





# ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL

## Colección **Lo Esencial del Derecho** 16

### **Comité Editorial**

Baldo Kresalja Rosselló (presidente)

César Landa Arroyo

Jorge Danós Ordóñez

Manuel Montegudo Valdez

Abraham Siles Vallejos (secretario ejecutivo)

CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA

ARBITRAJE COMERCIAL  
NACIONAL E INTERNACIONAL



FONDO  
**EDITORIAL**

PONTIFICIA **UNIVERSIDAD CATÓLICA** DEL PERÚ

340.7 Guzmán Barrón, César  
L Arbitraje comercial nacional e internacional / César Guzmán-Barrón Sobrevilla.--  
16 1a ed.-- Lima : Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017  
(Lima : Tarea Asociación Gráfica Educativa).  
192 p. ; 21 cm.-- (Lo esencial del derecho ; 16)

Bibliografía: p. [191]-192.  
D.L. 2017-05907  
ISBN 978-612-317-258-9

1. Derecho - Estudio y enseñanza 2. Arbitraje comercial internacional - Aspectos jurídicos 3. Regulación del comercio exterior - Aspectos legales 4. Derecho económico internacional I. Pontificia Universidad Católica del Perú II. Título III. Serie

BNP: 2017-1501

*Arbitraje comercial nacional e internacional*

César Guzmán-Barrón Sobrevilla

Colección «Lo Esencial del Derecho» N° 16

© César Guzmán-Barrón Sobrevilla, 2017

De esta edición:

© Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

feditor@pucp.edu.pe

www.fondoeditorial.pucp.edu.pe

Diseño, diagramación, corrección de estilo  
y cuidado de la edición: Fondo Editorial PUCP

La colección «Lo Esencial del Derecho» ha sido realizada por la Facultad de Derecho de la PUCP bajo los auspicios del equipo rectoral.

Primera edición: mayo de 2017

Tiraje: 1000 ejemplares

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

ISBN obra completa: 978-612-317-229-9

ISBN volumen: 978-612-317-258-9

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2017-05907

Registro del Proyecto Editorial: 31501361700580

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa  
Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## Índice

PRESENTACIÓN	15
INTRODUCCIÓN	17
ABREVIATURAS	19
CAPÍTULO 1	
INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE Y CONCEPTOS BÁSICOS	21
1. Evolución del arbitraje	21
1.1. El arbitraje en las sociedades primitivas	21
1.2. El arbitraje entre hebreos y cristianos	22
1.3. El arbitraje en la antigua Grecia	22
1.4. El arbitraje en el derecho romano	22
1.5. El arbitraje en la Edad Media	24
1.6. El arbitraje en la Constitución de Cádiz de 1812	25
1.7. El arbitraje en la Edad Moderna	26
1.8. El arbitraje contemporáneo	27
2. Concepto de arbitraje	29
3. Naturaleza jurídica del arbitraje	30
3.1. Teoría jurisdiccional	30
3.2. Teoría contractual	30
3.3. Naturaleza jurídica del arbitraje en la Constitución de 1993	31
3.4. Arbitraje: ¿jurisdicción o contrato?	32

4. Materias arbitrales	33
5. Tipos de arbitraje	34
5.1. Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional	35
5.2. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia	37
5.3. Arbitraje nacional y arbitraje internacional	38
6. Arbitraje y Poder Judicial	38
7. Preguntas	40
CAPÍTULO 2	
EL CONVENIO ARBITRAL	
1. Definición del convenio arbitral	41
1.1. Definición legal	41
1.2. Definiciones doctrinarias	43
2. Convenios arbitrales modelo	44
3. Cláusula compromisoria vs. compromiso arbitral	45
Diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral	45
4. Forma del convenio arbitral	46
Importancia de la forma	46
5. Validez del convenio arbitral	47
Requisitos de validez	47
6. Efectos del convenio arbitral	49
7. Mecanismos de protección del convenio arbitral	50
7.1. Introducción a los principios de <i>Kompetenz-Kompetenz</i> y de separabilidad	50
7.2. Principio <i>Kompetenz-Kompetenz</i>	51
7.3. Principio de separabilidad o autonomía	53
8. Excepción de convenio arbitral	54
9. Patologías del convenio arbitral	56
9.1. Introducción	56
9.2. Elementos esenciales del convenio arbitral	57
9.3. Elementos no esenciales del convenio arbitral	57

9.4. Definición de cláusulas arbitrales patológicas	58
9.5. Principales causas de patologías	59
9.6. Soluciones ante cláusulas patológicas	60
10. Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias	60
10.1. Partes no signatarias	60
10.2. Elementos de aplicación	61
10.3. Casos de aplicación	62
11. Convenio arbitral en relaciones jurídicas estándares	63
12. Preguntas	64
<b>CAPÍTULO 3</b>	
<b>LOS ÁRBITROS</b>	65
1. Definición de árbitro	65
2. Comparación entre árbitro y juez	66
3. Requisitos e impedimentos para ser árbitro	66
4. Designación de árbitros	68
4.1. Procedimiento de designación de árbitros en la Ley de Arbitraje	69
4.2. Papel de las cámaras de comercio	71
4.3. Designación en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado	73
4.4. Privilegio de nombramiento	75
5. Aceptación de los árbitros	76
6. Independencia e imparcialidad de los árbitros	76
6.1. Introducción	76
6.2. Independencia e imparcialidad en Ley de Arbitraje	77
6.3. Independencia e imparcialidad en reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado	78
6.4. Deber de revelación	78
6.5. Conflicto de intereses	79
7. Recusación	80
7.1. Concepto de recusación	81
7.2. Causales de recusación en la Ley de Arbitraje	81

7.3. Causales de recusación en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado	82
7.4. Tramite de la recusación	82
7.5. Trámite de la recusación en la Ley de Arbitraje	82
7.6. Trámite de la recusación en reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado	84
8. Remoción	85
8.1. Concepto de remoción	85
8.2. Remoción en la Ley de Arbitraje	85
9. Responsabilidad de los árbitros	86
10. Preguntas	87
<b>CAPÍTULO 4</b>	
<b>ACTUACIONES ARBITRALES</b>	89
1. Definición	89
2. Inicio de las actuaciones arbitrales	90
2.1. Inicio de arbitraje	90
2.2. Solicitud de arbitraje	91
2.3. Contestación a la solicitud de arbitraje	93
2.4. Oposición al arbitraje	94
3. Instalación del tribunal arbitral	94
3.1. Concepto	94
3.2. Requisitos para la instalación del tribunal arbitral	95
3.3. Audiencia de instalación	95
4. Reglas de las actuaciones arbitrales	96
5. Sede del arbitraje	97
Elección de la sede del arbitraje	99
6. Idioma del arbitraje	100
Elección del idioma	100
7. Representación	100
8. Demanda y contestación	101

9. Excepciones y defensas previas	103
10. Consolidación de arbitrajes	105
11. Acta de fijación de puntos controvertidos	106
11.1. Pretensiones implícitas	107
11.2. Contenido del acta de fijación de puntos controvertidos	108
12. Pruebas	108
13. Medidas cautelares	111
13.1. Antes de la constitución del tribunal arbitral	111
13.2. Después de la constitución del tribunal arbitral	112
13.3. Tipos de medidas cautelares	112
13.4. Regulación de las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje	112
14. Parte renuente	113
15. Preguntas	114
<b>CAPÍTULO 5</b>	
<b>LAUDO ARBITRAL</b>	115
1. Concepto	115
2. Diferencias entre laudo y sentencia	116
3. Adopción del laudo arbitral	116
4. Plazo de emisión	117
5. Laudo parcial	117
5.1. Usos de los laudos parciales	118
5.2. ¿Cabe emitir una medida cautelar a través de un laudo parcial?	119
5.3. ¿Puede interponerse un recurso de anulación contra un laudo parcial?	119
6. Laudo por transacción	120
7. Forma y contenido del laudo	121
Motivación	121
8. Solicitudes contra el laudo	121
9. Preguntas	122

## CAPÍTULO 6

<b>ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL</b>	123
1. Anulación de laudo arbitral	123
2. Causales de anulación	125
2.1. El reclamo expreso como requisito anterior al uso de cada causal	126
2.2. Cuándo usar cada causal	127
3. Trámite del recurso	128
Garantía de cumplimiento	129
4. Consecuencias de declarar fundado el recurso de anulación	131
5. Ejecución de laudos arbitrales	132
6. Deslocalización	134
7. Preguntas	135

