el aumento del valor del patrimonio del de-

⁸³ ENNECCERUS, Ludwig. *Op. cit.*, p. 585.

⁸⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «El pago indebido y el enriquecimiento sin causa». En *Actualidad Jurídica*. Lima, 2002, tomo 99, p. 11.

⁸⁵ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. *Curso de obligaciones*. Buenos Aires: Zavalía, 2004, tomo 3, p. 310.

⁸⁶ LETE DEL RÍO, José Manuel. *Derecho de obligaciones*. Madrid: Editorial Tecnos, 1998, 3.^a Ed., vol. II, p. 173.

mandado puede deberse a un incremento del activo (al ser consecuencia de la adquisición de una cosa o de un derecho real o de crédito) o a una disminución del pasivo (por ejemplo: extinción de una deuda, liberación de una carga o gravamen, etc.)».⁸⁷

Así, pues, «la acción se dirige fundamentalmente a proteger a la persona cuyo patrimonio ha sido injustificadamente lesionado, más que a sancionar enriquecimientos inmorales o ilegítimos».⁸⁸ Esto, toda vez que el efecto del enriquecimiento sin causa es restituir el equilibrio patrimonial alterado, es decir, es «causa eficiente de la obligación de indemnizar»,⁸⁹ por la cual se puede exigir la restitución de lo ilegítimamente pagado o del ahorro del cual se benefició indebidamente el enriquecido.

Por su parte, el artículo 1954 del Código Civil peruano define al enriquecimiento sin causa como aquella situación en la que hay un sujeto que se enriquece indebidamente a expensas de otro, quedando este último obligado a indemnizarlo.

Entonces, cabe preguntarnos ¿cuáles son los requisitos para que proceda el enriquecimiento sin causa?

Llambías⁹⁰ enumera los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa, siendo tales requisitos, los siguientes:

- (i) el enriquecimiento del demandado;
- (ii) el empobrecimiento del demandante;
- (iii) la relación causal entre esos hechos;
- (iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y,
- (v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

⁸⁷ LETE DEL RÍO, José Manuel. *Op. cit.*, p. 174.

⁸⁸ FÁBREGA PONCE, Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Panamá: Editora La Estrella, 1955, p. 58.

⁸⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 11.

⁹⁰ LLAMBIÁS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 380.

En relación al primer requisito, Von Tuhr⁹¹ señala que el enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual del patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. Es decir, luego de tal comparación, debería verificarse que ha habido una mejora —o que se ha evitado una alteración negativa a través de una disminución— en el patrimonio del sujeto enriquecido.

Se presupone así que el enriquecimiento se produce porque el patrimonio receptor ha aumentado como consecuencia de un beneficio de carácter patrimonial o que, a lo menos, surta efectos patrimoniales.⁹² Esta definición de enriquecimiento supera —y es la aceptada contemporáneamente— toda discusión acerca de si el enriquecimiento tiene que ser necesariamente patrimonial.

De otro lado, cuando nos referimos a la ventaja que adquiere el enriquecido, aludimos —en estricto— a una ventaja real y efectiva, es decir, a aquella que se ha verificado en el patrimonio y no a aquellas ventajas que carecen de ese contenido o que no son cuantificables. Hemos de entender que la ventaja adquirida no tiene que cosificarse u objetivarse, sino que también comprende aquellas situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, pues —como tales— forman la parte activa del patrimonio. Esto significa que el enriquecimiento (y correlativo empobrecimiento puede derivarse tanto de dinero, otros bienes, créditos, deudas y demás situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y correlativas de desventaja).⁹³

Enneccerus⁹⁴ señala que entre los modos de adquirir ventajas y que en consecuencia pueden llevar al enriquecimiento, se tienen: (i) la adquisición de un derecho, (ii) la obtención de la posesión, (iii) la obtención de la posibilidad de disponer sobre un objeto y, finalmente, reconoce que hay enriquecimiento cuando se ahorran gastos y disminuciones del patrimonio.

⁹¹ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 300.

⁹² FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op. cit.*, p. 51.

⁹³ CASTILLO FREYRE, Mario y GIANNINA MOLINA AGUI. *Op. cit.*, p. 191.

⁹⁴ ENNECCERUS, Ludwig. *Op. cit.*, pp. 586-587.

Por su parte, Von Tuhr⁹⁵ sostiene que el patrimonio puede enriquecerse o bien a través de un aumento o bien a través del cuidado de su no disminución. Dentro del primero señala que se encuentra la posibilidad de afectar o bien el activo, a través de la incorporación en el patrimonio de nuevos derechos o incrementando el valor de los mismos, o bien el pasivo, a través de la cancelación del mismo sin fundamento jurídico alguno que lo justifique. Respecto de la segunda forma de enriquecimiento, se tiene que ésta se produce cuando en circunstancias normales se hubiera tenido que efectuar un desembolso, pero finalmente éste no se realiza.

Se afirma también que los modos de adquirir ventajas son incontables, ya que ellas pueden consistir tanto en la adquisición de un derecho, o en el aumento o incremento del valor de un bien que se ha adquirido (*lucrum emergens*), como también puede uno enriquecerse negativamente (*damnum cesans*), cuando la ventaja consiste en el no empobrecimiento por «la extinción» de una obligación o carga a la que un patrimonio estaba adscrito.⁹⁶

En esa misma línea de pensamiento, Delia Revoredo⁹⁷ afirma que el enriquecimiento sin causa debe entenderse en sentido amplio, es decir, como ventaja patrimonial obtenida, ya sea activamente, como la adquisición de un derecho o la obtención de la posesión, ya sea pasivamente, como el ahorro de un gasto inminente.

Compartiendo la idea expuesta por los autores citados, Gustavo de los Ríos Wools⁹⁸ señala que el requisito del incremento patrimonial es esencial, y que este incremento puede presentarse en dos situaciones:

⁹⁵ VON TUHR, Andreas. *Op. cit.*, p. 300.

⁹⁶ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *El enriquecimiento sin causa*. Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 83.

⁹⁷ REVOREDO MARSANO, Delia. «Enriquecimiento sin causa». En *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Lima: Okura Editores, 1985, tomo IV, pp. 778-779.

⁹⁸ DE LOS RÍOS WOLLS, Gustavo. «El enriquecimiento sin causa». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra Editores, 2008, vol. I, pp. 544-545.

(i) cuando se obtiene un lucro o ganancia efectiva; o, (ii) cuando se obtiene un ahorro evitando un gasto o una deuda.

Núñez Lagos,⁹⁹ al hablar de los modos de enriquecimiento, distingue un enriquecimiento positivo y un enriquecimiento negativo, señalando que en el primero se comprende no sólo el ingreso de nuevas cosas corporales, sino la transformación de las que había; mientras que el segundo lo entiende como una disminución del pasivo, es decir como una disminución del patrimonio que le ha sido evitada.

En relación al segundo de los elementos, Llambías¹⁰⁰ señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción por enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecido padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante.

La doctrina no es del todo pacífica cuando se refiere al empobrecimiento como un elemento necesario para la procedencia de la acción por enriquecimiento sin causa, pues a decir de unos, la persona que no se ha empobrecido no tiene interés porque nada ha perdido, por lo que para ese sector de la doctrina es necesario que «a un enriquecimiento, le corresponda cualitativamente y no cuantitativamente, un empobrecimiento de otro patrimonio».¹⁰¹

Nosotros no compartimos este punto de vista, pues debe haber plena correspondencia en todas las características del enriquecimiento y del empobrecimiento.

Coincide la doctrina en señalar que el empobrecimiento puede producirse tanto con la pérdida efectiva de bienes y derechos.

Al respecto, Castillo Freyre y Molina Agui¹⁰² consideran que debe-

⁹⁹ Citado por ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. *Op. cit.*, p. 83.

¹⁰⁰ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 385.

¹⁰¹ ORAMAS GROSS, Alfonso. *El enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones*. Bogotá: Nomos, 1988, p. 78.

¹⁰² CASTILLO FREYRE, Mario y GIANNINA MOLINA AGUI. *Op. cit.*, p. 195.

ría agregarse expresamente que la imposición de situaciones jurídicas subjetivas de desventaja en favor de otros, sin causa alguna que justifique la misma, también produce un empobrecimiento. No obstante la omisión de un pronunciamiento expreso por parte de la doctrina, ello se puede entender claramente de la unión de los conceptos de patrimonio, enriquecimiento y empobrecimiento.

Así también lo entiende Delia Revoredo,¹⁰³ cuando señala que el empobrecimiento debe entenderse también en sentido amplio, esto es que la ventaja no tiene que provenir necesariamente del patrimonio del empobrecido, sino que bastará con que sea a expensas suyas.

De igual modo, resulta preciso señalar que no siempre el enriquecimiento equivale cuantitativamente al empobrecimiento, pues existen supuestos en los que (i) el enriquecimiento es mayor que el empobrecimiento, caso en el cual sólo deberá restituirse el monto empobrecido, habida cuenta de que dar más sería amparar un enriquecimiento sin causa a favor del empobrecido; y (ii) casos en los que el enriquecimiento es menor que el empobrecimiento, donde también sólo debería restituirse por el monto enriquecido, pues lo contrario sería otorgar carácter sancionador al enriquecimiento sin causa, como lo reconoce Oramas Gross,¹⁰⁴ quien en el último supuesto hace una excepción respecto de las sumas de dinero, pues en este caso el enriquecido deberá realizar la restitución de la suma de dinero en igual cantidad que la que ingresó a su patrimonio enriquecido.

Para algunos autores como Fábrega,¹⁰⁵ la presencia del empobrecimiento es necesaria, pues éste es el fundamento de la acción y el objeto de la institución. Así, a decir del citado autor, si el empobrecimiento que sufre una persona repugna a la equidad, cuando ese empobrecimiento aparece en el patrimonio de otra persona, esa lesión a la equidad y al sentimiento de justicia y Derecho, resulta doblemente impre-

¹⁰³ REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, p. 778.

¹⁰⁴ ORAMAS GROSS. *Op. cit.*, pp. 79-101.

¹⁰⁵ FÁBREGA PONCE, Jorge. *Op. cit.*, pp. 57-59.

sionante; de modo tal que la acción se dirige fundamentalmente a proteger el patrimonio de la persona cuyo patrimonio ha sido injustamente, o sin causa alguna, lesionado.

Los dos primeros requisitos del enriquecimiento sin causa son fundamentales, ya que en la mayoría de procesos cuando se pretende una indemnización por enriquecimiento sin causa se llega a probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante.

Además, y esto también es usual, se llega a demostrar el tercer requisito del enriquecimiento sin causa, que es la relación causal entre esos hechos. Es decir, entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante.

Pero los problemas se empiezan a presentar cuando existe, como es obvio, la necesidad de demostrar que se trata de un enriquecimiento carente de causa justificante de ese enriquecimiento, y, en quinto lugar, que existe carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Así, cuando existe un desplazamiento patrimonial real y efectivo de dinero u otros bienes, generalmente el Derecho se encarga de brindar a los perjudicados, otras acciones reguladas de manera positiva en nuestra legislación, en vez de la demanda por enriquecimiento sin causa. En efecto, para tales casos el Derecho ha previsto otros remedios legales como, por ejemplo, la restitución y la repetición.

Con respecto al último de los cinco elementos señalados, la doctrina mayoritaria sostiene que este carácter subsidiario hace referencia a que la acción de *in rem verso* sólo puede ser ejercida cuando el Derecho positivo no brinde al empobrecido otra acción específica con la cual pueda pedir el resarcimiento de los daños sufridos.

Así, el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento sin causa constituye uno de sus requisitos de procedencia; ello, de conformidad con el artículo 1955 de nuestro Código Civil, que establece lo siguiente:

Artículo 1955.- «La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización».

Como se puede apreciar, la subsidiariedad responde a la inexistencia de otra vía de derecho que permita hacer efectiva la reparación por el perjuicio sufrido.

Según Delia Revoredo,¹⁰⁶ esta acción sólo procede cuando no es posible accionar por otro motivo, ya que existen casos en los que el enriquecimiento carece de causa y respecto a los cuales cabe ejercer una acción distinta a la del enriquecimiento sin causa. El empobrecido, en estos casos, cuando dispone de otra acción, no tiene opción para elegir entre las dos precedentes.

En la misma línea, Llambías¹⁰⁷ afirma que:

- (a) Si el empobrecido ha dejado prescribir [...] la acción específica que tuviera para obtener la reparación del perjuicio, no podrá deducir la acción resultante del enriquecimiento sin causa. [...] El empobrecido en tal situación carece de la acción por haber sido titular de otra acción eficaz para proteger su interés.
- (b) Si el empobrecido no ha podido ejercer útilmente otra acción que tuviera en resguardo de su interés, por carencia de prueba documental, tampoco podrá articular la acción *in rem verso*.
- (c) Si el empobrecido ha deducido sin éxito otra acción que tuviera, distinta de la *in rem verso*, no puede marginarse de esa cosa juzgada adversa, para entablar esta última acción.

La razón siempre es la misma: el empobrecido carece de la acción de *in rem verso* cuando ha dispuesto de otra acción para prevenir su daño.

¹⁰⁶ REVOREDO MARSANO, Delia. *Op. cit.*, pp. 778-779.

¹⁰⁷ LLAMBÍAS, Jorge Joaquín. *Op. cit.*, p. 397.

Por su parte, Julien Bonnecase¹⁰⁸ señala que la Corte de Grenoble consideró que la acción de *in rem verso*:

«Procede en todos aquellos casos en que el patrimonio de una persona se enriquezca sin causa legítima y a costa del de otra persona, y cuando esta última no goce de ninguna acción derivada de un contrato, cuasi contrato, delito o cuasi delito, para obtener lo que se le debe; pero que no puede substituirse durante un juicio, por una acción diferente originalmente fundada en una obligación contractual».

Al respecto, cabe preguntarnos ¿qué significa esto?

Si la ley concede a la parte perjudicada por el empobrecimiento alguna otra acción que pueda interponer contra o con respecto a su contraparte, lo que dice la ley —a través del citado artículo 1955 del Código Civil— es que tiene que recurrir a esas pretensiones o acciones para tratar de hacer valer sus derechos.

Eso significa que la ley peruana al igual que la generalidad de la doctrina de la tradición jurídica romano-germánica y de los códigos civiles extranjeros, cuando trata acerca del enriquecimiento sin causa le ha dado carácter supletorio. Es decir, le ha dado naturaleza subsidiaria. No es una pretensión adicional a otras que se pueda plantear ni es una pretensión más que se pueda interponer. Es una pretensión cuya interposición cabe en defecto de existencia de otras pretensiones.

4.2.2. ¿El enriquecimiento sin causa es materia arbitrable?

Imaginemos que la Entidad ordena al Contratista ejecutar un determinado adicional de obra que supera el porcentaje establecido en el segundo párrafo del artículo 41 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es decir, el 15% del monto originalmente pactado.

¹⁰⁸ BONNECASE, Julien. *Elementos del Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*. Puebla: Biblioteca Jurídico-Sociológica, 1945, tomo II, pp. 313-314.

Como sabemos, para ello la Entidad requerirá contar con la autorización previa de la Contraloría General de la República a efectos de la ejecución y pago del referido adicional.

Sin embargo, la Entidad —sin dicha autorización previa— ordena al contratista y éste ejecuta el adicional. En tal sentido, la Contraloría General de la República, obviamente,¹⁰⁹ no aprueba el adicional y la Entidad no le paga al contratista.

Como nos imaginamos, el contratista demanda a la Entidad por enriquecimiento sin causa, fundamentándose en pronunciamientos del propio OSCE.¹¹⁰

La Entidad, ante dicha demanda, argumentará que el enriquecimiento sin causa no debe ser resuelto por la vía arbitral, sino que debe ser materia de conocimiento de la jurisdicción ordinaria, ya que se trataría de un tema extra contractual.

Sobre el particular, Arrarte y Paniagua¹¹¹ señalan que nada obsta a que las partes se puedan enriquecer indebidamente, por ejemplo, al beneficiarse con prestaciones ejecutadas y respecto de las cuales no existió acuerdo sobre el precio. Lo mismo podría ocurrir en los casos

¹⁰⁹ Dado que el adicional se ejecutó antes de su autorización previa.

¹¹⁰ Así, por ejemplo, en la Opinión de Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE n.º 64-2002-GTN, se señala lo siguiente:

«CONSULTA: ¿De qué manera puede regularizarse los adicionales que se hubiesen ejecutado sin Resolución que aprueba los adicionales y qué sucede con las contraprestaciones?

OPINIÓN: En el caso de prestaciones adicionales, éstas no pueden regularizarse ante los organismos competentes si ya fueron ejecutados, pues la aprobación de su ejecución es necesariamente previa, lo que no significa que la Entidad no deba cancelar lo ejecutado efectivamente de modo adicional, pues se configuraría un enriquecimiento sin causa por parte de ella, a favor del contratista. El pago de las prestaciones adicionales no autorizadas no enerva la responsabilidad administrativa ni civil de los funcionarios». (El subrayado es nuestro).

¹¹¹ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 197.

en que los contratos sean declarados nulos, pese a lo cual existen prestaciones que fueron ejecutadas y que deben ser pagadas o resarcidas.

Al respecto y en primer lugar, debemos tener presente que existen diversas teorías que tratan de explicar el enriquecimiento sin causa; a saber:¹¹²

- (i) Aquéllas que asimilan el enriquecimiento sin causa a alguna otra *f fuente de las obligaciones* (o también llamados cuasicontratos, como la gestión de negocios o la responsabilidad extracontractual);
- (ii) Aquéllas que postulan que el enriquecimiento sin causa *es una fuente de obligaciones propia e independiente*; y
- (iii) Aquéllas que señalan que el enriquecimiento sin causa es en realidad un principio que informa el ordenamiento jurídico en general.

Campos Medina¹¹³ sostiene que el enriquecimiento sin causa no es una fuente autónoma de obligaciones, sino más bien un principio abstracto que informa al Derecho Civil en general y que ha sido convertido en norma positiva (ya sea una sección específica del Código Civil o no), expresamente con el objeto de producir una obligación en quien se enriquece y un derecho subjetivo en quien se empobrece.

Al respecto, De la Cámara y Díez-Picazo¹¹⁴ consideran que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general (independientemente de si llegue a obtener o no el estatus de principio general del Derecho) y, en tanto ello, no puede decirse que el enriquecimiento sin causa esté limitado a una fuente específica de obligaciones.

¹¹² CAMPOS MEDINA, Alexander. «La arbitrabilidad del enriquecimiento sin causa. A propósito de los contratos administrativos». *Op. cit.*, p. 311.

¹¹³ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 314.

¹¹⁴ Citados por CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 313.

Una primera aproximación superficial nos podría hacer pensar que el enriquecimiento sin causa no puede presentarse en el escenario contractual, en la medida de que el acuerdo de voluntades constituye, precisamente, la causa que justifica el enriquecimiento. De hecho, ésta fue una posición bastante difundida en la doctrina antigua.¹¹⁵

Sin embargo, Manuel Rebollo¹¹⁶ señala que existen supuestos en los que el contrato no constituye fuente de la obligación de pagar ciertas prestaciones, sino que dicha obligación surge, en cambio, de la prohibición de enriquecerse sin causa. Así, por ejemplo, nos podemos encontrar ante prestaciones del contratista distintas a las que estaba obligado en virtud del contrato —y del correcto ejercicio del *ius variandi*—; ello, ya sea por el actuar espontáneo del contratista o por una orden nula sin virtualidad para vincular a la administración.

En consecuencia, y habiendo quedado claro que el enriquecimiento sin causa se funda en un principio de equidad que informa el Derecho en general, podríamos afirmar que dicha figura puede generarse tanto dentro como fuera del contrato.

Ahora bien, como hemos visto en el punto 3 del presente capítulo, el inciso 1 del artículo 2 de la Ley de Arbitraje establece que pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición.

En tal sentido, el enriquecimiento sin causa es *per se* materia arbitrable, al ser de libre disposición, e incluso por tener contenido patrimonial.

Sin embargo, hay quienes sostienen que el enriquecimiento sin causa constituye en nuestro sistema jurídico una fuente de obligaciones distinta al contrato (convenio arbitral), por lo que no podría constituir materia arbitrable.

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ REBOLLO PUIG, Manuel. *El enriquecimiento injusto de la administración pública*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 270.

Al respecto, se debe precisar que el hecho de que el escenario natural del arbitraje sean las relaciones contractuales, ello no implica —en lo absoluto— que el arbitraje esté restringido a tales relaciones contractuales.

En efecto, el inciso 1 del artículo 13 de la Ley de Arbitraje establece que «el convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza [...]». (El subrayado es nuestro).

Sobre este tema, Arrarte y Paniagua¹¹⁷ señalan que la respuesta a si el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable o no, dependerá del tenor del convenio arbitral.

Dentro de tal orden de ideas, correspondería analizar las cláusulas arbitrales que las partes incorporan en el contrato, a efectos de determinar si ellas excluyen al enriquecimiento sin causa como materia arbitrable. Sólo en ese supuesto es que podríamos afirmar que —para el caso en concreto— una pretensión de enriquecimiento sin causa no podría ser conocida por el Tribunal Arbitral, dado que —precisamente— existe dicha exclusión.

A modo ilustrativo analicemos el siguiente modelo de cláusula arbitral:

«Las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato, se resolverá mediante los procedimientos de conciliación y/o arbitraje, con excepción de aquellas referidas en el Artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control de la Contraloría General de la República, Ley n.º 27785 y demás que por su naturaleza sean excluidas por ley». (El subrayado es nuestro).

¹¹⁷ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María y Carlos PANIAGUA GUEVARA. *Op. cit.*, p. 195.

Como podemos apreciar, en dicho convenio arbitral hay dos límites; a saber: (i) un límite temporal (desde la celebración del Contrato); y (ii) un límite respecto de las materias arbitrables (cualquier controversia, excepto aquellas referidas en el artículo 23 de la Ley n.º 27785).

Dentro de tal orden de ideas, si las controversias sobre enriquecimiento sin causa surgen después de la celebración del Contrato y, en tanto, el enriquecimiento sin causa no se ha excluido, sí estaríamos frente a una materia arbitrable.

Dadas las complejas y casi infinitas posibilidades de controversia entre las partes, no es razonable, e incluso resultaría casi imposible, que el acuerdo de voluntades incluya, una a una, el detalle de las materias que serán sometidas a arbitraje.¹¹⁸

No podemos olvidar que la intención de las partes al pactar el arbitraje es la de evitar acudir al Poder Judicial, por lo que no tendría mucho sentido interpretar que la voluntad de las partes es acudir en unos casos al arbitraje y en otros al Poder Judicial (cuando no han excluido expresamente algunas materias propias de la etapa de ejecución de contratos).

En tal sentido, el enriquecimiento sin causa sí se encontraría comprendido dentro del ejemplo de convenio arbitral que hemos citado.

Ahora bien, independientemente de las materias que son objeto de desarrollo en las cláusulas arbitrales particulares que contienen los contratos que celebra el Estado con sus proveedores de bienes, servicios y obras, existe la cláusula arbitral tipo que entra a regir supletoriamente, como lo hemos indicado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 216 del Reglamento.

Esta cláusula arbitral tipo, vamos a recordarlo, señala lo siguiente:

¹¹⁸ CAMPOS MEDINA, Alexander. *Op. cit.*, p. 323.

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

En la cláusula tipo también encontramos un límite respecto de las materias arbitrables (cualquier controversia que se derive de la ejecución e interpretación del presente contrato).

Así, en tanto las controversias sobre enriquecimiento sin causa hayan surgido como consecuencia de la ejecución del contrato, sí estaríamos frente a una materia arbitrable.

Por otro lado, consideramos pertinente referirnos a la Sentencia de Casación n.º 825-2006, de fecha 15 de diciembre de 2006, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ya que —entre otros puntos— en dicha sentencia se admite que el enriquecimiento sin causa es materia arbitrable, reforzando —de esta manera— el razonamiento elaborado en los puntos precedentes.¹¹⁹

La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema se pronuncia sobre el recurso de casación interpuesto por el Consorcio COSAPI-TRANSLEI contra la resolución expedida por la Primera Sala Civil

¹¹⁹ El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera. COSAPI TRANSLEI demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de las obras realizadas, como consecuencia de trabajos de emergencia. Dichas obras fueron ordenadas por la Entidad, pero al superar cierto porcentaje, se requería la aprobación de la Contraloría General de la República. Dicha aprobación nunca se presentó y, por ende, la Entidad nunca pagó al demandante por las referidas obras. En tal sentido, el argumento de COSAPI TRANSLEI consistió en que la Entidad se había enriquecido sin causa, a costa del demandante. Mediante laudo de fecha 7 de julio de 2005, el árbitro único declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa era una controversia de índole contractual, sobre la cual las partes tienen libre disposición.

Sub Especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró fundada la demanda de anulación de laudo.

En el cuarto considerando de la Sentencia de Casación se señala que la resolución que declaró fundada la demanda de anulación de laudo, consideraba que «[...] la pretensión de enriquecimiento ilícito es, por definición, extraña a la relación contractual que pueda existir entre las partes, por tal motivo los convenios que puedan afectar a ésta no resultan aplicables a aquélla». Asimismo, la resolución de primera instancia señalaba que «[...] al sustentar su competencia en un convenio arbitral que no lo facultaba para resolver una materia jurídicamente extraña al contrato, el Árbitro Único ha lesionado el derecho a un debido proceso [...]».

Sin embargo, el considerando octavo de la Sentencia de Casación señala lo siguiente:

Octavo: «[...] además, el artículo 53 de la Ley n.º 26850 establece que las controversias derivadas de la ejecución y/o interpretación del contrato se regulan mediante conciliación y arbitraje y estando a que en la cláusula catorce punto uno del Contrato de Obra se preveía que cualquier controversia surgida entre las partes, se solucionaría mediante arbitraje, no se advierte que se haya incurrido en la causal de nulidad contenida en el inciso 7 del artículo 73 y el inciso 4 del artículo 1 de la Ley 26572; que a mayor abundamiento, la Sala Superior ha infringido el artículo 61 de la Ley de Arbitraje que establece que no es revisable el fondo de la controversia, no obstante que fluye del laudo arbitral el pronunciamiento de que la pretensión del pago de trabajos en vía de enriquecimiento indebido sin causa es arbitrable; en este aspecto PROVÍAS Departamental no formuló oposición a la decisión de que se arbitre el enriquecimiento sin causa, por lo que hubo convalidación tácita, (sic) de que la materia fuera sometida a arbitraje [...]». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la referida Sala de la Corte Suprema —al analizar si realmente existió causal de anulación de Laudo, por haberse pronunciado sobre el enriquecimiento sin causa en sede arbitral— llegó a la conclusión de que ello no implicaba estar incurrido en la causal del inciso 7 del artículo 73, ni del inciso 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje, ya que —a entender de la Corte Suprema— el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.

Ahora bien, cabe precisar que la posición de la referida Sala de la Corte Suprema no significa que exista unanimidad de criterios, ya que, por ejemplo, en la Sentencia de Casación n.º 500-2007 de fecha 13 de junio de 2007, dicha Sala habría admitido que el enriquecimiento sin causa no era materia arbitrable,¹²⁰ al declarar improcedente la casación interpuesta contra la Sentencia n.º 25 de fecha 18 de septiembre de 2006, emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Expediente n.º 268-2006.¹²¹

En efecto, en el vigésimo sexto considerando de la sentencia de primera instancia (emitida por la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial) se concluyó «[...] en primer lugar, que el convenio arbitral acordado por las partes no preveía la posibilidad que (sic) se discutiera el pago de una suma de dinero sustentándola en la existencia de un enriquecimiento sin causa, ya que de aquel (sic) se colige que las materias que podrían someterse a arbitraje son las relacionadas directamente con el Contrato, por lo que siendo el enriquecimiento sin causa una fuente de obligaciones distinta al Contrato que unió a las partes no se encontraba inmersa (sic) dentro del Convenio Arbitral celebrado». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, la referida Sala de la Corte Superior —al analizar si realmente existió causal de anulación de Laudo, por haber-

¹²⁰ El tema de fondo —en la vía arbitral— se puede resumir de la siguiente manera: Ingenieros Civiles y Contratistas Generales S.A. demandó a Provías Departamental para que ésta le pague el valor de obras adicionales que superaban el porcentaje establecido en la Ley para la autorización de la Contraloría General de la República. En tal sentido, la demandante exigía el pago de dichos adicionales por concepto de enriquecimiento sin causa.

Mediante laudo de fecha 15 de diciembre de 2005, el tribunal arbitral declaró fundada la demanda, al considerar que el enriquecimiento sin causa sí era materia arbitrable.

¹²¹ Dicha sentencia declaró fundada la demanda de anulación de laudo arbitral, declarando inválido el laudo arbitral emitido y restableciendo la competencia del Poder Judicial.

se pronunciado sobre el enriquecimiento sin causa en sede arbitral—llegó a la conclusión de que el enriquecimiento sin causa no constituía materia arbitrable.

Incluso, en el último párrafo del artículo 56 del Proyecto de Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado n.º 1490/2007-PE, se establecía que «el ejercicio de la acción por enriquecimiento indebido se hará prevalecer en sede judicial». Sin embargo, dicho extremo del Proyecto de Ley no prosperó y la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado no contempla una disposición similar a la citada.

Dentro de tal orden de ideas, queda claro que en torno a las pretensiones por enriquecimiento sin causa, no existe unanimidad de criterio para considerar que los tribunales arbitrales son competentes en materia de enriquecimiento sin causa en contratación pública; y en los casos en que los tribunales se declaren competentes para conocer tales pretensiones, para que ellas se declaren fundadas, será necesario que se cumpla con todos los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa.

CAPÍTULO III

PROCESO ARBITRAL:

PLAZOS DE CADUCIDAD, ACUMULACIÓN Y EXCEPCIONES

Capítulo III

PROCESO ARBITRAL: PLAZOS DE CADUCIDAD, ACUMULACIÓN Y EXCEPCIONES

1. PLAZOS PARA SOLICITAR EL INICIO DE UN ARBITRAJE

En este extremo de nuestro estudio, intentaremos responder cuándo las partes pueden acudir al arbitraje. Es decir, surgida una controversia en qué momento se debe solicitar el inicio de un arbitraje.

Tanto la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado como su Reglamento establecen un plazo de caducidad para que las partes soliciten el arbitraje.

1.1. Prescripción y caducidad

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

En primer lugar, debemos recordar que el Derecho establece los plazos de prescripción y de caducidad, en razón de fomentar la seguridad jurídica; siendo, en general, los plazos de caducidad, los más cortos en todos los ordenamientos jurídicos y, también, en el nuestro.

Asimismo, debemos aclarar que no vamos a entrar a discutir —pues, no es propósito de este trabajo— si la prescripción extingue el derecho o la acción. Optamos, en este punto, por limitarnos a señalar nuestra conformidad con la tesis del maestro Luis Díez-Picazo, quien considera que el objeto inmediato o directo de la prescripción son las

facultades jurídicas y, más concretamente, dentro de ellas, las facultades de exigir.¹²²

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

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

Por su parte, Messineo¹²³ se aproxima a esta noción cuando califica a la prescripción como un evento vinculado con el paso del tiempo. Desde esta perspectiva lo define como el modo o medio con el cual, mediante el transcurso del tiempo, se extingue y se pierde un derecho subjetivo por efecto de falta de ejercicio.

Díez-Picazo¹²⁴ enfatiza que, en realidad, fundamentar la prescripción exclusivamente sobre el transcurso del tiempo contribuye a oscurecer el panorama. Si bien se admite que el transcurso del tiempo como hecho jurídico altera los derechos subjetivos o las relaciones jurídicas, lo cierto es que el mismo no pertenece a la sustancia de la prescripción.

Así, el citado autor llama la atención sobre la inexactitud en que se incurre cuando se define a la prescripción como una extinción de derechos producida por una prolongada falta de ejercicio del derecho. Se-

¹²² DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. «En torno al concepto de prescripción». En *Anuario de Derecho Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas (octubre-diciembre), 1936, fascículo V, tomo XVI, p. 987.

¹²³ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, tomo II, p. 610.

¹²⁴ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 981.

ñala, al respecto, que aunque el titular incida en inactividad o en inercia, el derecho no prescribe en tanto sea reconocido por el sujeto pasivo. La falta de ejercicio ha de ir, por esto, unida a la falta de reconocimiento.

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

Lo expresado nos permite demarcar la idea de prescripción a partir de dos perspectivas:¹²⁵

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

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

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

Esta perspectiva funcional nos permite apreciar claramente que en la prescripción se protege, sobre todo, un interés particular muy concreto: el interés de la persona de no verse expuesta a reclamaciones antiguas, de las cuales se ha perdido la memoria, pues el silencio ha creado una objetiva y razonable confianza de que el derecho o la facultad no serían ya ejercidos.¹²⁶

¹²⁵ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 1000.

¹²⁶ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 999.

«Las funciones de la prescripción, examinada desde un contexto de certidumbre, son, primero en el caso particular, la de extinguir la situación de ventaja que se pretende hacer valer en beneficio del titular de la situación jurídica correlativa de desventaja, y en segundo en relación a la sociedad, la de asegurar el tráfico, asegurando a los terceros en la sociedad la realidad de las apariencias (mediante la consolidación de esta última). Las funciones jurídicas reales de la prescripción, examinada desde un contexto de incertidumbre, son dos: para el caso concreto, descartar la atendibilidad judicial de un proceso inidóneo en tanto que configurado como privadamente inútil, ahorrando a las partes costos procesales; desde una perspectiva general, disminuir la carga procesal de la judicatura en relación a procesos no meritorios, lo que no es sino una visión de lo que ocurre para el Estado, de la sumatoria de descartes de procesos privadamente inidóneos».¹²⁷

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

En la caducidad se protege el interés general en una pronta incertidumbre de la situación pendiente de la facultad de modificación. Porque existe este interés general en la pronta certidumbre de la situación jurídica pendiente de modificación, la caducidad es automática y puede el juez acogerla de oficio. Para la caducidad basta con que el acto de ejercicio sea extemporáneo sin más. En cambio, en la prescripción el acto de ejercicio tiene que ser además intempestivo, es decir, objetivamente inesperado dado el tiempo transcurrido.¹²⁸

¹²⁷ CUEVA GARCÍA, David Ernesto. «Indagaciones heréticas en torno a la prescripción extintiva». En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2000, n.º 21, p. 106.

¹²⁸ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. *Op. cit.*, p. 999.

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

Como señalan Osterling Parodi y Castillo Freyre,¹²⁹ no cabe duda tampoco de que los plazos de caducidad son, por lo general, mucho más breves que los plazos de prescripción, debido a que en estos casos al Derecho le interesa preservar la seguridad jurídica por encima de los derechos de las partes.

Por su parte, Rodríguez Ardiles¹³⁰ señala que la palabra caducidad conlleva la acción o el efecto de caducar, esto es, perder su fuerza una disposición legal o un derecho. En doctrina se entiende como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. La norma legal subordina la adquisición de un derecho a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien permite una opción. Si esa manifestación no se produce en ese tiempo, se pierde el derecho o la opción.

Asimismo, Vidal Ramírez¹³¹ sostiene que tratándose de la caducidad el orden público es más acentuado que en la prescripción, puesto que su elemento más importante es el plazo previsto en la ley de cada caso en que se origine un derecho susceptible de caducidad. En este instituto, más que en la prescripción, se aprecia el imperativo de la ley

¹²⁹ OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. «Todo prescribe o caduca, a menos que la ley señale lo contrario». En *Derecho & Sociedad*. Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2004, n.º 23, p. 274.

¹³⁰ RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. «La caducidad del arbitraje en la Contratación con el Estado». En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Grijley Editores, 2006, n.º 1, p. 334.

¹³¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *La prescripción y la caducidad en el Código Civil Peruano con un estudio de su relación jurídica*. Lima: Editorial Cultural Cuzco, 1985, p. 204.

por definir o resolver una situación jurídica o su cambio. Por ello, refiriéndose a los plazos de caducidad, Jossérand dice que funcionan como una guillotina, sin tener en cuenta ninguna consideración, porque son completamente extraños a toda idea de prueba y de presunción; instituyen una realidad, no consagran un cálculo de probabilidades; van directamente al fin sin que nada pueda hacer que se desvíen; son verdaderas medidas de policía jurídica.

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

En términos generales, entonces, la razón de ser de estas instituciones debe buscarse en exigencias de orden social. En efecto, es socialmente útil, en interés de la certeza de las relaciones jurídicas, el que un derecho sea ejercido; de manera que si no es ejercido, debe considerarse como renunciado por el titular.¹³²

1.2. Plazo de caducidad en la Ley y el Reglamento

Luego de haber analizado brevemente el tema de la prescripción y de la caducidad, debemos centrarnos en los plazos de caducidad que establecen la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento para el tema del arbitraje.

Es necesario recordar, en primer término, que cuando se establece un plazo de caducidad, ello se hace porque no solamente se quiere evitar que quien goce de una determinada pretensión, deje de ejercerla, sino que además no tenga siquiera el derecho de ejercerla.

¹³² MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*, pp. 65-66.

Ahora bien, tal como lo señala el primer párrafo del artículo 215 del Reglamento, «cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley».

En tal sentido, el Reglamento establece los siguientes plazos de caducidad:

Artículo 144.- «*Nulidad del Contrato*

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56 de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje. (El subrayado es nuestro).

Artículo 170.- «*Efectos de la resolución*

[...]

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida». (El subrayado es nuestro).

Artículo 175.- «*Ampliación del plazo contractual*

[...]

Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo por parte de la Entidad podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión. (El subrayado es nuestro).

Artículo 177.- «*Efectos de la conformidad*

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso. (El subrayado es nuestro).

Artículo 199.- «*Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados*

[...]

Sólo será posible iniciar un procedimiento de conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles después de ocurrida la controversia si la valoración de la parte en discusión representa un monto igual o superior al cinco por ciento (5%) del contrato actualizado.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 201.- «*Procedimiento de ampliación de plazo*

[...]

Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión». (El subrayado es nuestro).

Artículo 209.- «*Resolución del Contrato de Obra*

[...]

En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 210.- «*Recepción de la Obra y plazos*

[...]

3. En caso que el contratista o el comité de recepción no estuviese conforme con las observaciones o la subsanación, según corresponda, anotará la discrepancia en el acta respectiva. El comité de recepción elevará al Titular de la Entidad, según corresponda, todo lo actuado con un informe sustentado de sus observaciones en un plazo máximo de cinco (5) días. La Entidad deberá pronunciarse sobre dichas observaciones en igual plazo. De persistir la discrepancia, ésta se someterá a conciliación y/o arbitraje, dentro de los quince (15) días siguientes al pronunciamiento de la Entidad.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Artículo 211.- «*Liquidación del Contrato de Obra*

[...]

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.

Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. [...]». (El subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, salvo el caso de controversias suscitadas por la resolución del contrato (para el cual el Reglamento establece diez días), en los demás casos, las partes tienen quince días para someter las controversias a arbitraje.

Dicho plazo —ya sea el de diez o el de quince días— es un plazo de caducidad, tal como expresamente lo señala el referido artículo 215 del Reglamento.

Sin embargo, el artículo 215 del Reglamento también hace referencia a la aplicación del plazo establecido por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en defecto del Reglamento.

El primer párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad [...]». (El subrayado es nuestro).

Aquí también se establece un plazo de caducidad, a saber: *cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato*.

Y en ese sentido, lo que cabría preguntar es, efectivamente, cuándo culmina el contrato.

Para tal efecto, vamos a recurrir al artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que señala lo siguiente:

Artículo 42.- «*Culminación del contrato*

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

Tratándose de contratos de ejecución o consultoría de obras, el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que será elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, según los plazos y requisitos señalados en el Reglamento, debiendo aquélla pronunciarse en un plazo máximo fijado también en el Reglamento bajo responsabilidad del funcionario correspondiente. De no emitirse resolución o acuerdo debidamente fundamentado en el plazo antes señalado, la liquidación presentada por el contratista se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

El expediente de contratación se cerrará con la culminación del contrato». (El subrayado es nuestro).

Para el caso de los bienes y servicios, el artículo 177 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 177.- «*Efectos de la conformidad*

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado es nuestro).

En relación al contrato de obra, el artículo 212 del Reglamento trata acerca de los efectos de la liquidación y señala lo siguiente:

Artículo 212.- «*Efectos de la liquidación*

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado es nuestro).

Resumiendo lo visto hasta el momento, el Reglamento establece un plazo de caducidad más corto para la solicitud de arbitraje (diez o quince días, dependiendo de la controversia), si lo comparamos con el plazo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (hasta la culminación del contrato).

Al respecto, hay quienes cuestionan la legalidad del marco normativo en lo que se refiere al tema de la caducidad del derecho a acudir a la vía arbitral.

Así, por ejemplo, García-Calderón¹³³ señala que dado que el artículo 2004 del Código Civil establece que «los plazos de caducidad los fija la ley sin admitir pacto en contrario», considera que el plazo de caducidad contemplado en el Reglamento es incorrecto e ilegal, toda vez que estos plazos se encuentran regulados en el Código Civil, no siendo posible establecerlos a través de normas de inferior jerarquía como un decreto supremo, dejando en indefensión al interesado al recortársele el derecho de acceso a la justicia.¹³⁴

Asimismo, Rodríguez Ardiles¹³⁵ —teniendo en cuenta lo establecido por el artículo 2004 del Código Civil— señala que ello conduce a cuestionarnos respecto a si las disposiciones efectuadas por el Reglamento, en el sentido de establecer plazos de caducidad, cumplen o no con el principio de legalidad.

Así, el citado autor afirma que el poder recurrir a la instancia arbitral en cualquier momento hasta antes de la culminación del contrato, ofrece a las partes contratantes una facultad amplia para determinar, dentro de dicho lapso, la posibilidad de decidir el momento en el cual, por razones de costo u oportunidad, se puede recurrir a la instancia arbitral, cumpliendo con las normas de procedimiento establecidas en el Reglamento.

¹³³ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 146.

¹³⁴ Cabe recordar que este artículo fue escrito en el año 2001, por lo que su autor hace referencia al artículo 186 del Reglamento contenido en el Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM. Sin embargo, la crítica puede ser aplicada *mutatis mutandis* a la reglamentación actual.

Al respecto, Rodríguez Ardiles señalaba que la legislación derogada (es decir, el Decreto Supremo n.º 013-2001-PCM), aunque sin llamarla por su nombre, disponía un plazo perentorio para recurrir al arbitraje, esto es, hasta antes de que quede consentida la liquidación, configurándose así, en la práctica, un plazo que bien podía ser admitido como de caducidad. (RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. *Op. cit.*, p. 331).

¹³⁵ RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. *Op. cit.*, p. 335.

A entender del citado autor, el Reglamento¹³⁶ ha fijado plazos de caducidad no previstos en la Ley, dependiendo de la situación que en cada caso corresponde, recortando o limitando —sin explicación— la amplitud que la Ley otorga, lo que a la postre significaría una desnaturalización de la norma jerárquica superior a cuyos conceptos debe sujetarse. De esta manera, el establecer plazos perentorios que limitan la libertad que la Ley otorga a las partes contratantes, tiene un efecto perturbador del principio de legalidad, el mismo que es necesario restituir en el más breve plazo.

A nuestro entender, el legislador —a pesar de las críticas a la leyes de Contrataciones y Adquisiciones del Estado anteriores y a sus Reglamentos— persiste en establecer plazos de caducidad más cortos en el Reglamento. Ello, evidentemente, implica que se siga cuestionando la legalidad de los mismos.

Ahora bien, cabe resaltar que sí resulta novedosa la inclusión —en el artículo 215 del Reglamento— de la expresión «o, en su defecto». Es decir, el artículo 215 del Reglamento no sólo establece plazos de caducidad especiales para cada tipo de controversia, si no que también establece que en defecto de lo regulado por el propio Reglamento, las partes tienen derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, es decir, antes de la culminación del contrato.

Decimos que resulta novedosa dicha inclusión ya que, por ejemplo, el artículo 273 del anterior Reglamento (Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM), establecía únicamente que «cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 53 de la Ley, en armonía con lo previsto en los artículos 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento [...]».

¹³⁶ Aquí también cabe precisar que el autor hace referencia al Reglamento contenido en el Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM. Sin embargo, su crítica también podría ser aplicada *mutatis mutandis* a la reglamentación actual.

Como se puede apreciar, con el antiguo Reglamento se tenía que hacer una aplicación e interpretación en armonía del plazo de caducidad establecido por el artículo 53 de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y los plazos de caducidad establecidos en los referidos artículos del antiguo Reglamento. Ahora, en cambio, de conformidad con lo establecido por el citado artículo 215 del actual Reglamento, la aplicación del plazo de caducidad de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado se produce en defecto de los plazos de caducidad del nuevo Reglamento.

Sin embargo, tanto la reglamentación anterior como la actual dan lugar a una multiplicidad de arbitrajes susceptibles de iniciarse en relación a un mismo contrato. En otras palabras, la regulación de los plazos de caducidad para someter una controversia a arbitraje, implica que a lo largo de la ejecución de un contrato se puedan iniciar diversos procesos arbitrales o se puedan acumular¹³⁷ pretensiones al proceso ya iniciado.

1.3. La caducidad para el caso de los vicios ocultos

1.3.1. Aspectos generales de los vicios ocultos

Hemos querido abordar de forma independiente el tema de la caducidad para el supuesto de controversias relacionadas con vicios ocultos, dada su particular importancia y su regulación especial.

Como se recuerda, el tema del saneamiento por vicios ocultos es una materia esencialmente civil, que está regulada en los artículos 1503 a 1523 del Código sustantivo.

El artículo 1484 del Código Civil señala que hay lugar a saneamiento en los contratos relativos a la transferencia de la propiedad, la posesión o el uso de un bien, y el artículo 1485 del referido Código

¹³⁷ Sobre la acumulación nos remitimos al punto 2 del presente capítulo.

señala que en virtud del saneamiento el transferente está obligado a responder frente al adquirente por la evicción, por los vicios ocultos del bien o por los hechos propios, que no permitan destinar el bien transferido para la finalidad para la cual fue adquirido o que disminuyan su valor.

En ese sentido, el artículo 1486 del Código Civil establece una presunción de destino normal cuando señala que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición o las costumbres del lugar.

El saneamiento por vicios ocultos, señalado en el artículo 1503 del Código Civil, establece que el transferente está obligado al saneamiento por los vicios ocultos existentes al momento de la transferencia.

Nuestro examen de esta norma debe partir de la definición de vicio oculto, el cual se entiende, a grandes rasgos, como toda imperfección existente sobre el bien transferido que lo hace inadecuado para cumplir con el fin que motivó su adquisición. Esos vicios, entonces, hacen que el bien sea impropio para su destino, de modo que si el adquirente los hubiese conocido no lo habría adquirido, o habría dado menos por él.

La Exposición de Motivos del Código Civil vincula la noción de vicio oculto a la existencia de deterioros, anomalías y defectos no susceptibles de ser apreciados a simple vista y que de alguna manera afectan el derecho del adquirente a su adecuada utilización. La buena o mala fe del transferente no afecta en nada a la calificación del defecto como causa de saneamiento.

Cánepa¹³⁸ señala que el vicio o defecto debe entenderse como una anomalía o imperfección en la cosa que impida al adquirente destinarla

¹³⁸ CÁNEPA TORRE, Horacio. *El saneamiento por vicios ocultos en la contratación civil y estatal*. Lima: F.M. Servicios Gráficos, 2007, p. 60.

a la finalidad de su adquisición y, en cuanto a la finalidad, el citado autor la considera de una manera subjetiva, es decir, la finalidad prevista por el adquirente al momento de celebrar el contrato.

Esbozada la noción de vicio oculto corresponde ahora realizar un esquema de los requisitos que deben concurrir para poder aplicar la norma bajo comentario y, por consiguiente, hacer responsable de saneamiento al transferente:

(a) *Que los vicios sean coetáneos o anteriores a la enajenación del bien*

El vicio debe tener un origen anterior o contemporáneo a la época de la enajenación del bien, es decir, debe preexistir al momento de la adquisición. Si el vicio surge luego de producida la transferencia, afecta algo que ya le pertenece al adquirente.

Debemos tener en claro que lo importante no es el momento en que se manifiesta el vicio (lo que podría ocurrir después de realizada la transferencia); lo que importa a efectos del saneamiento es el momento en que se originó dicho vicio.

Es necesario subrayar que la transferencia del riesgo no tiene protagonismo en el saneamiento por vicios ocultos, en tanto no se trata de determinar quién debe asumir la pérdida del bien por imposibilidad sobreviniente, sino quién asume la responsabilidad por la existencia del vicio.

De la Puente pone de relieve esa importante distinción, señalando que pese a que la transferencia del riesgo y la transferencia de la propiedad de los bienes muebles ciertos se produce en virtud del mismo acto —la entrega o tradición—, ello no ocurre así tratándose de bienes inmuebles. En este último caso la transferencia del riesgo sigue produciéndose en el momento de la entrega, desde que el artículo 1567 del Código Civil no distingue entre bienes muebles e inmuebles, pero la transferencia de propiedad se produce

desde el momento en que se crea la obligación mediante la celebración del contrato, aunque la entrega se produzca en momento distinto.

(b) *Que los vicios sean graves*

El vicio debe hacer que el bien sea impropio para el uso a que se le destina o disminuir sensiblemente su utilidad, de modo que sólo sirva imperfectamente, lo que permita presumir que conociendo la existencia de esos vicios el adquirente o no hubiese adquirido el bien o, en caso el contrato se hubiera celebrado a título oneroso, hubiese pagado un precio significativamente inferior.

Sobre el tema, León Barandiarán¹³⁹ se ha pronunciado argumentando que no todo vicio da lugar a responsabilidad. El vicio debe tener cierta gravedad, causar una depreciación de cierta importancia en la cosa, salvo, naturalmente, indicación expresa sobre la existencia de una cualidad no importante o sobre la no presencia de determinado vicio sin importancia. El vicio, enfatiza, debe afectar a la cosa, quitándole en todo o en parte la utilidad que se presumía le correspondía. Además, si el adquirente no tuviera perjuicio, no tendría razón para accionar.

La inutilidad absoluta de la cosa existe, entonces, cuando los defectos la hacen impropia para el uso a que se le destina. No se exige que sea inútil para todo uso a que pueda destinarse, sino a aquél a que se le destina.

Por otro lado, debemos anotar que para que se cumpla con este requisito no es necesario que el vicio o defecto sea irreparable, pues, como nos dice la razón, la gravedad no desaparece si es preciso realizar gastos de cierta importancia.

¹³⁹ LEÓN BARANDIARÁN, José. *Tratado de Derecho Civil Peruano*. Lima: Walter Gutiérrez Editor, 1992, tomo IV, pp. 171 y 172.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, y, como resulta evidente, no puede dejarse al arbitrio del adquirente el que, luego de realizada la transferencia, aduzca una supuesta inutilidad o deficiencia de la cosa para aplicarla al fin determinado. No basta con ello, ya que es preciso probar lo que se afirma.

(c) *Deben ser ocultos*

Ello supone que el transferente no haya manifestado los vicios, es decir que sean ignorados por el adquirente y que éste no haya debido conocerlos. De ello se sigue, además, que no existe vicio oculto en aquellos casos en que el adquirente es negligente en el examen del bien o en aquellos otros en que por su profesión u oficio debía haber sabido de la existencia del vicio con facilidad.

López de Zavalía¹⁴⁰ explica las tres posiciones que se han elaborado para determinar cuándo un vicio es oculto y cuándo es aparente:

El vicio es aparente cuando es cognoscible por el adquirente, aunque valiéndose del asesoramiento de terceros. Esta tesis es demasiado rigurosa y adoptarla implicaría ponerle trabas al tráfico contractual.

Se tiene por vicio oculto al vicio siempre que el defecto no resulte cognoscible para el adquirente concreto, atendiendo a sus condiciones personales. Se suele criticar esta postura en tanto la misma mezcla dos problemas distintos: el tema de lo oculto del vicio y su conocimiento por el adquirente concreto.

López de Zavalía se inclina por una tercera postura según la cual el vicio debe ser calificado de oculto o aparente *a priori*, prescindiendo

¹⁴⁰ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos. Parte General*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía-Editor, 1984, p. 500.

de un determinado y concreto adquirente, pero teniendo en vista la cosa de que se trata y la práctica seguida en la vida de los negocios con referencia a las operaciones que sobre ella se verifican. Así, afirma, hay que partir de la idea del adquirente medio, de modo que la imagen de un perito sólo se tendrá en cuenta cuando por la naturaleza de la operación fuera de esperar que el adquirente se hiciera asesorar por terceros, como acontecería si hubiera una complejidad técnica en la cosa o si se tratara de una operación de gran envergadura. El citado profesor completa su argumentación afirmando que nadie está autorizado a calificar de oculto un vicio que sólo su completa inexperiencia sobre las cosas de esa índole le impidió ver, pero si tiene la experiencia normal que es de esperar de los que adquieren cosas de esa índole, el vicio será oculto aunque lo hubiera podido percibir una persona más avezada.

Sobre el particular, Mosset Iturraspe¹⁴¹ señala que un vicio es oculto cuando no existe posibilidad de descubrirlo sin ensayo o prueba de la cosa, o cuando sólo puede ser advertido por expertos o propietarios diligentes.

Cabe resaltar que para determinar el carácter oculto del vicio debemos tener en cuenta la existencia del concepto de hecho notorio. Dicho concepto, como se infiere de su denominación, alude a aquellos hechos que entran naturalmente en el conocimiento o información normal de las personas en el círculo en que se desenvuelven. Su existencia, como resulta evidente, obstaría a la posibilidad de accionar por vicios ocultos puesto que dicho vicio podría ser considerado como un hecho notorio y perder, en consecuencia, el carácter de oculto.

A estos requisitos debemos agregar uno más que es identificado y explicado por el profesor argentino Fernando J. López de Zavalía:¹⁴²

¹⁴¹ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Buenos Aires: EDIAR Sociedad Anónima Editora, 1988, p. 416.

¹⁴² LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los Contratos*. Parte General. *Op. cit.*, p. 505.

(d) *Los vicios deben ser de hecho, no de derecho*

Así, señala que los vicios que se toman en cuenta como causa de saneamiento no son los jurídicos, que son aquéllos que interesan para efectos del saneamiento por evicción.

De la Puente, en opinión que compartimos, rechaza este requisito sosteniendo que la diferencia que se hace entre vicio de hecho y vicio jurídico, en el sentido de que el primero afecta la materialidad de la cosa y el segundo incide sobre sus atributos legales, no es válida pues el concepto de vicio oculto es lo suficientemente amplio como para cubrir ambos campos.

Sostiene, además, que es un error distinguir las nociones de evicción y de vicio oculto sobre la base de la naturaleza del vicio existente, según la cual se atribuye a la evicción todo lo relativo a la perturbación del derecho sobre la cosa, y limitando el rol del vicio oculto a la naturaleza física de aquél. En realidad la evicción es la pérdida total o parcial del derecho del adquirente sobre la cosa en virtud de sentencia, y el vicio oculto es la limitación o pérdida de la posibilidad de destinar la cosa a la finalidad para la cual fue adquirida, lo cual puede provenir tanto de un defecto físico de la cosa como de un defecto jurídico, pues ambos tipos de defecto pueden tener similares consecuencias sobre la disponibilidad de ella.

De manera general podemos decir que el saneamiento por vicios ocultos se construye sobre la base de la lealtad que debe regir toda relación contractual.

Asimismo, podemos sostener que el saneamiento por vicios ocultos tiene el mismo fundamento jurídico que el saneamiento por evicción. En ambos casos la justificación de la obligación a cargo del enajenante debe encontrarse en su deber de responder ante el adquirente por no poder alcanzarse que el bien transferido sea apto para la finalidad a la que el adquirente lo destina. En otras palabras, el logro de la finalidad

de la adquisición es lo que justifica y da sentido a la institución del saneamiento, que está destinada, no a que la cosa sea apta para esa finalidad, desde que ello escapa las más veces a la voluntad del enajenante, sino a indemnizar la falta de aptitud.

Cabe resaltar que la responsabilidad por vicio oculto se vincula a la finalidad económica que se perseguía con la adquisición del bien, la misma que se pierde debido al vicio que presenta éste.

Por su parte, el artículo 1504 del Código Civil establece que no se consideran vicios ocultos los que el adquirente pueda conocer actuando con la diligencia exigible de acuerdo con su actitud personal y con las circunstancias.

Tal cual mencionamos al analizar la norma contenida en el artículo precedente, los vicios, para constituir causal de saneamiento, además de ser graves y previos o contemporáneos a la transferencia, deben ser ocultos.

Un problema vinculado a dicho aspecto, aunque distinto, es el problema del conocimiento que tiene el adquirente respecto de ese vicio oculto.¹⁴³

Este problema ha sido abordado por López de Zavalía,¹⁴⁴ quien sobre su base distingue dos situaciones en las cuales no procede el saneamiento:

Cuando no hubo error alguno del adquirente, sea porque éste haya conocido directamente el vicio o porque se lo haya informado el trans-

¹⁴³ Así, lo oculto se distingue de lo ignorado, lo que nos lleva a constatar que lo que objetivamente es oculto puede, sin embargo, ser conocido por el adquirente. No obstante, admitimos que, en definitiva, lo que era conocido por el adquirente no puede ser considerado como oculto en estricto, aunque su conocimiento haya sido producto de una diligencia más allá de lo ordinario.

¹⁴⁴ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Op. cit.*, p. 507.

ferente. En este caso el vicio objetivamente oculto no lo ha sido subjetivamente para el adquirente.

Cuando hubo error, pero aquél no es invocable por el adquirente. Ello acontece cuando el adquirente, en razón de su profesión u oficio debió conocer el defecto. De este modo, si suponemos cosas que en la vida diaria compra el público en general sin el asesoramiento de peritos, pero que de hecho en el caso concreto han sido adquiridas por un técnico, podremos hablar de vicios objetivamente ocultos, pero que en el caso pudieron (y debieron) ser conocidos por el adquirente.

Siguiendo al autor citado podemos concluir en que se debería analizar en cada supuesto el grado de conocimiento del adquirente, respecto del cual —salvo casos muy particulares— no cabe presumir que sea un especialista en la materia.

En definitiva, los vicios no han de ser aparentes y ostensibles, de manera tal que no fueren conocidos por el adquirente ni pudieran serlo. Si hubieran podido ser detectados de inmediato, la decisión sería que adquirió el bien a sabiendas de sus defectos o que incurrió en culpa al dejar de examinarlo detenidamente y de acuerdo a las exigencias y posibilidades propias de la situación concreta.

Así las cosas, no basta con que los defectos estén encubiertos, si el adquirente es un perito en la materia que debió advertirlos. El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos.¹⁴⁵

Por otro lado, debemos señalar que hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

¹⁴⁵ ESPINO MÉNDEZ, Alejandro. *Las obligaciones de saneamiento en el Código Civil Peruano*. Lima: LEJ, 2003, p. 97.

Como ha sido anotado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1505 del Código Civil Peruano, hay lugar al saneamiento cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

Esta norma debe ser concordada con lo dispuesto en el artículo 1486, en el sentido de que si no se indica expresa o tácitamente la finalidad de la adquisición, se presume que la voluntad de las partes es dar al bien el destino normal de acuerdo con sus características, la oportunidad de la adquisición y las costumbres del lugar.

Dentro de tal orden de ideas, podríamos preguntarnos cuál es la relación existente entre el saneamiento por vicios ocultos y la inejecución de las obligaciones.

Como se sabe, la expresión inejecución de las obligaciones abarca diversos conceptos y grados de incumplimiento, yendo desde el incumplimiento total de las obligaciones y pasando por el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

Si se tratara de un incumplimiento total de las obligaciones, ello implicaría que el deudor no habría ejecutado, en lo absoluto, la prestación debida.

En tal sentido, ante el incumplimiento total de una obligación, en los contratos que impliquen que el deudor debe transferir al acreedor la propiedad, posesión o uso de un bien, se presentaría el caso en el cual no se habría entregado nada.

En esta eventualidad, al no haber habido entrega de lo debido, mal podría hablarse de la existencia de una relación con el tema de saneamiento por vicios ocultos, ya que este último tema implica necesariamente que el bien se haya entregado al acreedor y que, precisamente, luego de su entrega, el acreedor descubra la existencia de determinados vicios ocultos que, justamente por el hecho de ser ocultos, no había

podido descubrir al momento de la celebración del contrato, ni tampoco al momento de la entrega del bien.

Los vicios ocultos, para poder dar lugar a que el acreedor del bien reclame por la existencia de los mismos, deben aparecer en algún momento posterior a la entrega. Esto significa que si hubo entrega, entonces, necesariamente estaremos hablando de algún grado de cumplimiento de la obligación.

En tal virtud, debemos descartar que el saneamiento por vicios ocultos tenga relación alguna con el incumplimiento total de una obligación.

En segundo término, nos referiremos al cumplimiento parcial de las obligaciones.

Cumplir parcialmente implica, a su vez, incumplir parcialmente.

Para que el incumplimiento parcial pueda tener alguna relación con el saneamiento por vicios ocultos, debería reunir necesariamente los requisitos del vicio oculto.

Esto equivale a decir que, en primer término, el acreedor no haya estado en la posibilidad de percibir o conocer al momento de la celebración del contrato ni al momento en que se le entregó el bien, que existía dicho vicio, es decir, que el vicio haya sido oculto.

Dentro de tal orden de ideas, si hablamos de defectos de cantidad, para que los mismos pudieran ser considerados como ocultos, necesariamente tendría que haber estado fuera del alcance del acreedor el descubrirlos.

Ello implica que tal acreedor no pudo haber contado, pesado o medido el bien o los bienes que constituían objeto de la prestación.

Esto significa que si el acreedor hubiera estado en aptitud de contarlos, pesarlos o medirlos y no lo hizo, tal situación haría que el vicio no sea oculto.

En segundo término, para que el vicio sea oculto, el mismo deberá ser importante, afectando el uso del bien en los términos del artículo 1505 del Código Civil, vale decir, que el bien carezca de las cualidades permitidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición.

No resulta fácil imaginar ejemplos en los que se conjuguen el saneamiento por vicios ocultos y el incumplimiento parcial de una obligación.

Finalmente, antes de terminar este marco general sobre los vicios ocultos, debemos resaltar que las normas generales en torno a la responsabilidad del contratista con respecto al comitente, se encuentran señaladas en los artículos 1782 y siguientes del Código Civil.

Específicamente importa a efectos de lo señalado en este punto, lo dispuesto en el artículo 1783, cuando establece que el comitente puede solicitar a su elección que las diversidades o los vicios de la obra se eliminen a costa del contratista o bien que la retribución sea disminuida proporcionalmente sin perjuicio del resarcimiento del daño.

Si las diversidades o los vicios son tales que hagan inútil la obra para la finalidad convenida, el comitente puede pedir la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios.

El referido artículo señala que el comitente debe comunicar al contratista las diversidades o los vicios dentro de los sesenta días de recibida la obra. Este plazo es de caducidad. La acción contra el contratista prescribe al año de construida la obra.

Y, por su parte, el artículo 1784 del Código Civil señala si en el curso de los cinco años desde su aceptación la obra se destruye total o

parcialmente, o bien presenta evidente peligro de ruina o graves defectos por vicio de la construcción, el contratista es responsable ante el comitente o sus herederos, siempre que se le avise por escrito de fecha cierta, dentro de los seis meses siguientes al descubrimiento. Todo pacto distinto es nulo.

La norma agrega que el contratista es también responsable en los casos indicados en el párrafo anterior, por la mala calidad de los materiales o por defecto del suelo, si es que hubiera suministrado los primeros o elaborado los estudios, planos y demás documentos necesarios para la ejecución de la obra.

El plazo para interponer la acción es de un año computado desde el día siguiente al aviso a que se refiere el primer párrafo.

1.3.2. Vicios ocultos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

La norma especial en relación a la contratación de bienes y servicios y obras del Estado, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece el desarrollo del tema en el artículo 50, cuando trata acerca de la responsabilidad del contratista. Dicho artículo establece lo siguiente:

Artículo 50.- «Responsabilidad del contratista

El contratista es el responsable por la calidad ofrecida y por los vicios ocultos de los bienes o servicios ofertados por un plazo no menor de un (1) año contado a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. El contrato podrá establecer excepciones para bienes fungibles y/o perecibles, siempre que la naturaleza de estos bienes no se adecue (sic) a este plazo. En el caso de obras, el plazo de responsabilidad no podrá ser inferior a siete (7) años, contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda.

Las Bases deberán establecer el plazo máximo de responsabilidad del contratista». (El subrayado es nuestro).

El tema sigue siendo desarrollado también por el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando señala que:

Artículo 52.- «Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad» (El subrayado es nuestro).

Sobre este particular, tenemos que indicar que es evidente que la Ley tenía que hacer una excepción, con respecto al rubro de los vicios ocultos, en cuanto a la brevedad de los plazos de caducidad señalados por la misma Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y por el Reglamento, que analizamos en el punto 1.2. del presente capítulo.

Esto, por cuanto, cuando se celebra un contrato y nos encontramos en presencia de un vicio oculto, estamos —como su nombre lo indica— frente a un vicio que no es conocido, que es —precisamente— oculto. Sobre este aspecto, la doctrina de la tradición jurídica romano-germánica es unánime.

Entonces, en razón de los plazos establecidos por la ley, este vicio que podrá o no estar en germen, aparecerá con posterioridad y cuando aparezca, naturalmente, la entidad tendrá que accionar, pero siempre y cuando se encuentre dentro del plazo de caducidad; que es, en el caso de bienes o servicios, de un año contado a partir de la conformidad otorgada por la entidad; y, en el caso de obras, de siete años contado a partir de la conformidad de la recepción total o parcial de la obra, según corresponda, conforme a lo señalado por los artículos 50 y 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado a que antes hicimos referencia.

El tema también es desarrollado por el Reglamento de la referida Ley.

En cuanto al contrato de prestación de servicios, la materia es desarrollada en el artículo 177, cuando señala lo siguiente:

Artículo 177.- «*Efectos de la conformidad*

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato inclusive por defectos o vicios ocultos se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje, en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado y la negrita son nuestros).

En lo que respecta a vicios ocultos relativos a contratos de obra, el tema es desarrollado por el Reglamento en el artículo 212, que dice lo siguiente a efectos de la liquidación:

Artículo 212.- «*Efectos de la liquidación*

Luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

Toda reclamación o controversia derivada del contrato, inclusive por defectos o vicios ocultos, se resolverá mediante conciliación y/o arbitraje en los plazos previstos para cada caso». (El subrayado y la negrita son nuestros).

Dentro de tal orden de ideas, la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento han establecido plazos especiales de caducidad para el caso de los defectos o vicios ocultos. Ahora bien, los plazos son establecidos por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por lo que —para este caso concreto— no se presentan los cuestionamientos sobre legalidad de los mismos, a diferencia de los plazos de caducidad vistos en el punto 1.2. del presente capítulo.

1.4. La conciliación como requisito previo para el arbitraje

En primer término, debemos recordar que el artículo 40 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece como una de las cláusulas obligatorias de todo contrato, aquella relativa a la solución de controversias, en donde se establece que «Toda controversia surgida durante la etapa de ejecución del contrato deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje [...]». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 214 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 214.- «*Conciliación*

Cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley, debiendo iniciarse este procedimiento ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia.

[...].».

Como podemos apreciar, la Ley establece que —en caso de controversia— cualquiera de las partes puede optar por la conciliación o el arbitraje. Y, si se opta por la conciliación, la parte interesada deberá tener en cuenta los plazos a los que se remite el artículo 214 del Reglamento.

Sobre el tema y controversias en torno al plazo de caducidad para iniciar la conciliación, nos remitimos al desarrollo del punto 1.2. del presente capítulo, el cual se aplica *mutatis mutandis* a la conciliación.

Sin embargo, el citado artículo 40 de la Ley podría hacernos pensar en que aquella parte que deseara someter a discusión las controversias surgidas en virtud de algún contrato celebrado con el Estado, sólo tendría dos opciones excluyentes; a saber: (i) ir a conciliación; o (ii) ir a arbitraje.

Decimos esto porque, a diferencia del artículo 53.2. de la antigua Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado,¹⁴⁶ el artículo 40 de

¹⁴⁶ En efecto, el artículo 53 del Decreto Supremo n.º 083-2004-PCM establecía lo siguiente:

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 partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad.

la Ley en actual vigencia únicamente emplea la disyunción «o» y no dice conciliación «y/o» arbitraje.

Sin embargo, consideramos que se trataría de un error tipográfico de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ya que en diversos artículos del Reglamento¹⁴⁷ se hace referencia a que, en caso de controversia, cualquiera de las partes podrá acudir a conciliación y/o arbitraje.

Nuestra posición se vería reforzada por el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento, que establece lo siguiente:

Artículo 215.- «Inicio del Arbitraje

[...]

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

[...]».

Como se puede apreciar, el citado artículo 215 del Reglamento contempla la posibilidad de que las partes pacten que —de manera previa— al arbitraje se pueda recurrir a la conciliación. Es decir, en este supuesto las partes podrían acudir a la conciliación y al arbitraje para solucionar sus controversias.

Ahora bien, entendemos que las partes deberán pactarlo expresamente en el convenio arbitral, es decir, deberán establecer que, de manera previa al arbitraje, las partes acudirán a la conciliación.

En la etapa de conciliación, las partes podrían arribar a una solución para sus controversias y, con ello, no ser necesario acudir a la vía arbitral. Sin embargo, eso rara veces sucede.

Si la conciliación concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someter a arbitraje las diferencias no resueltas.

[...]». (El subrayado es nuestro).

¹⁴⁷ Así tenemos a los artículos 99, 144, 170, 175, 177, 179, 201, 210, 211 y 212.

En efecto, es muy probable que las partes no lleguen a un acuerdo total (ya sea porque una de ellas no asistió a ninguna de las dos audiencias, o, porque, si bien las dos partes asistieron a las audiencias, no arribaron a un acuerdo total).

En dichos casos, el centro de conciliación emitirá el Acta de no Acuerdo Total o Parcial a que hace referencia el artículo 215 del Reglamento.

A partir de la emisión de dicha Acta, la parte interesada en iniciar el arbitraje, tendrá quince días hábiles para presentar la solicitud de arbitraje a su contraparte, de conformidad con lo establecido por el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento.

Caso contrario, es decir, en el supuesto de que las partes no hubiesen pactado la conciliación como mecanismo previo al arbitraje, deberá entenderse que el acudir a una u otra vía sí podría ser, en algunos casos, excluyente.

Ahora bien, cabe señalar que el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento, podría ser interpretado en otro sentido que no compartimos; a saber: que no sería necesario que las partes pacten expresamente que la conciliación es previa al arbitraje, bastando que una parte acuda a la conciliación y, luego, de no resolverse todas las controversias, acuda al arbitraje.

No compartimos dicha interpretación porque se podría presentar un problema cuando las partes —contractualmente hablando— no pactaron que el procedimiento de conciliación fuese previo al arbitraje, sino que simplemente incluyen la cláusula arbitral usual que señala que las partes solucionarán sus controversias en conciliación o arbitraje.

En este caso, queda claro que las partes no han convenido el mecanismo conciliatorio de manera previa al arbitraje, con lo cual estaremos en el supuesto en el cual una parte podrá recurrir primero a la

conciliación con ánimo de solucionar el problema o controversia y, tal vez, recurrir al arbitraje posteriormente.

La pregunta es ¿cuáles son los plazos para resolver la controversia, cuando se ha solicitado conciliación y luego se quiere recurrir al arbitraje?

El plazo para solicitar la conciliación será de quince o diez días de acuerdo a los plazos a los que hace referencia el artículo 214 del Reglamento.

Y ¿cuándo debe solicitarse el arbitraje?

Se podría sostener el criterio de que rigen los quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no acuerdo total o el Acta de acuerdo parcial de conciliación. Sin embargo, esto no está establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones ni por su Reglamento, ya que —como hemos dicho— el tercer párrafo del artículo 215 de Reglamento (que contempla el referido plazo de quince días) regula únicamente el supuesto en el que las partes hubiesen pactado expresamente que la conciliación es una vía previa para el arbitraje.