## CAPÍTULO 7

<b>RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS</b>	137
1. Definición de laudo extranjero	137
2. Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros	138
2.1. Normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros	138
3. Trámite del reconocimiento y ejecución en la ley de arbitraje	143
4. Experiencias en el uso del arbitraje internacional	145
5. Preguntas	147

## CAPÍTULO 8

<b>ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA</b>	149
1. Introducción	149
1.1. Antecedentes normativos	150
1.2. Arbitraje administrativo	152
2. Materia arbitrable en contratación pública	153
3. Controversias usuales en contratación pública	154
4. Tipo de arbitraje, orden de prelación normativo	156

4.1. Arbitraje de derecho, orden de prelación y anulación	156
4.2. Arbitraje institucional o ad hoc	157
5. Actuaciones arbitrales en el marco de la ley de contrataciones del Estado	158
5.1. Inicio del arbitraje	158
5.2. Instalación del tribunal arbitral	159
5.3. Acumulación de pretensiones	159
5.4. Deber de revelación de los árbitros	159
5.4. Laudo arbitral	160
6. Principales aportes y novedades de la ley 30225, nueva Ley de Contrataciones del Estado y su modificatoria (Decreto Legislativo 1314)	161
6.1. Establecimiento de la Junta de Resolución de Disputas como requisito de arbitrabilidad de la controversia en determinados contratos de obra	162
6.2. Fortificación de los requisitos para ser árbitro: especialidades y registro de árbitros de inscripción automática y fiscalización posterior	165
6.3. Registro de centros de arbitraje	167
7. Preguntas	169
<b>CAPÍTULO 9</b>	
<b>ARBITRAJE DE INVERSIONES</b>	171
1. Introducción	171
2. Tratamiento a la inversión extranjera en el Perú	172
2.1. Constitución Política del Perú de 1993	172
2.2. Principios generales contenidos en los decretos legislativos 662 y 757 sobre inversiones	173
2.3. Convenios y mecanismos internacionales ratificados por el Perú que otorgan garantías adicionales a la inversión	173
3. Arbitraje en el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones (CIADI)	175
3.1. Origen de la Convención Internacional para el arreglo de controversias en Materia de Inversiones (CIADI)	175

3.2. Objetivos del CIADI	176
3.3. Características del arbitraje ante el CIADI	176
4. Preguntas	179
<b>CAPÍTULO 10</b>	
<b>CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE</b>	181
1. Introducción	181
2. Antecedentes constitucionales	181
3. Jurisprudencia relevante del Tribunal Constitucional	182
3.1. Sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC Fernando Cantuarias Salaverry (precedente Cantuarias)	182
3.2. Sentencia recaída en el expediente 00142-2011-pa/TC Lima Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (precedente María Julia)	185
4. Preguntas	189
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	191

## PRESENTACIÓN

En su visión de consolidarse como un referente académico nacional y regional en la formación integral de las personas, la Pontificia Universidad Católica del Perú ha decidido poner a disposición de la comunidad la colección jurídica «Lo Esencial del Derecho».

El propósito de esta colección es hacer llegar a los estudiantes y profesores de derecho, funcionarios públicos, profesionales dedicados a la práctica privada y público en general, un desarrollo sistemático y actualizado de materias jurídicas vinculadas al derecho público, al derecho privado y a las nuevas especialidades incorporadas por los procesos de la globalización y los cambios tecnológicos.

La colección consta de cien títulos que se irán publicando a lo largo de varios meses. Los autores son en su mayoría reconocidos profesores de la PUCP y son responsables de los contenidos de sus obras. Las publicaciones no solo tienen calidad académica y claridad expositiva, sino también responden a los retos que en cada materia exige la realidad peruana y respetan los valores humanistas y cristianos que inspiran a nuestra comunidad académica.

Lo Esencial del Derecho también busca establecer en cada materia un común denominador de amplia aceptación y acogida, para contrarrestar y superar las limitaciones de información en la enseñanza y práctica del derecho en nuestro país.

Los profesores de la Facultad de Derecho de la PUCP consideran su deber el contribuir a la formación de profesionales conscientes de su compromiso con la sociedad que los acoge y con la realización de la justicia.

Fondo Editorial PUCP

## INTRODUCCIÓN

La dinámica de los negocios en un mundo globalizado exige que los abogados estén preparados no solo para actuar en litigios judiciales, sino sobre todo para manejar y desenvolverse en mecanismos alternativos y eficaces de solución de controversias. En este contexto, el arbitraje es un medio ideal debido a su vocación universal, la cual exige conocer los estándares y prácticas internacionales.

Hoy en día el arbitraje como mecanismo de solución de controversias para diversas materias —como contratos comerciales, contratación pública, construcción o inversiones— es algo usual, en menoscabo del uso de foros judiciales locales, debido a la especialización, inmediatez y flexibilidad que ofrece a las partes. Ello exige a los profesionales del derecho nuevas exigencias que les permitan afrontar con éxito los retos y particularidades que requiere este método alternativo de solución de conflictos.

La vía judicial no es el único medio de solución de controversias, existen medios alternativos que se basan en la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales eligen cómo resolver sus conflictos. En este escenario, la presencia del arbitraje ha sido siempre importante en la historia de la humanidad, pero sobre todo a partir de mediados del siglo pasado, con el surgimiento de la globalización, cuando el arbitraje se ha erigido en un medio de solución de controversias que sirve a diversas materias, entre las que destacan el derecho comercial, el derecho de contratación pública y el derecho de inversiones.

Este libro tiene como objetivo proporcionar a los estudiantes de derecho los conocimientos y herramientas necesarios para comprender la actividad arbitral y desenvolverse con éxito en la defensa profesional de los clientes, en labores de secretaría arbitral o como árbitros en tribunales arbitrales.

Agradezco de manera particular al doctor Rigoberto Zúñiga por su invaluable apoyo, y a la PUCP por esta oportunidad de compartir conocimientos y experiencia. Confío en que esta obra sea de suma utilidad para el estudiante universitario y el público interesado, así como para la actualización de los profesionales del derecho de nuestro país, y que contribuya al desarrollo y uso eficiente de este medio de solución de controversias.

Fondo Editorial PUCP

## ABREVIATURAS

CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones
LCE	Nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225
CNY	Convención de Nueva York sobre la ejecución de laudos extranjeros
CCI	Cámara de Comercio Internacional
AAA	American Arbitration Association
LA	Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo 1071)
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional
PUCP	Pontificia Universidad Católica del Perú
CCL	Cámara de Comercio de Lima
AMCHAM	Cámara de Comercio Americana del Perú
OSCE	Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado
IBA	International BAR Association
SEACE	Sistema Electrónico de Contratación Estatal
RLCE	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 1

# INTRODUCCIÓN AL ARBITRAJE Y CONCEPTOS BÁSICOS

## 1. EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE

El arbitraje es una de las primeras formas de resolver conflictos, y su origen se remonta a la época de las sociedades primitivas. El arbitraje ha existido siempre, pues los hombres siempre han tenido conflictos y han buscado a terceros para dirimir sobre ellos de manera imparcial.

La permanencia en el tiempo es entonces una característica del arbitraje, que es anterior a la existencia de la justicia formal. Cuando el Estado asume la función de administrar justicia no sustituye al arbitraje, que se basa en la voluntad de las partes para elegir a un tercero que resuelva su controversia y sin acudir al fuero judicial.

### 1.1. El arbitraje en las sociedades primitivas

Desde tiempos inmemoriales, el arbitraje ha sido una necesidad y práctica. Así, en África fue el mecanismo informal de solución de conflictos desde los orígenes de la humanidad: la tribu de los bereberes encargaba al sacerdote del mercado la solución de conflictos comerciales con extranjeros; en la América precolombina se usaba el arbitraje ejercido por sacerdotes y ancianos; y recordemos que en la mitología griega Paris es designado para decidir sobre la belleza de Venus, Juno y Minerva, es decir arbitrar sobre este tema.

## 1.2. El arbitraje entre hebreos y cristianos

El arbitraje se menciona varias veces en el Antiguo Testamento, como cuando Moisés elige entre los hombres a algunos «que sean valiosos» para encargarse de resolver los asuntos o problemas del pueblo, aunque reserva la resolución de los más graves a sí mismo (Éxodo, 18, 21-22). En el Nuevo Testamento Pablo se dirige a la comunidad de Corinto pidiéndoles que no resuelvan sus desavenencias en el tribunal, sino que nombren a personas de su comunidad (1, Corintios, 6, 1-4). De igual forma, los primitivos cristianos sometían sus diferencias a los obispos: de allí surgen los tribunales eclesiásticos, que luego reconoce el emperador Constantino en Roma.

## 1.3. El arbitraje en la antigua Grecia

El arbitraje tiene una mención importante de Aristóteles en su *Retórica*, donde señala que es preferible remitirse a un arbitraje antes que al juicio de los tribunales, pues el árbitro ve la equidad y el juez solo la ley. Por ello, en Grecia el árbitro fue instituido para dar fuerza a la equidad, y los atenienses otorgaban fuerza de ley a las transacciones que celebraban los llamados a juicio antes de comparecer en él.

## 1.4. El arbitraje en el derecho romano

Es en el derecho romano donde el arbitraje alcanzó un nivel de desarrollo tan elevado que podríamos afirmar que las regulaciones actuales acerca del arbitraje y la gran mayoría de sus figuras y actores provienen de esos tiempos.

En el derecho romano tenemos las siguientes referencias a características básicas del arbitraje:

1. Naturaleza del arbitraje: el árbitro (*arbiter*) no era un funcionario estatal. Se le consideraba como un juez privado a cuya consideración se sometía el conocimiento de un negocio determinado.

Eran denominados *iudices* y se les otorgaba la *iudicatio*, que era la facultad para resolver un litigio.

2. Tipos de arbitraje: el arbitraje adoptaba dos formas: a) el libremente convenido mediante el *compromissium*; y b) el que aparece en el sistema formulario, donde la autoridad propone un programa procesal, con nombramiento del árbitro. Es decir, el primero era un arbitraje ad hoc, y el segundo un arbitraje semiinstitucional.

Asimismo, Ulpiano habla de la existencia de árbitros *iuris* (arbitraje de derecho) y otros encargados de impartir justicia a su prudente arbitrio (arbitraje de equidad), que se refería a los árbitros amigables componedores.

3. Convenio arbitral: el compromiso para arbitrar era un pacto mediante el cual dos contendientes acordaban encomendar la resolución de un litigio no al fallo de la autoridad pública competente, pretor o magistrado municipal, sino a la decisión de un particular denominado árbitro. Se podía pactar el compromiso para arbitrar sobre cualquier materia, a menos que afectara el orden público o el estado de las personas, o que tuviera por objeto una *restitutio in integrum*. Esta es la base actual de las materias que pueden someterse al arbitraje en todos los tiempos y legislaciones del mundo.
4. Árbitro: el *receptum arbitri* consiste en aceptar el papel de árbitro entre dos partes litigantes. Nadie tenía el deber de aceptar ese cargo, pero si aceptaba estaba obligado a desempeñarlo. La sentencia arbitral era irrevocable y no susceptible de apelación.

La Ley de las Doce Tablas contenía disposiciones relativas a los árbitros. Por ejemplo, la Tabla IX-III imponía la pena de muerte al árbitro que hubiera recibido dinero para pronunciar su sentencia. No había acción para obligar a los árbitros a dar su voto, pero en caso de que no lo hicieran, eran responsables por los daños y perjuicios que ocasionaran a las partes. Cabe resaltar que, como

ocurre en la actualidad, el cargo del árbitro, debido a su carácter personalísimo, no podía delegarse; es por ello que la muerte de uno de los árbitros ponía fin al compromiso de conocer la causa.

5. Actuaciones arbitrales: el derecho romano nos habla de *legis actiones* y de proceso formulario *extra ordinem*. Las primeras tenían lugar ante el magistrado *in iure*, y el segundo *apud iudicem*, ante un árbitro (*iudex arbiter*) o ante varios de ellos integrando un jurado. Los árbitros no pertenecían a un órgano del Estado, a diferencia de los magistrados. En la segunda fase se recibían las pruebas sobre los hechos alegados, y finalmente, el juez privado decidía sobre el asunto.
6. Laudo arbitral: para que el laudo de los árbitros fuera válido era indispensable que los árbitros lo pronunciasen delante de las partes, a menos que estas les hubiesen autorizado a hacerlo de otra manera.

Al igual que hoy, los árbitros tampoco tenían poder coercitivo para obligar a las partes a comparecer en juicio o a cumplir lo ordenado en el laudo. Por lo tanto, el compromiso carecía de valor si no era acompañado de la estipulación de una penalidad, para el caso de que las partes se negaran a acatar la sentencia de los árbitros. Sin embargo, este sistema fue modificado por Justiniano, que concedió la acción de cosa juzgada para hacer cumplir el laudo, tal como ocurre en la actualidad en nuestra ley de arbitraje.

### 1.5. El arbitraje en la Edad Media

En la Edad Media apreciamos dos momentos en el desarrollo del arbitraje:

1. Cuando los señores feudales, celosos y atemorizados del poder real, preferían a menudo someter sus controversias al juicio de árbitros antes que dirigirse a la corte. De esta manera, el arbitraje resultó frecuentemente utilizado entre los más altos personajes del feudalismo, durante el reinado de los primeros Capetos.

2. Cuando la autoridad del rey y las de su corte de justicia fueron aceptadas de manera uniforme, los casos de arbitraje resultaron menos frecuentes, no obstante que tal manera de finiquitar asuntos era apreciada hasta el final de la Edad Media por los nobles.

A medida que los poderes reales se robustecían, el arbitraje se fue sometiendo al propio rey o por lo menos a sus delegados, y muchas veces era sustituido por la justicia pública.

Por ello, entre los siglos XIII y XVI, el arbitraje subsistía junto a la jurisdicción común como una práctica enteramente privada, pero de uso muy frecuente. Una manifestación formal del arbitraje serán las partidas de Alfonso X, que introdujeron el arbitraje de derecho junto al de amigable composición, que hasta entonces había sido el único conocido, ambos con carácter voluntario.

Un problema frecuente en aquella época era que los abogados tenían dificultades para encontrar autoridades jurisdiccionales suficientemente fiables. Ello induciría a los abogados del demandante y del demandado a ponerse de acuerdo en encargar la solución de los intereses de sus clientes a alguien con notoria disposición de hacer pronta y conveniente justicia. En este periodo se mantienen algunas características del derecho romano, como que la decisión del árbitro no puede ser apelada, que el árbitro ha de dictar su sentencia en presencia de ambas partes, y que no tiene capacidad para dar fuerza ejecutoria a su disposición.

Finalmente es importante anotar cómo al final de este periodo los burgueses, artesanos y comerciantes buscan la justicia en los gremios, antecedentes remotos de las cámaras de comercio, bases del arbitraje actual.

## **1.6. El arbitraje en la Constitución de Cádiz de 1812**

El arbitraje fue regulado de manera directa en la Constitución de Cádiz de 1812, la primera constitución promulgada en España. En ella se establece lo siguiente: «Art. 280. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas

partes». En este sentido, podemos apreciar que se reconoce al derecho de las partes de someterse al arbitraje en virtud al derecho a la autonomía de la voluntad que les asiste, lo cual significa que son libres de optar por el arbitraje en detrimento de las cortes estatales. Llama la atención que España haya tenido tan claro desde hace tanto tiempo que el arbitraje se debe a la voluntad de las partes y no a la jurisdicción estatal, concepción que mantiene vigente hasta el día de hoy en su Constitución de 1978: «La sentencia que dieren los árbitros se ejecutará si las partes, al hacer el compromiso, no se hubieren reservado el derecho de apelar» (artículo 281). También resulta ilustrativo que se haya concebido la apelación solo como instancia optativa para el arbitraje; de hecho, en nuestro caso se mantuvo esta posibilidad hasta la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje en 2008, a partir de la cual se prohíbe que se aplique la apelación al arbitraje. En todo caso, esto demuestra que desde aquellos años ya se tenía clara la inconveniencia de aplicar la doble instancia al arbitraje.

### 1.7. El arbitraje en la Edad Moderna

El surgimiento del Estado moderno rompió muchas de las vinculaciones feudales que facilitaban la acción del arbitraje señorial o de personalidades autorizadas por su propio prestigio social. Sin embargo, el Estado tampoco fue capaz de resolver los conflictos que surgían en un mundo menos atado por las tradiciones jurídicas medievales. Es así que adquirió importancia el *arbiter iuris* (árbitro de derecho que resuelve aplicando la ley), entrado ya el siglo XVII, con una rápida decadencia de la figura del árbitro por equidad (que aplica su leal saber y entender).