¿Esto a qué lleva? Lleva a que por precaución, cuando se quiera iniciar un proceso de conciliación previo al arbitraje (y que no haya sido establecido expresamente en el convenio arbitral), se solicite prácticamente de manera paralela la conciliación y el arbitraje. De tal manera que si fracasara la conciliación, luego no se tendrá que solicitar arbitraje sometiéndose al eventual cuestionamiento de la extemporaneidad o caducidad del plazo para tal solicitud, sino que éste ya se habría solicitado dentro de los quince días o diez días referidos en el primer párrafo del artículo 215 del Reglamento, conforme indican las normas respectivas.

Resultará interesante ilustrar mejor estas últimas ideas. Así, pensemos en un contrato que contenga la siguiente cláusula de solución de controversias:

«CLÁUSULA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan durante la ejecución contractual serán resueltas mediante conciliación y/o arbitraje, dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley».

Asimismo, pongámonos en el supuesto de que surge una controversia entre las partes, relativa a la resolución del contrato efectuada por la Entidad.

En tal sentido, ahí deberíamos que tener presente lo establecido por el artículo 209 del Reglamento, que establece que «en caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de diez (10) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida [...]». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el citado artículo 209 del Reglamento sólo establece un plazo de caducidad de diez días hábiles. En efecto, dicho artículo no establece dos plazos, sino uno.

En tal sentido, la parte interesada en iniciar un arbitraje sólo tendría —para solicitarlo— un plazo de diez días hábiles, contados desde la notificación de la resolución del Contrato.

Cabe resaltar que el término inicial de ese único plazo establecido por el artículo 209 está constituido por el momento de la notificación de la resolución del contrato.

En otras palabras, no existe un segundo término inicial establecido por la ley; por lo que no se podría sostener válidamente que el plazo para solicitar el arbitraje se inicie con la finalización del proceso conciliatorio, ya que ello implicaría el invento de un plazo por parte del intérprete del referido artículo.

En tal sentido, cuando el artículo 209 del Reglamento establece un plazo de caducidad de diez días hábiles, es para que en esos diez días, la parte interesada haga todo lo que desee o pretenda hacer. Es decir, para que solicite la conciliación o para que solicite el arbitraje o para que solicite los dos.

En efecto, nada impide que —durante el único plazo legal de diez días hábiles—, la parte que no está de acuerdo con la resolución del contrato, diligentemente, solicite los dos mecanismos de solución de controversias (conciliación y arbitraje). En otras palabras, no hay ningún impedimento de orden material que haga que dicha parte sólo pueda solicitar —en ese plazo— la conciliación y no pueda, también, solicitar el arbitraje, para evitar —precisamente— que caduque su derecho.

Por ello, consideramos que no existe ningún contrasentido al solicitar el inicio de ambos mecanismos, porque es evidente que —dados los plazos usuales de un procedimiento conciliatorio—, éste va a discurrir en un plazo mucho menor que el que va a demorar el nombramiento de los árbitros y la instalación del futuro tribunal arbitral.

Incluso, si se produjera la instalación del Tribunal Arbitral, iniciándose el proceso, y, luego de ello, las partes arribaran a un acuerdo conciliatorio, entonces se produciría la sustracción de la materia y se tendría que archivar el proceso (en el supuesto de una conciliación total) o se tendría que continuar el proceso arbitral con las pretensiones que no fueron objeto de la conciliación (en caso estemos frente a una conciliación parcial).

Esto, simplemente, por una cuestión de precaución.

En tal sentido, si las partes pactaron de manera expresa que la conciliación sería previa al arbitraje, se siguen los plazos contemplados por el artículo 214 del Reglamento y, luego de ello, de ser necesario, el plazo de quince días establecido en el tercer párrafo del artículo 215 del Reglamento.

Si las partes no pactaron expresamente que la conciliación sería previa al arbitraje, se deberá tener en cuenta que los artículos 144, 170, 175, 177, 199, 201, 209, 210 y 211 del Reglamento sólo establecen un único plazo para acudir a conciliación o a arbitraje o a los dos medios alternativos de solución de controversias.

2. ACUMULACIÓN

De conformidad con lo establecido por el artículo 218 del Reglamento, en caso las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o no hayan pactado al respecto, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito, con indicación del convenio arbitral, incluyendo la designación del árbitro, cuando corresponda.

Asimismo, dicha solicitud deberá incluir de manera referencial y con fines informativos, un resumen de la o las controversias a ser sometidas a arbitraje y su cuantía.

Por su parte, el artículo 219 del Reglamento establece que la parte que reciba una solicitud de arbitraje, deberá responderla por escrito dentro del plazo de diez días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la respectiva solicitud, con indicación de la designación del árbitro, cuando corresponda, y su posición o resumen referencial respecto de la controversia y su cuantía. De ser el caso, la respuesta podrá contener una ampliación o réplica respecto de la materia controvertida detallada en la solicitud.

De esta manera, se estaría iniciando¹⁴⁸ el arbitraje en el que se resolverán las controversias surgidas entre el particular y el Estado.

¹⁴⁸ En estricto, el inicio del arbitraje se da con la recepción de la solicitud de arbitraje. En efecto, recordemos que el artículo 33 de la Ley de Arbitraje establece que «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». (El subrayado es nuestro).

Sin embargo, cabe preguntarnos ¿qué sucede si durante el desarrollo del arbitraje, surgen nuevas controversias entre las partes?

Por ejemplo, imaginemos que el arbitraje versa sobre las controversias surgidas en torno al inicio del plazo contractual y, luego, surge una nueva controversia entre las partes por un adicional de obra. ¿Se tendrá que conformar un nuevo tribunal arbitral para resolver esta nueva controversia? Y, si en un momento posterior surge un tercer conflicto, esta vez, por una ampliación de plazo ¿tendremos que conformar un tercer tribunal arbitral?

A efectos de dar respuesta a estas interrogantes, el quinto párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla la posibilidad de solicitar la acumulación de las nuevas pretensiones.

En tal sentido, cabe señalar que la acumulación tiene como objetivo unificar el tratamiento y resolución de disputas conexas en razón de sus circunstancias subjetivas, fácticas y/o legales. Inspirado en razones de eficiencia y equidad, este instituto procura concentrar el tratamiento de una misma materia litigiosa por ante un solo juzgador, a los fines de evitar soluciones inconsistentes y de optimizar el uso de los recursos, coadyuvando así a la buena administración de justicia.¹⁴⁹

En el campo de la doctrina procesal, se hace referencia a la acumulación de pretensiones o acciones y a la acumulación de procesos. La acumulación de pretensiones o acciones tiene lugar en el marco de un único proceso. La acumulación de procesos, por su parte, presupone dos procesos iniciados de manera independiente.

¹⁴⁹ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. «La acumulación de arbitrajes: ¿acumulación de problemas? En *Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales*. Bogotá: Legis, 2007, p. 330.

Un convenio arbitral podría incluir o no disposiciones en torno a la acumulación de pretensiones o de procesos. Incluso, las partes podrían excluir expresamente dicha posibilidad.

Ahora bien, en caso las partes no dispongan nada en relación a la acumulación en el convenio arbitral, deberemos recurrir a lo que establezca el reglamento arbitral al que se han sometido o a lo establecido por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Así, para el caso de los arbitrajes administrados, el tema de la acumulación de pretensiones y procesos estará regulado en el reglamento procesal del Centro de Arbitraje a cargo del proceso.

Por ejemplo, el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, establece lo siguiente:

Artículo 46.- «Acumulación de procesos

En caso se presentara una solicitud de arbitraje, referida a una relación jurídica respecto de la cual exista en trámite un proceso arbitral entre las mismas partes y derivada del mismo convenio arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar a los árbitros que conocen el proceso anterior, la acumulación de la nueva controversia, siempre y cuando no se haya producido la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos.

Los árbitros resolverán dicha solicitud luego de escuchar a la contraparte, a quien se le correrá traslado por el plazo de tres (3) días». (El subrayado es nuestro).

En caso se trate de arbitrajes *ad-hoc*, se aplica lo establecido por el quinto párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

[...]

Cuando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia derivada del mismo contrato y tratándose de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes puede solicitar a los árbitros la acumulación de las pretensiones de dicho arbitraje, debiendo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el primer

párrafo del presente artículo. No obstante, en el convenio arbitral se podrá establecer que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas partes estén de acuerdo y se cumpla con las formalidades establecidas en el propio convenio arbitral; de no mediar dicho acuerdo, no procederá la acumulación.

[...]. (El subrayado es nuestro).

Asimismo, la acumulación de pretensiones es desarrollada por el artículo 229 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y que establece lo siguiente:

Artículo 229.- «Acumulación

Quando exista un arbitraje en curso y surja una nueva controversia relativa al mismo contrato, tratándose de arbitraje *ad hoc*, cualquiera de las partes puede pedir a los árbitros la acumulación de las pretensiones a dicho arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley, siempre que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria.

Quando no se establezca expresamente en el convenio arbitral que sólo procederá la acumulación de pretensiones cuando ambas estén de acuerdo, una vez iniciada la actuación de pruebas, los árbitros podrán decidir sobre la acumulación tomando en cuenta la naturaleza de las nuevas pretensiones, el estado de avance en que se encuentre el arbitraje y las demás circunstancias que sean pertinentes». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, a entender del legislador, es más conveniente que sea un solo tribunal el que conozca las controversias derivadas de un mismo contrato, siempre que se cumpla con ciertos requisitos; a saber:

- Que exista identidad de las partes;
- Que exista un arbitraje en curso;
- Que la nueva controversia sea relativa al mismo contrato;
- Que el pedido de acumulación de las pretensiones se realice dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley; y
- Que no se haya procedido a declarar la conclusión de la etapa probatoria.

No acumular las controversias, a pesar de presentarse dichos requisitos, podría implicar que las mismas situaciones de hecho puedan ser

objeto de un análisis distinto por parte de los tribunales arbitrales que las conocen y que, como consecuencia de ello, se obtengan laudos inconsistentes.¹⁵⁰

Por ello, es que nuestro legislador habría optado por contemplar la posibilidad de la acumulación de pretensiones, con lo que —a su vez— se evitaría una duplicidad de costos y esfuerzos.

Ahora bien, cabe señalar que la duplicidad de costos, a nuestro entender, no es —en todos los casos— una ventaja real en las acumulaciones, ya que si bien no se tienen dos tribunales arbitrales cobrando honorarios separados, sí se tendría un solo tribunal arbitral que iría reajustando sus honorarios cada vez que una de las partes le solicite la acumulación de una nueva pretensión.

Por otro lado, hay quienes identifican algunos inconvenientes en la acumulación, asociados a: (i) la especialidad en materia de conformación del tribunal; (ii) la celeridad; y (iii) la confidencialidad.

¹⁵⁰ Al respecto, Suárez Anzorena señala que existen algunas posibilidades para evitar dicha inconsistencia, aunque reconoce que son menos eficientes y económicas que la acumulación de pretensiones o de procesos; a saber:

- (i) La constitución de tribunales arbitrales con idéntica o similar composición. Así, cabría suponer que un determinado árbitro ponderará y valorará de manera uniforme un mismo conjunto de hechos y circunstancias. Se sigue de tal suposición que si se repite total o parcialmente una determinada composición de tribunales arbitrales en casos conexos, se reduciría el riesgo de resultados inconsistentes.
- (ii) La coordinación de procedimientos entre los distintos tribunales constituidos para los casos con elementos conexos. Uno de los supuestos más comunes en este campo es el de la unificación de las audiencias de prueba. Esta modalidad permitiría exponer a todos los árbitros (los de los dos arbitrajes) a un mismo trámite probatorio.
- (iii) Finalmente, los arbitrajes concatenados en los casos en que se presentan relaciones de contratación y subcontratación. Así, el primer demandante designa un árbitro, el cual vuelve a ser designado por el primer demandado en tanto demandante frente a quien es su contraparte en la línea de subcontratación. Este mecanismo se repite hasta llegar al último de la cadena, el cual designa a un árbitro distinto, repitiéndose el procedimiento de designación de este segundo árbitro en la dirección inversa hasta llegar al primer demandante. (SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 357-359).

Sobre el particular, Suárez Anzorena¹⁵¹ señala que es usual que las partes de un acuerdo arbitral puedan, ya sea por vías directas o indirectas, seleccionar juzgadores que por su experiencia, preparación o relación con una cierta industria resultan ser los más adecuados para resolver una cierta disputa. El resultado de acumular arbitrajes, incluso en el supuesto de disputas que surgen de un mismo contrato pero que tienen diverso contenido de especialidad técnica, puede implicar un sacrificio de esta valorada ventaja del arbitraje.

Asimismo, el citado autor sostiene que la celeridad del procedimiento arbitral también podría verse afectada por el hecho de que se fusione el trámite de dos arbitrajes que no se encuentran en un mismo estado procesal o que requieren, dada la complejidad técnica o probatoria de las cuestiones que se ventilan, de distintos calendarios procesales.

Finalmente, el autor refiere que la confidencialidad podría verse comprometida en la hipótesis en que la acumulación abarcara arbitrajes con partes no idénticas.

3. EXCEPCIONES

Dado que en el primer capítulo hemos analizado las implicancias de la obligatoriedad del arbitraje en la contratación pública, es necesario subrayar que no siempre se podrá recurrir al arbitraje en materia de contratación del Estado, para efectos de solucionar las controversias; ello, habida cuenta de que existen ciertos escenarios en los que se condiciona la posibilidad de emitir un laudo sobre el fondo de la controversia.

Así, por ejemplo, la parte demandada o el demandante¹⁵² podrían interponer alguna excepción en contra de alguna de las pretensiones

¹⁵¹ SUÁREZ ANZORENA, Ignacio. *Op. cit.*, pp. 331-332.

¹⁵² Como es lógico, la excepción no sólo puede ser formulada o deducida por el demandado, sino también por el demandante en caso de reconvencción, pues donde hay la misma razón hay el mismo derecho.

de la demanda o de la reconvencción, respectivamente, a fin de que el Tribunal Arbitral se declare incompetente para conocer el fondo de la controversia.

En ese sentido, resulta indispensable referirnos —en primer lugar— a la facultad del Tribunal Arbitral para decidir sobre su propia competencia. Para, luego, entrar al análisis de las principales excepciones que se interponen en un arbitraje sobre contratación del Estado.

Así, el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece 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 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». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en la parte final del citado inciso se enumeran varias clases de excepciones y/o defensas previas, las mismas que se subsumen en la figura denominada «oposición al arbitraje», que comprende todo tipo de medios de defensa que las partes pudieran esgrimir en contra de la arbitrabilidad de la controversia.

Asimismo, la primera parte del inciso 1 del referido artículo 41 tiene una redacción acorde con el principio *kompetenz-kompetenz*, evitando así que las partes puedan frenar el arbitraje con acciones o recursos en la vía judicial.

Ello se condice con lo señalado por el artículo 228 del Reglamento, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 228.- «Regulación del arbitraje
En cualquier etapa del proceso arbitral, los jueces y las autoridades adminis-

trativas 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.
[...]». (El subrayado es nuestro).

Dentro de tal orden de ideas, ambas normas buscan evitar que las partes puedan frenar el arbitraje con articulaciones sobre competencia en la vía judicial. Ello, sin perjuicio de las facultades del Poder Judicial para hacer un control *ex post* de la competencia de los árbitros por la vía del recurso de anulación del laudo.

Incluso, en el supuesto de que alguna de las partes atacara la validez, existencia o eficacia del convenio arbitral, dicho cuestionamiento deberá ser resuelto por el propio tribunal arbitral.¹⁵³

Tal como señalan Cantuarias y Aramburú,¹⁵⁴ ante dicha situación la doctrina postula desde hace mucho tiempo la necesidad de que sean los propios árbitros quienes determinen, por lo menos en un principio, si son competentes o no para resolver la controversia o, lo que es lo mismo, si el convenio arbitral —que es autónomo al contrato principal— sufre de algún vicio que lo invalide. Esta competencia de los árbitros de resolver acerca de su propia competencia es conocida comúnmente como *kompetenz kompetenz* y se encuentra expresamente contemplada en un sinnúmero de tratados y leyes sobre la materia.

Como bien señala Mantilla Serrano,¹⁵⁵ no queda la menor duda de que el árbitro o el tribunal arbitral podrá decidir toda excepción que

¹⁵³ Ver punto 3.2.1. del presente capítulo.

¹⁵⁴ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 226.

¹⁵⁵ MANTILLA SERRANO, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 138.

involucre cuestiones como la *litis pendentia* y la cosa juzgada, la prejudicialidad, la caducidad y el cumplimiento de las condiciones previas requeridas para iniciar el arbitraje.

Hernando Devis Echandía,¹⁵⁶ por su parte, afirma que la excepción es una especial manera de ejercer el derecho de contradicción o defensa en general, que le corresponde a todo demandando, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos.

En tal sentido, siendo el arbitraje un mecanismo privado de resolución de conflictos, en donde sólo se autoriza a los árbitros a resolver aquello expresamente contemplado en el convenio arbitral, los árbitros —en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*— son competentes para verificar la validez del convenio arbitral y para verificar si procede resolver por la vía arbitral la materia o las materias controvertidas, de conformidad a lo establecido por la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

3.1. Oportunidad para deducir una excepción y para resolverla

Resulta muy importante tener en consideración el momento en el cual pueden ser deducidas las excepciones, ya que la excepción no puede interponerse o deducirse en cualquier estado del proceso.

Así, el inciso 3 del artículo 4 de la Ley de Arbitraje establece que «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». (El subrayado es nuestro).

¹⁵⁶ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Universidad, 1984, tomo I, p. 264.

Evidentemente, lo que se busca es evitar que las partes se guarden algún tipo de oposición al arbitraje, como un as bajo la manga, que puedan presentar en el momento que mejor convenga a sus intereses y con ello —tal vez— demorar el trámite del proceso arbitral.

Es importante recoger aquí lo que constituye práctica habitual en los procesos arbitrales.

En ese sentido, una redacción tipo de las actas de instalación de los tribunales arbitrales, señala algo así como esto:

«De conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo n.º 1071), la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, derivada de la inexistencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o parte de ella, así como cualquier otro tipo de excepciones y/o defensas previas, deberá ser opuesta por las partes a más tardar en la contestación de la demanda o, con respecto a una reconvencción, en la contestación a esa reconvencción». (El subrayado es nuestro).

Esta cláusula tipo de las actas de instalación también es respaldada por los reglamentos arbitrales de los diversos Centros de Arbitraje de la Capital. En ese sentido, podemos citar —a título de ejemplo— lo dispuesto por el artículo 40 del Reglamento Procesal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, cuyo inciso 1 señala lo siguiente:

Excepciones y objeciones al arbitraje

Artículo 40.-

«1. Las partes podrán proponer excepciones y objeciones al arbitraje hasta el momento de contestar la demanda, la reconvencción o el escrito de presentación simultánea de posiciones, según corresponda, las que serán puestas en conocimiento de la contraparte para que proceda a su absolución, dentro del mismo término que se tuvo para contestar tales actos. [...]». (El subrayado es nuestro).

Disposiciones similares se encuentran contenidas en los Reglamentos Procesales de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, del Colegio de Ingenieros del Perú, sede Lima, del Colegio de Abogados de Lima y de la Cámara de Comercio Peruano-Americana (AMCHAM).

Uno de los aspectos más controvertidos en torno a las excepciones, es el relativo a en qué momento deben ser éstas resueltas.

Para tal efecto, es importante recordar lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, cuando al referirse a la competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral, en su inciso 4, señala lo siguiente:

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

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. [...] su decisión sólo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo». (El subrayado es nuestro).

El citado artículo 41, agrega en su inciso 5 que:

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

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».

En este sentido, es necesario hacer algunas consideraciones.

En primer lugar, como vemos, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje faculta al Tribunal Arbitral a resolver las excepciones: (i) inmediatamente después de que ellas sean conocidas por el tribunal y absueltas por la contraparte; o (ii) al momento de laudar.

Aquí cabe preguntarnos ¿cuál es el momento idóneo para resolver una excepción?

Sobre esto habría que formular algunas consideraciones.

En primer lugar, estimamos que —en términos generales— el momento idóneo para resolver una excepción es al principio del proceso, es decir, de manera previa al Laudo arbitral. Ello, por una razón elemental y es que el resolver las excepciones al principio del proceso puede evitar: (i) que las partes incurran en gastos innecesarios; y (ii) que el tribunal arbitral lleve a cabo un proceso que podría devenir en inútil (si es que se amparase la excepción luego de que la misma hubiese sido analizada junto con las demás cuestiones de fondo, es decir, en el laudo).

E, incluso, si la excepción no estuviese destinada a atacar todo el proceso, sino sólo alguna de las pretensiones de la contraparte, el resolverla al comienzo del proceso también implicaría un ahorro de tiempo y dinero.

Entonces, en principio, el momento idóneo para resolver las excepciones es al inicio del proceso.

Naturalmente, si las excepciones fuesen declaradas fundadas y ellas versaren sobre todas las materias controvertidas (sobre todas las pretensiones), el proceso finalizaría con la resolución que las ampara. Ya no tendría sentido continuar con las siguientes etapas del proceso, porque el mismo carecería de objeto.

Sin embargo, todos sabemos que las excepciones podrían recaer, no sobre el íntegro de las pretensiones procesales de la contraparte, o sobre el íntegro de materias controvertidas, sino sólo sobre algunas. O, incluso, recayendo sobre el íntegro de materias controvertidas o pretensiones procesales, el tribunal arbitral podría decidir declarar fundada la excepción en contra de una o algunas de las pretensiones, archivándose dichos extremos controvertidos del proceso y quedando subsistentes otros a efectos de laudar.

En este caso, se produciría lo que se conoce con el nombre de un *laudo parcial* o *laudo interlocutorio*.

Como señalan Fouchard, Gaillard y Goldman,¹⁵⁷ el laudo arbitral puede ser definido como una decisión definitiva por parte de los árbitros respecto de todo o parte de la disputa sometida a su conocimiento, sea que se refiera al fondo de la controversia, a la competencia de los árbitros o a temas de procedimientos, siempre y cuando esa decisión sea, como ya se indicó, definitiva. Los autores identifican hasta cinco tipos de laudos: laudos finales, laudos preliminares, laudos interinos, laudos interlocutorios y laudos parciales.¹⁵⁸

Ahora bien, el laudo interlocutorio es el que resuelve sin entrar al fondo de la controversia, como ocurre en el caso de las excepciones.

Si se tratase de un laudo interlocutorio donde se resolvieran las excepciones declarándolas íntegramente fundadas, ese laudo interlocutorio, de acuerdo a lo establecido por la nueva Ley de Arbitraje, será susceptible de impugnación a través de una acción de anulación, como explicaremos oportunamente a lo largo de este trabajo.

En cambio, si se tratase de un laudo que declarase fundada en parte la o las excepciones y subsistieran otras materias controvertidas, naturalmente, se trataría de un laudo parcial, por cuanto el proceso debería continuar sobre las materias controvertidas subsistentes o sobre las pretensiones que no fueron archivadas.

Es evidente, y así lo establece la Ley de Arbitraje, que en estos casos la posibilidad de impugnar el laudo parcial estaría abierta. La impug-

¹⁵⁷ Citados por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 295.

¹⁵⁸ A pesar de la cita que hace Cantuarias de los referidos autores, señala que a la fecha no existe consenso acerca del concepto «laudo arbitral» ni del contenido exacto de los diferentes tipos de laudos arbitrales que pueden dictar los árbitros. Justamente, debido a la falta de consenso acerca de este tema, los autores de la Ley Modelo de UNCITRAL desistieron en la tarea de definir qué se entiende por laudo arbitral y de establecer si pueden existir uno o más tipos de laudos. (*Idem*).

nación se tendría que realizar a través del mecanismo de la anulación de laudo, pero el momento para poder impugnarlo vía anulación no es precisamente cuando se resuelve la excepción, sino cuando termine el proceso arbitral con el laudo que ponga fin al mismo.

Recién allí se podrán impugnar los laudos parciales anteriores que hubiesen recaído sobre el proceso.

Hemos dejado para el final, pero no porque sea menos importante, un tema que también hay que señalar, y es que, en algunos casos —excepcionales por cierto— los tribunales arbitrales pueden dejar para el momento del laudo la resolución de las excepciones, si es que el conocimiento del fondo de las controversias fuese fundamental para la resolución de la propia excepción.

Lo que ocurre es que existen algunas circunstancias —y en el medio arbitral se presentan cada cierto tiempo— en donde no resulta fácil tomar una posición *a priori* sobre el tema de la excepción. Es decir, que el tribunal requiere —en el fondo— conocer más cuestiones sustantivas del proceso, a efectos de poder dilucidar si se trata de una excepción fundada o de una excepción infundada.

Una situación en la cual los tribunales podrían recurrir a un supuesto como éste (es decir, el de dejar para el laudo la resolución del tema de la excepción), sería aquella en donde las partes no sólo hayan ofrecido pruebas documentales, sino alguna prueba que se tenga que actuar con posterioridad. El resultado de dicha actuación podría dar mayores luces, a efectos de que el tribunal arbitral pudiera resolver la excepción deducida por la parte.

Dentro de tal orden de ideas, en estos casos, creemos que será totalmente posible y lícito que los tribunales arbitrales dejen para el final, es decir, para el momento de laudo, la resolución de las excepciones. Sin embargo, dicha decisión deberá ser tomada con mucho cuidado, ya que ello podría implicar un mayor costo para las partes.

3.2. *Excepción de incompetencia*

Dentro del tema de las excepciones, la primera excepción y, tal vez, la más común es la excepción de incompetencia.

A través de la excepción de incompetencia se denuncian los vicios en la competencia del árbitro, siendo procedente cuando se interpone la demanda por controversias que no pueden ser sometidas a arbitraje o que no han sido debidamente iniciadas de acuerdo con la normativa legal respectiva.

La excepción de incompetencia procede si de oficio o a pedido de parte, se tramita el proceso ante el árbitro al que el emplazado considera como incompetente por alguno de los factores que determinan su propia competencia, a saber: por razón de materia u otros con respaldo de ley.

De la práctica en materia arbitral, podemos señalar algunos casos en los que se deduce la excepción de incompetencia en un proceso arbitral.

El primero sería el supuesto en el cual se alegue la invalidez de la cláusula arbitral.

Como se recuerda, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje señala, en su inciso 1, que:

Artículo 41.- «*Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral*
1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones y 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 [...]». (El subrayado es nuestro).

En relación al tema de la invalidez de la cláusula arbitral, cabe reiterar que el artículo 41 de la Ley de Arbitraje recoge lo que se conoce con

el nombre del principio *kompetenz-kompetenz*, es decir, la facultad que tiene el propio tribunal para decidir acerca de su propia competencia.¹⁵⁹

En materia arbitral es una regla de oro el que los tribunales arbitrales son los únicos que tienen la facultad de decidir acerca de su propia competencia y, ello, en la medida de que si fuesen los tribunales ordinarios de justicia quienes tuviesen que decidir acerca de la competencia de los tribunales arbitrales, en la práctica se tendría que seguir un proceso judicial previo al proceso arbitral, a efectos de poder dilucidar la propia competencia del tribunal arbitral.

Si, por el contrario, ello quedara —desde un inicio— en manos del Poder Judicial, el arbitraje se vería seriamente afectado, ya que la parte que no quisiera cumplir con el convenio arbitral podría iniciar un proceso, por ejemplo de nulidad de dicho convenio, ante el Poder Judicial y, así, el inicio del arbitraje se postergaría hasta que existiera un pronunciamiento firme de los tribunales ordinarios.

En ese sentido, el artículo 41 recoge los mismos principios que las leyes arbitrales peruanas precedentes.¹⁵⁰

Otro ejemplo de excepción de incompetencia se presenta cuando se trata de adicionales de obra que se encuentran dentro de la competen-

¹⁵⁹ Al respecto, nos remitimos a lo señalado por el Tribunal Constitucional en las diversas sentencias que han recaído sobre temas arbitrales y, en especial, las que resolvieron los expedientes n.º 05-67-2006 (acción de amparo) y n.º 61-67-2005 (*habeas corpus*).

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, el artículo 39 de la Ley General de Arbitraje establecía que «los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral [...]». Por su parte, el artículo 95 de la antigua Ley General de Arbitraje, Decreto Ley n.º 25935, establecía —para el caso de arbitraje internacional— que «el tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral [...]».

cia de la Contraloría General de la República, tema sobre el cual nos remitimos a lo expresado en el punto 4.1. del Capítulo II sobre materia arbitrable.

Aquí, sólo nos queda reiterar que si la controversia gira en torno a adicionales de obra que superan el 15% del monto originalmente contratado, los tribunales arbitrales deberían declararse incompetentes, ya sea a pedido de una de las partes —vía la excepción de incompetencia— o de oficio.

Otro argumento para fundamentar una excepción de incompetencia es el relativo a que el enriquecimiento sin causa no constituye materia arbitrable.

Al respecto, nos remitimos al punto 4.2. del Capítulo II sobre materia arbitrable, en donde señalamos que a nuestro entender el enriquecimiento sin causa sí es materia arbitrable, aunque reconocemos que no hay unanimidad al respecto. Ahora bien, debemos reiterar que en los casos en que los tribunales se declaran competentes para tal efecto, no es fácil que declaren fundada dicha pretensión, en la medida de que se tienen que cumplir todos los requisitos que la doctrina y la ley establecen para que se proceda la indemnización por enriquecimiento sin causa.

3.3. *Excepción de cosa juzgada*

Otra de las excepciones que son frecuentes en los procesos arbitrales sobre contratación con el Estado, es la excepción de cosa juzgada.

Como sabemos, la finalidad de la cosa juzgada es lograr el reconocimiento de la declaración de certeza ya existente, a través de la prohibición de ventilar un asunto ya juzgado, para que —de este modo— no se afecten las relaciones jurídicas de derecho sustancial que fueron objeto de una precedente sentencia o laudo con autoridad de cosa juzgada, las mismas que se regirán de acuerdo a lo ordenado en dicha sentencia o laudo.

El artículo 452 del Código Procesal Civil establece que hay identidad de procesos cuando las partes o quienes de ellas deriven sus derechos, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos.

En ese sentido, la excepción de cosa juzgada requiere de ciertos requisitos; a saber, en primer lugar que las personas que siguieron el proceso sean las mismas; en segundo lugar, que la causa o acción (interés para obrar) y la cosa u objeto (pretensiones procesales) sean idénticos; y en tercer lugar, que el juicio haya terminado por sentencia ejecutoriada.

3.4. *Excepción de caducidad*

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

Cuando la demanda o la reconvención, de ser el caso, se interpone vencido el plazo para plantear una pretensión procesal derivada de un derecho sustantivo susceptible de caducidad, el demandado o el demandante, dependiendo del caso, puede deducir la excepción de caducidad.

Osterling Parodi y Castillo Freyre¹⁶¹ señalan que la justificación de la caducidad radica en la necesidad de liquidar situaciones inestables que producen inseguridad. Al igual que en el caso de la prescripción, entonces, el orden social exige que se dé fijeza y seguridad a los derechos y se aclare la situación de los patrimonios.

Fernando Vidal Ramírez¹⁶² señala que los plazos de caducidad se establecen de manera específica en relación a una situación jurídica concreta que ha dado lugar al nacimiento del derecho, momento desde

¹⁶¹ OSTERLING PARODI, Felipe y MARIO CASTILLO FREYRE. *Op. cit.*, p. 122.

¹⁶² VIDAL RAMÍREZ, Fernando. «Principio de legalidad en el plazo de caducidad». En *Código Civil Comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 345.

el cual comienza a computarse el plazo para su ejercicio. Por ello, son plazos disímiles, fijados para cada caso, por lo que el Código no ha podido establecer plazos ordinarios o generales, como ocurre con los de la prescripción extintiva.

No haremos mayores comentarios sobre este punto, dado que el tema de la caducidad ha sido ampliamente analizado en el punto 1 del Capítulo III, al cual nos remitimos.

CAPÍTULO IV

ÁRBITROS

Capítulo IV

ÁRBITROS

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

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

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

Al respecto, William Park¹⁶³ señala que se debe tener en cuenta que a pesar de que los litigantes renuncian a la jurisdicción de las cortes nacionales competentes a favor de las instituciones arbitrales, en éstas también se busca promover un tratamiento igualitario entre las partes a través de nociones básicas de justicia. Para lograr dicho objetivo, se espera que los árbitros sean personas íntegras, experimentadas y con la habilidad suficiente como para ser buenos oidores y diligentes lectores.

¹⁶³ PARK, William. «Naturaleza cambiante del arbitraje: El valor de las reglas y los riesgos de la discrecionalidad». En *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, enero-junio 2005, n.º 2, p. 14.

Por su parte, Roque Caivano¹⁶⁴ señala que la elección de las personas que actuarán como árbitros en algunos casos se verá limitada a la lista proporcionada por la institución que administrará el arbitraje, y en otros casos será con mayor libertad, como en los arbitrajes ad hoc. Sin embargo, en uno o en otro caso, la selección de los árbitros es quizá el acto más relevante que toca a las partes decidir, porque se juega en él la suerte del arbitraje. Por más de que intervenga una institución, el éxito o fracaso dependerá en gran medida de la capacidad de los árbitros para resolver la disputa con equidad y solvencia.

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

1. ¿QUIÉN PUEDE SER ÁRBITRO?

A efectos de garantizar la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros. Generalmente, estos requisitos están referidos a la edad y la capacidad civil, la nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro. Pero, además de los requisitos que pueden ser exigidos por la ley del lugar donde se va a desarrollar el arbitraje, las partes o el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje pueden imponer sus propios requisitos adicionales.¹⁶⁵

¹⁶⁴ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, 2ª. Ed., pp. 171-172.

¹⁶⁵ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». En *Revista Peruana de Arbitraje*. Lima: Editora jurídica Grijley, 2006, n.º 2, p. 67.

El tercer párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

[...]

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

Por su parte, el artículo 220 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 220.- «Árbitros

El arbitraje será resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único.

El árbitro único y el presidente del tribunal arbitral deben ser necesariamente abogados». (El subrayado es nuestro).

En primer lugar, vemos que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado contempla la posibilidad de que las controversias sean resueltas por árbitro único o por un tribunal colegiado.¹⁶⁶

¹⁶⁶ Cabe precisar que la Entidad puede optar por incluir en la cláusula arbitral que el arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un tribunal compuesto por tres árbitros, independientemente de la modalidad de contratación que se emplee. Hay total libertad al respecto. Sólo en el caso de que el convenio arbitral no contemplara el número de árbitros, debemos acudir a la parte final del primer párrafo del citado artículo 220 del Reglamento, que establece que «a falta de acuerdo entre las partes, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único».

Al respecto, Cueva Morales sostiene que la determinación del número de árbitros debe ser analizada en cada caso, en función a diversos factores. Así, los casos de mayor complejidad, independientemente de su cuantía, debieran ser encargados, de preferencia, a un Tribunal Arbitral de, cuando menos, tres miembros, cada uno con una formación y especialización determinadas que puedan enriquecer el análisis. Desde un punto de vista de los costos, sin embargo, debe tenerse en cuenta que en tanto mayor sea el número de árbitros, mayor será el costo del arbitraje para las partes, puesto que tendrán que pagar los honorarios de cada uno de los árbitros (CUEVA MORALES, Carlos. *Op. cit.*, p. 204).

Asimismo, como sabemos, el arbitraje en materia de contratación pública es un arbitraje de Derecho. Es más, la nueva Ley de Arbitraje prácticamente relega a una condición verdaderamente mínima o supletoria al arbitraje de conciencia al cual, incluso, no denomina por su propio nombre.¹⁶⁷

A nuestro entender, esto es acertado en la medida de que se trata de buscar la aplicación correcta de las normas que, por lo demás, muchas de ellas son de orden público. Dicha normatividad regula la contratación estatal para zanjar las diferencias referidas a la ejecución de los contratos, que precisamente es el ámbito delimitado por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y el Reglamento, a efectos de que los tribunales arbitrales conozcan este tipo de controversias.