Se llegó a confeccionar una relación de aquellos casos o cuestiones que, por hallarse en estrecha dependencia con el carácter preeminente de las instituciones públicas, no deberían encomendarse al procedimiento extrajudicial del arbitraje, es decir, lo que hoy en día se conoce como materia arbitrable.

Con el paso del tiempo se elimina la multiplicidad medieval de jurisdicciones y se crea un sistema judicial administrado y garantizado

por el Estado. Esto a su vez facilita la igualdad ante la ley, y la seguridad y la uniformidad de las decisiones jurisdiccionales, lo que constituye una premisa de la filosofía política liberal y una necesidad de la sociedad de mercado en desarrollo.

En base a ello corresponde exclusivamente al Estado, como atributo de soberanía, organizar la defensa del derecho y ejercer mediante órganos propios la función jurisdiccional.

Un Poder Judicial organizado adquirió predominio en la solución de controversias. La afirmación de estas tendencias centralizadoras trajo como consecuencia la unificación de la judicatura, la supresión de los tribunales particulares y la integración de los jueces y cortes dentro de un sistema único. Sin embargo, esto no significó la eliminación del arbitraje, que se mantiene en los reglamentos de corporaciones comerciales —como en la Bolsa de Nueva York de 1817—, aunque fue relegado a una función auxiliar.

### **1.8. El arbitraje contemporáneo**

El arbitraje en la actualidad no es una simple continuidad de las formas de los derechos antiguos, ya que conforme se ha detallado, se han producido varias rupturas históricas. El arbitraje actual es una institución posmoderna, porque se da como una reacción contra el monopolio de la función jurisdiccional del Estado —característica de la ideología jurídica moderna o liberal—, aunque indudablemente tiene muchos de los rasgos del arbitraje concebido en el derecho romano.

Un antecedente de gran influencia en el arbitraje actual es la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, creada en 1919 y que ya desde 1920 ofrece el servicio de arbitraje institucional. Para ello formó una corte de arbitraje y elaboró un reglamento que establece el procedimiento arbitral, así como una tabla de honorarios que hoy sirven de modelo para los distintos centros de arbitraje que se han ido creando. Es decir, son los comerciantes quienes desarrollaron inicialmente el arbitraje actual, porque prefieren una solución de sus controversias en manos de personas

especializadas que además mantienen la privacidad de los procesos —lo que es muy importante para su imagen— y, por tanto, en el desarrollo de sus negocios, sobre todo los internacionales.

Por otro lado, en relación con la actividad no solo internacional sino al interior de los países, la congestión de causas en los tribunales y el crecimiento y complejidad de la vida comercial moderna exigen conocimientos especializados en la solución de controversias y soluciones céleres, lo que ha llevado a cuestionar la teoría de la hegemonía del Poder Judicial como medio para proporcionar seguridad a la vida comercial.

Es así que, como en reacción contra la unidad jurisdiccional, una vez más la solución de controversias se abre hacia un medio alternativo como es el arbitraje actual, el cual no quiere ser un mero auxiliar del Poder Judicial, sino que pretende ser una opción eficiente frente a él en una serie de campos en los cuales los litigantes consideran que el sistema formal u oficial no es eficiente ni satisface sus necesidades comerciales. Más aún cuando se trata de relaciones comerciales internacionales, si bien el derecho internacional privado ha pretendido someter las controversias a la jurisdicción del país de origen de alguna de las partes, la desconfianza recíproca y las complicaciones inherentes a este mecanismo de atribución de soberanías expresadas en competencias nacionales de múltiples sistemas jurídicos ha llevado a que las partes prefieran optar por el arbitraje para solucionar sus controversias sobre materias disponibles, antes que someterse al complejo juego de foros extranjeros que propone el derecho internacional privado.

Esta tendencia a preferir el arbitraje como medio para la solución de controversias comerciales dio origen a la creación de las grandes instituciones internacionales de arbitraje, tales como la mencionada Corte de Arbitraje de la CCI, la denominada triple A (AAA) de los Estados Unidos y la Corte de Arbitraje de Londres.

El arbitraje se consolida como el medio de solución de controversias más usado dentro del mundo de los negocios nacionales e internacionales, en todas las épocas a las que nos hemos referido, gracias a la comunidad

de intereses y de estilos que los vinculan; los comerciantes han encontrado en el arbitraje una forma jurídica propia que les permite la seguridad y predictibilidad requerida para las controversias suscitadas en el desarrollo de sus negocios.

Por lo expuesto a lo largo de esta breve referencia al desarrollo y evolución del arbitraje, vemos que este ha existido siempre, puesto que los hombres siempre han tenido conflictos y muchas veces han buscado a terceros para dirimirlos de manera imparcial. En tal sentido, podemos advertir que el arbitraje es incluso anterior a la justicia formal.

## 2. CONCEPTO DE ARBITRAJE

Se puede definir al arbitraje como un medio alternativo de solución de controversias que consiste en poner voluntariamente en manos de un tercero, denominado árbitro, la solución del conflicto, comprometiéndose las partes a respetar la decisión que aquel emita.

En tal sentido, los rasgos esenciales del arbitraje son:

1. Es un medio alternativo de solución de controversias.
2. Las controversias son resueltas por árbitros independientes e imparciales.
3. Los árbitros están facultados a resolver las controversias en virtud de la competencia que le confieren voluntariamente las partes en el convenio arbitral.
4. Los árbitros resuelven las controversias a través del laudo arbitral, que es producto del desarrollo de las actuaciones arbitrales. El laudo es definitivo y vinculante y pone término a la controversia, y obliga a las partes en virtud de un compromiso tácito cuando se acordó el arbitraje.

### 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE

Existen dos teorías referidas al origen de la facultad de los árbitros para resolver la controversia sometida al arbitraje: la teoría jurisdiccional y la teoría contractual.

#### 3.1. Teoría jurisdiccional

Señala que el arbitraje es manifestación de una función jurisdiccional desempeñada por los árbitros y que le es delegada por el Estado. En tal sentido, el convenio arbitral produce efectos por voluntad del Estado y su *ius imperium*, establecido en nuestro país en la Constitución. La teoría jurisdiccional no concibe una resolución de conflictos fuera de la jurisdicción estatal, por lo cual el arbitraje tiene que ser una jurisdicción delegada, activada por el acuerdo de partes, para resolver sus controversias.

#### 3.2. Teoría contractual

Señala que el arbitraje es un contrato por medio del cual las partes acuerdan resolver sus controversias a través de un laudo, que es una decisión vinculante y final emitida por los árbitros. En tal sentido, el convenio arbitral produce efectos por la sola voluntad de las partes, que eligen someterse al arbitraje en uso de la autonomía de su voluntad.

El punto fuerte de la doctrina contractual es sin duda alguna que descansa sobre la base del convenio arbitral, el que se fundamenta en la voluntad de las partes para someter sus controversias a arbitraje y retirarlas de la competencia natural del poder judicial.

La teoría contractual no es una teoría mixta, dado que resulta una abierta contraposición a la teoría jurisdiccional, pues se basa en la libertad de las partes para someter sus controversias al arbitraje en lugar de un proceso judicial.

### 3.3. Naturaleza jurídica del arbitraje en la Constitución de 1993

El arbitraje posee diversas menciones a lo largo de nuestra Constitución Política de 1993; la primera de ellas la encontramos en el artículo 62, el cual se encuentra ubicado en el Título III referido al Régimen Económico y establece textualmente lo siguiente:

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

Por su parte, el artículo 63 en su tercer párrafo establece:

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados de vigor. *Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley* (énfasis agregado).

Encontramos en los dos artículos citados un reconocimiento al derecho de los particulares a recurrir al arbitraje, así como una autorización expresa, en virtud del principio de legalidad, para que el Estado recurra al arbitraje en la solución de determinadas controversias.

Asimismo, encontramos una tercera mención en el artículo 139, que tiene su origen en el artículo 233 de la Constitución de 1979. A partir de este artículo se ha calificado al arbitraje como «jurisdicción de excepción» pero enmarcada dentro de la «unidad y exclusividad de la función jurisdiccional». El objetivo de dicha mención habría sido, al parecer, otorgar credibilidad al arbitraje ante el colectivo social para estimular su uso. Este artículo, ubicado en el capítulo VII, referido al Poder Judicial, establece lo siguiente: «Son principios y derechos de la función

jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. *No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*» (subrayado agregado).

En este sentido, la existencia del artículo 139, bajo una interpretación sistemática de la Constitución, condiciona la lectura de los artículos 62 y 63°. Es decir, la autorización para arbitrar a la que hemos hecho referencia acerca de los artículos 62 y 63 de la Constitución, al leerse conjuntamente con el artículo 139 se convierte en una autorización para poder recurrir al arbitraje, solamente en cuanto es jurisdicción al igual que el Poder Judicial.

En este orden de ideas, el artículo 139 hace girar al arbitraje desde su naturaleza contractual pura y simple hacia una lectura jurisdiccional, que ha sido desarrollada en abundancia por nuestro Tribunal Constitucional, el cual ha dejado de lado cualquier referencia a los artículos 62 y 63 para abocarse únicamente al artículo 139 para referirse al arbitraje. Esto, de cierta forma, evita una lectura sistemática de la Constitución y perfila la existencia del arbitraje en nuestro sistema jurídico solo en tanto se le considera una jurisdicción de excepción.

#### 3.4. Arbitraje: ¿jurisdicción o contrato?

Pese a lo señalado por nuestra Constitución, es válido analizar si el arbitraje es una verdadera jurisdicción o si es más bien un contrato.

Empecemos por señalar que la teoría jurisdiccional remarca mucho la similitud entre los jueces y los árbitros, y el laudo y la sentencia. Sin embargo, una lectura simple de los artículos 39 y 138 de la Constitución nos dará a conocer que los árbitros no pueden ejercer jurisdicción, pues el artículo 138 establece taxativamente quiénes ejercen función jurisdiccional y el artículo 39 establece quiénes ejercen función pública.

El arbitraje es un mecanismo privado fruto del acuerdo entre particulares y no de la soberanía que emana del pueblo, la cual origina la jurisdicción. Lo decidido en el arbitraje —el laudo— está finalmente sometido a la tutela judicial a través del recurso de anulación y, por tanto, el laudo arbitral carece de la máxima irrevocabilidad posible, que es la

característica esencial de la jurisdicción. Ello significa que el arbitraje, al ser un medio de solución de controversias alternativo al Poder Judicial, no puede ser parte de la jurisdicción pues sería contrario al deseo de las partes que recurren a él. Asimismo, los laudos arbitrales admiten una revisión de forma, lo cual no ocurre con las sentencias; es decir, los laudos arbitrales son controlados por la jurisdicción, y no es que sean producto de ella.

#### 4. MATERIAS ARBITRALES

Siendo el arbitraje un medio alternativo de solución de controversias al cual recurren las partes de modo voluntario, no pueden someterse al mismo controversias en las que se involucre un interés que no pueda ser dispuesto libremente por las partes interesadas. Es este sentido, son arbitrables las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que, no siéndolo, sean autorizadas de someterse a arbitraje a través de alguna ley, tratado o acuerdo internacional. Esta definición está contenida en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje (DL 1071), vigente desde el 1 de setiembre de 2008.

A diferencia de lo que ocurría en la Ley General de Arbitraje de 2006, Ley 26572, la nueva ley ya no menciona una lista taxativa de materias no arbitrables: la no arbitrabilidad de una materia se determina en función a una interpretación a contrario del artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje.

La libre disponibilidad de la materia se encuentra íntimamente ligada al carácter comercial de la misma, lo cual explica en buena parte que el arbitraje sea el medio de solución de controversias preferido por diversos agentes del comercio. Es así que suelen ser objeto de arbitraje internacional las siguientes materias, conforme a un estudio elaborado por PriceWaterhouseCoopers<sup>1</sup>:

---

<sup>1</sup> Price Waterhouse Coopers. *International Arbitration: corporate attitudes and practices* (2008). En: <[http://www.pwc.co.uk/en\\_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf](http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf)>, p. 6.

**Materias sujetas al arbitraje internacional**

Operaciones comerciales	38%
Construcción	14%
Transporte marítimo	11%
<i>Joint ventures</i>	9%
Propiedad intelectual	6%
Seguros	5%
Otros	17%

En consecuencia, hoy en día la regla general en el mundo del comercio es solucionar las controversias en arbitraje y el grado de satisfacción respecto al uso de este mecanismo alternativo de solución de controversias es bastante elevado.

Asimismo, a diferencia de la ley anterior, que regulaba de forma separada el arbitraje nacional y el arbitraje internacional, la nueva Ley de Arbitraje utiliza un sistema monista, por lo que posee una única regulación del arbitraje que se aplica en ambos casos. Por ende, tanto para la determinación de la materia arbitrable en el arbitraje internacional como en el caso de un arbitraje nacional, se aplica lo establecido en el artículo 2.1. Si llegase a constituirse un arbitraje internacional sobre un asunto que no puede ser objeto de arbitraje según la ley de un país, el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral podrán ser impugnados en ese país. Así lo establece expresamente el artículo 5 inciso 2 de la Convención de Nueva York de 1958, ratificada por el Perú.

**5. TIPOS DE ARBITRAJE**

Nuestra norma establece tres tipos de arbitraje, de acuerdo a los siguientes factores:

- Según quién administra y organiza el arbitraje: arbitraje ad hoc o arbitraje institucional.
- Según el fondo aplicable a la controversia: arbitraje de derecho o arbitraje de conciencia.
- Según el domicilio de las partes, lugar del arbitraje o lugar de ejecución del contrato: arbitraje nacional o arbitraje internacional.

### 5.1. Arbitraje ad hoc y arbitraje institucional

En el arbitraje ad hoc las reglas de arbitraje son fijadas por las partes y por los árbitros, quienes lo administran y organizan. En el arbitraje institucional, en cambio las partes se someten a la administración y organización de un centro de arbitraje y a la aplicación de su reglamento.

A diferencia de lo que ocurre con el arbitraje ad hoc, el arbitraje institucional cuenta con ciertas características de predictibilidad que abundan en su favor, conforme se demuestra a continuación:

Arbitraje institucional	Arbitraje ad hoc
<p>Reglas conocidas: El reglamento que regula las actuaciones arbitrales precede al inicio del arbitraje; cada institución arbitral cuenta con un reglamento propio, lo que posibilita que las partes conozcan de antemano las reglas del proceso. Estas son reglas procedimentales preestablecidas que hacen innecesario, por tanto, que los árbitros tengan que establecerlas en cada caso concreto. Brinda seguridad jurídica y predictibilidad.</p>	<p>Reglas inciertas: Para cada arbitraje son los propios árbitros quienes fijan las reglas para las actuaciones arbitrales en el acta de instalación del arbitraje. No hay predictibilidad, pues no se conocen estas reglas de antemano sino una vez iniciado el arbitraje; la fijación de reglas suele ser discrecional por parte de los árbitros.</p>

Arbitraje institucional	Arbitraje ad hoc
<p>Costos conocidos: Cada institución arbitral posee un tarifario de honorarios y gastos arbitrales, que permite a las partes realizar un análisis económico previo sobre el costo del proceso respecto de los beneficios que pretenden obtener. Este tarifario genera predictibilidad y seguridad al evitarse arbitrariedades en la fijación de los honorarios de los árbitros y de la secretaría arbitral. Asimismo, la reliquidación de honorarios y gastos arbitrales en caso de ampliación de demanda o reconvencción está a cargo de las cortes de arbitraje de cada institución arbitral, que son órganos colegiados neutrales respecto de los arbitrajes administrados por la institución.</p>	<p>Costos inciertos: Los árbitros deciden libremente sus honorarios, así como la reliquidación de los mismos en casos de aumento de la cuantía o mayor complejidad de la controversia.</p>
<p>Reglas éticas específicas y expresas y órganos de sanción preconstituidos: Cada institución arbitral tiene un código de ética que establece los principios y valores a los que están sujetos los árbitros, estableciendo sanciones en el caso de que su comportamiento viole tales principios y valores. Las cortes de arbitraje de cada institución son las que tienen a su cargo esta labor sancionadora.</p>	<p>Reglas éticas generales y sanciones difusas: La pregunta en un arbitraje ad hoc es ¿quién vela por la ética y eventualmente sanciona las faltas que pudieran cometer los árbitros? Si bien es cierto que el OSCE (Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado) tiene un código de ética aplicable para el arbitraje de la contratación pública, esto no ocurre en el arbitraje comercial.</p>
<p>Lista de árbitros referencial: Cada institución arbitral posee una lista o registro de árbitros previamente seleccionados por la institución, que además de servir como referente a las partes para designar al árbitro de parte, sirve también como referente obligatorio para la institución arbitral cuando debe designar árbitros por omisión o por falta de acuerdo entre las partes. En este sentido, las instituciones pueden depurar árbitros de sus listas ante supuestos de infracciones éticas.</p>	<p>No existe lista de árbitros referencial: En el arbitraje ad hoc las partes no designan a los árbitros, ni estos al presidente, tomando como referencia una lista de árbitros, sino de manera discrecional.</p>