Sin embargo, lo usual es que los tribunales arbitrales de derecho estén compuestos por abogados,¹⁶⁸ es decir, por gente de derecho. En

¹⁶⁷ En efecto, a diferencia de la Ley General de Arbitraje, cuyo artículo 3 distinguía entre arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia, la Ley de Arbitraje no contempla un artículo similar. El tema se trata de manera tangencial en el inciso 3 del artículo 57, sobre normas aplicables al fondo de la controversia, señalando que «[...] el tribunal arbitral decidirá en equidad o en conciencia, sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello».

¹⁶⁸ Cantuarias señala que más allá de la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia, la exigencia de que en el primer caso el árbitro tenga que ser abogado, pretende únicamente mantener un inaceptable coto de caza a favor de los abogados, a la par que significa una inaceptable intromisión en la autonomía de voluntad de las partes.

Justamente sobre este tema, el referido autor cita a Eduardo Zuleta, quien afirma que 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 todo arbitraje de los llamados «de derecho» los árbitros deban ser únicamente abogados. (CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». *Op. cit.*, pp. 77-78).

ese sentido, si un tribunal arbitral está compuesto por abogados, estará en la capacidad de conocimiento y de entendimiento, para poder laudar conforme a derecho. Es decir, para emitir un laudo de derecho. Ello, obviamente, más allá de que se pueda equivocar o pueda —voluntaria o involuntariamente— no aplicar normas legales que debía aplicar.

Lo curioso es que en materia de contratación estatal para poder laudar conforme a derecho, es decir, para emitir un laudo de derecho, no necesariamente debemos estar frente a un tribunal arbitral conformado únicamente por abogados, tal como lo permite el citado artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.¹⁶⁹

Si el tribunal arbitral estuviese integrado por un árbitro único, ese árbitro único tiene que ser necesariamente abogado. Y si el tribunal arbitral fuese un tribunal arbitral colegiado, es decir, un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, únicamente el presidente tiene que ser abogado, pudiendo los otros dos profesionales ser de especialidades de conocimiento distintas. Es decir, podríamos encontrarnos perfectamente ante un tribunal arbitral en donde una de las partes designe como árbitro a un ingeniero y la otra parte designe como árbitro también a un ingeniero. Y dichos árbitros de parte solamente tendrían la obligación de escoger como presidente del tribunal arbitral a un abogado.

¹⁶⁹ Cabe señalar que la posibilidad de que un tribunal arbitral colegiado esté conformado por árbitros cuyas profesiones fueran distintas a las de abogado, no constituye una novedad, en tanto el tema también estuvo regulado de esta forma en los antiguos Reglamentos de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. En cambio, sí resulta una novedad que ahora dicha posibilidad sea compatible con la Ley de Arbitraje.

Nos explicamos.

El segundo párrafo del artículo 25 de la antigua Ley General de Arbitraje establecía que «el nombramiento de árbitros de derecho debe recaer en abogados». En ese sentido, si como sabemos el arbitraje sobre contratación pública era un arbitraje de derecho, siguiendo el citado artículo 25, todos los árbitros debían ser abogados. Sin embargo, la normativa de contratación pública no seguía lo establecido por el referido artículo 25, ya que contemplaba y contempla la posibilidad de que siendo un arbitraje de derecho, alguno de sus árbitros sean profesionales distintos a los abogados.

Al respecto, Kundmüller¹⁷⁰ señala que, en virtud del principio de especialidad, es legalmente factible contar con un tribunal arbitral que esté integrado hasta por dos árbitros no abogados. Esto es posible, siempre que la presidencia del tribunal sea ejercida por un abogado, garantizando la normativa de contrataciones y adquisiciones que este tribunal produzca un laudo de derecho.

Por otro lado, la interrogante que pueda asaltar al lector es en qué medida un tribunal arbitral compuesto mayoritariamente por personas de conocimientos o especialidades ajenas al Derecho, podría estar en aptitud de laudar conforme a derecho.

Se podría alegar, sin duda, que el presidente del tribunal debería constituir o representar una especie de guía en la resolución del caso.

Sin embargo, todos sabemos que el presidente, más allá de las facultades decisorias o de dirimencia que establece la propia Ley de Arbitraje,¹⁷¹ y que no es el caso desarrollar en este trabajo, es simplemente un árbitro entre tres, y que su decisión no necesariamente podrá modificar, convencer o persuadir a aquéllas de los otros árbitros que lo acompañan en la integración de este tribunal arbitral.

Entonces, dentro de tal orden de ideas, los tribunales arbitrales de derecho en materia de contratación pública podrían no estar compuestos mayoritariamente por abogados y, sin embargo, los laudos sí tienen que ser laudos de derecho.

¹⁷⁰ KUNDMÜLLER CAMINITI, FRANZ. «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en los contratos del Estado: el arbitraje de derecho». *Op. cit.*, p. 72.

¹⁷¹ Recordemos que el artículo 52 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 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.

[...]. (El subrayado es nuestro).

¿En qué medida un laudo de derecho puede apartarse de normas de Derecho? ¿En qué medida un tribunal arbitral compuesto mayoritariamente por ingenieros puede laudar apartándose de esas normas de Derecho o, incluso, yéndose contra esas normas de Derecho?

Aquí entra, sin duda, a discusión o a controversia un tema inagotable, y es el relativo a que los tribunales tienen que respetar, y más aún, no siendo tribunales de conciencia, preceptos de orden público fundamentales; y si este respeto de los preceptos de orden público fundamentales es imperativo incluso en los tribunales arbitrales de conciencia, con mayor razón lo será en los tribunales arbitrales de derecho.

Por lo tanto, si se tratara de árbitros ajenos a la profesión de abogado, deberían informarse lo suficiente y asesorarse bien, ya sea por el presidente o por su cuenta, a efectos de no incurrir en errores, y siempre cuidando la salvaguardia del principio de confidencialidad, para que las materias que conozcan en los procesos arbitrales no sean objeto de difusión pública con respecto a terceros, salvo las cuestiones esquemáticas o fundamentales, tratando de obviar partes, nombres y situaciones específicas, con el objetivo de que ningún tercero se pueda enterar de situaciones controvertidas única y exclusivamente en los propios procesos arbitrales.

Pero ahí no acaban las controversias que suscita el citado segundo párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, porque esta norma establece que, si bien el árbitro único y el presidente del tribunal tienen que ser abogados, no basta con que sean abogados, sino que tienen que ser o tienen que contar con especialización acreditada en Derecho Administrativo, Arbitraje y Contrataciones con el Estado.

García-Calderón¹⁷² señala que la norma exige conocimiento y capacidad, privilegiando la especialización y la formación jurídica.

¹⁷² GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 147.

La pregunta que uno se puede formular aquí consiste en, ¿qué es lo que determina la especialización en estas áreas?

Primero que todo, es muy difícil establecer cuándo estamos en presencia de un especialista en determinadas áreas.

En efecto, las universidades no forman especialistas en determinadas áreas, salvo algunos casos excepcionales en donde la carrera culmina con una mención de especialista en un área específica.

Pero, éstos son los casos de universidades contadas con los dedos de la mano a lo largo y ancho del territorio de la República del Perú.

La mayoría de universidades no titula con una mención en especial. De tal manera que uno ingresa al ejercicio de la profesión, simplemente con el título de abogado.

Entonces, tendríamos que determinar que la especialización la da el ejercicio profesional o la especialidad académica.

Sin embargo, será en principio difícil que alguien sea un especialista en arbitrajes y sólo especialista en arbitrajes.

Nosotros recusamos el concepto de considerar a una persona únicamente como especialista en arbitrajes. Sería tan contradictorio como decir que hay alguien especialista solamente en procesos judiciales. Será procesalista, o será un experto en Derecho Procesal, pero aparte de saber Derecho Procesal tiene, evidentemente, que saber Derecho Sustantivo, porque, de lo contrario, la aplicación del Derecho Procesal sería vacía.

Entonces, será muy difícil que encontremos a alguien que sea sólo especialista en arbitrajes. Sí encontraremos personas especialistas en Derecho Administrativo y en contrataciones con el Estado, pero debe entenderse también que estas especialidades no necesariamente tienen que ser la primera o más notoria especialidad del abogado en cues-

tión, porque bien podría darse el caso de una persona cuya especialidad, por ejemplo, sea el Derecho Comercial y que, sin embargo, también vea temas relativos a contratación pública.

En ese caso, no obstante su principal especialidad no es la contratación pública, no se podría descartar que también ese abogado sea experto en esta materia.

Luego está el tema de cómo medir la especialidad.

¿Qué hace a un abogado especialista en contratación pública? ¿Qué lo hace especialista en arbitrajes? ¿Qué lo hace especialista en Derecho Administrativo? ¿Acaso los procesos arbitrales que ha visto? ¿El número de ellos? ¿Si ha actuado como árbitro? ¿Si ha actuado como abogado de parte? ¿Si ha actuado como asesor en alguna empresa? ¿Si ha trabajado en la administración pública? Sin duda, todos estos temas quedan un poco en el aire en materia de su determinación o fijeza.

Estas consideraciones nos han llevado a sostener que el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es una norma que peca por exceso, en la medida de que trata de exigir esta especialidad o especialización que no necesariamente va a ser fácil de acreditar y, además, al establecer estos requisitos que a nuestro entender son una demasía, abre la puerta para injustificadas recusaciones de árbitros en donde se alegue que no son precisamente especialistas en estas áreas señaladas en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

No obstante lo señalado, es importante subrayar que el peligro de la norma se atenúa considerablemente en la medida en que tales requisitos son exigibles únicamente para el caso del árbitro único y para el presidente del tribunal arbitral en el caso de los tribunales colegiados.

Si se tratara de un árbitro único, la única posibilidad o las únicas posibilidades que conducirían a que estemos en presencia de un árbitro único, estarían dadas por que las partes se hubiesen puesto de acuerdo

para su designación o que el OSCE lo haya designado en defecto de acuerdo de partes.

Si las partes se hubiesen puesto de acuerdo sobre su designación, sería evidente que confiarán en sus condiciones académicas y/o profesionales y, por lo tanto, estará de más pensar que se le pueda recusar por una falta de preparación en la especialidad o en las especialidades que serán objeto de conocimiento por parte de dicho árbitro.

Y, si lo hubiese designado el OSCE, se entenderá que difícilmente se le podría recusar, en la medida en que el OSCE deberá cuidar que la designación del árbitro único cumpla con los requisitos de ley y deberá verificar en su Registro de Neutrales que dicho árbitro cumple precisamente con tales requisitos.¹⁷³

¹⁷³ Sobre el particular debemos remitirnos a la Directiva n.º 004-2006/CONSUCODE/PRE, sobre «Requisitos y procedimientos para la incorporación de árbitros y conciliadores en el Registro de Neutrales del CONSUCODE», que a pesar de ser anterior a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, es la única Directiva que —por el momento— regula este tema.

En dicha Directiva se establecen los siguientes requisitos y condiciones, a efectos de formar parte del Registro de Neutrales; a saber:

1. Ser persona natural y encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles.
2. No tener antecedentes penales, ni haber sido destituido de la función pública o jurisdiccional, si se hubiere ejercido, y no tener impedimentos para contratar con el Estado.

Asimismo, es necesario que los postulantes cumplan con aprobar el Curso de Formación de Neutrales a cargo del CONSUCODE, en los rangos que se determine, salvo que acredite una o varias de las siguientes condiciones:

1. Experiencia en contrataciones y adquisiciones públicas mediante el ejercicio de la función pública, no menor a cinco (5) años.
2. Experiencia en contrataciones y adquisiciones públicas mediante el ejercicio privado de la profesión, no menor a cinco (5) años.
3. Experiencia en conciliaciones y arbitrajes actuando como conciliador, árbitro, abogado o secretario, no menor a cinco (5) años.
4. Cátedra universitaria en derecho administrativo, derecho civil o solución de controversias o arbitraje.

Y, en el caso de tribunales colegiados, el tema de la recusación también será bastante peculiar, en la medida de que si una de las partes recusa al presidente del tribunal por no cumplir con estas circunstancias, en buena cuenta lo que estaría haciendo sería desautorizar a los árbitros, incluido el que ella misma nombró, que han designado a dicho presidente.

O, en último caso, si el Presidente no hubiese sido designado por los árbitros, sino por el OSCE (en defecto de designación por los árbitros), también se estaría colisionando con la resolución administrativa del OSCE que nombró a este Presidente. Por ello, la recusación en estos casos generalmente debería devenir en infundada.

2. DESIGNACIÓN

El inciso 3 del artículo 22 de la Ley de Arbitraje establece que «los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo [...]».

En tal sentido, las partes tienen libertad para establecer en el convenio arbitral el mecanismo que emplearán para el nombramiento del árbitro, ya sea que ellas mismas designen a los árbitros o lo haga una institución arbitral o cualquier tercero.

Sin embargo, hay que precisar que dicha libertad para establecer el mecanismo que mejor estimen, no puede quebrantar el equilibrio que debe existir siempre entre las partes.

En efecto, si bien la Ley de Arbitraje reconoce distintas formas de designación de árbitros, en todas esas formas es exigible que las partes

5. Estudios de postgrado en derecho administrativo, derecho civil o solución de controversias o arbitraje.

6. Publicación de investigaciones, estudios, ensayos y artículos en derecho administrativo o solución de controversias o arbitraje.

guarden una posición igualitaria o equivalente, es decir, que ninguna de ellas sea favorecida en la elección del árbitro o árbitros que han de dirimir la contienda.

Tal como lo señala Fernando Vidal Ramírez,¹⁷⁰ las partes están obligadas a darle al convenio arbitral o cláusula arbitral un contenido equilibrado; por ello, la Ley General de Arbitraje sanciona con nulidad la estipulación que coloca a una parte en una situación de privilegio respecto de la otra en relación a la designación de los árbitros.

Al respecto, Ana María Chocrón¹⁷¹ sostiene que se debe garantizar la igualdad de las partes. Dicha igualdad se manifiesta en dos ámbitos; a saber: la designación de los árbitros y la determinación de las reglas procesales.

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

Con respecto a la designación en los arbitrajes derivados de controversias relacionadas con la contratación pública, el tema es desarrollado por el artículo 222 del Reglamento, que dice lo siguiente:

Artículo 222.- «Designación

En caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje institucional y administrado por una institución arbitral, el procedimiento para la designación será el siguiente:

1. Para el caso de árbitro único, una vez respondida la solicitud de arbitraje o vencido el plazo para su respuesta, sin que se hubiese llegado a un acuerdo entre las partes, cualquiera de éstas podrá solicitar al OSCE en el plazo máximo de diez (10) días hábiles, la designación de dicho árbitro [...]. (El subrayado es nuestro).

¹⁷⁴ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 57.

¹⁷⁵ CHOCRÓN GIRÁLDEZ, Ana María. *Los principios procesales en el arbitraje*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2000, p. 77.

Como se puede apreciar, si las partes no se ponen de acuerdo en la designación del Árbitro Único, el OSCE será el encargado de designar al Presidente.

Es decir, transcurridos los diez días hábiles, contados a partir del siguiente de la recepción de la solicitud de arbitraje (establecido por el artículo 219 del Reglamento), sin que las partes hayan arribado a un acuerdo en la designación del árbitro único, cualquiera de las partes podrá solicitar dicha designación al OSCE.

Al respecto, García-Calderón,¹⁷⁶ señala que le parece adecuada la atribución de entidad nominadora residual del árbitro único por parte del CONSUCODE (ahora OSCE).

Por el contrario, Kundmüller¹⁷⁷ señala que esta atribución de entidad designadota «residual» de los árbitros es discutible. En primer lugar, porque el CONSUCODE (ahora OSCE) está conformado por el Estado, siendo que ello puede considerarse como indicio de falta de neutralidad o imparcialidad respecto de la contraparte del Estado en el contrato y para el desarrollo del arbitraje en este ámbito, es necesario tener en cuenta que los indicios también cuentan.

Entonces, a entender del citado autor, dicha institución estaría acumulando atribuciones excesivas en lo que se refiere al equilibrio requerido por el arbitraje y el convenio arbitral.

Por otro lado, debemos preguntarnos qué ocurriría si las partes no se han puesto de acuerdo para nombrar al árbitro único (en el plazo establecido en el artículo 219 del Reglamento), y pasaran los diez (10) días hábiles a que hace referencia el citado artículo 222, sin que se solicite la designación del árbitro al OSCE.

¹⁷⁶ GARCÍA-CALDERÓN MOREYRA, Gonzalo. *Op. cit.*, p. 148.

¹⁷⁷ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento». *Op. cit.*, p. 218.

Aquí consideramos que, lamentablemente, habría vencido el plazo para solicitar la designación del árbitro único al OSCE, habida cuenta de que se trataría un plazo máximo y de caducidad, como la propia norma lo establece.

Por lo tanto, ya no se podría solicitar el nombramiento del árbitro único al OSCE y tampoco se podría llevar adelante el proceso arbitral, salvo que las partes logren ponerse de acuerdo en la designación de dicho árbitro.

Para el caso de un tribunal colegiado,¹⁷⁸ el inciso 2 del artículo 222 del Reglamento señala lo siguiente:

Artículo 222.- «Designación

[...]

2. Para el caso de tres (3) árbitros, cada parte designará a un árbitro en su solicitud y respuesta, respectivamente, y estos dos (2) árbitros designarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral. Vencido el plazo para la respuesta a la solicitud de arbitraje sin que se hubiera designado al árbitro correspondiente, la parte interesada solicitará al OSCE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, la respectiva designación». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el inciso 3 del artículo 222 del Reglamento señala que:

Artículo 222.- «Designación

[...]

3. Si una vez designados los dos (2) árbitros conforme al procedimiento antes referido, éstos no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del tercero dentro del plazo de diez (10) días hábiles de recibida la aceptación del último árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al OSCE la designación del tercer arbitro dentro del plazo de diez (10) días hábiles». (El subrayado es nuestro).

¹⁷⁸ Cabe precisar que la norma se pone en el supuesto de un tribunal colegiado conformado por tres árbitros, es decir, lo limita a dicho número de árbitros, no habiendo previsto la normativa de contratación estatal un número menor o mayor de árbitros, a diferencia del artículo 19 de la Ley de Arbitraje, que sí contempla dicha posibilidad, al establecer que «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». (El subrayado es nuestro).

De más está decir que a estos efectos también resultan aplicables las consideraciones esgrimidas por nosotros con relación al inciso 1 del artículo 222 del Reglamento, en el sentido de que si transcurre el plazo de diez días para que el OSCE designe al árbitro de parte o al presidente, tampoco se podría solicitar el nombramiento del árbitro por parte del OSCE de manera supletoria.

Finalmente, el párrafo final del artículo 222 del Reglamento establece que las designaciones efectuadas en estos supuestos por el OSCE (designación residual)¹⁷⁹ se realizarán de su Registro de Árbitros y son definitivas e inimpugnables.

3. ACEPTACIÓN DE LA DESIGNACIÓN COMO ÁRBITRO. DEBER DE DECLARACIÓN

3.1. *Plazo para aceptar la designación*

Con respecto a la aceptación de los árbitros, este tema es regulado por el artículo 223 del Reglamento, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 223.- «Aceptación de los Árbitros

En caso las partes no se hayan sometido a arbitraje institucional o cuando no hayan pactado respecto de la aceptación de los árbitros en un arbitraje *ad hoc*, cada árbitro, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haber sido comunicado con su designación, deberá dar a conocer su aceptación por escrito a la parte que lo designó, la misma que deberá de poner en conocimiento de la contraria la correspondiente aceptación del árbitro.

¹⁷⁹ Sobre el particular debemos remitirnos a la Directiva n.º 015-2005/CONSUCODE/PRE, sobre «Procedimiento de designación de árbitros al amparo de la normativa de Contrataciones y Adquisiciones del Estado», que a pesar de ser anterior a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, es la única Directiva que —por el momento— regula este tema.

Dicha Directiva establece el procedimiento a seguir en caso las partes no hayan pactado respecto de la forma en que se designará a los árbitros o no se hayan sometido a arbitraje organizado y administrado por una institución arbitral.

En efecto, la Directiva n.º 015-2005/CONSUCODE/PRE regula el Procedimiento a seguir para la tramitación de las solicitudes de designación.

Si en el plazo establecido, el árbitro no comunica su aceptación, se presume que no acepta ejercer el cargo, con lo que queda expedito el derecho de la parte que lo designó para designar un nuevo árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes. Si el nuevo árbitro no acepta o no comunica su aceptación en el plazo de cinco (5) días hábiles, la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro ante el OSCE, sustentando su pedido sobre la base de la documentación correspondiente.

Los árbitros están sujetos a las reglas de ética que apruebe el OSCE así (sic) como a las normas sobre responsabilidad civil y penal establecidas en la legislación sobre la materia». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, en primer término, debemos tener presente que las partes pueden pactar un arbitraje institucional, por lo que serán los reglamentos de dicha institución los que regulen todo lo relativo a la aceptación al cargo de árbitro y a los alcances del deber de declaración de éstos.

Si nos encontramos ante un arbitraje *ad-hoc*, se aplica lo establecido por el citado artículo 223 del Reglamento, el mismo que otorga al árbitro un plazo de cinco días hábiles siguientes de haber sido comunicado con su designación, para que manifieste si acepta o no dicha designación y, sobre todo, en caso aceptara, cumpla con informar si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía.

Dicha aceptación deberá ser puesta en conocimiento de la parte contraria. Si bien el citado artículo 223 no establece un plazo para que una parte ponga en conocimiento de la otra la aceptación al cargo de árbitro, debemos entender que ello tendría que realizarse en el más breve plazo. Sin embargo, cabe señalar que lo común es que el propio árbitro, al momento de aceptar su designación, lo haga con copia a la contraparte.

En el supuesto de que en el plazo establecido, el árbitro no hubiese comunicado su aceptación, entonces se presumirá que no acepta la designación, con lo que la parte puede designar un nuevo árbitro dentro de los diez días hábiles siguientes.

Finalmente, si el nuevo árbitro tampoco acepta o no comunica su aceptación en el plazo de cinco días hábiles desde que fue comunicada su designación, la otra parte podrá solicitar la designación del árbitro ante el OSCE, sustentando su pedido sobre la base de la documentación correspondiente.¹⁸⁰

3.2. *Deber de declaración*

Por otro lado, resulta necesario señalar que uno de los temas más importantes en relación a la aceptación del árbitro para desempeñar tal función en un proceso arbitral, no sólo en la contratación del Estado sino en cualquier arbitraje, es el relativo al deber de declaración.

En primer lugar, debemos decir que por deber de declaración se entiende aquella conducta que tiene que realizar el árbitro al momento de aceptar el cargo e incluso después de iniciado el proceso arbitral, en caso surja algún hecho posterior que amerite ser informado a las partes.

El deber de declaración, también llamado deber de revelación, es el deber ético de informar, de revelar o declarar cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada sobre la independencia e imparcialidad del árbitro en relación con las partes; es decir, dudas fundadas sobre la idoneidad del árbitro para el cargo.

El deber de declaración está regulado en el cuarto y quinto párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que señala lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

[...]

Los árbitros deben cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que les impida ejercer el cargo con independencia.

¹⁸⁰ Sobre el papel de entidad nominadora del OSCE nos remitimos al punto 2 del presente capítulo.

imparcialidad y autonomía, encontrándose sujetos a lo establecido en el Código de Ética que apruebe el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE–.

Los árbitros que incumplan con esta obligación, serán sancionados en aplicación del Reglamento y el Código de Ética. El deber de informar se mantiene a lo largo de todo el arbitraje. Las partes pueden dispensar a los árbitros de las causales de recusación que no constituyan impedimento absoluto.

[...]». (El subrayado es nuestro).

Con relación a la primera parte de esta norma es necesario señalar que no estamos de acuerdo con su redacción. Porque, en realidad, si el árbitro debe cumplir con la obligación de informar oportunamente si existe alguna circunstancia que le impida ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, y en verdad tal circunstancia existe, entonces de lo que estamos hablando es de un seguro rechazo a la designación como árbitro.

Con lo cual, no habría ningún problema ulterior en torno al propio deber de declaración ni con respecto a una eventual recusación, porque sería imposible que si alguien declara que no puede ejercer el cargo con independencia, imparcialidad y autonomía, acepte su nombramiento.

Creemos entonces, no obstante lo que acabamos de señalar, que la norma debería interpretarse no como una situación de absoluto compromiso, sino de circunstancias que a la luz de su lectura o de su conocimiento por la contraparte pudiesen dar lugar a entender que el árbitro de alguna manera se pudiera encontrar comprometido con respecto a su independencia, imparcialidad y autonomía.

Es decir, no se trata de que el árbitro crea que su independencia, imparcialidad y autonomía están verdaderamente comprometidas, sino que la otra parte pueda entender o pueda, eventualmente, comprender que dicho árbitro se encuentra en una circunstancia así, que no sea asumida como tal por el propio árbitro, ya que el supuesto base de la norma es que el árbitro declare estas circunstancias, pero que acepte el arbitraje. Si estos impedimentos fuesen mayores o com-

prometedores en extremo, tendría que rechazar el nombramiento o la designación.

Sobre el particular, el OSCE ha señalado que «[...] se debe tener en cuenta que el deber de revelación del árbitro es esencial para la función arbitral, por ello debe ser interpretado de la forma más amplia. Su correcto cumplimiento sirve al doble propósito de respetar la voluntad de quienes acuden al arbitraje y de proteger al futuro laudo; por otro lado, el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del deber de revelación quiebra la necesaria confianza que forzosamente ha de inspirar la relación partes/árbitros en un proceso arbitral».¹⁸¹

Asimismo, el OSCE ha establecido que «[...] cualquier duda respecto a si determinadas circunstancias debieron o no revelarse, se resolverá a favor de la revelación, lo que constituye el cumplimiento de una obligación que involucra la imparcialidad e independencia de los árbitros».¹⁸²

3.2.1. Conceptos generales sobre independencia e imparcialidad

El tema de la independencia e imparcialidad de los árbitros es de gran importancia en el arbitraje, por la sencilla razón de que el arbitraje se basa en la confianza.

Roque Caivano¹⁸³ expresa que los árbitros, en tanto ejercen una verdadera jurisdicción con la misma fuerza que los jueces ordinarios, deben reunir similares cualidades en orden a la imparcialidad e independencia de criterios frente a las partes. Los principios sobre los que deben actuar no surgen muchas veces de preceptos escritos, sino más bien constituyen un conjunto de reglas implícitas o sobreentendidas.

¹⁸¹ Tercer párrafo de la quinta página de la Resolución n.º 483-2008-CONSUCO-DE/PRE de fecha 15 de septiembre de 2008.

¹⁸² Segundo párrafo de la sexta página de la Resolución n.º 483-2008-CONSUCO-DE/PRE de fecha 15 de septiembre de 2008.

¹⁸³ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 172-173.

Como bien señala De Trazegnies,¹⁸⁴ un 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.

Al respecto, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides¹⁸⁵ señalan que generalmente se considera que la «dependencia» se refiere exclusivamente a cuestiones surgidas de la relación entre el árbitro y una de las partes, sea de índole financiera o de cualquier otra naturaleza. Se entiende que esto puede determinarse mediante un criterio objetivo, dado que no guarda ningún tipo de relación con la forma en que está mentalizado el árbitro (o posible árbitro).

Por el contrario, los citados autores¹⁸⁶ consideran que el concepto de «imparcialidad» está ligado a la preferencia real o aparente del árbitro —ya sea a favor de una de las partes o en relación con las cuestiones controvertidas—. La imparcialidad es, por ende, un concepto subjetivo y más abstracto que el de independencia, ya que principalmente se refiere a una predisposición mental.

A entender de Latorre Boza,¹⁸⁷ la imparcialidad es el desinterés frente a las partes o el trato sin favoritismo o la consideración equidistante y ecuánime, todo ello por cuanto las partes en litigio necesitan concordar los intereses en discordia y esto no puede obtenerse mediante la preponderancia de los puntos de vista de una de ellas.

¹⁸⁴ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». En *Lima Arbitration*. Círculo Peruano de Arbitraje. Lima, 2006, n.º 1, p. 171.

¹⁸⁵ REDFERN, Alan; MARTIN HUNTER; NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PARTASIDES. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, p. 305.

¹⁸⁶ *Idem*.

¹⁸⁷ LATORRE BOZA, Derik. «Mitos y Quimeras: La neutralidad en el arbitraje» En *Derecho & Sociedad*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2006, n.º 26, p. 358.

Tal como lo señala González de Cossío,¹⁸⁸ la imparcialidad es un criterio subjetivo y difícil de verificar, que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular.

Por su parte, Cucarella¹⁸⁹ señala que, precisamente, como garantía de la independencia e imparcialidad, la persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, ya que el árbitro no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.

El citado autor afirma que para evitar la quiebra de ese equilibrio y que el proceso no sea equitativo se exige, en primer lugar, que quien juzga no sea una de las partes, pues ello naturalmente supondría la más clara manifestación de la ruptura del principio de igualdad. Pero, más allá de esa elemental cautela que supone situar a quien dirime una contienda en una posición ajena a la de las partes, se considera que, para garantizar la ausencia de parcialidad en el fallo —o, mejor dicho, para minimizar los riesgos de parcialidad—, el juez o árbitro en el que concurra alguna circunstancia o relación que permita objetivamente hacer dudar de su actuación imparcial, debe poder ser apartado del conocimiento de un proceso.

Como hemos podido apreciar, la doctrina es unánime en señalar que la obligación del árbitro se centra en poner de manifiesto la existencia de cualquier tipo de relaciones con las partes o el objeto del proceso.

¹⁸⁸ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*. En: http://www.coladic.org/pdf/publicaciones/FGC_independencia.pdf, p. 2.

¹⁸⁹ CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, p. 97.

En consecuencia, los árbitros no pueden tener con las partes ningún tipo de relación personal, profesional o comercial, ya que dichas relaciones pueden generar dudas justificadas acerca de la independencia e imparcialidad de los árbitros.

En este punto, cabe preguntarnos cuáles son esas situaciones que pueden generar dudas acerca de la independencia e imparcialidad del árbitro.

Al respecto, De Trazegnies¹⁹⁰ señala que podría considerarse *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».

A entender de Yáñez Velasco,¹⁹¹ entre las circunstancias que ponen de manifiesto una falta de imparcialidad estarían el parentesco de los árbitros con alguna de las partes, el haber sido denunciado con anterioridad por alguna de ellas, la amistad íntima o la enemistad manifiesta, el haber sido letrado de alguna de ellas, tener un interés directo o indirecto en el proceso principal, etc. Y entre los motivos de falta de independencia se situaría el haber sido empleado o ser empleado de alguna de las partes en litigio.

Ahora bien, existen también una serie de situaciones que el árbitro puede sentir que no afectan su imparcialidad o independencia pero que alguna de las partes pudiera incomodarse con ellas.

Dentro de tal orden de ideas, el problema fundamental es que a menudo no se establecen los criterios necesarios para determinar las

¹⁹⁰ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op. cit.*, p. 172.

¹⁹¹ YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 370.

circunstancias que dan lugar a dudas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros.

Al respecto, Castillo, Vásquez y Sabroso,¹⁹² señalan que algunas instituciones arbitrales elaboran, sobre la base de la experiencia vivida, ciertos patrones de conducta para los árbitros, como una especie de guía para el mejor cumplimiento de sus obligaciones, con la pretensión de abarcar aquellos aspectos del comportamiento de los árbitros que no son regulados por el acuerdo entre las partes o las disposiciones legales. Su objetivo es, finalmente, apuntalar la confiabilidad y eficacia del sistema arbitral, garantizando ciertos principios elementales, inherentes a toda actividad jurisdiccional.

Por ejemplo, el Código de Ética para árbitros de la American Arbitration Association establece algunas reglas; a saber:¹⁹³

- Las personas a quienes se propone ser árbitros aceptarán la designación sólo si ellos consideran que pueden conducir el arbitraje con celeridad y justicia;
- Antes de aceptar una designación como árbitro, deberán verificar si existe alguna relación de la que pueda surgir un interés directo o indirecto en el resultado del pleito, o alguna circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad y, en su caso, hacerla conocer a las partes;
- Mientras están actuando como árbitros, deberán evitar cualquier situación que pueda afectar su objetividad, que haga dudar de su neutralidad, o que sea susceptible de crear la apariencia de parcialidad o predilección hacia alguna de las partes. No es necesario que el hecho haya generado efectivamente esa imparcialidad. Basta con que sea potencialmente capaz de producirla, o que el árbitro crea

¹⁹² CASTILLO FREYRE, Mario, Ricardo VÁSQUEZ KUNZE y Rita SABROSO MINAYA. «¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del Estado» En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Grijley, 2006, p. 153.

¹⁹³ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, pp. 172-173.

- que las partes puedan haber dudado de ella;
- Si esa situación no hubiera podido evitarse, deberán ponerla inmediatamente en conocimiento de las partes y ofrecerles apartarse voluntariamente del caso. Si a pesar de conocer el hecho, las partes le ratifican la confianza, sólo podrá seguir actuando en la medida de que se sienta verdaderamente imparcial. La convalidación de las partes no bastará si en su fuero íntimo el árbitro conoce que su neutralidad se ha visto afectada. Esto es, obviamente, una cuestión que queda reservada a la conciencia del árbitro;
 - Deberán conducirse en todo momento con equidad, absteniéndose de resolver sobre la base de inclinaciones o simpatías personales y absteniéndose de consideraciones subjetivas que puedan implicar un preconcepto. Procurarán laudar en la forma más objetiva posible; etc.

Sin embargo, en algunas ocasiones las partes suelen considerar que los árbitros que nombran, no sólo son árbitros, sino que son «sus árbitros». Creen que los árbitros son sus «abogados de parte» dentro del tribunal arbitral.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Al respecto resulta interesante lo señalado por Latorre, quien busca responder si todos los árbitros, independientemente de la forma en que hayan sido designados, deben cumplir en la misma medida con los principios que rigen la ética en el arbitraje o si, por el contrario, deben hacer un análisis particular, dependiendo de si se trata de «árbitros de parte» o de «árbitros neutrales».

A entender de Latorre, nadie, con un mínimo de honestidad intelectual, podrá negar que en la mayoría de casos, las partes designan a «su» árbitro, habiendo entablado contactos previos para analizar la conveniencia o no de tal designación. Es más, en gran parte de esos casos, lo que sucede es que las partes buscan «ganar» un representante en el colegiado arbitral, con lo que no sólo se daría esa «inclinación general», sino que en la realidad esos árbitros están asumiendo, prácticamente, el rol de defensores de la posición de la parte que lo designó al interior del colegiado arbitral.

En consecuencia, para el referido autor, quizá lo lógico sería que se acepte las diferencias entre los árbitros de parte y los árbitros neutrales y que la evaluación de sus deberes éticos se efectúe a la luz de esa consideración real; así, por ejemplo,

Esta práctica, que lamentablemente no es poco común, se ha difundido y ha venido pervirtiendo a un buen sector del medio arbitral.

Ahora bien, no creemos que para alguien sea rentable nombrar a un árbitro como «abogado de parte», en la medida de que la credibilidad a lo largo de las actuaciones de este árbitro, de seguro, irá mellando su presencia dentro del tribunal arbitral.

Si el presidente es una persona imparcial, pues tomará distancia de este árbitro que actúa como abogado de parte, en la medida en que desconfiará de él. Será una cuestión absolutamente natural.

Y cuando presente proyectos de resoluciones o incluso un proyecto de laudo, su contribución no será apreciada como una contribución valiosa, desinteresada y amistosa, sino por el contrario, como una contribución que tiene por objeto desnivelar el funcionamiento del arbitraje e inclinar la balanza a favor de una de las partes que, en este caso, sería precisamente aquella que lo ha nombrado.

Por lo demás, en el medio arbitral nacional, que todavía sigue siendo un medio pequeño (no olvidemos que tal vez ni el 5% de los abogados peruanos se dediquen en alguna de las facetas del ejercicio profesional a temas arbitrales), es bastante usual que se conozca quiénes o qué árbitros actúan de esta manera y/o realizan funciones como si fueran abogados de parte.