Arbitraje institucional	Arbitraje ad hoc
<p>Organización con soporte institucional y permanencia en el tiempo: Cada institución arbitral constituye una organización y estructura adecuadas e independientes de las partes y de los árbitros que salvaguardan, bajo responsabilidad, el normal, eficiente y oportuno desarrollo de las actuaciones arbitrales. Para ello, cuentan con un órgano del más alto nivel (corte, consejo, etcétera) y una secretaría general que lidera a los secretarios arbitrales, que son profesionales debidamente capacitados y especializados en procesos arbitrales. Además normalmente forman parte de un gremio empresarial, colegio profesional o universidad, lo cual les otorga credibilidad y seriedad frente a las partes.</p>	<p>Existencia efímera y carencia de soporte institucional: El arbitraje ad hoc es organizado y administrado por los árbitros; su principal característica es que no existe una institución arbitral que le otorgue un soporte: esto implica que carece por su propia naturaleza de todas las ventajas que aporta una presencia institucional seria y permanente. Se debe hacer énfasis en que el arbitraje ad hoc el tribunal arbitral permanece activo solo hasta la emisión del laudo, con lo cual las labores de supervisión posteriores se dificultan.</p>
<p>Local conocido e infraestructura y logística apropiados: Cada institución arbitral posee una infraestructura adecuada con soporte logístico y tecnológico para la realización eficiente de las audiencias, notificaciones, actuaciones y las coordinaciones necesarias con las partes y con los árbitros. Asimismo, cada institución arbitral posee un domicilio conocido y horario de atención predeterminado, lo que ayuda al debido proceso arbitral y al derecho de defensa de las partes.</p>	<p>Local, infraestructura y logística inciertos: El arbitraje ad hoc carece de un soporte institucional, esto implica que no siempre cuenta con las facilidades logísticas y tecnológicas para la realización eficiente de las audiencias, notificaciones, actuaciones y coordinaciones necesarias con las partes y árbitros. Asimismo, en los arbitrajes ad hoc, los tribunales arbitrales no tienen domicilio previamente conocido y un horario de atención predeterminado, ya que todo esto es fijado por el tribunal arbitral al momento de instalarse.</p>

## 5.2. Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia

En este caso, la diferencia estriba en el fondo aplicable a la controversia para su resolución.

En el arbitraje de derecho los árbitros resuelven la controversia de acuerdo con la aplicación de las normas vigentes. Por su parte, en el arbitraje de conciencia los árbitros resuelven la controversia de acuerdo con su leal saber y entender. Cabe precisar que en ambos supuestos

los árbitros tienen la obligación de motivar sus decisiones, es decir, justificar y explicar sobre la base de qué razonamiento jurídico han arribado a una determinada conclusión.

### 5.3. Arbitraje nacional y arbitraje internacional

En este caso, la diferencia tiene su origen en un factor geográfico, ya sea determinado por la nacionalidad de las partes, o por la elección de la sede del arbitraje

De acuerdo con la Ley de Arbitraje, el arbitraje será internacional cuando:

- Las partes del arbitraje domicilian en diferentes Estados.
- La sede del arbitraje está localizada fuera del Estado Peruano.
- El lugar de cumplimiento de la relación jurídica objeto de controversia está localizado fuera del Estado Peruano.

Por el contrario, el arbitraje será nacional siempre que no se configuren los supuestos de arbitraje internacional. Nótese por consiguiente que la presencia de un elemento extranjero, ya sea a través de la nacionalidad de las partes, de la sede del arbitraje o de la ejecución del contrato, es lo que condiciona la existencia de un arbitraje internacional.

Conforme ya se señaló, nuestra ley de arbitraje, al ser monista, regula a través de un mismo cuerpo normativo el arbitraje nacional e internacional, salvo contadas disposiciones puntuales que se detallarán en los siguientes capítulos.

## 6. ARBITRAJE Y PODER JUDICIAL

Por lo general, la administración de justicia en una sociedad está en manos del Estado que, dentro del marco del derecho y representado por el Poder Judicial, impone soluciones a los conflictos que se presenten en una sociedad (monopolio de la justicia). En la actualidad, el procedimiento

y resultado impuesto judicialmente es generalmente insatisfactorio; el procedimiento judicial es demasiado largo, incrementa los costos, y el resultado no siempre satisface las necesidades de especialización y seguridad jurídica de las partes. Además, suele demorar demasiado hasta convertirse en final debido a las diversas instancias que atraviesa. Recordemos que la justicia que tarda no es justicia.

El problema de la administración judicial ha llevado a repensar el concepto de justicia: así, la justicia no debe tan solo asignar a cada uno lo que le corresponde; sino hacerlo en un tiempo oportuno.

La demora judicial se debe en gran medida a la sobrecarga en el Poder Judicial, lo cual lamentablemente suele generar corrupción. Dentro de este contexto, el arbitraje ofrece determinadas ventajas frente al proceso judicial, tales como:

- Celeridad: el arbitraje dura menos que un proceso judicial debido a la flexibilidad de sus actuaciones y la falta de una sobrecarga de procesos.
- Inmediación: el árbitro está en mayor contacto con la controversia puesto que puede dedicar más tiempo a conocerla y a oír a las partes que un juez.
- Flexibilidad: el arbitraje no sigue un procedimiento ritualista y preclusivo, sino que en cierta medida puede permitirse cierta flexibilidad que responda mejor a las necesidades de las partes, siempre que se respete de forma adecuada su derecho al debido proceso.
- Especialización: al ser elegido por las partes, un árbitro puede ser un especialista en la materia controvertida, lo cual no necesariamente ocurre con el juez, quien usualmente posee conocimientos más generales.

## 7. PREGUNTAS

1. Señale las características principales del arbitraje en el derecho romano.
2. Defina qué es el arbitraje y cuál es su naturaleza jurídica.
3. Describa por qué el arbitraje institucional es preferible al arbitraje ad hoc.
4. Señale cuándo un arbitraje es internacional.
5. ¿Por qué afirmamos que la ley de arbitraje en el Perú es monista?
6. Identifique no menos de tres características que permitan diferenciar el arbitraje del sistema judicial.

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 2 EL CONVENIO ARBITRAL

### 1. DEFINICIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

#### 1.1. Definición legal

El convenio arbitral se encuentra regulado en el artículo 13 de la Ley de Arbitraje, donde se establece:

1. El convenio arbitral es un *acuerdo* por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que *hayan surgido o puedan surgir* entre ellas respecto de una *determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza*.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente (énfasis agregado).

Este texto tiene clara inspiración en lo regulado por la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional), la cual es parte del *softlaw* internacional y busca ser fuente inspiradora de las leyes de arbitraje de los países en el mundo entero para que el arbitraje cumpla con su vocación de ser un medio universal de solución de controversias.

La mencionada ley modelo regula lo concerniente al convenio arbitral de la siguiente manera:

Art. 7°. Opción I

El «acuerdo de arbitraje» 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 no contractual*. *El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente* (énfasis agregado).

El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

Una vez efectuadas estas referencias, tanto a nuestra ley de arbitraje peruana como a la ley modelo de arbitraje, podemos extraer las siguientes notas características del convenio arbitral en las definiciones legales que sobre él se hacen:

Rol de la voluntad de las partes	-El convenio arbitral es un acuerdo: se necesita el consenso de la voluntad de las partes, las cuales deciden someterse a arbitraje.
Alcance material del convenio arbitral	-El convenio arbitral recae sobre una relación jurídica determinada: las partes deciden recurrir al arbitraje sobre una relación jurídica específica. -El convenio arbitral puede circunscribirse a todas o solo a determinadas controversias de una relación jurídica específica. -El convenio arbitral, conforme nuestra Ley, alcanza a controversias extracontractuales.
Alcance temporal del convenio arbitral	-El convenio arbitral puede aplicarse a controversias preexistentes o futuras.
Convenio arbitral y contrato principal	-El convenio arbitral puede estar contenido en una cláusula del contrato que contiene la relación jurídica a la que es aplicable.
Forma del convenio arbitral	-El convenio arbitral necesita constar por escrito.