Estas situaciones deben ser objeto de alerta en el medio arbitral en su conjunto, y, sin duda, debe tenderse al apartamiento de estas personas porque hacen mucho daño al funcionamiento de los arbitrajes en nuestro país.

el análisis debiera ser igual respecto a la independencia, pero no respecto de la imparcialidad, pues ciertamente un árbitro de parte no tendría que ser imparcial en la misma medida en que un árbitro no designado por una parte en particular. Por tanto, no podría —o no debería— exigirse a estos árbitros de parte el que sean neutrales. (LATORRE BOZA, Derik. *Op. cit.*, pp. 362-363).

3.2.2. *Independencia e imparcialidad en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado*

Sobre este tema, el artículo 224 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 224. - «*Independencia, imparcialidad y deber de información*

Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales. Todos los árbitros deberán cumplir con lo establecido en el Código de Ética aprobado por el OSCE.

Todo árbitro, al momento de aceptar el cargo, debe informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco (5) años anteriores a su nombramiento, que pudiera afectar su imparcialidad e independencia. Este deber de información comprende además la obligación de dar a conocer a las partes la ocurrencia de cualquier circunstancia sobrevenida a su aceptación durante el desarrollo de todo el arbitraje y que pudiera afectar su imparcialidad e independencia.

Asimismo, el árbitro designado debe incluir una declaración expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, su capacidad profesional en lo que concierne a contar con conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria». (El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, el citado artículo 224 del Reglamento establece que los árbitros tienen que ser independientes e imparciales, características que —como ya hemos visto— son requisitos fundamentales para el ejercicio del cargo. Y, es más, son los requisitos que deben sentar las bases para que las partes confíen en un desarrollo armonioso del proceso.

Si las partes no confían en la idoneidad, independencia e imparcialidad de los árbitros, el proceso puede convertirse en una batalla campal a efectos de cuestionar a dichos árbitros y su permanencia en el tribunal.

Así, el citado artículo 224 del Reglamento establece que todo árbitro —al momento de aceptar el cargo— deberá informar sobre cualquier circunstancia acaecida dentro de los cinco años anteriores a su nombramiento que pudiera afectar su parcialidad e independencia.

Aquí el plazo de los cinco años ha sido fijado en razón de establecer un parámetro de carácter objetivo. Antes de esta norma, quedaba la duda acerca de cuál era la antigüedad de los hechos que necesariamente se debían declarar.

Esta norma tal vez recoja lo que el medio arbitral quiso que recogiera. Es decir, establecer un parámetro para no tener que remontarse a relaciones o tiempos pretéritos. Sin embargo, ahora que la norma está vigente, debemos confesar que tenemos algunas dudas sobre sus bondades.

Ello, habida cuenta de que podrían existir algunas relaciones mayores a cinco años, que sean totalmente accesorias y que, por tal razón, no haya que declarar. Por ejemplo, que uno absolvió una consulta de monto patrimonialmente muy reducido a una de las partes, hace quince años. No cabe duda de que, en este ejemplo, el árbitro designado no tendría que declarar tal situación.

Sin embargo, podrían existir algunas circunstancias o hechos que excedan a los cinco años y que sean de mucha relevancia. Por ejemplo, si debe o no declarar el árbitro designado, que trabajó para una de las partes como abogado de planta durante varios años, cuando dicha relación laboral finalizó recién hace 6 años.

Evidentemente lo tendría que declarar. Y, ello sería así, en la medida de que a pesar de ser un hecho que excede el límite objetivo establecido por el artículo 224 del Reglamento (pues tiene antigüedad mayor a cinco años), se trataría de una situación absolutamente trascendental, importante y que debe ser conocida por las partes a efectos de que puedan considerar la eventual recusación del árbitro.

Entonces, ¿cómo queda el plazo de los cinco años?

Creemos que el plazo de los cinco años es simple y llanamente una mera referencia. No significa ni define absolutamente nada. Sigue siendo prioritario el criterio de que en la duda del árbitro entre declarar un

hecho o no declararlo, debe declararlo, a efectos de que sean las partes quienes consideren si dispensan ese hecho o lo recusan.

Por otra parte, este deber de declaración no sólo se extiende a aquellos hechos acaecidos antes del momento de la aceptación del arbitraje, sino a aquellos hechos que son posteriores a dicha aceptación, en la medida de que es importante que tales circunstancias sean conocidas por las partes en el desarrollo del proceso, a efectos de que hagan valer los derechos que crean convenientes.

Por otro lado, lo establecido por el último párrafo del artículo 124 del Reglamento es novedoso, porque establece el deber del árbitro de declarar sobre su idoneidad para ejercer el cargo y sobre su capacidad profesional en lo que concierne a contar con los conocimientos suficientes para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, así como la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.¹⁹⁵

En primer lugar, entendemos que la idoneidad para ejercer el cargo, se refiere a las capacidades que uno debe tener para desempeñar la función arbitral. Es decir, no todo abogado tiene condiciones para desempeñar función arbitral. Entonces, ello implicaría un autoexamen del propio árbitro. Él tendrá que examinarse y decir: «Yo, señor, sí efectivamente, soy competente y soy apto para ejercer el cargo».

En segundo lugar, cuando la norma bajo comentario se refiere a la capacidad profesional y a la especialidad en las materias, ello también implica el deber de autoexaminarse y decir a conciencia si uno conoce acerca de las materias que serán objeto del arbitraje. Ahora bien,

¹⁹⁵ Dichos requisitos a ser declarados también son recogidos por los incisos 2 y 3 del artículo 4 del Código de Ética para el Arbitraje en las Contrataciones y Adquisiciones del Estado, al establecer que el árbitro debe tener la capacidad profesional y personal para resolver la controversia objeto de arbitraje y contar con la disponibilidad de tiempo necesaria para la tramitación eficiente del arbitraje.

dicho autoexamen se realizará en base al conocimiento que pueda tener —al momento en que acepta la designación— sobre cuáles serán las materias objeto de controversia en el proceso arbitral que recién se inicia.

Sin duda, lo que se está pidiendo acá es un esfuerzo de sinceridad y, por lo menos, la reflexión previa en el sentido de asumir las propias capacidades e idoneidades que la ley exige. Es verdad que será muy raro que alguien se declare inapto o inepto o sin condiciones para ser árbitro. Sin embargo, ello podría ocurrir y sería una situación excepcional.

Lo común es que las personas acepten el cargo de árbitro. Pero por lo menos, lo importante aquí es el elemento psicológico. Por lo menos se hace reflexionar al futuro árbitro, en el sentido de si existen carencias en torno a su idoneidad y a los conocimientos que posee, a efectos de que trate —lo más rápido posible y de manera intensiva— de suplir esas carencias, en la medida en que ellas se puedan suplir y —de esta manera— se pueda desempeñar correctamente en el cargo de árbitro, que los árbitros o alguna de las partes le han confiado.

Es muy importante también lo señalado en la parte final del último párrafo del artículo 224, en torno a declarar la disponibilidad del tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria. Es común y lamentable ver cómo muchas veces algunas personas aceptan el cargo de árbitro y no tienen tiempo para desempeñar su función.

El cargo de árbitro no debe ser visto como una labor marginal, sino como parte importante del trabajo de uno, de tal manera que el desarrollo del proceso arbitral se caracterice por la celeridad.

Si no se tiene tiempo, no se debe aceptar el cargo. Y si se acepta el encargo, debe tenerse el tiempo para ejercerlo.

3.2.3. Deber de declaración en el Código de Ética del OSCE¹⁹⁶

Además de ser independientes e imparciales, todos los árbitros deberán cumplir con lo establecido en el Código de Ética aprobado por el OSCE, mediante Resolución n.º 258-2008-CONSUCODE/PRE,¹⁹⁷ de conformidad con lo indicado en el artículo 224 del Reglamento.

En tal sentido, resulta importante que todos los árbitros cumplan con lo establecido por el referido Código de Ética, sobre todo, en lo relativo al deber de información en lo referente a las circunstancias que deban ser declaradas.

Según el artículo 2 del citado Código de Ética, dentro del alcance del mismo se encuentran:

- El árbitro que participe en un arbitraje sometido al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE;
- El árbitro que participe en un arbitraje ad hoc en el marco de la Ley y el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado;
- Las partes, sus representantes, abogados y/o asesores, en un arbitraje sometido al Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE o que se desempeñen en un arbitraje *ad-hoc* sometido a la Ley y Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; y
- El personal de los órganos del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del OSCE y del OSCE, en lo que les fuere aplicable; encontrándose dicho personal impedido de prestar servicios de se-

¹⁹⁶ La presente sección se basa en el artículo «¿Lo recusamos o no lo recusamos? Conflictos de interés en el arbitraje del Estado». CASTILLO FREYRE, Mario, VÁSQUEZ KUNZE, Ricardo y RITA SABROSO MINAYA. En *Revista Peruana de Derecho Administrativo Económico*. Lima: Asociación de Estudios en Derecho Administrativo-AEDA y Grijley Editores, 2006, n.º 1, pp. 273-294.

¹⁹⁷ Publicado en el Diario Oficial «El Peruano», con fecha 11 de junio de 2008.

cretaría arbitral en los arbitrajes que no sean organizados y administrados por el OSCE y que se encuentren bajo el ámbito de aplicación de este Código.

Asimismo, cabe precisar que, de conformidad con lo establecido por el inciso 1 del artículo 4 del Código de Ética, la aceptación al cargo de árbitro implica el cumplimiento de todos los principios recogidos en el referido Código, entre los que encontramos los de imparcialidad e independencia.

El artículo 5 del Código de Ética establece lo siguiente:

Artículo 5.- «Deber de información

En la aceptación al cargo de árbitro, éste deberá informar por escrito a las partes de las siguientes circunstancias:

- 5.1. Si tiene algún interés, presente o futuro, vinculado a la materia controvertida o, si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.
- 5.2. Si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros, que pudiera afectar su desempeño en el arbitraje de (sic) conformidad con lo establecido en este Código.
- 5.3. Si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.
- 5.4. Si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.
- 5.5. Si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.
- 5.6. Si ha emitido informe, dictamen, opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje.
- 5.7. Si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativos (sic), que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia.

El deber de información se mantiene durante el transcurso del arbitraje y no se limita a lo establecido en este artículo.

Cualquier dispensa de las partes debe hacerse de manera expresa, luego de cumplido el deber de información por parte del árbitro, pudiendo constar en comunicación escrita o en el contenido de un acta, debidamente firmada por las partes y levantada durante la tramitación del arbitraje. En todos estos

casos, la circunstancia dispensada en forma expresa no podrá ser motivo de recusación a iniciativa de parte, ni tampoco generará sanción por parte del CONSUCODE.

La omisión de cumplir el deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/ o para la tramitación de la sanción respectiva».

- En primer lugar, y de conformidad con lo establecido por el citado artículo 5.1., en la aceptación al cargo de árbitro éste deberá informar por escrito a las partes si tiene algún interés presente o futuro vinculado a la materia controvertida o si adquiere o pudiese adquirir algún beneficio directo o indirecto de cualquier índole respecto al resultado o la tramitación del arbitraje.

No cabe duda de que el principal elemento de conflicto de interés que pudiera existir entre un árbitro y su desempeño idóneo del proceso es si existiera un interés presente o futuro vinculado a la materia controvertida.

Es decir, si a raíz de aquello que se va a decidir en el laudo, el árbitro es posible que reciba un beneficio económico. Sin duda, esto, anula la imparcialidad, independencia y objetividad que debe poseer todo árbitro, en la medida de que tiene un interés directamente comprometido en el proceso.

Un ejemplo notorio de esta situación sería aquél en el cual el árbitro fuese accionista de una de las empresas que son parte en el proceso.

Evidentemente, si el árbitro fuese accionista de tal empresa tendría que declararlo y, en la medida de lo posible, abstenerse de aceptar participar como árbitro. En otras palabras, a entender nuestro, el árbitro debería inhibirse.

Sin embargo, aquí hay que considerar también que muchas personas tienen fondos de inversión o inversiones bursátiles que, a su vez, reúnen acciones, bonos o valores de diversas empresas y que muchas veces uno mismo no conoce.

En ese sentido, es importante que los árbitros estén al tanto de la composición de sus fondos de inversión, a fin de evitar recibir algún beneficio directo o indirecto por el resultado del proceso arbitral, por más de que se trate de valores de poca representatividad (o de poco monto) o, con mayor razón, si se tratase de montos considerables.

En nuestro ejemplo, si una empresa gana o pierde el arbitraje en relación a los montos controvertidos, tal situación tendrá consecuencias inmediatas en el resultado del ejercicio de la empresa (es decir, si ésta tiene más o menos utilidades).

Al respecto, De Trazegnies¹⁹⁸ señala que cuando se tiene un interés económico significativo en el resultado del proceso, no se debería aceptar la designación como árbitro. Asimismo, y en relación a la inquietud que antes expresamos, el citado profesor señala 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 parte importante de las acciones de la empresa ni tampoco un parte importante de su patrimonio personal. En este caso sí se le permitiría ser árbitro, siempre que haya acuerdo expreso de las partes.

- El segundo lugar, el artículo 5.2. del Código de Ética establece que en la aceptación al cargo de árbitro, éste deberá informar por escrito a las partes si ha mantenido o mantiene alguna relación relevante de carácter personal, profesional, comercial o de dependencia con las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros que pudieran afectar su desempeño en el arbitraje, de conformidad con lo establecido en este Código.

¹⁹⁸ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». *Op. cit.*, p. 176.

Evidentemente, las relaciones cuya mayor implicancia importan en este aspecto, son las relaciones que haya mantenido o mantiene el árbitro con las partes. Y, sobre todo, las relaciones de dependencia. Las relaciones de dependencia enturbian y hasta anulan —como su nombre lo indica— la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Cuando estamos en presencia de una relación de dependencia, sí puede presumirse que quien depende de la hacienda de otro para cubrir sus necesidades en el mundo (esta es la única dependencia que puede objetivarse), necesariamente se verá inclinado a no contrariar los intereses de aquél de quien depende su suerte. Así pues, la dependencia sí implicaría parcialidad.

A nuestro entender, un dependiente jamás podrá ser árbitro porque lo que exige el artículo 224 del Reglamento es, precisamente, que el árbitro sea independiente de los otros actores del proceso. Y la declaración de dependencia no lo hará independiente. Aquí la dependencia es un hecho objetivo que lo inhabilita como árbitro y cualquier declaración sobre su existencia es absolutamente inútil si con ella se pretende ejercer la función arbitral en ese proceso determinado.

En relación al impedimento de los árbitros de mantener relaciones personales, profesionales o comerciales, ése es un tema que tiene que ser analizado con cuidado. Decimos esto, porque la prohibición para mantener relaciones personales, profesionales o comerciales, se debería restringir a las partes del proceso, y no necesariamente a los abogados de las partes.

De esta manera, las relaciones personales que se puedan tener con las partes o con los representantes de las partes también tendrían que ser declaradas.

Es entendible cualquier suspicacia que pudiera producirse en torno a la amistad íntima o trato frecuente entre un árbitro y una de las

partes. Por eso no es descabellado suponer que la íntima amistad predisponga favorablemente al árbitro para con su amigo parte del proceso. Sin embargo, a nuestro entender esto es una suposición y no una certeza.

En tal sentido, se hace bien cuando se exige en el caso de la relación de amistad o trato frecuente entre el árbitro y alguna de las partes, la declaración de estos hechos por el árbitro en cierne. Ésta basta para demostrar la buena fe del árbitro, la que será evaluada por la otra parte, la cual puede o no recusarlo legítimamente según su parecer.

Naturalmente, relaciones profesionales (si es que uno brindara servicios) o comerciales (si uno tuviera negocios con alguna de las partes en conflicto) también son de suma relevancia, a efectos de cumplir con este deber de declaración.

A entender de De Trazegnies,¹⁹⁹ si se trata de una relación profesional continua, estaríamos ante un caso no dispensable por las partes. 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.

En dichos supuestos, se requiere —precisamente— que el árbitro lo ponga en conocimiento de las partes, a efectos de que ellas vean si dispensan dicha situación o lo recusan.

Aquí también habría que considerar el caso en el cual el Estudio de abogados que integra el árbitro haya prestado o preste servicios a alguna de las partes, aun cuando el árbitro no hubiera tenido intervención personal en dicho servicio profesional. En este caso, resulta evidente que el árbitro deberá declarar tal situación y, de preferencia, abstenerse de aceptar el nombramiento.

¹⁹⁹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». *Op. cit.*, p. 178.

Por otro lado, a pesar de que tiene que ser declarada cualquier vinculación al respecto, las relaciones personales que el árbitro pueda mantener con los abogados de una de las partes, no constituyen — a nuestro juicio— causal de recusación que debiera ser declarada fundada, en la medida en que dado lo reducido que es el medio arbitral, es muy probable que ese árbitro guarde amistad o tenga alguna relación personal, con tales abogados, como por ejemplo, por haber estudiado con alguno de ellos. Esto no enerva el desempeño independiente que debe tener ese árbitro en el proceso.

Aquí es importante subrayar esto, porque el hecho de que a uno lo hayan designado como árbitro, en muchos casos, obedecerá a que aquél que designa conoce al árbitro designado.

Es decir, difícilmente se designa como árbitro a alguien a quien uno no conoce. Ahora bien, ese conocimiento no implica nivel de dependencia ni mucho menos parcialidad. Implica simplemente conocimiento. Y ese conocimiento podría incluso ser a nivel de amistad con los abogados de las partes quienes, precisamente, son los que conocen el medio arbitral, el medio jurídico y quienes pueden aconsejar a sus clientes en torno a quién designar o nombrar como árbitro.

Siendo el medio arbitral tan reducido, en comparación con la generalidad del medio jurídico nacional, podría darse el caso en el cual esas relaciones con los abogados, sean relaciones de amistad o frecuencia que no tendrían por qué verse melladas en función del desarrollo del proceso arbitral.

En la medida en que se haya declarado lo que se tenga que haber declarado, por ejemplo, la relación de amistad entre un árbitro y uno de los abogados de las partes y tal situación, o no ha sido objeto de recusación (ha sido dispensada) o ha sido objeto de recusación, pero ésta ha sido declarada infundada, ello no obsta para que los árbitros puedan reunirse con los abogados de las partes por cuestiones derivadas de su amistad personal o de otros asuntos ajenos al arbitraje en cuestión.

Naturalmente, que no debe hacerse abuso de ello en la medida en que es conveniente no despertar la suspicacia de las partes que podrían malinterpretar este tipo de relaciones.²⁰⁰

Al respecto, De Trazegnies²⁰¹ señala que 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 prohibir la relación de amistad entre árbitros y abogados, nos quedaríamos rápidamente sin árbitros y nos encontraríamos en el absurdo caso de tener que recurrir a árbitros extranjeros.

Entonces, la relación de amistad, de cordialidad, de afecto que uno tenga o pueda tener con los abogados que lo han designado, no enerva la independencia en el desarrollo del proceso.

Por otra parte, es muy común que en las audiencias arbitrales uno comparta esos espacios con los otros árbitros y con los abogados de las partes, y todos sean amigos o todos tengan alguna relación de cercanía, en virtud de lo que pueda haberse vivido a lo largo de los años de ejercicio profesional.

Finalmente, el artículo 5.2. del Código de Ética del OSCE, establece que se debe declarar la relación personal, profesional o de dependencia con los otros árbitros.

Es evidente que si uno como árbitro tuviera relación de dependencia con otro árbitro, eso —en cierta forma— enervaría la independencia e imparcialidad. Incluso, en estos casos uno no debería aceptar el cargo de árbitro. Y, si lo aceptara, sin duda estaríamos en pre-

²⁰⁰ Incluso, cabe señalar que el artículo 6 del Código de Ética sólo establece la prohibición de que el árbitro —antes y durante el desarrollo del arbitraje— mantenga comunicación unilateral sobre la materia controvertida con los abogados y/o asesores de las partes.

²⁰¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». *Op. cit.*, p. 181.

sencia de una causal de recusación que bien podría ser declarada fundada.

Sin embargo, las relaciones de amistad con los otros árbitros no tienen por qué enervar el desempeño del árbitro en el respectivo proceso arbitral y aquí hacemos extensivos al tema nuestros comentarios en torno a las relaciones personales entre el árbitro y los abogados.

- En tercer lugar, el artículo 5.3. del Código de Ética establece que el árbitro deberá informar si es o ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario o ha mantenido algún vínculo contractual con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros en los últimos cinco años.

Esta situación reitera el tema de los cinco años y sobre el particular hacemos aplicables los comentarios que hemos señalado anteriormente.

Resulta evidente que si uno ha tenido vinculación con alguna de las partes, ya sea como representante, abogado asesor y/o funcionario, o ha mantenido vínculo contractual con ellas o con sus representantes, tales circunstancias tienen que declararse. El plazo de cinco años es, simplemente una referencia, en la medida en que si hubiesen hechos de mucha relevancia o simplemente de alguna relevancia que hubiesen ocurrido con antelación a esos cinco años, pues tales hechos deberán ser declarados, y el plazo de cinco años allí señalado no será obstáculo para que si se omitiese esa declaración, el árbitro pueda ser recusado por la parte que se considere afectada por tal omisión.

Si el árbitro ha sido representante, abogado, asesor y/o funcionario de alguna de las partes, podríamos pensar que no existiría independencia, pues no podríamos imaginar que si el árbitro tiene o ha tenido alguno de dichos cargos, pudiera votar a favor de un laudo contrario a los intereses de la parte cuya organización integró o de cuya defensa formó parte.

A entender De Trazegnies,²⁰² el árbitro también deberá declarar si es asesor de manera regular de una de las partes y si él mismo o su Estudio de abogados o su firma consultora obtiene de este cliente un ingreso económico significativo. En estos casos, no se debería aceptar la designación. Caso distinto sería si la vinculación no es continua o si lo que obtiene como ingreso por sus servicios no es significativo, ya que aquí bastaría la dispensa de común acuerdo de las partes.

- En cuarto lugar, el artículo 5.4. del Código de Ética del OSCE señala que el árbitro deberá informar si ha mantenido o mantiene conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes, sus representantes, abogados, asesores y/o con los otros árbitros.

Este hecho es en sí mismo una causal de recusación de los jueces en todo proceso civil. Se entiende que las probabilidades de un juicio justo se desvanecen si el juez de una causa está en pleito judicial en otro proceso con una de las partes que eventualmente también está sometida a su jurisdicción. Obviamente cualquier pleito resiente voluntades y predispone a la animadversión.

En el caso de los árbitros la razón analógica es la misma. Por ello, cualquier árbitro que se respete moralmente no tiene nada que declarar a este respecto, sino simplemente inhibirse de aceptar el encargo de árbitro. El paso por la declaración dirá mucho de su idoneidad moral, porque ello no implica otra cosa que lo hace a sabiendas de que será recusado, lo que no habla muy bien de su seriedad.

Conflictos, procesos o procedimientos con alguna de las partes es un tema de absoluta relevancia, en la medida en que sí crea un conflicto de intereses y puede crear, evidentemente, una animadversión con respecto a la parte en conflicto. Que el árbitro tenga un

²⁰² DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. «Conflictuando el conflicto. Los conflictos de interés en el arbitraje». *Op. cit.*, p. 177.

juicio pendiente con alguna de las partes podría enervar su presencia como árbitro en el tribunal arbitral.

Y si tales conflictos, procesos o procedimientos se presentaran con sus representantes y/o asesores, también se podría crear un conflicto de interés.

Asimismo, se debe declarar si el conflicto de interés tuviere lugar con los abogados de la parte.

Al respecto, debemos señalar que tratándose sobre todo de arbitrajes de derecho, no son remotas las probabilidades de que el árbitro y los abogados de alguna de las partes en un arbitraje, tengan pendientes, en otros procesos judiciales o arbitrales, litigios entre sí como consecuencia del ejercicio de la profesión de abogado.

Esto es así pues los abogados patrocinan causas y pelean jurídicamente por ellas con otros abogados. Ello es absolutamente normal y por tanto sería absurdo descalificar a un árbitro por este hecho. Después de todo, el árbitro va a hacer justicia a las partes con las que no tiene ningún litigio pendiente, y no a sus representantes, abogados o asesores con quienes podría tenerlos en el marco del quehacer profesional.

Además, los litigios son de los clientes de los referidos abogados; no se trata de causas propias.

En estos casos el tema es relevante para ser declarado, pero no es relevante como causal de recusación si se declara, en la medida en que se entiende que los árbitros como abogados en ejercicio ejercen la profesión con todo el derecho de tener clientes. En la vida uno se cruza con otros abogados que tienen sus propios clientes. Cada cual defenderá los intereses de sus clientes.

No se trata, pues, de una controversia personal.

Litigar no significa que uno tenga animadversión contra el letrado que defiende a la otra parte. Simplemente, se trata de circunstancias que no deben motivar la recusación de los árbitros, porque eso significaría que se estaría reduciendo la función profesional de los árbitros al desempeño de la función arbitral y a no ejercer la profesión de manera liberal en un Estudio de abogados o de manera independiente, teniendo clientes en eventual conflicto con respecto a los clientes de los abogados o Estudios que defiendan a las partes en los procesos arbitrales cuyos tribunales dicho árbitro integrase.

De más está decir que si el pleito ha traspasado la frontera profesional, hecho que bien podría darse, consideramos que es al abogado —y no al árbitro— al que le correspondería alejarse del proceso arbitral, por el bien de los intereses de su patrocinado.

Menos relevancia creemos que revisten aquellos conflictos de interés que se pueda tener con los asesores o incluso con los otros árbitros.

A nuestro entender, los eventuales conflictos que tengan los árbitros entre sí serán conflictos que no ameritan recusación. Además, si uno tiene un conflicto con otro árbitro, ¿a quién se va a recusar? ¿a los dos? ¿Y acaso, los dos deberían salir del Tribunal Arbitral por tener ese conflicto de intereses? Por lo demás, se trataría de un conflicto de interés sobre una materia totalmente ajena al proceso arbitral y a las materias controvertidas en el propio proceso arbitral; con lo cual lo convertiría en totalmente irrelevante.

Sin embargo, los árbitros tendrían el deber de declarar ese conflicto; y la no declaración puede conducir a la recusación del árbitro que omita hacerla.

- En quinto lugar, el artículo 5.5. del Código de Ética señala que el árbitro deberá informar si ha sido designado por alguna de las partes en otro arbitraje, o si las ha asesorado o representado en cualquiera de sus modalidades.

Éste es un tema importante por cuanto plantea a discusión el caso de si un árbitro puede válidamente ser designado como tal en más de un proceso o en varios procesos arbitrales por la misma parte.

Estimamos que no hay ningún problema —*per se*— en que un árbitro sea designado como tal en varios procesos por la misma parte. Eso no significa nada malo en relación al árbitro.

Debemos reconocer, sin embargo, que dicha situación puede significar, dentro del terreno de las especulaciones, dos cosas.

La primera que, efectivamente, la parte pueda estar coludida con el árbitro y, en ese sentido, lo designa de manera recurrente. Y, la segunda, que se trate de un árbitro que desempeña de manera idónea su función y que, por lo tanto, la parte que lo ha designado en una oportunidad, ha visto sus condiciones de imparcialidad e idoneidad y lo vuelve a designar en otro u otros procesos.

En buena cuenta, la designación reiterada no significa nada, pero acá hay un elemento importante. Y es que de acuerdo a las disposiciones de contratación pública, los laudos y resoluciones que pongan fin al proceso (léase, laudos parciales o interlocutorios), son publicados en la página web del OSCE.

Esto significa que uno podría hacer un seguimiento de la conducta de los árbitros, en el sentido de si suelen darle siempre la razón a la parte que los nombra.

No cabe duda de que el darle siempre la razón a la parte que lo nombra, no necesariamente significará que el árbitro esté coludido con ella. Sin embargo, es un indicador, sobre todo, si se trata de laudos en los cuales no haya habido unanimidad de criterio, sino que hayan existido votos singulares (laudos por mayoría), y este árbitro siempre haya estado a favor de la parte que lo nombró.

En esos casos, creemos que el árbitro podría ser recusado y dicha recusación bien podría ser declarada fundada. No porque se esté condenando la conducta moral del árbitro, sino simplemente porque son indicadores de cómo actúa el árbitro; y como indicadores que son, ellos pueden dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad del árbitro, con respecto a la contraparte, es decir, a aquélla que no lo nombra de manera consuetudinaria.

En ese sentido, para poder recusar a un árbitro que declare que ha sido nombrado en otros procesos arbitrales por la misma parte que lo ha nombrado en un determinado proceso, creemos que no bastará la reiteración en el nombramiento sino una serie de otros elementos que sean, precisamente, aquéllos que puedan dar lugar a la existencia de dudas justificadas con relación a las aptitudes de imparcialidad y de idoneidad del árbitro en tales procesos.

Al respecto, debemos referirnos a un caso que se presentó ante el OSCE y que fue materia de recusación. Resulta que el árbitro designado por la empresa «A» es recusado por la Entidad «B», porque el referido árbitro omitió declarar que —en varios arbitrajes anteriores— había sido designado por distintas empresas, pero con un elemento en común entre dichas empresas: el coordinador del arbitraje, por parte de las empresas, era la misma persona en todas aquellas ocasiones y también era el coordinador del arbitraje de la empresa «A».

En este caso, el OSCE indicó que «[...] que el hecho de que el árbitro recusado [...] haya actuado como árbitro en distintos procesos arbitrales en los cuales también participó como coordinador de los mismos [el coordinador de la empresa que lo designó en este proceso], no constituye, per se, causal de recusación [...]».²⁰³

²⁰³ Penúltimo párrafo de la tercera página de la Resolución n.º 497-2008-CONSU-CODE/PRE de fecha 29 de septiembre de 2008.

A pesar de ello, el OSCE declaró fundada la recusación, fundamentando que el árbitro omitió declarar dicha situación, lo que generaba dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

Finalmente, es necesario señalar también que el citado artículo 5.5 del Código de Ética del OSCE señala que el árbitro debe declarar si ha asesorado a las partes en otro arbitraje o si las ha representado en cualquiera de sus modalidades. Esto también es muy importante y va de la mano con alguna de las normas anteriores sobre la vinculación profesional o eventual vinculación profesional que haya tenido o pueda tener el árbitro con alguna de las partes, a cuyos comentarios nos remitimos.

- En sexto lugar, el artículo 5.6 del Código de Ética del OSCE establece que el árbitro deberá revelar a las partes si ha emitido informe, dictamen u opinión o dado recomendación a una de las partes respecto de la controversia objeto de arbitraje.

Esto es bien importante en la medida de que se requiere que el árbitro tenga un conocimiento limpio de la materia, es decir, que no vaya con prejuicios sobre el particular.

Si el árbitro hubiese emitido un informe legal a alguna de las partes en relación a la materia controvertida —ya sea de manera verbal o por escrito—, simplemente deberá declararlo y, es más, creemos que debería abstenerse de aceptar el nombramiento como árbitro, en la medida en que ya tiene un prejuicio sobre el particular y, en buena cuenta, ese prejuicio implicará que difícilmente cambie su posición en el arbitraje, porque ya ha emitido opinión en un determinado sentido.

Es más, podríamos llegar al absurdo de que la parte que le ha pedido ese informe por escrito, por ejemplo, pueda adjuntar el informe en el proceso arbitral, indicando cuál es la opinión del árbitro. Esa sería una cuestión demasiado grotesca como para poder ser permitida en un proceso arbitral.

Puede ser recusado el futuro árbitro que no declare formalmente que con relación al conflicto que se pretende someter a su juicio arbitral, él ya tuvo una relación profesional diferente a la de árbitro, pues brindó sus servicios profesionales asesorando, emitiendo dictámenes u opinando o, simplemente, recomendando algún curso de acción respecto de ese conflicto a una de las partes. Por tanto, se supone que ya tiene una opinión formada sobre el caso antes del proceso arbitral, la misma que lo descalifica para hacer justicia en el proceso.

En nuestra opinión, es el hecho mismo el que lo descalifica, y no la falta de declaración.

Si bien las mayores probabilidades para su descalificación como árbitro podrían provenir de la parte a la que no brindó sus servicios o consejos profesionales, nada obsta para que aquélla a la que sí se los brindó pueda también descalificarlo. Y esto, porque el adelanto de opinión o simplemente la opinión que se formó durante la asesoría, pudo haber sido desfavorable a su cliente de entonces.

Por otro lado, aquí se plantea uno de los temas más usuales. Y es el relativo a qué ocurre si una parte decide nombrarlo a uno como árbitro y le pide exponerle en persona su caso. No creemos que haya problema alguno en escuchar a esa parte. El problema está en el hecho de si después de exponer el caso esa parte nos pide un compromiso de voto o un compromiso de voto solapado. Es decir, «Doctor, ¿qué opina usted sobre mis argumentos? ¿Tengo razón o no tengo razón?».

En ese caso, el eventual futuro árbitro no puede decir si la parte tiene o no la razón, porque en buena cuenta estaría comprometiendo su opinión. Si le dice que tiene la razón, ha adelantado opinión y, ello, es un quebrantamiento gravísimo a los deberes de ética de un árbitro. Si, por el contrario, le dice que no tiene la razón, sencillamente, no será nombrado como árbitro, además de que dicha afirmación también constituiría, sin duda, un adelanto de opinión.

En tal sentido, ante una situación así, el futuro árbitro tendrá que limitarse a señalar que se trata de consideraciones susceptibles de ser atendidas y que el tema lo conocerá junto con los argumentos de la contraparte, durante el desarrollo del arbitraje. No se puede decir absolutamente nada más, porque aquello que se diga adicionalmente compromete al árbitro.

Sobre el particular, González de Cossío²⁰⁴ sostiene que una entrevista previa entre la parte y el futuro árbitro será apropiada siempre y cuando la discusión de la controversia no rebase una mera descripción neutral con la finalidad de sondear la aptitud del árbitro, posibles conflictos de interés y/o disponibilidad de tiempo. Sin embargo, la parte que lo entreviste debe evitar abogar por una postura o hacer preguntas hipotéticas que sondeen la postura que podría adoptar el árbitro.

Finalmente, consideramos que existe un error en la norma del artículo 5.6. del Código de Ética del OSCE en torno a este supuesto bajo comentario. Dicho error consiste en personalizar el hecho del servicio profesional brindado sobre el conflicto materia de arbitraje a una de las partes por el futuro árbitro. Lo cierto es que tal atención profesional ajena al arbitraje, tendría similares reparos si ésta hubiese sido brindada por la empresa o Estudio de abogados del futuro árbitro, aun si éste no hubiere participado directamente. Aquí nos sería lícito suponer que el futuro árbitro está comprometido con los actos y opiniones de su centro de labores profesionales y, por tanto, que no puede desempeñar con imparcialidad ni independencia su función.

En tanto en el supuesto señalado —aquél en el cual el servicio haya sido brindado por el Estudio de abogados— no se exige al futuro árbitro el deber de declaración, la otra parte tendrá la posibilidad de recusar al árbitro en atención a su relación de dependencia con el

²⁰⁴ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 24.

Estudio jurídico que brindó servicios a una de las partes. Consideramos que aquí tampoco se debe esperar siquiera una declaración formal del futuro árbitro sobre este supuesto, sino que apenas conocida la identidad de las partes, por un mínimo de decoro, esta persona deberá rechazar el nombramiento.

- Finalmente, el artículo 5.7 del Código de Ética del OSCE señala que el árbitro deberá informar si existe cualquier otro hecho o circunstancia significativo, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a su imparcialidad o independencia.

Como bien señala González de Cossío,²⁰⁵ un árbitro debe revelar por escrito todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia. El no cumplir con este deber trae aparejado el que se presente apariencia de parcialidad y, no obstante que las circunstancias mismas no hubieran dado lugar a que el árbitro sea descalificado, el haber fallado a dicho deber lo descalificaría.

Sin duda es bastante difícil que luego de las enumeraciones señaladas en los incisos anteriores de este artículo 5, exista alguna otra razón adicional o alguna causal adicional que no haya sido contemplada por los numerales anteriores.

Sin embargo, ello podría producirse y, en tal virtud, se ha preferido incluir una norma que sea «cajón de sastre» como el artículo 5.7, en la medida en que es preferible establecer esta norma y que luego no se pueda señalar que el árbitro no ha declarado porque la ley establecía solamente casos taxativos y ninguno de esos supuestos calza con el supuesto de hecho que el árbitro hubiera omitido declarar.

En efecto, el deber de declaración debe ser entendido en sentido amplio. De esta manera, el árbitro «debe cumplir con el deber de

²⁰⁵ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *Op. cit.*, p. 12.

información, a pesar de que la circunstancia a informar no constituye en si misma una razón suficiente para determinar su descalificación». ²⁰⁶

Al respecto, resulta interesante referirnos a un caso que tuvo que resolver el OSCE.

En un arbitraje seguido entre la empresa «A» y la Entidad «B», la Entidad «B» recusa al Presidente del Tribunal Arbitral, porque éste no informó que había sido abogado en un arbitraje anterior, en el que el Árbitro Único había sido el abogado y representante de la empresa «A». ²⁰⁷

Dicha recusación fue declarada fundada, precisamente, por la omisión de declarar tal circunstancia.

Por ello, el artículo 5.7 del Código de Ética del OSCE impone el deber de informar cualquier hecho o circunstancia, que pudiera dar lugar a duda justificada respecto a la imparcialidad o independencia del árbitro.

La duda se generaría si —precisamente— el árbitro omite declarar un hecho por considerarlo irrelevante.

En consecuencia, y tal como señala Latorre, ²⁰⁸ resulta imprescindible que los árbitros cumplan con el deber de revelación o información, para lograr, primero, garantizar su independencia e imparcialidad, y, segundo, para blindarlo de posibles recusaciones o cuestionamientos posteriores.

En adición a todo lo expuesto, es importante subrayar que el artículo 5 del Código de Ética establece que el deber de información se mantiene

²⁰⁶ Sexto párrafo de la tercera página de la Resolución n.º 292-2008-CONSUCODE/PRE, de fecha 16 de junio de 2008.

²⁰⁷ Resolución n.º 001-CONSUCODE/OAJ, de fecha 16 de octubre de 2008.

²⁰⁸ LATORRE BOZA, Derik. *Op. cit.*, p. 360.

no sólo en la etapa en la cual el árbitro deba aceptar el nombramiento o pronunciarse en torno al nombramiento como árbitro, sino que se mantiene durante el transcurso del arbitraje y no se limita a lo establecido en dicho artículo. Apenas se produzca cualquier otra causal, el árbitro se encuentra en la absoluta obligación de revelar esa situación.

Asimismo, el penúltimo párrafo del artículo 5 del Código de Ética del OSCE señala que cualquier dispensa de las partes debe hacerse de manera expresa, luego de cumplido el deber de información por parte del árbitro, pudiendo constar en comunicación escrita o en el contenido de un acta debidamente firmada por las partes y levantada durante la realización del arbitraje. En todos estos casos, la circunstancia dispensada en forma expresa no podrá ser motivo de recusación a iniciativa de parte, ni tampoco genera sanción por parte del OSCE.

Sin embargo, creemos que dicha disposición es incompleta, ya que, en realidad, la dispensa no sólo puede ser expresa sino también tácita.

Decimos esto porque las partes tienen un plazo para recusar a un árbitro,²⁰⁹ luego de conocida la eventual causal de recusación. Entonces, si la parte no lo recusara dentro del plazo, estaríamos en presencia de una dispensa tácita, y las dispensas tácitas también valen.

Creemos, en ese sentido, que el penúltimo párrafo del artículo 5 del Código de Ética del OSCE es un tanto peligroso, en tanto requiere de esta dispensa expresa, cuando la propia Ley de Arbitraje y el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado —al establecer un plazo para que las partes recusen a los árbitros una vez conocida la causal— abre la puerta, sin ningún problema, para la dispensa tácita.

Por lo demás, de acuerdo a las normas generales de Derecho Civil y de Derecho Común, las declaraciones de voluntad expresas y tácitas

²⁰⁹ Sobre este tema, nos remitimos al punto 4 del presente capítulo.

tienen valor. En este caso, la ley al establecer un plazo para poder recusar a los árbitros en virtud del conocimiento de alguna situación que diera lugar a esta recusación, enervará el derecho de la parte que no lo recusó, para recusarlo después.

Eso significará que, independientemente de haberse omitido la dispensa tácita en el penúltimo párrafo del artículo 5 del Código de Ética del OSCE, la dispensa tácita surtiría idénticos efectos.

Finalmente, el último párrafo del artículo 5 del Código de Ética del OSCE establece que la omisión de cumplir con el deber de información por parte del árbitro, dará la apariencia de parcialidad, sirviendo de base para separar al árbitro del caso y/o para la tramitación de la respectiva sanción.

Esto significa que si el árbitro hubiese declarado tal circunstancia (la que omitió), a lo mejor, si era recusado, su recusación debía ser declarada infundada por la poca importancia de dicho hecho.

Sin embargo, la omisión de revelar hechos que se deben declarar en función del Código de Ética, amerita que se presuma esa apariencia de parcialidad, sirviendo ello como base para que su recusación sea declarada fundada. He ahí la importancia de cumplir con el deber de declaración.

Asimismo, en la parte final del artículo 5 se reafirma que el OSCE cuenta con las atribuciones institucionales necesarias para garantizar el cumplimiento del Código de Ética, así como para aplicar las sanciones que resulten pertinentes.²¹⁰

²¹⁰ Esta atribución también está recogida en el artículo 1 del referido Código de Ética. Sobre el tema de sanciones, nos remitimos a lo establecido entre los artículos 12 y 15 del Código, que regulan la denuncia, el procedimiento y la gradación de sanciones.

4. RECUSACIÓN

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

Fernando Vidal²¹¹ señala que la recusación es el acto por el cual una de las partes, o ambas, rechazan al árbitro nombrado por dudar de su idoneidad, imparcialidad o independencia, o por incumplimiento de los deberes inherentes a la función arbitral. La recusación puede ser planteada por las partes no sólo cuando ellas son las que han nombrado a los árbitros y los nombrados designaron al tercero, sino también cuando éstos hayan sido nombrados por un tercero o por una institución arbitral.

Al respecto, Leonardo Charry²¹² sostiene que la importancia de la figura de la recusación consiste en mantener la imparcialidad de los fallos, sobre todo en aquellos casos en que a pesar de reunirse los factores determinantes de competencia, se presentan algunas situaciones de carácter objetivo, que pondrían en peligro la recta administración de justicia.

El temor a la ausencia de objetividad del árbitro es lo que justifica la recusación, pues su *ratio essendi* se encuentra en la sospecha o creencia, de alguna de las partes, de que su actuación no será todo lo recta, honesta e incorrupta que al decoro y provecho de la justicia conviene.²¹³

²¹¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral. Op. cit.*, p. 85.

²¹² CHARRY URIBE, Leonardo. *Arbitraje Mercantil Internacional*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1988, p. 53.

²¹³ PICÓ I JUNOY, Joan. *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*. Barcelona: Bosch, 1998, p. 41.

Incluso, el OSCE ha señalado que «el recurso de recusación está previsto como el medio idóneo para aquella parte que se considere afectada en sus derechos, a raíz del incumplimiento de los deberes de imparcialidad e independencia de los árbitros, haga efectivos los mismos, a través de la remoción de éstos, sobre la base de la calificación objetiva y justificable de las consecuencias de su proceder».²¹⁴

En consecuencia, podemos afirmar que la razón de ser de la recusación —como instrumento jurídico utilizado para restaurar la fe en el proceso— radica en la desconfianza en el administrador de justicia.

4.1. *Causales*

Si bien es cierto que la confianza es un acto voluntario y personal, esto es, que generalmente otro no confía por uno, sino que somos nosotros, con base en nuestra experiencia, los que depositamos o quitamos nuestra confianza en y a alguien, existen casos en que la ley desconfía por nosotros.

En este sentido, el artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 225.- «*Causales de Recusación*

Los árbitros podrán ser recusados por las siguientes causas:

1. Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 221 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 224.
2. Cuando no cumplan con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.
3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa».

²¹⁴ Cuarto párrafo de la cuarta página de la Resolución n.º 482-2008-CONSUCO-DE/PRE de fecha 12 de septiembre de 2008.

- Puede apreciarse que la primera de las causales de recusación, la del inciso 1 del artículo 225 del Reglamento, tiene directa relación con lo establecido por el artículo 221 del propio Reglamento, cuando trata acerca de las personas que se encuentran impedidas para actuar como árbitros. Dicho artículo 221 establece lo siguiente:

Artículo 221.- «Impedimentos

Se encuentran impedidos para actuar como árbitros

1. El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas, los Ministros de Estado, los titulares miembros del órgano colegiado de los organismos constitucionalmente autónomos.
 2. Los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz.
 3. Los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos.
 4. El Contralor General de la República.
 5. Los titulares de instituciones o de organismos públicos descentralizados, los alcaldes y los directores de las empresas del Estado.
 6. El personal militar y policial en situación de actividad.
 7. Los funcionarios y servidores públicos en los casos que tengan relación directa con la Entidad en que laboren y dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad vigentes.
 8. Los funcionarios y servidores del OSCE hasta seis (6) meses después de haber dejado la institución.
 9. Los declarados en insolvencia.
 10. Los sancionados o inhabilitados por los respectivos colegios profesionales o entes administrativos, en tanto estén vigentes dichas sanciones.
- En los casos a que se refieren los incisos 5) y 7), el impedimento se restringe al ámbito sectorial al que pertenecen esas personas».

Como podemos ver, el artículo 221 del Reglamento contempla una relación de personas que no pueden ser árbitros. De ello se desprende que la sociedad desconfía *a priori* de que determinados sujetos, independientemente de sus calidades personales y profesionales, puedan hacer justicia.²¹⁵

²¹⁵ Cabe señalar que la Ley de Arbitraje no contempla una lista taxativa de impedidos para ser árbitros como sí lo hace el Reglamento. El artículo 21 de la Ley de Arbitraje se limita a señalar 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».

El Reglamento veta la confianza en determinadas personas para desempeñar la función arbitral, sin que haya habido una experiencia previa que dé origen a tal desconfianza. Sin embargo, la recusación contra estos sujetos debe producirse porque de lo contrario, así tuviesen las partes fe ciega en ellos, el arbitraje sería nulo.

Sin duda podría tratarse de un supuesto de nulidad virtual. Decimos esto, por cuanto la contravención de la norma no se sanciona con nulidad, pero no existiría otra conclusión en materia jurídica. Sin embargo, el tema ofrece muchas dudas e interrogantes, a las cuales nos referiremos posteriormente.

Así, el citado artículo 221 del Reglamento nos dice quiénes son esos sujetos en los cuales la sociedad no puede confiar en que llevarán un proceso arbitral libre de toda sospecha.

Se presume que la justicia arbitral idónea no puede recaer en manos de personas que no posean las calificaciones legales para ser árbitros o que, aun teniéndolas, estén impedidas de serlo por una circunstancia transitoria, a saber: el cargo público que ocupan.

Esta causal de recusación no presenta problema alguno, en tanto se refiere a circunstancias objetivas, que —de verificarse— impiden que la persona actúe como árbitro.²¹⁶

Sólo queremos resaltar la importancia de lo dispuesto por el inciso 8 del artículo 221 del Reglamento, cuando señala que están impedidos de ser árbitros los funcionarios y los servidores del OSCE hasta seis meses después de haber dejado la institución.

Esta norma es verdaderamente importante en la medida en que evita que se genere una corruptela en materia de designación de árbitros.

²¹⁶ Sobre el particular ver CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*, pp. 133-138.

En efecto, ilustremos con un ejemplo este tema. Recordemos que el OSCE es una entidad nominadora residual de árbitros. Resulta evidente que es contrario a todo orden moral que un funcionario o servidor del OSCE designara —en defecto de una de las partes o en defecto de los árbitros— a «X» como árbitro o como Presidente, respectivamente, para que a cambio, luego «X» designe al referido funcionario o servidor como árbitro o como secretario en el mismo proceso o en otro arbitraje.

Si existe una relación entre las personas que son designadas como árbitros y quienes las designen, se podría estar generando todo un mercado de «de hago para que hagas», lo que es absolutamente inmoral.

Para evitar ese tipo de situaciones es que el inciso 8 del referido artículo 221 contempla este impedimento.²¹⁷

Sin embargo, en relación a estas personas que están impedidas de ser árbitros, de conformidad con lo establecido por el artículo 221 del Reglamento y contemplados como susceptibles de recusación por el inciso 1 del artículo 225 del propio Reglamento, cabría preguntarse lo siguiente: ¿Qué pasaría si a pesar de tratarse de un impedimento absoluto (no susceptible de dispensa), el árbitro designado (y a la vez impedido) no es recusado? ¿El laudo que emita dicho árbitro sería susceptible de ser impugnado en los tribunales de justicia vía anulación, a pesar de que no se haya impugnado la designación de este árbitro? ¿Sería posible pensar en la interposición de una acción de amparo?

²¹⁷ La norma debería ser un precepto de carácter general que comprenda todos los arbitrajes y no sólo los relativos a la contratación estatal. En efecto, el inciso 8 del artículo 221 del Reglamento debería ser adoptado por la propia Ley de Arbitraje en una modificatoria que se debería introducir de manera urgente a la misma, para que sea aplicable a las Cámaras de Comercio, en los procesos de designación supletoria de árbitros. Recordemos que en virtud del artículo 25 de la Ley de Arbitraje, las cámaras de comercio tienen la función de designar al árbitro, en defecto de las partes, o al presidente, en defecto de los árbitros.

Éstas son interrogantes que, tanto la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, su Reglamento, como la Ley de Arbitraje no solucionan, dejando las preguntas en el aire, a efectos de que sea la doctrina y, tal vez, la jurisprudencia las que puedan subsanarlas.

Sin embargo, es verdad que éste es más un tema de interrogante académica que uno derivado de la frecuencia práctica. Ello, en razón de que las partes se cuidan de no nombrar a árbitros que se encuentren incurso en estas causales y, en caso fuesen nombrados, los árbitros también se cuidarán de no aceptar el nombramiento.

Por otro lado, el inciso 1 del artículo 225 del Reglamento también tiene directa relación con lo establecido por el artículo 224 del propio Reglamento. Para tales efectos, nos remitimos a lo señalado en el punto 3 del presente capítulo.

Simplemente, debemos reiterar que si el árbitro omite declarar alguna circunstancia de las contempladas por el artículo 5 del Código de Ética, sería susceptible de ser recusado, en virtud del referido inciso 1 del artículo 225 del Reglamento.

- La segunda causal de recusación, contemplada por el inciso 2 del artículo 225 del Reglamento, se presenta cuando los árbitros no cumplen con las exigencias y condiciones establecidas por las propias partes en el convenio arbitral, con sujeción a la Ley, el Reglamento y normas complementarias.

Como vemos, esta segunda causal tampoco presenta mayores dificultades en su interpretación, ya que sólo se refiere al cumplimiento de criterios meramente formales, pero esta vez, criterios pactados por las propias partes en el convenio arbitral.

Al respecto, Cantuarias²¹⁸ sostiene que a efectos de garantizar la constitución de tribunales arbitrales idóneos, todas las legislaciones arbitrales imponen requisitos mínimos que deberán cumplir aquellas personas que deseen actuar como árbitros. Generalmente estos requisitos están referidos a la edad y a la capacidad civil, nacionalidad y las calificaciones profesionales del árbitro. Pero, además de los requisitos que pueden ser exigidos por la ley del lugar donde se va a desarrollar el arbitraje, las partes o el reglamento de la institución arbitral encargada de administrar el arbitraje pueden imponer sus propios requisitos adicionales.

Ahora bien, las partes pueden pactar —en el convenio arbitral— ciertas exigencias y condiciones que deberán cumplir los árbitros en caso se presente una controversia y se deba recurrir al arbitraje.

En la medida de que el convenio arbitral es una figura prevista tanto para los supuestos en que el conflicto ya existe, como para los supuestos en que el conflicto se halla sólo en potencia, el contenido esencial para dotar de validez al convenio arbitral estará determinado por la voluntad inequívoca de las partes de querer resolver sus conflictos a través del arbitraje, y por el establecimiento de la relación jurídica en torno a la cual podrán surgir los conflictos.

Al respecto, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú²¹⁹ consideran que los elementos esenciales del convenio arbitral son solamente dos: (i) El compromiso inequívoco y claro de que las partes desean arbitrar sus controversias; y, (ii) La fijación de la extensión de la materia a que habrá de referirse el arbitraje.

Silvia Gaspar²²⁰ nos dice que un aspecto importante que implica la fijación de la relación jurídica en el convenio arbitral es que en fun-

²¹⁸ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Requisitos para ser árbitro». *Op. cit.*, p. 67.

²¹⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 131.

²²⁰ GASPAR, Silvia. *Op. cit.*, pp. 66-67.

ción al mismo será posible determinar el concreto procedimiento por el que ha de desarrollarse el arbitraje.

Por su parte, Fernando Vidal²²¹ sostiene que en el convenio arbitral se debe establecer desde la simple referencia del propósito de las partes de resolver sus controversias mediante arbitraje, hasta los más mínimos detalles en cuanto a la manera como debe desarrollarse el proceso arbitral y las obligaciones que asumen las partes.

Asimismo, Fernando Cantuarias y Manuel Aramburú²²² señalan que las partes podrán pactar, en cualquier momento, otros elementos, tales como el número de los árbitros, la designación de los árbitros, la ley aplicable, el lugar del arbitraje, el procedimiento arbitral, la renuncia a la apelación, etc.

En virtud de ello, es posible afirmar que una de las materias que podría ser parte del contenido del convenio arbitral, es la referida a los criterios esenciales para la designación de los futuros árbitros.

Sobre el particular, el OSCE ha señalado que «[...] para que pueda alegarse como causal de recusación que los árbitros hayan incumplido con las exigencias y condiciones establecidas por las partes en el convenio arbitral, deberá evidenciarse, en primer lugar, la existencia de condiciones particulares que las partes hayan pactado respecto a la activación de la vía arbitral, las mismas que caracterizarán al proceso arbitral con relación a las disposiciones de aplicación supletoria como las de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado, su Reglamento y la Ley General de Arbitraje. Asimismo, se deberá acreditar que el proceder de los árbitros es contrario objetivamente a las exigencias y condiciones que particulari-

²²¹ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. *Op. cit.*, p. 56.

²²² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y MANUEL ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, pp. 132-133.

zan al proceso arbitral, en virtud del acuerdo indubitable de las partes [...]».²²³

Dentro de tal orden de ideas, si el árbitro único o alguno de los árbitros del tribunal arbitral no cumpliera con los requisitos previamente pactados por las partes en el convenio arbitral, una de las partes podría recusarlo válidamente, en virtud de lo establecido por el inciso 2 del artículo 225 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

- La tercera causal de recusación, contemplada por el inciso 3 del artículo 225 del Reglamento, es cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia y cuando dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna y expresa.

Este tema ya fue analizado por nosotros cuando estudiamos los alcances del artículo 5 del Código de Ética del OSCE y el artículo 224 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, razón por la cual no vamos a volver a referirnos sobre el particular.

Sin embargo, debemos precisar que esta causal —al igual que las anteriores— se puede presentar no sólo al inicio del arbitraje, sino durante el desarrollo del mismo.

En tal sentido, el actuar de los árbitros durante el proceso arbitral, debe ser imparcial e independiente.

Sobre el particular, el OSCE ha señalado que «[...] para que pueda alegarse como causal de recusación que existen circunstancias que generan dudas justificadas sobre la imparcialidad e independencia de los árbitros, las mismas deberán acreditarse sobre la base de in-

²²³ Quinto y sexto párrafos de la cuarta página de la Resolución n.º 482-2008-CON-SUCODE/PRE de fecha 12 de septiembre de 2008.

dicios objetivos razonables que demuestren que la conducción del proceso por parte de los árbitros ha estado orientada hacia el beneficio evidente o encubierto de una de las partes en detrimento de la otra, sin respaldo en las reglas del proceso, la normativa aplicable supletoriamente o los principios generales del Derecho [...]».²²⁴

4.2. *Procedimiento*

En primer lugar, debemos señalar que si se trata de un arbitraje administrado por alguna institución, a efectos del procedimiento de recusación, nos tendremos que remitir a lo establecido por el Reglamento de dicha institución.

En caso de arbitrajes *ad-hoc*, en lo que respecta al procedimiento para recusar, nos debemos remitir al artículo 226 del Reglamento, que establece lo siguiente:

Artículo 226.- «Procedimiento de Recusación

En el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional o cuando no hayan pactado sobre el particular, el trámite de recusación se llevará a cabo conforme las (sic) siguientes reglas:

1. La recusación debe formularse ante el OSCE dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de comunicada la aceptación del cargo por el árbitro recusado a las partes o desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente.
2. El OSCE pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados la recusación, para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles, manifiesten lo conveniente a su derecho.
3. Si la otra parte está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renuncian, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.
4. Si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez (10) días hábiles.

²²⁴ Primer párrafo de la quinta página de la Resolución n.º 482-2008-CONSUCO-DE/PRE de fecha 12 de septiembre de 2008.

La resolución de la recusación debe ser motivada, es definitiva e inimpugnable y será publicada en el portal institucional del OSCE.

Cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a a designación del árbitro sustituto.

El trámite de recusación no suspende el arbitraje, salvo cuando se trate de árbitro único o hayan sido recusados dos (2) o tres (3) árbitros o, en su caso, cuando lo disponga el tribunal arbitral».

En primer lugar, el Reglamento ha establecido que el órgano encargado de resolver las recusaciones es el OSCE, es decir, los árbitros no resuelven las recusaciones que se formulan contra ellos, a menos que las partes pacten en contrario a lo dispuesto por el artículo 226 del Reglamento.

En ese sentido, la recusación debe formularse ante el OSCE en un plazo muy breve; a saber: cinco días de comunicada la aceptación o cinco días desde que la parte recusante tomó conocimiento de la causal sobreviniente (en la medida en que, como hemos expresado, las causales que motivan la recusación pueden presentarse en pleno desarrollo del proceso arbitral).

Queda claro que si se interpusiera una recusación fuera de plazo, por más de que ésta fuese fundada, la recusación se debería declarar improcedente por extemporánea.

Una vez recibida la recusación, el OSCE la pondrá en conocimiento de la otra parte y del árbitro o árbitros recusados, para que manifiesten lo conveniente a su derecho, en el plazo de cinco días.

Como podemos advertir, en realidad, podría ocurrir que no sólo estemos en presencia de un árbitro recusado, sino que se hubiese recusado a un número mayor de árbitros.

Si la otra parte estuviese de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros renunciaran, se procederá a la designación del árbitro o árbitros sustitutos en la misma forma en que se designó al árbitro o árbitros recusados.

Entonces, vemos que el procedimiento de recusación puede tener un primer desenlace y es que la parte que nombró al árbitro recusado acepte la recusación; o, en caso se tratara del Presidente del Tribunal, que la parte que no lo recusa también esté de acuerdo con la recusación. En otras palabras, en cualquier caso en que un árbitro es recusado por una parte y la otra estuviese de acuerdo con la recusación, automáticamente ese árbitro tendría que abandonar el tribunal arbitral.

Resulta evidente que ésta no es una situación en la cual se dé por fundada la recusación, porque para tal efecto se requeriría que el organismo resuelva. Aquí no hay resolución del OSCE, ni tampoco hay aceptación ni expresa ni tácita del árbitro recusado. Simplemente se trata de una situación *sui generis*, en la cual lo que se podría comprender es que ambas partes —vía este mecanismo recusatorio— están acordando tácitamente sustituir o vacar a ese árbitro y proceder a una nueva designación de un árbitro sustituto.

Estas mismas consideraciones son aplicables también para el caso en el cual no sólo sea un árbitro el recusado. Entonces, si la contraparte acepta la recusación, no interesa la opinión del árbitro o de los árbitros recusados.

Ahora bien, debemos señalar que es muy poco frecuente que la contraparte acepte la recusación. En la casi totalidad de los casos, la contraparte no la va a aceptar.

Entonces, en estos supuestos, el tema —en segundo término— quedaría en manos del árbitro.

Sobre este tema, es necesario señalar que sería prácticamente imposible que el árbitro acepte los fundamentos de la causal de recusación, aunque claro está que ello no sería imposible.

Si el árbitro aceptara los fundamentos de la causal de recusación, evidentemente se tendría que apartar del proceso, pero lo más común

es que el árbitro recusado no acepte los fundamentos que sustenten la causal de recusación.

En este supuesto, encontramos, a su vez, tres caminos. El primer camino es que el árbitro recusado renuncie, a pesar de no aceptar los fundamentos de la causal de recusación, caso en el cual se activa el mecanismo de designación de árbitro sustituto previsto por el propio Reglamento. El segundo camino, que tal vez es porcentualmente el más usual, consiste en que el árbitro recusado no acepte la recusación, la conteste y la rechace en todos sus términos. Finalmente, el tercer camino consiste en que el recusado no se pronuncie al respecto, a pesar del plazo que se le otorga para ello.

Tanto en el segundo como en el tercer caso, el tema será resuelto por el OSCE en resolución que debe ser motivada, siendo definitiva e inimpugnable y, además, publicada en el portal institucional de ese organismo del Estado.

Esta situación se halla contemplada en el inciso 4 del artículo 226 del Reglamento, cuando se señala que si la otra parte no está de acuerdo con la recusación o el árbitro o árbitros no renuncian o no absuelven el traslado en el plazo indicado, el OSCE lo resolverá en un plazo de diez días hábiles.

La norma agrega que en estos casos cuando la recusación sea declarada fundada, el OSCE procederá a la designación del árbitro sustituto.

Es importante señalar que, en principio, el trámite de recusación de un árbitro no debería suspender el procedimiento. Precisamente, eso señala el último párrafo del artículo 226 del Reglamento, pero esto sólo será aplicable en caso el recusado sea un árbitro, no así cuando los recusados sean dos o tres árbitros, o cuando lo disponga el Tribunal Arbitral.

Se entiende que si el recusado es un árbitro, no sólo es que no se suspende el proceso arbitral; tampoco se suspende la actividad del

propio árbitro recusado dentro del proceso arbitral. Es decir, sigue siendo árbitro en funciones. Lo que podría ocurrir es que el árbitro señale su abstención en los actos procesales que se tengan que ejecutar desde el momento en que ha tomado conocimiento de la recusación y hasta el momento en que la recusación sea declarada fundada, infundada o improcedente.

La norma establece que si son recusados dos o tres árbitros, el proceso arbitral sí se suspende.

Entendemos que la finalidad de esta disposición es evitar dudas sobre la idoneidad del tribunal en su conjunto. Sin embargo, nos da la impresión de que lo señalado en el último párrafo del artículo 226 del Reglamento, constituye una norma que puede dar lugar a maniobras dilatorias a efectos de recusar a dos o más árbitros en procesos arbitrales y que, naturalmente, los tribunales tengan que cesar en sus funciones.

Entonces, la pregunta será en qué medida, si se hace uso y abuso del mecanismo de recusar a dos o tres árbitros, el tribunal podría estar suspendido de manera ilimitada. Es una buena pregunta, porque la ley no establece normas para que los tribunales puedan brindar salidas legales a este respecto.

El tema queda evidentemente a la decisión de los propios tribunales arbitrales y de la doctrina. Sin embargo, resulta peligroso el hecho de que se podría hacer uso y abuso de este mecanismo, recusando por diversas causales sucesivas, una vez que es resuelta la causal anterior, que es declarada infundada. Y ahí sí tendríamos el entrampamiento total del proceso arbitral vía la ausencia de normas específicas del propio Reglamento.

Por otro lado, como sabemos, lo usual es que las partes paguen en partes iguales los honorarios de los árbitros al inicio del arbitraje. Entonces, cabe preguntarnos qué pasaría con los honorarios cobrados por el árbitro recusado.

Es decir, ¿el árbitro recusado tendría que devolver todo lo cobrado o sólo una parte, de acuerdo al estado del proceso en el que se retira?

Resulta evidente que en el supuesto de que un árbitro renuncie o que una recusación hubiese sido declarada fundada, las partes tendrían el derecho a que dicho árbitro devuelva una parte proporcional de los honorarios que hubiese percibido, atendiendo al estado del proceso en el momento en que se aparta del mismo.

En caso se trate de un arbitraje institucional, simplemente nos tendremos que remitir a los reglamentos del respectivo centro de arbitraje.

En cambio, si nos encontrásemos frente a un arbitraje *ad-hoc*, deberíamos tener en cuenta lo señalado por los dos últimos párrafos del artículo 230 del Reglamento, que establece que en el caso de renuncia o de recusación de un árbitro que sea declarada fundada, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto de la devolución de honorarios, será resuelta a pedido de parte por el OSCE, de conformidad con la directiva que éste apruebe para tales efectos. Dicha decisión será definitiva e inimpugnable.

En efecto, el OSCE como órgano rector de la materia, es el que debe adoptar las medidas necesarias para supervisar el debido cumplimiento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de su Reglamento.

Sobre el particular, deberemos remitirnos a la Directiva n.º 004-2005/CONSUCODE/PRE, sobre devolución de honorarios arbitrales, que a pesar de ser anterior a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, es la única Directiva que —por el momento— regula este tema.²²⁵

²²⁵ En efecto, desde la entrada en vigencia de la nueva Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de su Reglamento, el OSCE no ha emitido ninguna Directiva relativa a materia arbitral.

En tal sentido, la base legal de la Directiva a la que hacemos referencia es el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 26850, aprobado por Decreto Supremo n.º 083-

La finalidad de dicha Directiva es la de apoyar en la prosecución del desarrollo de los arbitrajes *ad-hoc*, en los casos que exista controversia en la liquidación de los honorarios profesionales, cuando se trata de una renuncia o recusación declarada fundada de uno o más árbitros.

En dicha Directiva se precisan el procedimiento y los criterios a seguir para la devolución de los referidos honorarios, de acuerdo al estado del proceso, en los que el OSCE, a pedido de parte, tenga que decidir el porcentaje de honorarios arbitrales a devolverse.

La Dirección de Arbitraje Administrativo pondrá en conocimiento del árbitro o de los árbitros involucrados, la solicitud presentada por la parte que reclama la devolución de los honorarios, a efectos de que en un plazo de tres días informen al OSCE sobre el estado del proceso arbitral y los honorarios que hubiesen percibido.

El OSCE, con o sin la respuesta de los árbitros y vencido el plazo para dicho efecto, procederá a resolver la solicitud de devolución de honorarios, en un plazo que no podrá exceder de cinco días.

El OSCE resolverá teniendo en cuenta el Anexo 1 de la referida Directiva n.º 004-2005/CONSUCODE/PRE, que establece un cuadro de porcentajes, en razón de la etapa del proceso en que el árbitro renuncia o en que la recusación es declarada fundada.

El referido cuadro establece los siguientes porcentajes:

2004-PCM, el Reglamento, aprobado por Decreto Supremo n.º 084-2004-PCM, la Ley General de Arbitraje, aprobada por Ley n.º 26572, y el Reglamento de Organización y Funciones del CONSUCODE, aprobado por Decreto Supremo n.º 021-2001-PCM.

ETAPA DEL PROCESO	ETAPA DEL PROCESO	PORCENTAJES PARCIALES	PORCENTAJES TOTALES
Instalación del Tribunal Arbitral o Árbitro Único			
Etapa Postulatoria	Presentación de Demanda	5%	20%
	Presentación de Contestación de Demanda	5%	
	Presentación de Reconvención	5%	
	Presentación de contestación de Reconvención	5%	
Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos	Conciliación	5%	25%
	Fijación de Puntos Controvertidos	15%	
	Medios Probatorios	5%	
Audiencia de Actuación de Pruebas	Inspección, Peritaje, Constatación	5%	5%
Audiencia de Informes Orales			
Laudo Arbitral		50%	50%

Nos parecen acertados los conceptos y porcentajes recogidos en dicho Anexo, el cual permite que el tema de la devolución esté referido a parámetros objetivos. E, incluso, dicho cuadro puede servir de referencia para que el árbitro renunciante o saliente devuelva los honorarios, sin necesidad de recurrir al OSCE.

Finalmente, debemos referirnos al tema del árbitro sustituto. En efecto, ya sea que el árbitro recusado haya renunciado o que la recusación hubiese sido declarada fundada, se deberá designar a un nuevo árbitro en reemplazo del saliente.

Ni la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ni su Reglamento, regulan el tema del árbitro sustituto, salvo cuando se trata de la función del OSCE como entidad nominadora residual.

En tal sentido, nos tenemos que remitir al artículo 31 de la Ley de Arbitraje. Dicho artículo establece que, a falta de acuerdo entre las partes, se sigue el procedimiento inicialmente previsto para el nombramiento del árbitro sustituido. Ahora bien, el árbitro sustituto tendrá que cumplir con todas las disposiciones estudiadas en el presente capítulo.

Ello implicaría, por ejemplo, que si el árbitro recusado fue un árbitro de parte, dicha parte tendrá un plazo para nombrar a su nuevo árbitro. Si, por el contrario, el recusado fuese el Presidente, los otros dos árbitros tendrían que ponerse de acuerdo y designar al nuevo Presidente.

Sin embargo, cabe preguntarnos qué pasaría con el desarrollo del arbitraje, durante el lapso que dura la designación del nuevo árbitro.

Sobre el particular, el inciso 2 del referido artículo 31 de la Ley de Arbitraje, indica que 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.

Ahora bien, una vez reconstituido el tribunal arbitral, las actuaciones arbitrales continuarán desde el estado del proceso 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 decidirán —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.

CAPÍTULO V

LAUDO

Capítulo V

LAUDO

Ahora pasamos a la parte final de este estudio, referida al laudo, su anulación y ejecución.

Como sabemos, los procesos arbitrales tienen como parte fundamental el laudo arbitral, que es la etapa del proceso a la que se aspira a llegar desde el inicio del propio proceso arbitral; de manera tal que es muy importante que el proceso culmine con un laudo, ya que él subsume todas las etapas procesales anteriores y pone fin a la controversia.

El sexto párrafo del artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

Artículo 52.- «Solución de controversias

[...]

El laudo arbitral de derecho es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, desde el momento de su notificación [...]». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 231 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 231.- «Laudo

El laudo es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia [...]

Estos artículos, simplemente, ratifican la solidez que la propia Ley de Arbitraje otorga al laudo.²²⁶ En efecto, los artículos citados enfati-

²²⁶ El artículo 59 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 59.- «Efectos del laudo

zan que el mismo no puede ser apelado y que tiene carácter definitivo. Ello implica que su cumplimiento es obligatorio para las partes. Todo esto, evidentemente, sin perjuicio de los recursos que la propia Ley de Arbitraje contempla para poder impugnar el laudo.

1. MAYORÍAS Y MINORÍAS

No podemos dejar de referirnos a un tema de importancia; a saber: las mayorías y minorías que se pueden presentar al momento de emitir un laudo.

Este tema no está regulado ni en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado ni en su Reglamento, por lo que tendremos que remitirnos a la Ley de Arbitraje.

Obviamente, en caso se trate de un tribunal arbitral unipersonal, nada de lo que vamos a desarrollar tiene aplicación. El tema adquiere relevancia si se trata de un tribunal arbitral colegiado.

En efecto, como bien señala Munné,²²⁷ el laudo arbitral —en caso de árbitro único— no plantea ningún problema de orden a la formación del laudo y de las restantes decisiones arbitrales, dado que las mismas las reflexiona, emite y redacta el árbitro único. Cuando hay más de un árbitro, es decir, en el caso de colegio arbitral, sí se plantean mayores problemas en orden a la adopción de decisiones.

Al respecto, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides,²²⁸ señalan que

-
1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
[...].».

²²⁷ MUNNÉ CATARINA, Frederic. p. 146.

²²⁸ REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 541.

en un tribunal de tres árbitros, debe haber cierto grado de «deliberación» entre ellos, consista éste en el intercambio de anotaciones o correos electrónicos o en conferencias telefónicas.

En tal sentido, considerando el número de árbitros que deciden, tenemos dos tipos de laudos; a saber: (i) el laudo emitido por unanimidad; y (ii) el laudo emitido por mayoría.