Cabe mencionar que estas características se basan en que el arbitraje es un medio de solución de controversias que constituye una excepción a la jurisdicción del Poder Judicial, por lo que necesita materializarse a través de un pacto expreso y tener alcances específicos.

## 1.2. Definiciones doctrinarias

Una reconocida doctrina define al convenio arbitral de la siguiente manera: «El convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje comercial internacional. Registra el consentimiento de las partes de decidir someter sus controversias a arbitraje, un consentimiento que es indispensable para cualquier proceso de resolución de conflictos fuera de los tribunales nacionales» (Redfern, 2004, p. 131). Paula María All utiliza la siguiente definición: «El convenio arbitral, como contrato, obliga a las partes a someterse al arbitraje pactado y acatar la decisión de los árbitros, como pacto procesal, otorga competencia a los árbitros para conocer y decidir la controversia con efectos vinculantes» (All, 2004, p. 30).

Nótese que en las precitadas definiciones se destacan determinados elementos y consecuencias del convenio arbitral, tales como:

Consentimiento de las partes	Deciden libremente someter sus controversias a arbitraje
Convenio arbitral como contrato	Obliga a las partes a acatar lo decidido por los árbitros
Convenio arbitral otorga competencia a los árbitros y excluye la competencia de los jueces	Los árbitros deciden la controversia con efectos vinculantes para las partes.

Nuevamente se aprecia el rol fundamental de la autonomía de la voluntad de las partes en el convenio arbitral, pues son aquellas quienes libremente se someten al arbitraje, otorgando, en uso de esa libertad, competencia a los árbitros para resolver sus controversias y comprometiéndose a acatar la decisión que los árbitros emitan.

## 2. CONVENIOS ARBITRALES MODELO

Un convenio arbitral modelo o convenio arbitral tipo es un convenio arbitral sugerido por las instituciones arbitrales a fin de que sean incorporados por las partes en sus contratos y así sometan sus arbitrajes a su administración. Estos convenios buscan ser lo más claros y efectivos posibles a fin de resguardar el desarrollo de las actuaciones arbitrales, y de este modo ahorrar costos de transacción a las partes, así como evitar la presencia de patologías.

Los convenios arbitrales modelo tienen mucho uso en el arbitraje institucional, por estar expresamente diseñados para hacer efectivo el convenio arbitral y, a través de él, plasmar la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje; a continuación, pasaremos a revisar los convenios arbitrales de las instituciones arbitrales más representativas del Perú:

Convenio arbitral modelo del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)	Las partes acuerdan que todo litigio y controversia resultante de este contrato o relativo a este, se resolverá mediante el arbitraje organizado y administrado por la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de conformidad con sus reglamentos vigentes, a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el laudo que se emita en el proceso arbitral será inapelable y definitivo.
Convenio arbitral de la Cámara de Comercio de Lima (CCL)	Todo litigio o controversia, derivados o relacionados con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los reglamentos arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.
Convenio arbitral de la Cámara de Comercio Americana (AMCHAM)	Todas las disputas o controversias que se deriven de este contrato o que tengan relación con él, incluidas las relativas a su existencia, validez, incumplimiento o terminación, así como las vinculadas al presente convenio arbitral, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, bajo la organización y administración del Centro Internacional de Arbitraje de AmCham Perú y conforme a su estatuto y reglas, a los cuales las partes se someten incondicionalmente. El laudo será definitivo e inapelable.

Conforme se aprecia, los convenios arbitrales modelo tocan determinadas características relativas al convenio arbitral, tales como:

- Alcances del convenio arbitral
- Competencia del centro de arbitraje
- Aceptación de respetar el laudo como final e inapelable
- Sumisión al procedimiento del arbitraje establecido en el reglamento del centro de arbitraje.

Es a través de estas regulaciones que los convenios modelo de las instituciones arbitrales conducen a las partes hacia arbitrajes que se desarrollan de una forma más predecible y segura que los casos de arbitraje ad hoc.

### **3. CLÁUSULA COMPROMISORIA VS. COMPROMISO ARBITRAL**

#### **Diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral**

Antes que entrara en vigencia el Decreto Ley 25935, que fue la primera ley en regular el arbitraje en el país, en el Código Civil se regulaba el sometimiento al arbitraje en dos etapas:

- A través de la cláusula compromisoria, y luego del mismo.
- A través del compromiso arbitral.

La cláusula compromisoria era el pacto de las partes, las cuales ante el surgimiento de una controversia sobre una determinada relación jurídica se obligaban a celebrar un compromiso arbitral para someter dicha controversia a arbitraje. Por su parte, el compromiso arbitral era el acuerdo de las partes de someter a arbitraje esta controversia preexistente. A todas luces, esta fórmula resultaba ineficiente, puesto que en caso de que una de las partes se negase a suscribir el compromiso arbitral, se tenía que demandar el cumplimiento de esta obligación judicialmente. En buena cuenta, era casi imposible arbitrar ya que el consentimiento

es personalísimo: una vez surgida la controversia, la parte deudora del contrato no tenía ningún incentivo para someterse a arbitraje, y le era más conveniente ser demandada en el Poder Judicial pues el tiempo de litigio sería mucho mayor.

Es así que, para corregir esta situación, una de las principales novedades del Decreto Ley 25935 fue la eliminación de la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, efectuando además una presunción *de iuris et de iure*, acerca de que toda mención a la cláusula compromisoria en un contrato debe entenderse como un convenio arbitral. Esta fórmula se ha mantenido constante a través de la Ley General de Arbitraje, Ley 26572, y del Decreto Legislativo 1071, Ley de Arbitraje vigente.

#### 4. FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

##### Importancia de la forma

De la definición de convenio arbitral efectuada por la Ley de Arbitraje observamos como requisito la forma escrita. No obstante, no se sanciona con nulidad la falta de forma escrita, por lo que estamos ante una formalidad *ad probationem*. Más aún, la ley adopta un concepto flexible de lo que debe entenderse por escrito, pues abarca también lo no escrito, conforme se desprende del propio artículo 13°:

2. El convenio arbitral *deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.*

3. *Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.*

4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por «comunicación electrónica» se entenderá toda comunicación que las partes hagan

por medio de mensajes de datos. Por «mensaje de datos» se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra (énfasis agregado).

Nótese que el legislador ha optado por establecer una definición sumamente flexible del convenio arbitral: básicamente solo se exige que se registre constancia de su existencia; en este sentido, se ha establecido incluso que la referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

El objetivo de esta flexibilización de la forma es respetar y hacer eficaz la manifestación de voluntad clara de las partes de decidir someter a arbitraje sus controversias. En este sentido, la flexibilización de la forma del convenio arbitral es una clara aplicación del principio pro arbitraje, el cual busca preservar los efectos del convenio arbitral ante cualquier defecto.

Al abrirse el abanico de posibilidades de forma del convenio arbitral se evita que se puedan cuestionar sus más diversas manifestaciones.

## **5. VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL**

### **Requisitos de validez**

Como todo acto jurídico, el convenio arbitral necesita ciertos requisitos para considerarse un acto válido. Estos requisitos son los siguientes:

1. Ser celebrado por personas con capacidad jurídica (arbitrabilidad subjetiva).

A estos efectos, en casos de personas jurídicas se debe contar con los poderes de representación suficientes de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley de Arbitraje.

2. Que el convenio arbitral verse sobre materia arbitrable (arbitrabilidad objetiva).

En lo que respecta a la representación de personas jurídicas, el citado artículo 10 de la ley de arbitraje prescribe lo siguiente:

Artículo 10. Representación de la persona jurídica.

Salvo pacto o estipulación en contrario, el gerente general o el administrador equivalente de una persona jurídica está facultado por su solo nombramiento para celebrar convenios arbitrales, representarla en arbitrajes y ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo, sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales.

Salvo pacto o estipulación en contrario, la facultad para celebrar determinados contratos comprende también la facultad para someter a arbitraje cualquier controversia derivada de dichos contratos.

Respecto a este artículo, nótese que se establece una presunción *iuris tantum* de representación acerca de dos cuestiones básicas en relación con las facultades de representación de las personas jurídicas:

- El gerente o administrador nombrado recibe de manera automática la facultad de celebrar convenios arbitrales a nombre de la persona jurídica que representa, salvo que se señale expresamente lo contrario.
- Las facultades otorgadas a una persona determinada para celebrar un contrato a nombre de una persona jurídica le otorgan automáticamente las facultades para celebrar un convenio arbitral para aquel contrato.