Según Cabanellas,²²⁹ «unanimidad» significa «coincidencia de opiniones, dictamen o pareceres entre los consultados o resolventes».

En efecto, el laudo emitido por unanimidad es aquél en el cual todos los miembros del tribunal arbitral, comparten los considerandos y la parte resolutive del mismo.

Por su parte, el laudo emitido por mayoría es aquel en el cual —teniendo en cuenta el supuesto más común que es un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros— existen dos árbitros que voten en un determinado sentido y otro que vota en sentido distinto.

En realidad la existencia formal de un laudo emitido por unanimidad o por mayoría es la misma, porque en ambos casos hay laudo. Pero la importancia de un laudo adoptado por unanimidad es muy grande, porque implica que independientemente del sentido del mismo, los árbitros designados por las partes —incluido aquél árbitro designado por aquella parte que eventualmente no ha ganado el proceso— están de acuerdo con la decisión. En ese sentido, la solidez sustantiva de un laudo emitido por unanimidad es, sin duda, mucho más fuerte que la de un laudo emitido por mayoría.

²²⁹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario enciclopédico de Derecho usual*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1989, 21.^a Ed., tomo VIII, p. 248.

1.1. *Laudo emitido por mayoría: el voto disidente y la opinión separada*

Estaremos de acuerdo en que no es lo mismo que nadie objete dentro del propio tribunal arbitral la decisión de fondo, a que alguno de los árbitros objete la decisión con un voto singular (disidente).

A entender de Cantuarias,²³⁰ un árbitro puede emitir una opinión disidente, la cual no es laudo ni forma parte de él. Se trata simplemente de opiniones que carecen de efectos jurídicos, ya que la decisión (el laudo arbitral propiamente dicho) se toma en base al acuerdo de la mayoría o del presidente del tribunal arbitral, según sea el caso.

Por su parte, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides²³¹ señalan que las opiniones disidentes plantean un problema aún mayor. Existe una amplia diferencia entre la doctrina y la práctica en cuanto a la conveniencia de permitir que se emitan opiniones disidentes. Los árbitros expresan su disenso rehusando firmar el laudo. Por ello, las opiniones disidentes son cada vez menos frecuentes. Por lo general, cuando se expresa una opinión disidente, ésta se adjunta al laudo si los demás árbitros lo consienten, o bien se entrega a las partes en forma separada. En cualquiera de los dos casos, la opinión disidente no forma parte del propio laudo; ella no es un «laudo» sino una opinión.

Al respecto, Yáñez Velasco²³² afirma que todos los árbitros deben firmar el laudo, pero si la declaración de voluntad de un árbitro contradice la mayoría, se permite el voto discrepante, reservado o particular. Y si la discrepancia es de varios árbitros y ellos coinciden entre sí, nada impide un voto particular conjunto. La falta de regulación en el proceder conduce a la libertad de formas pero requiere, como regla de

²³⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. *Op. cit.*, p. 140.

²³¹ REDFERN, Alan, MARTIN HUNTER, NIGEL BLACKABY y CONSTANTINE PARTASIDES. *Op. cit.*, pp. 540-541.

²³² YÁÑEZ VELASCO, Ricardo. *Op. cit.*, p. 719.

principio, que efectivamente haya existido un voto disidente con la mayoría y que el árbitro —su autor— desee expresarlo y justificarlo individualizadamente.

Dentro de tal orden de ideas, a través de la opinión disidente, el árbitro minoritario expresa la discrepancia con relación a aspectos de fondo de la controversia y con la forma cómo —los otros árbitros— han resuelto la misma.

En efecto, tal como señala Cantuarias,²²⁹ la posibilidad de permitir que un árbitro que se encuentra en desacuerdo con la mayoría del tribunal arbitral pueda emitir una opinión disidente fomenta la honestidad intelectual, contribuye a mejorar los fallos arbitrales en tanto obligan a la mayoría a fundar adecuadamente sus decisiones, promueve la responsabilidad judicial y arbitral, y otorga una satisfacción de principio al árbitro y a la parte. Mientras que sus desventajas, mucho menores en importancia, están referidas esencialmente a la posibilidad de que la opinión disidente pueda ser utilizada por malos árbitros como un mecanismo para sostener la posición de una de las partes o para intentar generar alguna condición para atacar la validez del laudo arbitral.

Sin embargo, consideramos pertinente precisar que, a nuestro entender, el voto singular (que contiene una opinión disidente) es tan legítimo como el voto en mayoría y debe ser respetado y puesto en su lugar. Pero sí hay que subrayar que este voto singular no debe ser visto —como usualmente es apreciado— en el sentido de proporcionar los argumentos a la parte que perdió para solicitar la anulación. Ello, porque generalmente no los da, en la medida en que esta opinión disidente se refiere a cuestiones de fondo y no a cuestiones de forma, y —como sabemos— las causales de anulación del laudo están basadas en aspectos formales y no de fondo.

²²³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Op. cit., p. 314.

La Ley de Arbitraje hace expresa referencia a la posibilidad de una opinión discrepante; ello, habida cuenta de que es común que aquel árbitro que no está de acuerdo con la mayoría, emita una opinión disidente. De esta manera, el artículo 55 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 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 de más firmas.
2. [...]». (El subrayado es nuestro).

Al respecto, Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides²³⁴ señalan que de todas las instituciones arbitrales del mundo, sólo el CIADI reconoce expresamente el derecho de los árbitros a emitir una opinión individual y, en especial, una opinión disidente. Así, la regla 47 (3) del Reglamento CIADI establece que «cualquier miembro del Tribunal podrá adjuntar al laudo su opinión individual, sea que disienta o no con la mayoría, o una declaración sobre su disentimiento». (El subrayado es nuestro).

Por otro lado, tenemos a las «opiniones separadas», que se presentan cuando existe acuerdo sobre la parte resolutive del Laudo, pero los árbitros no están de acuerdo en las consideraciones que los llevan a resolver en ese sentido.

En otras palabras, una opinión «separada» o «concordante» es aquella que expresa un árbitro que está de acuerdo con el resultado del arbitraje y que, por lo tanto, desea prestar su consentimiento a la parte dispositiva del laudo, pero que, al mismo tiempo, no está de acuerdo

²³⁴ REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 542.

con el razonamiento seguido o con la forma en que se formuló el laudo.²³⁵

Según Arrighi,²³⁶ en el caso de las opiniones separadas, si bien uno o más árbitros están de acuerdo acerca de la parte resolutive del laudo arbitral (es decir, están de acuerdo con el fallo), deciden emitir una opinión separada (o sea, respecto de la parte considerativa), debido a que pueden no estar de acuerdo con parte o todo el razonamiento seguido por la mayoría o con la forma en que el mismo ha sido formulado.

Las opiniones separadas sí forman parte del laudo, porque están de acuerdo con la parte resolutive del resto de miembros del tribunal arbitral, a diferencia de los votos disidentes.

Asimismo, debemos precisar que la existencia de opiniones separadas no implica la no existencia de mayoría, ya que la existencia de mayoría no se mide por la parte considerativa, sino por la parte resolutive del laudo.

1.2. Laudo emitido por mayoría: problemas que se pueden presentar

Como sabemos, el artículo 52 de la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

Artículo 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.

²³⁵ REDFERN, Alan, Martin HUNTER, Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Op. cit.*, p. 540.

²³⁶ Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones. Op. cit.*, p. 9.

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. [...]».

Uno de los aspectos fundamentales y que constituye norma de orden público, es que el tribunal debe funcionar con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Ello es así, en la medida de que en tanto se trate de un cuerpo colegiado, la deliberación de los asuntos a resolver no podrá ser efectuada por uno solo de los árbitros. Sin la concurrencia de la mayoría, simplemente no podrá haber resolución.

Esto resultará muy importante para nuestro razonamiento posterior, pues cabría plantearse la posibilidad de que el tribunal sólo cuente con la concurrencia de uno de los árbitros para la deliberación de un tema y, como veremos posteriormente, un solo árbitro en un tribunal colegiado de tres jamás podrá hacer resolución.

Es en ese sentido que tiene que interpretarse la segunda parte del inciso 1 del artículo 52 de la Ley de Arbitraje, cuando subraya que «toda decisión se adoptará por mayoría, salvo que las partes hubiesen dispuesto algo distinto».

Para nosotros es muy claro que cuando en esta segunda parte de la norma se vuelve a hacer referencia a la «mayoría», no se está aludiendo a la mayoría de quienes participan en la deliberación, sino a la mayoría de los miembros del tribunal. Es decir, para la adopción de una resolución arbitral, el tribunal necesita que esa decisión sea adoptada por mayoría, o sea, por la mayoría de tres, vale decir, por dos árbitros.

Ahora bien, cabe la posibilidad de que las partes establezcan que las decisiones no se adopten por mayoría, supuesto que al tratarse de un caso de excepción que escapa a los demás contemplados por la propia ley, nos colocaría en una situación verdaderamente exótica; a saber: que las partes estarían aceptando que la decisión de uno de los tres

árbitros haga resolución, independientemente de si fue el único que votó. Es decir, se trataría del supuesto en el cual deliberaron tres o dos árbitros o ninguno, pero sólo votó uno y las partes acepten de antemano —ya sea en el convenio arbitral o en el acta de instalación— que ese solo voto hace laudo.

Nunca hemos sido testigos de una situación como esa y esperamos no serlo, pues más allá de que lo permita la ley, esta interpretación no es garantía de la bondad de la norma, en la medida de que si se trata de un cuerpo colegiado, debería ser importante no sólo la concurrencia, sino el voto de la mitad más uno de los miembros del tribunal.

Pero no vamos a ahondar sobre el particular, al tratarse de un caso absolutamente excepcional.

Por otro lado, la tercera parte del inciso 1 del artículo 52 de la Ley de Arbitraje señala que «si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente».

Como se puede apreciar, en la citada norma impera la decisión mayoritaria y, en defecto, la del presidente del tribunal arbitral.

En este sentido, para aquellos supuestos en los que haya una pluralidad de opiniones diversas (cuando un árbitro considera que la pretensión es fundada, el otro que es infundada y, finalmente, el tercer árbitro considera que es improcedente), la ley prevé que en todo caso la decisión será tomada por el presidente.

Al respecto, Mantilla Serrano²³⁷ señala que a falta de mayoría, el presidente del Tribunal no está obligado a inclinarse a favor de una u otra de las tesis o posiciones expuestas por sus coárbitros (pero puede hacerlo y así constituir una mayoría), sino que queda libre de dictar el laudo él solo, sin necesidad de contar con el apoyo de alguno de los

²³⁷ MANTILLA-SERRANO, Fernando. *Op. cit.*, p. 195.

coárbitros. Así, se le da al tercer árbitro toda la independencia y libertad de decisión necesarias para evitar que, a falta de mayoría, quede obligado a entrar en interminables discusiones para convencer a alguno de los coárbitros de la validez de su posición o, lo que sería aún peor, a plegarse a las exigencias de cualquiera de ellos.

Una extrema prudencia debe inspirar el ejercicio de esta facultad por el presidente, quien sólo deberá apoyarse en ella cuando, después de una concienzuda y razonable deliberación entre los miembros del tribunal arbitral, sea imposible llegar a una posición mayoritaria. No debe convertirse el ejercicio de la mencionada facultad en un atajo para evitar las deliberaciones o para imponer el punto de vista del presidente.

Sin embargo, la patología empieza cuando dos árbitros votan en un mismo sentido y el tercero no emite su voto.

En este supuesto, regirá lo previsto por la segunda parte del inciso 2 del artículo 52 de la Ley de Arbitraje, cuando se establece que si un árbitro no votó, se considera que se adhiere a la decisión en mayoría.

En este caso, a pesar de haber votado sólo dos, se entenderá que el laudo ha sido emitido por unanimidad.

Otro caso no deseado, sería aquél en el cual los dos árbitros que votan no lo hagan en el mismo sentido.

Por ejemplo, que el presidente vote declarando infundada una pretensión y un árbitro de parte lo haga declarándola fundada.

Si bien el tercer árbitro no vota, la Ley establece una solución al caso, pues a pesar de ser cierto que entre los dos que votaron no existe mayoría, a efectos de que exista laudo, se entenderá que aquél que no votó se adhiere a la decisión del presidente.

Como podemos observar, hasta aquí el Derecho salva el laudo, es

decir, que a pesar de todos los inconvenientes que ya apreciamos, la Ley opta por favorecer la existencia de una decisión arbitral. Consideramos que la solución que se da a este respecto es adecuada.²³⁸

Los problemas se agravan cuando votando dos árbitros, lo hacen en sentidos opuestos (uno, declarando fundada la pretensión y el otro, declarándola infundada) y quien no vota es el presidente.

En este caso, la ley —como no podía ser de otra manera— no salva el laudo, en la medida de que el único caso en el cual ante una decisión discrepante de dos árbitros se entiende la adhesión del tercero a una de las dos posiciones, se presenta cuando una de esas dos es la del presidente.

Si el presidente no vota y sus coárbitros votan en sentidos opuestos, no hay laudo, por la sencilla razón de que en Derecho se entiende la prevalencia del presidente cuando existen tres votos diferentes o cuando existen dos votos distintos y uno es el suyo.

Ahora bien, el siguiente supuesto pasible de presentarse es aquél en el cual sólo vote uno de los árbitros de parte, caso que nos conduciría a sostener, invariablemente, que tampoco hay laudo, por la sencilla razón de que no ha votado la mayoría y de que no es posible enten-

²³⁸ Sin embargo, la Ley de Arbitraje incurre en un error que podría traer no pocas consecuencias; y es que el artículo 52, cuya sumilla y redacción están hechas pensando en la adopción de todo tipo de resoluciones arbitrales, está ubicado dentro del Título Quinto de la Ley, referido al laudo arbitral, situación que resta eficacia a la solución legislativa, en la medida de que será absolutamente lícito sostener que lo ahí dispuesto se circunscribe a la adopción de laudos arbitrales, no extendiéndose a las demás etapas del proceso, es decir, a aquellas resoluciones que siendo autos o decretos, tienen naturaleza distinta al laudo.

En ese sentido, resulta peligrosa esta puerta abierta, ya que se podría sostener la existencia de un vacío legal para la adopción de este tipo de resoluciones. Lo correcto hubiese sido que el texto del artículo 52 hubiera estado ubicado dentro del título cuarto, relativo a la generalidad de las actuaciones arbitrales.

der que el otro árbitro de parte o el presidente se adhieran al único voto, en tanto y en cuanto no existe norma legal que ampare tal especulación.

Pero, el caso más peligroso se presentaría, cuando aquél único árbitro que vota es el presidente, pues la redacción del inciso 1 del artículo 52 de la Ley de Arbitraje no es nada claro en este sentido, ya que si bien señala que toda decisión se adoptará por mayoría, acto seguido agrega que si no hubiese mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

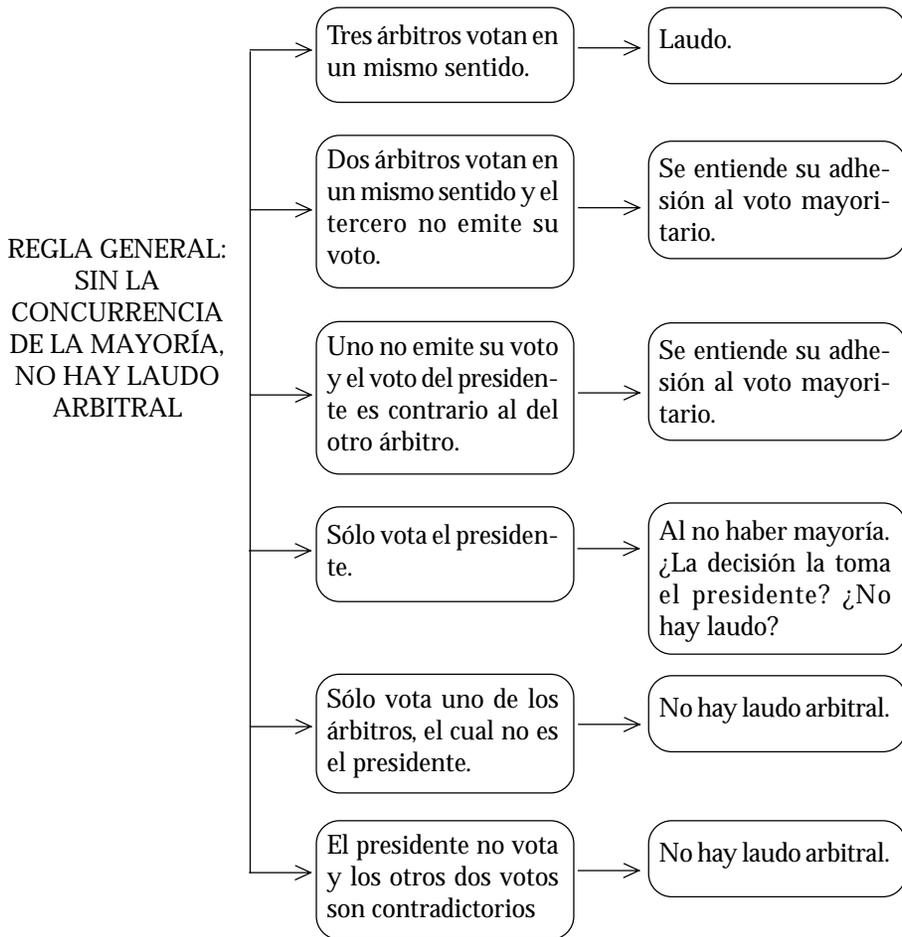
En tal sentido, sobre este particular, caben dos interpretaciones. La primera de ellas, en el sentido de que la sola decisión del presidente hace laudo, debiéndose entender que sus coárbitros —que no emitieron voto alguno— se adhieren a tal decisión.

La segunda interpretación posible es que la sola decisión del presidente no hace laudo, en la medida de que para que se aplique la ficción de la adhesión es necesaria la existencia de una votación mayoritaria de los árbitros, independientemente de que hayan votado en sentidos distintos.

En lo personal, nos adherimos a esta segunda posición, pues creemos que las ficciones del artículo 52 de la Ley de Arbitraje están encaminadas al desempate y complemento de una votación en donde al menos dos árbitros ya han emitido opinión.

Sin embargo, admitimos que se trata de un tema debatible, el mismo que podría conducir a que en una situación como ésta, una parte sostenga la existencia de un laudo adoptado por unanimidad (aplicando la ficción del inciso 1 del artículo 52) y que la otra parte sostenga la no existencia de un laudo.

Lo hasta aquí señalado podría resumirse en el siguiente cuadro:



2. PUBLICIDAD DE LOS LAUDOS

Como sabemos el proceso arbitral es confidencial. Los árbitros están obligados a guardar absoluta reserva sobre todos los asuntos e información relacionados con el proceso arbitral y la decisión final. Bajo ninguna circunstancia, podrán utilizar información recabada durante el proceso arbitral para obtener alguna ventaja personal o de terceros.

Asimismo, cabe señalar que este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales y no cesa en el supuesto en que éstos dejen de estar vinculados a las partes.

Sin embargo, entendemos que el deber de confidencialidad no se extiende a solicitar informes legales de asesores externos o abogados independientes, así como de peritos, pues ello constituye natural garantía del derecho de defensa de las partes.

Sin perjuicio de lo expuesto, en armonía con el principio de transparencia recogido en el artículo 4 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y de conformidad con lo establecido por el artículo 52 de dicha Ley, el laudo arbitral se hará de conocimiento general. La publicación del mismo se realizará a través de la página web del OSCE (www.osce.gob.pe).

Al respecto, Santistevan de Noriega²³⁹ señala que 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.

Según el referido autor, ello 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.

Así, el artículo 52 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado establece lo siguiente:

²³⁹ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. *Op. cit.*, p. 25.

Artículo 52.- «*Solución de controversias*

[...]

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

El arbitraje a que se refiere la presente norma se desarrolla en cumplimiento del Principio de Transparencia, debiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE disponer la publicación de los laudos y actas, así como su utilización para el desarrollo de estudios especializados en materia de arbitraje administrativo. [...]». (El subrayado es nuestro).

Por su parte, el artículo 231 del Reglamento establece lo siguiente:

Artículo 231.- «*Laudo*

El laudo es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia. El laudo, así como sus correcciones, integraciones y aclaraciones deberán ser remitidos al OSCE por el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificado para su registro y publicación.

[...]».

Sobre el particular, tenemos que remitirnos a la Directiva n.º 002-2005/CONSUCODE/PRE, que regula el tema de la remisión de Actas de Conciliación y Laudos arbitrales al OSCE.

A través de la referida Directiva, se precisan las formalidades y el plazo en el que los árbitros, y en su defecto las entidades del Sector Público, deben cumplir con remitir al OSCE copia de los laudos arbitrales.

Una de las finalidades de dicha Directiva es la de verificar el correcto cumplimiento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, con respecto a los procedimientos de conciliación y arbitraje, así como realizar un seguimiento periódico de los procedimientos de conciliación y arbitraje relacionados a controversias

surgidas en las contrataciones públicas, que se realicen ante una institución arbitral o de manera independiente (*ad-hoc*).

La Directiva n.º 002-2005/CONSUCODE/PRE obliga a los árbitros designados al amparo de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, y a las entidades del Sector Público, que se encuentren comprendidas en el artículo 3 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, bajo responsabilidad del Titular del Pliego o de la Máxima Autoridad Administrativa, según corresponda.

La Directiva establece que el árbitro único o el presidente del tribunal arbitral, de ser el caso, deberá remitir al OSCE, copia impresa del Laudo Arbitral y su transcripción en medios electromagnéticos dentro del plazo de cinco días contados a partir del día siguiente de haber notificado a las partes; ello, de conformidad con lo establecido por el citado artículo 231 del Reglamento.

Por otro lado, se establece que es obligación del representante de la entidad en el proceso arbitral, verificar que el laudo haya sido remitido al OSCE. Vencido el plazo señalado, sin que se hayan remitido los laudos arbitrales, el Titular del Pliego o la máxima autoridad administrativa, bajo responsabilidad, deberá remitir dentro de los quince (15) días siguientes, copia impresa del Laudo Arbitral al OSCE.

Asimismo, la citada Directiva indica que el Código de Ética establecerá las sanciones correspondientes por el incumplimiento de esta obligación que afecta el principio de transparencia.

En efecto, el incumplimiento de la obligación de remitir al OSCE copia de los laudos arbitrales, por parte del árbitro único o presidente del tribunal arbitral, de ser el caso, se considerará como una infracción al Código de Ética.

El incumplimiento de la obligación de remitir al OSCE copia de los laudos arbitrales dentro del plazo estipulado, por parte de las entidades, y del árbitro único o presidente del tribunal arbitral, de ser el caso,

dará lugar al pago de una tasa por regularización, según lo prescrito en el TUPA del OSCE, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa correspondiente.

Dentro de tal orden de ideas, nos parece acertada la publicación de los laudos que ponen fin a los procesos en que ha sido parte el Estado, ya que se discuten fondos públicos. Sin embargo, consideramos que el argumento resultaría incompleto, pues no es sólo un tema relativo a fondos públicos o privados, sino fundamentalmente uno referido a la facultad de administrar justicia, facultad que por naturaleza corresponde al Entado y, por excepción, a los particulares.

La publicación de todos los laudos arbitrales constituye una importante «vitrina», en donde se exhibe lo bueno, lo malo y lo feo del proceder jurídico de cada árbitro.

3. RECURSOS EN CONTRA EL LAUDO DENTRO DEL PROCESO ARBITRAL

El siguiente tema al cual haremos mención es el relativo a los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo, materia tratada en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje y que vamos a transcribir:

Artículo 58.- «*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».

En primer lugar, creemos que la Ley de Arbitraje ha ordenado de una mejor manera el tema de los recursos susceptibles de interponerse en contra del Laudo, dentro del proceso arbitral. Y, de esta forma, se define exhaustivamente la cuestión referida a la posibilidad de modificar el laudo una vez que éste haya sido notificado a las partes.

En efecto, el citado artículo 58 tiene una nueva estructura que corrige muchas cuestiones oscuras, vacíos e imprecisiones de las normas precedentes (artículos 54 y 55 de la Ley General de Arbitraje), en relación a plazos y procedimientos.

Cabe resaltar que el artículo 58 nos brinda los alcances de cada uno de los supuestos (rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo). Antes era necesario recurrir a lo establecido por el Código Procesal Civil, a fin de poder interpretar los alcances de cada una de

estas figuras, estableciendo —de esta manera— un marco conceptual del cual carecía la derogada la Ley General de Arbitraje.

Otro punto importante es la incorporación de un nuevo supuesto; a saber: la exclusión sobre extremos del laudo que no formen parte de las materias sometidas a conocimiento del Tribunal Arbitral. Ello permite a los árbitros sanear cualquier extremo en el que se hayan pronunciado más allá de su competencia, siempre que la parte o las partes así lo soliciten.

También, se amplía²⁴⁰ y uniformiza el tema de los plazos de interposición de estos recursos, estableciéndolo en quince días desde que es notificado el laudo arbitral.

Al respecto, cabe señalar que las partes pueden haber acordado el plazo fijándolo expresamente o bien remitiéndose al contenido de un reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido. Asimismo, cabe precisar que la ley no fija ni un plazo máximo ni un plazo mínimo al que deba ajustarse el plazo fijado de común acuerdo por las partes, por lo que el plazo será el que las mismas convengan.

Sobre el particular, Segoviano Astaburuaga²⁴¹ sostiene que no parece operativo que el plazo sea excesivamente breve, ya que podría suceder que la parte no tuviera tiempo suficiente para (i) examinar el laudo y darse cuenta del defecto que el mismo, en su caso, pudiera presentar; y (ii) para solicitar su corrección, aclaración o complemento. Tampoco parece adecuado que el plazo sea excesivamente largo, pues con ello podría resentirse la seguridad jurídica, al prolongarse durante un período considerable el plazo durante el cual se pueda presentar alguno de los recursos.

²⁴⁰ En efecto, la Ley General de Arbitraje establecía —en sus artículos 54 y 55— cinco días para solicitar la aclaración, corrección o integración del Laudo.

²⁴¹ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa. «Corrección, aclaración y complemento del laudo». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 636.

Sobre el particular, consideramos adecuado el plazo de quince (15) días que establece la Ley de Arbitraje, en defecto de pacto de las partes.

Por otro lado, en el citado artículo 58 se señala expresamente que se debe correr traslado del recurso a la otra parte para que se pronuncie, a diferencia de lo que establecía la derogada Ley General de Arbitraje. Con ello, se respeta el derecho de defensa y contradicción de las partes. Asimismo, dicha modificación se ajusta a lo que se venía presentando en la práctica arbitral, en donde era común que se estableciera en el Acta de Instalación que el Tribunal Arbitral tiene la facultad de correr traslado de los recursos a la otra parte, a fin de que exprese lo que mejor convenga a su derecho.

En ese sentido, para absolver el traslado, la otra parte tiene quince (15) días, y, vencido ese plazo, el tribunal tendrá quince (15) días adicionales para poder resolver, plazo que —a su vez— podría ser ampliado a quince (15) días más.

Es decir, todo el trámite para resolver estos recursos y para su planteamiento hasta su resolución, puede durar —en términos procesales— un máximo de sesenta días hábiles, lo que implica que el tribunal arbitral tenga el espacio temporal suficiente para analizar de manera apropiada los recursos interpuestos por alguna de las partes o incluso por ambas partes.

Ahora bien, el último párrafo del inciso 1 del citado artículo 58 también contempla la posibilidad de que los árbitros —a iniciativa propia— puedan proceder con una rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mismo.

Y se fija un plazo más breve para el pronunciamiento de oficio, a saber: diez días. De esta manera, las partes tendrán clara la situación del laudo, antes del vencimiento del plazo para interponer el recurso de anulación.

¿Por qué se permite este proceder a iniciativa propia del tribunal arbitral?

Simplemente, porque no sólo las partes pueden haber advertido estas situaciones que merezcan ser corregidas, sino que el propio tribunal lo puede haber hecho. En estos casos, la ley faculta a que el tribunal proceda de esta forma de oficio.

Lo que se busca, evidentemente, es que el laudo tenga la solidez requerida.

Sin embargo, podemos advertir que esta facultad de los árbitros no se extiende al recurso de exclusión. Con ello, creemos, se trata de impedir que el tribunal pueda arrepentirse cercenando partes del laudo, razón por la cual sólo se concede al tribunal arbitral la facultad de proceder de oficio, con respecto a la rectificación, interpretación o integración del laudo, pero no con respecto a la exclusión.

Esto nos parece totalmente adecuado porque a través de la exclusión, los miembros del tribunal arbitral podrían variar implícitamente el sentido del laudo y sustraer de su contenido algunas consideraciones y/o disposiciones que formaban parte de él.

Permitir que los árbitros *motu proprio* excluyan consideraciones o disposiciones de los laudos ya notificados, implicaría una manera indirecta de reconsiderar de oficio el contenido del laudo, lo que —evidentemente— está vedado por la ley.

El propósito no es que se varíe el sentido del laudo, sino que simplemente se perfeccione el mismo a través de estas vías, a solicitud de parte o de oficio.

Por otro lado, es importante resaltar que el inciso 2 del artículo 58 de la Ley de Arbitraje, establece que la rectificación, interpretación, integración y exclusión formarán parte del laudo. Naturalmente, se refiere a las resoluciones que procedan en ese sentido.

En efecto, se aclara que en cualquiera de los supuestos señalados (rectificación, interpretación, integración y exclusión), la decisión

fundada forma parte del laudo. Dicha precisión era necesaria, habida cuenta de que la Ley General de Arbitraje no lo establecía expresamente, generándose algunos problemas a efectos de computar el plazo para demandar la anulación del laudo.

Ello, teniendo en consideración que el contenido de un laudo arbitral podría variar de manera accesorio o considerable, luego de que sea declarado fundado alguno de los supuestos de rectificación, interpretación, integración y exclusión. En tal sentido, el contenido del laudo únicamente se encontraría definido en el momento en el cual los árbitros lo integren, corrijan, aclaren o excluyan.

Dentro de tal orden de ideas, al formar dichos supuestos parte del laudo, no procede contra ellos recurso de reconsideración alguno, sino el recurso de anulación.

Agrega la norma, de manera correcta, que contra las resoluciones que resuelvan cualquiera de estos cuatro recursos, no procede el recurso de reconsideración, el mismo que sí procede con respecto a cualquier otra resolución anterior al laudo.

Sin embargo, cabe preguntarnos ¿qué pasa si el tribunal arbitral no se pronuncia o lo hace extemporáneamente con relación a los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión?

Con acierto el inciso 3 del artículo 58 de la Ley de Arbitraje, establece que si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, o establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en dicho artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. Asimismo, precisa que no surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

La razón de esto radica en que se busca dar certeza a las partes en torno al estatus del laudo, para que, de considerarlo pertinente, puedan proceder a interponer el recurso de anulación.

Aquí operaría una suerte de silencio negativo.

El silencio —en este caso— sería la sustitución de la expresión concreta de los árbitros. La Ley de Arbitraje establece una presunción, en virtud de la cual, transcurrido un determinado plazo, se deriva una manifestación de voluntad de los árbitros con efectos jurídicos desestimatorios.

Al respecto, resultan pertinentes los comentarios de Juan Carlos Morón²⁴² en relación al silencio administrativo. El referido autor señala que la trascendencia de la teoría del silencio administrativo radica en emanar determinado valor y significado de la reserva producida, a través de la interpretación dada por la norma legal, esto es, si los efectos jurídicos serán entendidos negativa (desestimar la petición, reclamo o recurso) o positivamente (favorables). Es el contenido de la presunción —negativa o positiva— formulada por el sistema jurídico el que otorga significado a la actividad silente, imponiendo al mismo tiempo, las condiciones y procedimientos para su concreción.

De esta manera, el silencio negativo que se incluye en el artículo 58 sería un mecanismo que se brindaría a las partes para defenderse de la pasividad o negligencia de los árbitros, ya que —no olvidemos— los árbitros tienen la obligación de pronunciarse sobre la cuestión planteada dentro del plazo establecido.

En consecuencia, la idea de esta norma es que estos recursos permitan sanear deficiencias, sin necesidad de recurrir al recurso de anulación. En este sentido, el recurso de anulación no podrá ser planteado respecto de aspectos que pudieron ser corregidos mediante los recursos de rectificación, interpretación, integración o exclusión, si los mismos no hubieran sido planteados oportunamente.

Ahora bien, veamos brevemente, en qué consisten dichos recursos.

²⁴² MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2001, p. 395.

La solicitud de rectificación, también conocida como de corrección, en absoluto puede implicar una modificación al contenido de la decisión del Tribunal Arbitral, sino que debe dirigirse meramente a la corrección de errores materiales en el Laudo que requirieran ser corregidos.

En efecto, la corrección del Laudo es procedente en caso de verificarse la existencia de errores materiales, así como errores numéricos, de cálculo, tipográficos y de naturaleza similar.

Los errores pueden haber sido cometidos por los propios árbitros al dictar el laudo, quienes por ejemplo, establecen una determinada base de cálculo, pero al efectuar la operación correspondiente, incurren en un error.

Como bien señala Segoviano Astaburuaga,²⁴³ es clara la razón de ser de la posibilidad de rectificar errores del laudo. Carecería de sentido que ante un mero error material, la regulación del arbitraje presentara un sistema rígido, imposibilitador de toda corrección, pues, en ocasiones, ello conduciría a que el arbitraje careciera de toda eficacia, piénsese que por error se consigna como correspondiente a una de las partes el nombre de otra persona, o provocaría resultados absolutamente imprevistos, piénsese, por ejemplo, en un error de cálculo importante y sus consecuencias, en caso de no poderse corregir, pues el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y el recurso de anulación sólo cabe en los limitados supuestos previstos en la ley.

Otro de los recursos contemplados por el citado artículo 58 es el de interpretación, también conocido como recurso de aclaración.

Como ya lo habíamos señalado, antes la Ley General de Arbitraje no definía en qué consistía la aclaración (hoy llamada interpretación), por lo que se tenía que recurrir al artículo 406 del Código Procesal Civil,²⁴⁴ a efectos de interpretar el alcance del referido recurso.

²⁴³ SEGOVIANO ASTABURUAGA, María Luisa. *Op. cit.*, p. 640.

²⁴⁴ Artículo 406.- «Aclaración

El Juez no puede alterar las resoluciones después de notificadas. Sin embargo,

Sin embargo, la Ley de Arbitraje establece que 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.

Como se puede apreciar, en el proceso arbitral, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare aquellos extremos de la parte resolutive del Laudo que resulten oscuros o que resulten dudosos, o aquellos eslabones de la cadena de razonamiento del árbitro que por ser oscuros o dudosos, tengan un impacto determinante en lo resolutive o decisorio del Laudo, vale decir, en aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el arbitraje.

Nótese que la Ley de Arbitraje señala que lo único que procede interpretar es la parte decisoria del laudo y sólo excepcionalmente la parte considerativa en cuanto influya en ella, es decir, que para poder ejecutar lo decidido sea necesario comprender los fundamentos. Claramente este recurso tiene que ver con precisar qué es lo que se ha ordenado a las partes.

La doctrina arbitral es incluso más estricta al calificar las facultades de los árbitros de aclarar (o interpretar) su laudo.

Al respecto, Hinojosa Segovia²⁴⁵ señala que debe descartarse que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la aclaración del laudo no puede

antes que la resolución cause ejecutoria, de oficio o a pedido de parte, puede aclarar algún concepto oscuro o dudoso expresado en la parte decisoria de la resolución o que influye en ella. La aclaración no puede alterar el contenido sustancial de la decisión.

El pedido de aclaración será resuelto sin dar trámite. La resolución que lo rechaza es inimpugnable».

²⁴⁵ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado – Editoriales de Derecho Reunidas S.A., 1991, pp. 336 y 337.

tener un contenido que desvirtúe su función; así, pues, ha de venir referida únicamente a la corrección de errores materiales o a la aclaración de conceptos oscuros u omisiones (y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de controversia). El laudo que incurra en el vicio de la oscuridad, no cumple su fin, puesto que no queda decidida sin duda la controversia.

Como podemos advertir, el propósito de la norma es permitir la interpretación de un laudo para su correcta ejecución. Ésta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Ésta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión.

Queda claro, entonces, que mediante el recurso de interpretación no se podrá solicitar la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Tribunal Arbitral. Tampoco dicho recurso tiene una naturaleza impugnatoria, propia de las apelaciones o reconsideraciones. De lo contrario, se lograría por la vía indirecta lo que no se puede obtener por la vía directa, ya que el laudo en este caso es inapelable.

Entonces, sólo se puede interpretar la parte resolutive del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa en cuanto tenga que ser entendida para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una «aclaración» de los fundamentos, de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del laudo es evidentemente improcedente y, como tal, debe ser desestimada.

A diferencia de las dos figuras anteriores, que permiten precisar o corregir aspectos de los términos resueltos por el Tribunal Arbitral en el Laudo, la figura de la integración busca salvar la posible deficiencia del Laudo respecto de la omisión de alguno de los puntos sometidos a decisión del Tribunal Arbitral.

Así, el citado artículo 58 de la Ley de Arbitraje establece que 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.

En tal sentido, la integración del Laudo no debe implicar la modificación de decisiones ya adoptadas por el Tribunal Arbitral respecto de los puntos que fueron materia de controversia y que fueron resueltos oportunamente en el Laudo, ni la incorporación de nuevos puntos controvertidos que no fueron materia del proceso arbitral.

Finalmente, el artículo 58 de la Ley de Arbitraje contempla —por vez primera en nuestro ordenamiento legal— que 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.

Como se puede apreciar, la exclusión es el caso inverso de la integración. Si bien se trata de un caso atípico, es posible que el Tribunal Arbitral haya resuelto una materia que no constituyó objeto de pretensión por las partes, es decir, que ellas no sometieron a su decisión.

Para estos efectos, la Ley de Arbitraje contempla un remedio específico: el recurso de exclusión.

Si una de las partes pidiera la exclusión de un punto (no sometido a su decisión) contenido en el laudo y el Tribunal Arbitral accediera a su pedido, entonces, en definitiva, excluido dicho punto, el mismo —jurídicamente hablando— no formará parte del Laudo.

4. ANULACIÓN

4.1. *Concepto y causales*

Como bien sabemos, el arbitraje es un mecanismo alternativo para resolver ciertas controversias, por lo que necesariamente debe existir alguna forma de control.

Sin embargo, el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, pues entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema inferior de justicia. En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes.²⁴⁶

Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la controversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es el de corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial. Por ello, el artículo 62 de la Ley de Arbitraje establece que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia.

Es aquí donde radica la diferencia central entre el recurso de apelación y el recurso de anulación. Mientras que el recurso de apelación sí permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho (es decir, del análisis del fondo de la controversia resuelta en el laudo), el recurso de anulación sólo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos.

Con respecto al laudo y a las resoluciones que lo integran, es decir, aquéllas que resuelven los recursos de rectificación, interpretación, integración y exclusión, sólo cabe la interposición del recurso de anulación.

²⁴⁶ OLIVIER, Antonie. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. *Op. cit.*, p. 373.

Como bien señalan Feldstein y Leonardi,²⁴⁷ emitido y notificado el laudo concluye la jurisdicción del Tribunal salvo para los casos en que se solicite aclaratoria, corregir error material o de cálculo, o suplir omisiones sobre puntos accesorios o vinculados con alguna cuestión planteada (o excluir algún punto no sometido a la competencia del Tribunal Arbitral).

Dentro de tal orden de ideas, habida cuenta de que el Tribunal Arbitral ya no tiene jurisdicción, el Poder Judicial es competente para resolver el eventual recurso de anulación que alguna de las partes pudiera interponer.

Al respecto, Caivano²⁴⁸ señala que el objeto de instancia, como surge de las causales que la habilitan, no es el de revisar el contenido del laudo en cuanto al fondo de lo resuelto por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinados recaudos que las legislaciones han considerado indispensables para la buena administración de justicia.

Es importante, además, recordar lo que se señala en el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, cuando se prohíbe, bajo responsabilidad de los jueces, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión, o el calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

Las causales de anulación están expresamente establecidas en el inciso 1 del artículo 63 de la Ley, cuando se establece que el laudo solamente podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe cualquiera de los literales señalados del a) al g), que establecen lo siguiente:

Artículo 63. - «*Causales de anulación.*»

²⁴⁷ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L. y Hebe M. LEONARDI DE HERBÓN. *El Arbitraje*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 72.

²⁴⁸ CAIVANO, Roque J. *Op. cit.*, p. 288.

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 (sic) 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. [...]».

En tal sentido, corresponde comentar brevemente cada una de estas causales:

- El literal a) del citado inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje establece expresamente una causal de anulación no prevista con anterioridad. Dicha causal está referida a la posibilidad de interponer recurso de anulación contra un laudo cuando el convenio arbitral sea inexistente, nulo, anulable, ineficaz o inválido.

La antigua Ley General de Arbitraje, sólo contemplaba el supuesto de nulidad del convenio arbitral, por lo que la nueva Ley de Arbitraje abre la puerta a la posibilidad de anular el laudo cuando el convenio arbitral también sea inexistente, anulable, ineficaz o inválido.

Sobre el particular, Fernando Cantuarias Salaverry²⁴⁹ se pregunta cuándo un convenio arbitral es nulo y cita a Lohmann, al señalar que el convenio arbitral es nulo, cuando se encuentra incurso en alguno de los supuestos del artículo 219 del Código Civil o en otra norma.

Asimismo, Cantuarias señala que la opinión de Lohmann es lógica y obvia, ya que si se alega y prueba que el convenio arbitral se encuentra incurso en alguna causal de nulidad del acto jurídico, éste y el laudo arbitral deberían ser declarados nulos por el Poder Judicial.

Por otro lado, debemos tener presente que el literal a) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje establece que si el laudo se anula por esta causal, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.

En efecto, generado un conflicto, «A» inicia el arbitraje contra «B» y logra un laudo a su favor, ante lo cual «B» interpone recurso de anulación basado en la causal de nulidad del convenio arbitral, que es amparado por el poder judicial. ¿La controversia tendrá que someterse al poder judicial? La respuesta es que sí, porque la anulación del laudo arbitral se debió al hecho de que no existía entre las partes un convenio arbitral, por lo que no cabe la menor duda de que la competencia del poder judicial se restablecerá para resolver cualquier controversia existente entre las partes, salvo que suscriban válidamente un acuerdo de arbitraje.²⁵⁰

²⁴⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Anulación de un laudo arbitral por la causal de nulidad del convenio arbitral». En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/anullaudoo.html>.

²⁵⁰ *Idem*.

Finalmente, debemos precisar que esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado.²⁵¹

En efecto, como señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze,²⁵² es lógico que los reparos sobre la existencia, ineficacia o invalidez del convenio arbitral sean expresados desde un inicio en el mismo proceso arbitral y desde el inicio también hayan sido desatendidos por los árbitros. Lo que el sentido común expresado en la Ley quiere es que el reclamo sobre algo tan grave sea oportuno dentro del mismo proceso y no interesado cuando se perdió el proceso. Si los árbitros tuvieron razón o no en desatender el reclamo inicial de las partes, lo resolverá la jurisdicción ordinaria una vez terminado el proceso arbitral.

- En relación a la causal regulada por el literal b) del citado inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, Cantuarias²⁵³ señala que esta causal de anulación debe ser alegada y probada por quien la invoca y tiene por misión el salvaguardar el debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

²⁵¹ Recordemos que el inciso 1 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece 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 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». (El subrayado es nuestro).

²⁵² CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. *Arbitraje. El Juicio Privado: la verdadera reforma de la Justicia*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores, vol. 1, 2006, p. 257.

²⁵³ 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*. Lima: Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, septiembre, 2004, año II, n.º 3, p. 1. En http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletín/edic_ant/3/voz_arbitro2.htm

Así, comenzaremos por señalar que el concepto de debido proceso fue desarrollado a partir del Derecho estadounidense.

Carocca²⁵⁴ sostiene que los orígenes históricos de la noción de *debido proceso* en el Common Law, nos revelan que se trata de una fórmula sustancialmente amplia, indeterminada, que busca la justicia en la tramitación de un concreto proceso. Su importancia radica en que se asienta en el principio esencial de la tradición jurídica anglosajona conforme al cual *where there is no remedy there is no right*, en el sentido de que el derecho existe en cuanto se lo une en *judicio persequi* a través del ejercicio de un *form of action*.

La garantía del debido proceso ha venido a transformarse, con el andar del tiempo, en el símbolo de la garantía jurisdiccional en sí misma.

Por su parte, la Constitución peruana de 1993 tiene el mérito de invocar expresamente la observancia del debido proceso como un criterio de obligatorio cumplimiento. Ello lo hace dentro de un artículo constitucional dedicado a los llamados «Principios y derechos de la función jurisdiccional», precepto en el cual —a su vez— se incluyen una serie de elementos habitualmente asumidos como componentes centrales de todo debido proceso que presuma de serlo.

Tal como señala De Bernardis,²⁵⁵ resulta en extremo importante que se haya otorgado al debido proceso rango constitucional, en la medida de que 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, re-

²⁵⁴ CAROCCA PÉREZ, Alex. «Las Garantías Constitucionales del Debido Proceso y de la Tutela Judicial Efectiva en España». En *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Editora Normas Legales, 1966, año XIV, n.º 2, p. 85.

²⁵⁵ DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La garantía procesal del debido proceso*. Lima: Cultural Cuzco Editores, 1995, pp. 413 y 414.

quiere de una interpretación amplia que le permita estar presente para hacer posible alcanzar el mayor grado de justicia.

El debido proceso es el cumplimiento de todas las garantías del orden público, que deben aplicarse en todos los procesos.

Dentro de tal orden de ideas, y tal como señalan Castillo Freyre y Vásquez Kunze,²⁵⁶ la violación del debido proceso —siempre y cuando se haya reclamado ésta en su oportunidad y haya perjudicado ostensiblemente los derechos procesales del reclamante—, es también una causal de anulación del laudo. Se entiende aquí también por violación del debido proceso la indebida notificación de la designación de un árbitro. Los efectos que la Ley quiere para esta anulación son los de preferir pese a todo el arbitraje, que el arbitraje no muera sino que despierte nuevamente a la vida desembarazado de la violación y sus consecuencias, preservando todo lo actuado en el proceso hasta antes de la violación, para a partir de allí, continuar con el arbitraje y llegar a un laudo fruto del respeto al debido proceso.

Aquí también debemos precisar que esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado.

Finalmente, debemos tener presente que el literal b) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje establece que si el laudo se anula por esta causal, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.

- Otra causal de anulación del laudo, la contemplada en el literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, es que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se ha ajus-

²⁵⁶ CASTILLO FREYRE, Mario y Ricardo VÁSQUEZ KUNZE. Op. cit., p. 258.

tado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de la propia Ley de Arbitraje 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.

Como señala Cantuarias,²⁵⁷ la Ley de Arbitraje peruana, como la mayoría de las leyes arbitrales que basan de manera correcta su articulado en el respeto a la autonomía de la voluntad, deja a las partes y, en su defecto, a los árbitros, un amplio margen para construir el procedimiento arbitral que mejor se acomode a sus intereses. Justamente, con la finalidad de salvaguardar esta libertad, la causal bajo comentario autoriza la anulación del laudo arbitral, cuando la composición del tribunal o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo de las partes, siempre y cuando las disposiciones contractuales no se opongan a las normas imperativas de la propia Ley de Arbitraje.

El oportuno reclamo dentro del mismo proceso arbitral resulta aquí también condición para que esta causal prospere. El efecto de la anulación del laudo por esta causal es, obviamente, el que las procedan a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral deba reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable, de conformidad con lo establecido por el literal c) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje.

- El literal d) del citado inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, establece como causal de anulación del laudo, el que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

Como bien sabemos, los árbitros sólo pueden resolver sobre cues-

²⁵⁷ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Op. cit., pp. 484-485.

tiones que hayan sido pactadas en el convenio arbitral o en acto posterior.

Lete²⁵⁸ señala que no resultaría factible que los árbitros decidieran resolver cuestiones ajenas a la materia para la que fueron nombrados, pues ello se encontraría en flagrante contradicción con el propio fundamento de la institución arbitral.

Como se puede apreciar, esta causal regula el supuesto de incongruencia por exceso del laudo; siendo, por ello, fundamento de esta causal, la falta de competencia de los árbitros para conocer y resolver sobre cuestiones litigiosas que no les han sido encomendadas.

Tal como señala Barona,²⁵⁹ el fin de la anulación por esta causal es dejar sin efecto lo que constituye exceso en el laudo, pero no corregir sus deficiencias y omisiones, sin posibilidad —por tanto— de discutir el mayor o menor fundamento de lo resuelto, reduciéndose a examinar si hubo o no exceso jurisdiccional, traspasando los límites objetivos del compromiso.

Por otro lado, Cantuarias²⁶⁰ precisa que la anulación sólo afectará los puntos no sometidos a decisión, siempre y cuando tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal. Además, debe tenerse en cuenta que la causal bajo comentario sólo afectará a los laudos arbitrales que contengan excesos en la materia (*extra petita* o *ultra petita*), pero no cuando los árbitros hayan fallado omitiendo resolver sobre alguna materia sometida a su conocimiento (*infra petita*).

²⁵⁸ LETE ACHIRICA, Javier. «Acción de anulación del laudo» En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, p. 658.

²⁵⁹ Citada por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje». En: *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2005, n.º 30, p. 204.

²⁶⁰ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. «Anulación de un laudo arbitral por la causal de exceso en la resolución de la materia sometida a arbitraje». *Op. cit.*, p. 208.

En la misma línea encontramos a Palacios,²⁶¹ quien sostiene que, en relación con la hipótesis de que el recurso de nulidad sea favorablemente acogido por el hecho de haberse dictado el laudo sobre puntos no controvertidos, se autoriza a declarar la nulidad parcial del pronunciamiento, si éste es divisible.

A entender de Munné,²⁶² en este supuesto puede solicitarse y en su caso declararse tan sólo la anulación parcial del laudo, en la medida de que la materia no sometida a decisión del árbitro sea escindible de las cuestiones sometidas a su conocimiento y sobre las que no se declara su anulación. En caso contrario, debería declararse la anulación de todas esas cuestiones, las cuales deberán plantearse de forma conjunta en un proceso ordinario posterior.

Al respecto, Castillo Freyre y Vásquez Kunze,²⁶³ señalan que el hecho de que se haya laudado sobre algo que no se ha pedido es, obviamente, una causal de anulación del laudo. Aquí, quiere la Ley que la anulación afecte el laudo sólo en aquello que está de más por la razón que fuere, mientras se le pueda separar fácilmente de lo que sí se pidió que se laudara. Si no se puede separar, porque una cosa es indesligable de la otra, no procede la anulación.

Al igual que en los casos anteriores, esta causal sólo será procedente si fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y el mismo fue desestimado.

Finalmente, debemos tener presente que el literal d) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje establece que si el laudo se anula por esta causal, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto

²⁶¹ Citado por LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. «Laudos arbitrales y medios impugnatorios» En: *Cuadernos Jurisprudenciales*. Lima: Gaceta Jurídica, noviembre 2002, n.º 17, p. 24.

²⁶² MUNNÉ CATARINA, Frederic. *Op. cit.*, p. 180.

²⁶³ CASTILLO FREYRE, Mario y RICARDO VÁSQUEZ KUNZE. *Op. cit.*, p. 260.

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.

- Por su parte, el literal e) del citado inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, establece como causal de anulación del laudo, el que el tribunal arbitral haya resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje.

Sobre este tema, nos remitimos a lo ya expresado en el Capítulo II del presente trabajo, sobre materia arbitrable.

Sólo debemos precisar que la anulación afectará solamente a las materias no sometidas a arbitraje o no susceptibles de arbitraje, siempre que ellas puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total.

Debemos señalar que, al igual que en el caso anterior, si el laudo o parte de él se anula por esta causal, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente. Asimismo, esta la causal podrá ser apreciada de oficio por la Sala de la Corte Superior que conoce del recurso de anulación.

- Finalmente, el literal g) del citado inciso 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, establece como causal de anulación del laudo, el que la controversia haya sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Los plazos para laudar —los mismos que siempre deben encontrarse pactados en el acta de instalación del tribunal arbitral o fijados supletoriamente por la ley o el reglamento que resultare aplicable al proceso— son muy importantes y su incumplimiento puede determinar, a diferencia de las sentencias judiciales, la anulación del laudo si ésta es pedida oportunamente.

Aquí, anulado el laudo por esta causal, 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 arbitraje nacional, dentro de los quince 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, de conformidad con lo establecido por el literal f) del inciso 1 del artículo 65 de la Ley de Arbitraje.

Finalmente, debemos criticar que no se haya incluido como causal de anulación del laudo la posibilidad de impugnarlo por haberse laudado sin las mayorías requeridas, como sí lo hacía la derogada Ley General de Arbitraje.²⁶⁴

En el punto 1 del presente capítulo analizamos los posibles problemas susceptibles de presentarse frente a la actual redacción del artículo 52 de la Ley de Arbitraje, por lo que nos corresponde preguntarnos qué pasaría en estos casos.

En los supuestos en donde hemos señalado la no existencia de un laudo, es decir, aquéllos en los cuales sólo voten los dos árbitros de parte en sentidos opuestos, aquél otro en el cual sólo vote un árbitro de parte (caso indudable de no existencia de un laudo) y el último supuesto —de solución discutible— en donde sólo votó el presidente, la ley no establece una solución expresa al problema.

Por un lado, podría entenderse que al no haber habido laudo, cualquiera de las partes podría dar inicio a un nuevo proceso arbitral.

Similar razonamiento podría esgrimirse para el caso en el cual ninguno de los tres árbitros hubiese laudado.

²⁶⁴ En efecto, el inciso 4 del artículo 73 de la Ley General de Arbitraje sí contemplaba dicha posibilidad.

¿Pero qué ocurriría en aquél supuesto en el que una de las partes señale que a pesar de existir el solo voto del presidente y al no haber sido impugnada dicha decisión, la misma deba considerarse firme y, por tanto, deba estimarse que tal voto tiene la categoría jurídica de laudo?

Se nos viene a la mente el por todos conocido inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje, que establecía como una de las causales de anulación, el haber laudado sin las mayorías requeridas.

Y ¿cuál es el correlato de esta norma en la actual Ley de Arbitraje?

Pues, simplemente, no existe correlato alguno, vale decir que no se ha contemplado entre las nuevas causales de anulación de los laudos arbitrales, el caso en el cual el tribunal hubiese laudado sin contar con las mayorías requeridas.

Esta situación resulta peligrosa, pues dudamos mucho de que puedan hacerse extensivos los alcances del literal c) del inciso 1 del artículo 63 de la nueva Ley,²⁶⁵ cuando señala como una de las causales de anulación de los laudos, el que las actuaciones arbitrales no se hubieren ajustado a lo dispuesto por el Decreto Legislativo n.º 1071.

Decimos esto, en la medida de que la decisión de aquel árbitro que en solitario emitió su voto, no trasgrede ninguna disposición ni de la

²⁶⁵ 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 (sic) 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.

[...]». (El subrayado es nuestro).

Ley de Arbitraje ni, eventualmente, del Reglamento arbitral que resultare aplicable o de la respectiva acta de instalación.

Queremos subrayar que el voto en cuestión sería un voto emitido plenamente dentro de los cauces jurídicos, de modo tal que ese voto no se apartaría de ninguna disposición legal ni reglamentaria.

Esto significa que nos encontraríamos ante un vacío de la ley que no debió producirse, habida cuenta de que el artículo 52 de la Ley de Arbitraje, como hemos visto, no llega a cerrar un círculo en el que pueda decirse que siempre habrá una decisión arbitral, ya que es evidente que en algunos casos como los expuestos, simplemente no habrá laudo.

Debemos admitir que si sólo hubiese votado un árbitro de parte, se podría sostener que al no haberse laudado por mayoría, se estaría contraviniendo una disposición de la propia ley (el artículo 52, inciso 1).

Pero, no ocurriría lo mismo en el supuesto en el cual el único que hubiese emitido su voto hubiese sido el presidente del tribunal arbitral; ya que aquí también se podría sostener la no existencia de mayorías; pero, por otra parte, se podría argumentar que el laudo sí fue emitido mayoritariamente, si se entendiera aplicable la ficción contemplada en el inciso 2 del referido artículo 52.

En todo caso, creemos que el artículo 63 hubiese hecho bien en mantener como una de las causales de anulación, la de haber laudado sin las mayorías requeridas; ello, con el propósito de que no quede duda alguna de que ésta sigue siendo una causal de anulación de los laudos arbitrales, y de que no se pueda discutir —como lamentablemente ocurrirá de ahora en adelante— que dicho supuesto debe entenderse como una de las contravenciones previstas en el literal c) del referido artículo 63.

En efecto, hubo quienes consideraron que el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje no tenía efectos prácticos.

Así, a entender de Cantuarias,²⁶⁶ esta causal era muy difícil que se presente en la práctica, si tenemos en cuenta que, de conformidad con el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje, salvo que exista acuerdo en contrario de las partes, resolverá el presidente del tribunal arbitral en caso hubiera empate o cuando no exista acuerdo mayoritario.

Asimismo, Lohmann²⁶⁷ sostenía que el referido inciso 4 era inútil porque nunca puede producirse el caso de falta de mayoría, ya que el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje establecía, sabiamente, que cuando el órgano arbitral era colegiado y no hubiera acuerdo mayoritario, decide quien actúe como presidente. La decisión de éste, por lo tanto, no hará mayoría, pero sí será suficiente para la validez del laudo.

Si bien coincidimos con los citados autores, en el sentido de que el artículo 47 de la Ley General de Arbitraje reducía las posibilidades de que no existiera un laudo, consideramos que sí podía presentarse algún supuesto que conllevara la aplicación del inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley. En efecto, pensemos en el caso en el cual el laudo es emitido por un solo árbitro de parte. Aquí cabe preguntarnos ¿qué sucede con los otros dos árbitros (el otro árbitro de parte y el presidente) que no se pronunciaron? ¿Se entienden adheridos los otros dos árbitros a lo decidido por el primero?

Cuando dos árbitros emiten el laudo, el tercero —que no se pronunció— se entiende adherido a lo decidido por la mayoría. Sin embargo, si el laudo fue emitido por uno, que no es el presidente, dos no se pueden adherir al voto de uno, porque uno no hace mayoría.

²⁶⁶ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Op. cit., p. 52.

²⁶⁷ LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. «Más sobre la necesidad de modificaciones a la Ley General de Arbitraje (arbitraje nacional)». En *Derecho & Sociedad*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, n.º 25, p. 225.

Creemos que éste es un supuesto en el que se podía demandar la anulación del laudo, en virtud de lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje, ya que —sin lugar a dudas— se trataba de un laudo emitido sin las mayorías requeridas.

Otro supuesto podría ser aquél en el cual los dos árbitros de parte no emiten voto alguno y el presidente lauda.

Si bien sabemos que los artículos 46 y 49 de la derogada Ley General de Arbitraje, contemplaban la posibilidad de que los árbitros que no han emitido voto se adhieran al de la mayoría, aquí no estamos ante ese supuesto, ya que el solo voto del presidente —lo reiteramos— no hace mayoría y no podría entenderse que los otros dos árbitros se adhirieron a dicho único voto.

Finalmente, un tercer supuesto sería aquél en el cual los árbitros de parte emiten sus votos (uno declara fundada la pretensión y el otro la declara improcedente) y el presidente —que se supone es el que decide— no emite voto alguno y tampoco se designa al árbitro dirimente, tal como lo establecía el segundo párrafo del artículo 47 de la derogada Ley.

Aquí no se puede entender que el Presidente se adhiere a los votos de los otros árbitros, en la medida de que no hay mayoría a la cual adherirse.

En tal sentido, y no habiéndose designado al árbitro dirimente, ni siquiera se podría hablar de laudo, ya que sólo se tendrían dos votos distintos. Sin embargo, en el supuesto de que alguno o los dos árbitros notifiquen sus votos como laudo, ellos bien podían anularse en virtud a lo prescrito por el inciso 4 del artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje.

Dentro de tal orden de ideas, estos tres supuestos señalados también se pueden presentar hoy en día, con la vigente Ley de Arbitraje, por lo que —lo reiteramos— hubiese sido mejor mantener —como

una de las causales de anulación— la de haber laudado sin las mayorías requeridas.

4.2. La anulación en el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado

El tema de la anulación básicamente está regulado en la propia Ley de Arbitraje, la misma que ha sido objeto de estudio en el punto precedente.

Sin embargo, el Reglamento también norma algunos aspectos del recurso de anulación.

Así, el artículo 231 del Reglamento establece que las partes pueden pactar en el convenio arbitral, que será requisito para interponer el recurso de anulación contra el laudo, que la parte impugnante acredite la constitución de carta fianza a favor de la parte vencedora y por la cantidad que el laudo determine pagar a la parte vencida.

Cuando se interponga recurso de anulación contra el laudo, la parte impugnante deberá cumplir con comunicar y acreditar ante el arbitro único o el tribunal arbitral la interposición de este recurso dentro de los cinco días hábiles siguientes de vencido el plazo correspondiente; en caso contrario, se entenderá que el laudo ha quedado consentido en sede arbitral.

Asimismo, el referido artículo 231 del Reglamento establece que las sentencias que resuelvan de manera definitiva el recurso de anulación, deberán ser remitidas al OSCE por la parte interesada en el plazo de diez días hábiles de notificadas para su registro y publicación.²⁶⁸ Los representantes de las partes deberán cumplir con dicha obligación bajo responsabilidad.

²⁶⁸ Sobre el tema de la publicidad a través de la página web del OSCE, nos remitimos a lo señalado en el punto 2 del presente capítulo.

5. EJECUCIÓN DEL LAUDO

El último rubro que corresponde ser abordado en este trabajo, es el relativo a la ejecución del laudo arbitral.

Al respecto debemos señalar que si bien el Tribunal Constitucional y la nueva Ley de Arbitraje han consagrado el *principio de no interferencia o autonomía del arbitraje*, ello no implica desconocer que la actividad judicial resulta relevante para el arbitraje, en algunos aspectos.

Los árbitros deben comprender las limitaciones que les imponen su origen convencional, la falta de *imperium* y el orden público.

En efecto, el arbitraje nunca podrá restar protagonismo al Poder Judicial, ya que los jueces tienen el monopolio en el ejercicio de la fuerza pública. Es decir, están dotados por el Estado de la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, tienen la potestad de imponer coactivamente una conducta.

A nuestro entender, el arbitraje debe convivir con la justicia estatal y para que esa convivencia sea armónica, habrá de establecerse una relación de cooperación entre ambos sistemas.

Así, el arbitraje no podría existir sin una justicia estatal que le preste apoyo, que le permita suplir los inconvenientes y las limitaciones propias de su origen privado.

Al respecto, Bernardo²⁶⁹ sostiene que la existencia de un convenio arbitral no implicaría que deban los tribunales permanecer ajenos por completo al arbitraje. Aun cuando exista el compromiso arbitral, la actuación de los jueces en relación con el procedimiento arbitral no

²⁶⁹ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia. *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*. Granada: Editorial Comares, 2002, p. 88.

desaparece. Al fin y al cabo, corresponde a éstos ejecutar el laudo, formalizar el arbitraje, o auxiliar a los árbitros en la práctica de determinadas pruebas.

En efecto y tal como lo señala Ana María Arrarte,²⁷⁰ no podemos dejar de reconocer que cuando se ha suscitado ya el conflicto y, en consecuencia, es necesario que se «eche a andar» este mecanismo privado y eficientemente diseñado a la medida de las partes, lo más probable sea que el ánimo conciliador y los intereses coincidentes que motivaron su celebración ya no existan más. Es aquí donde —entre otros momentos— surge la necesidad de que el Poder Judicial «entre en acción».

A entender de Griffith,²⁷¹ el rol que debe asumir la autoridad judicial se tiene que limitar al de asistir a los árbitros en algunos casos, entre los que se encuentra el de ejecutar un laudo.

En efecto, si bien el sometimiento a arbitraje excluye la jurisdicción de los jueces, la autoridad judicial podrá intervenir en aquellos supuestos que la propia Ley de Arbitraje contempla.

Recordemos que los árbitros —a diferencia de los jueces— no gozan de los atributos coercitivos y de ejecución, por lo que requieren de la asistencia judicial para hacer efectivas sus decisiones.

El Poder Judicial puede intervenir en un proceso arbitral de distintas formas. Así, tenemos una intervención complementaria y una intervención revisora.

²⁷⁰ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «De la interrelación a la interferencia del Poder Judicial en los procesos arbitrales: límites de su actuación». En *Thémis*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2007, n.º 53, p. 92.

²⁷¹ GRIFFITH DAWSON, Frank. «El rol del Poder Judicial en el proceso de arbitraje: ¿asistencia o intervención? En *Ius et Veritas*. Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1997, n.º 15, p. 202.

La intervención complementaria se presenta en aquellos casos en que la obtención de un resultado requiere, necesariamente, tanto de la intervención arbitral como de la intervención judicial. Así, es necesario primero que el Tribunal Arbitral haya dictado la decisión, para luego solicitar su ejecución forzada con el auxilio del órgano jurisdiccional, ante la negativa de la parte obligada a darle cumplimiento voluntario.

La segunda forma de intervención se configura por la posibilidad de interponer el recurso de anulación, cuyo sustento es la configuración de vicios, en el proceso o en el propio laudo, los mismos que se encuentran expresamente establecidos en la norma positiva.

Así, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje establece claramente la competencia del Poder Judicial para los supuestos de colaboración y control, entre los que se encuentra la ejecución del laudo.

Ahora bien, a diferencia de la ejecución de las sentencias judiciales, cuya eficacia deriva del poder del Estado, la eficacia del laudo encuentra su origen, a través de la Ley, en la voluntad de las partes que se han sometido a la decisión de los árbitros. Por ello, dado el origen voluntario del proceso arbitral que concluye con el laudo, éste debería cumplirse de forma también voluntaria por las partes, que han aceptado que sea el árbitro quien dirima su controversia.²⁷²

Sin embargo, si bien es cierto que lo señalado en el párrafo anterior representa el supuesto ideal, no es menos cierto que a menudo debe acudir a la ejecución forzada del laudo.

Como bien señala Pérez-Rosas,²⁷³ este aspecto de la relación del arbitraje con el proceso judicial, es probablemente uno de los más sen-

²⁷² MUNNÉ CATARINA, Frederic. *Op. cit.*, p. 163.

²⁷³ PÉREZ-ROSAS PONS, Juan José. «Poder Judicial y Arbitraje. ¿Una relación simbiótica?» En *Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación*. 18 de enero de 2006. ex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitraje_poder_judicial_php» http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitraje_poder_judicial_php.

sibles y determinantes del desencanto que se da muchas veces en relación al arbitraje. Y este desencanto resulta evidente, puesto que al insertar un convenio arbitral en determinada relación contractual lo que se busca es sustraerse de la jurisdicción ordinaria, resultando ilógico tener que recurrir a ésta para ejecutar el laudo ante el incumplimiento de una de las partes, contribuyendo muchas veces a la inoperancia del arbitraje.

Por nuestra parte, consideramos que resultaría peligroso que los árbitros también tengan la facultad de ejecutar los laudos. Ello, pues si un laudo arbitral no se acata voluntariamente, es obvio que su ejecución tendría que ser forzosa y —por tanto— con el auxilio de la fuerza pública.

Así está contemplado en el artículo 67 de la Ley de Arbitraje, precepto que establece lo siguiente:

Artículo 67. - «Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral 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».

Como se puede apreciar, el citado artículo 67 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 deja abierta la puerta para que las partes recurran a la ejecución judicial en cualquier momento, cuando ella resulte más efectiva.

Al respecto, Cremades²⁷⁴ señala que la ejecución de un laudo arbitral ante el incumplimiento de una de las partes es una actividad inex-

²⁷⁴ Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y Manuel Diego ARAMBURÚ YZAGA. *Op. cit.*, p. 333.

propiable de la autoridad judicial, precisamente porque los árbitros llegan hasta donde alcanza la voluntad de las partes. Más allá escapa a su competencia y sólo el juez puede forzar a alguien, si fuera necesario en forma coactiva, a cumplir lo establecido en la sentencia.

Como bien señala Arrarte,²⁷⁵ el sustento de esta posición se encuentra en la exclusividad que el Estado se ha reservado, en el ejercicio de las facultades de *imperium*, inherentes a la función jurisdiccional; encontrándose vedado el uso de la fuerza por los particulares, entre ellos, los árbitros.

A entender de Benetti,²⁷⁶ otra razón para sustentar esta consecuencia, consiste en que la jurisdicción del árbitro es transitoria, de manera que se agota cuando dicta el laudo, sin que quepa la posibilidad de tramitar el cumplimiento de éste.

En efecto, a pesar de que en el Perú no existe una disposición legal expresa sobre el momento en el cual cesa la jurisdicción de los árbitros, es mayoritariamente aceptado por la doctrina y la práctica, que aquélla concluye con la emisión del laudo dentro del plazo establecido.²⁷⁷

En tal sentido, los árbitros —una vez emitido el laudo o la resolución que resuelve un pedido de rectificación, interpretación, integración o exclusión, si lo hubiere— ya no podrían realizar actos vincula-

²⁷⁵ ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficiencia a propósito de la intervención judicial». En: *Ius et Veritas*. n.º 27, Lima: Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 26.

²⁷⁶ Citado por ARRARTE ARISNABARRETA, Ana María. «Apuntes sobre la ejecución de laudos arbitrales y su eficiencia a propósito de la intervención judicial». *Op. cit.*, p. 26.

²⁷⁷ Obviamente dicha jurisdicción se extiende hasta que el Tribunal Arbitral emita la resolución que resuelva algún pedido de rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo, todos ellos regulados por el artículo 58 de la nueva Ley de Arbitraje.

dos a la ejecución de lo ordenado, salvo que las propias partes hubieren otorgado a los árbitros facultades especiales para la ejecución del laudo, tal como lo establece el primer párrafo del citado artículo 67 de la Ley de Arbitraje.

Sin embargo, debemos reiterar que dicha facultad tiene —como es natural— un límite, ya que si existiese resistencia al cumplimiento de lo ordenado en el laudo, será necesaria la ejecución forzada, por lo que se deberá recurrir al juez, de acuerdo a lo establecido por artículo 68 de la referida Ley.²⁷⁸

Recordemos, nuevamente, que los jueces sí tienen la facultad de hacer cumplir forzosamente sus decisiones, haciendo uso —de ser necesario— de la fuerza pública, a diferencia de los árbitros, que carecen de *imperium* para garantizar el cumplimiento de sus resoluciones.

Dicha situación constituye —a todas luces— un límite para aquellos casos en que es necesario emplear la fuerza pública para imponer alguna decisión.

²⁷⁸ Artículo 68. - «Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada (sic) por el tribunal arbitral.
2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo».

Por ello, el inciso 2 del artículo 67 de la Ley de Arbitraje precisa que los árbitros —a su sola discreción— pueden solicitar el auxilio de la fuerza pública. En este caso —agrega la Ley— 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.

Al respecto, debemos analizar si la discrecionalidad de los árbitros (a la cual hace referencia el artículo 67) tiene límites.

Si bien consideramos que la lógica seguida por la Ley de Arbitraje es correcta, creemos conveniente que la abstención —en los casos en que se requiera el auxilio de la fuerza pública— no sea sólo una posibilidad que puedan adoptar los árbitros, sino el obligatorio camino a seguir.

Finalmente, debemos señalar que la Ley de Arbitraje, sin desnaturalizar la institución arbitral, ha contemplado una forma más eficiente de ejecución de los laudos, ya que ella no se deja inexorablemente relegada a la actividad judicial, la misma que implica, en la práctica, el inicio de un nuevo proceso, esta vez de ejecución, con las dilaciones y complejidades propias del sistema judicial. Sin embargo, la ejecución de los laudos por los propios tribunales arbitrales pasa por que las partes les hayan confiado tal ejecución y por que, para el caso concreto, no requieran del auxilio de la fuerza pública.