En estos supuestos es clara la aplicación del principio pro arbitraje, ya que se intenta dotar de seguridad jurídica y buena fe las actuaciones de las personas jurídicas a través de sus representantes en un arbitraje.

## 6. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral, desde que se celebra, despliega dos efectos complementarios entre sí, uno positivo y uno negativo:

- Efecto positivo: consiste en que la celebración del convenio arbitral otorga a los árbitros la competencia y facultades necesarias para conocer la controversia y resolverla.
- Efecto negativo: consiste en que la celebración del convenio arbitral automáticamente excluye de la jurisdicción ordinaria (Poder Judicial) el conocimiento y la resolución de las controversias sometidas a arbitraje.

Francisco González de Cossío define estos efectos de la siguiente manera:

El efecto principal del acuerdo arbitral es obligar a las partes a recurrir al arbitraje para resolver todas sus diferencias. La doctrina francesa desdobra este resultado en dos efectos: uno positivo y uno negativo. En términos generales, el efecto positivo consiste en darle jurisdicción al tribunal arbitral. De igual manera, el negativo le impone el deber a los jueces de dejar de conocer la controversia (González de Cossío, 2007, pp. 132-133).

Los efectos del convenio arbitral tienen una utilidad práctica fundamental en aras de salvaguardar la efectividad del arbitraje como medio de resolución de controversias alternativo al Poder Judicial. De hecho, los efectos del convenio arbitral y su aplicación permanecen a lo largo del arbitraje hasta que se emite el laudo arbitral, incluso ante la eventualidad de que alguna de las partes recurra al recurso de anulación para cuestionar la validez de dicho laudo.

Los efectos prácticos del convenio arbitral se plasman en las siguientes consecuencias:

- Ayudan a la materialización del principio *Kompetenz-Kompetenz*, que veremos seguidamente.
- Justifican la excepción del convenio arbitral.
- Justifican la relación de no interferencia que debe existir entre el arbitraje y el aparato judicial.
- Facultan a los árbitros conocer y resolver la controversia de forma exclusiva y excluyente.

En suma: protegen al arbitraje frente las intromisiones del Poder Judicial.

## 7. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral tiene determinados principios que tienen por finalidad común resguardar que se materialice la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje, es decir que, si una de las partes no desea arbitrar a pesar de haber suscrito un convenio arbitral, el arbitraje resulte inevitable de todas formas. Para lograr este objetivo, estos principios desarrollan una protección del arbitraje en dos niveles: a nivel del contrato principal que es sometido a arbitraje, y a nivel del propio convenio arbitral, conforme se verá a continuación.

### 7.1. Introducción a los principios de *Kompetenz-Kompetenz* y de separabilidad

El principio *Kompetenz-Kompetenz* y el principio de la separabilidad del convenio arbitral son, por excelencia, los mecanismos de protección del convenio arbitral y de sus efectos. A través de ellos se logra proteger la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje. Ambos persiguen una tarea común: conservar la competencia de los árbitros, pero ante diferentes supuestos. En el caso del *Kompetenz-Kompetenz*, frente a un

cuestionamiento del propio convenio arbitral, y en el caso del principio de separabilidad ante un cuestionamiento del contrato principal. Sin duda, la aplicación de ambos principios tiene como objetivo proteger la autonomía e independencia del arbitraje frente al Poder Judicial y, de esta forma, lograr que la justicia arbitral sea verdaderamente eficaz.

## 7.2. Principio *Kompetenz-Kompetenz*

### *Regulación legal en la Ley de Arbitraje*

Artículo 41. Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. *El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.* Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales (énfasis agregado).

«Dotar de competencia a la competencia de los árbitros», esta vendría a ser la traducción de este principio, el cual busca responder de modo efectivo a la siguiente interrogante: ¿qué pasaría si alguna de las partes cuestiona la competencia de los árbitros para conocer y resolver la controversia? Ante esta interrogante, cabrían dos posibles soluciones:

1. El cuestionamiento lo decide el juez: el arbitraje no sería efectivo y podría generar un uso tendencioso de las partes.
2. El cuestionamiento es decidido por los propios árbitros: *Kompetenz-Kompetenz*.

A todas luces, recurrir a la primera alternativa sería contrario a la voluntad de las partes, que eligieron el arbitraje. No tendría sentido, siendo este su acuerdo, que deban recurrir a los jueces para definir si arbitran o no. Es por ello que la salida a este dilema debe darse desde el propio arbitraje, otorgándoles competencia a los árbitros. Sin embargo, surge una interrogante adicional: **¿cómo pueden decidir sobre su propia competencia si esta es la que se está cuestionando?** Lo que ocurre es que el *Kompetenz-Kompetenz* establece una regla de tiempo para que sean los árbitros quienes en primer lugar resuelvan todo lo concerniente a la existencia o validez del convenio arbitral, es decir, que decidan si son competentes.

La decisión de los árbitros sobre este tema podrá ser cuestionada, de ser pertinente, solo una vez finalizadas las actuaciones arbitrales y emitido el laudo, vía recurso de anulación. Los árbitros deciden en primer término si son competentes o no, y así continúan con el arbitraje. Solo una vez emitido el laudo los jueces adquieren competencia para revisar esta decisión. De este modo, el efecto positivo del convenio arbitral se manifiesta a través de este principio, pues se niega a los jueces resolver esta cuestión, encargándosela a los propios árbitros. El efecto negativo del convenio arbitral se manifiesta porque los jueces intervienen solo una vez emitido el laudo, nunca durante el desarrollo del arbitraje.

El *kompetenz-kompetenz* establece una regla de tiempos: primero deciden sobre su competencia los propios árbitros, pero esta decisión no es definitiva, podrá ser revisada por los jueces vía anulación. Esto permite que el tribunal arbitral prosiga con el arbitraje hasta emitir el laudo.

### 7.3. Principio de separabilidad o autonomía

#### *Regulación legal en la Ley de Arbitraje*

Artículo 41. Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

2. *El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este.* En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral (énfasis agregado).

Este principio busca crear una ficción jurídica que distinga al contrato principal del convenio arbitral con la finalidad de hacer efectiva su aplicación frente a la siguiente interrogante: ¿qué ocurre si una de las partes cuestiona la validez del contrato que contiene el convenio arbitral?

1. Si el contrato se presupone nulo, el convenio arbitral que contiene también lo es: el arbitraje nunca se materializaría.
2. Los vicios que puedan afectar al contrato principal no alcanzan al convenio arbitral, el cual faculta a los árbitros a pronunciarse sobre ellos: en este caso estamos ante la figura del convenio arbitral denominada separabilidad o autonomía.

Si una de las partes no cuestiona el convenio arbitral, sino la validez, eficacia o existencia del contrato principal que incorpora el convenio arbitral y se considerara al convenio arbitral como parte de dicho contrato, los vicios alegados sobre el mismo acarrearían que el convenio arbitral también los padezca.

Nótese que en caso de que los vicios del contrato principal se extendieran de facto al convenio arbitral, el laudo que se emita en virtud a dicho convenio nulo no tendría ningún efecto jurídico. Por ello, no faltaría quien alegue que debido a la nulidad o a cualquier vicio del contrato principal que afecte al convenio arbitral, la controversia no debe ser sometida a arbitraje sino a la justicia ordinaria.

En palabras del profesor Silva Romero, el principio de separabilidad

[...] ha sido elaborado con miras a garantizar que la afirmación que realice alguna de las partes de la inexistencia o nulidad del contrato principal que comprende el pacto arbitral o al que este está relacionado no conduzca inexorablemente a la parálisis del procedimiento arbitral [...] y por otra parte la necesidad jurídica de recurrir a la justicia estatal para que resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato principal (Silva, 2005, p. 579).

De este modo, el principio de separabilidad permite mantener la competencia de los árbitros ante el cuestionamiento de cualquier vicio del contrato principal, en la medida en que estos no afectarán al convenio arbitral, por considerarse este una relación jurídica autónoma.

El convenio arbitral es independiente de la relación jurídica que lo contiene, por lo que sus vicios no le afectan, y se mantiene incólume la competencia de los árbitros.

## 8. EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL

Los precitados efectos del convenio arbitral tienen una nueva manifestación a través de la excepción de convenio arbitral, la cual permite salvaguardar la competencia de los árbitros para resolver la controversia cuando una de las partes intenta «judicializar» el arbitraje.

Adicionalmente, permite materializar el principio *Kompetenz-Kompetenz*, ya que deben ser los árbitros los primeros en determinar su competencia.

Esta excepción se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje de la siguiente manera:

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje.
2. La excepción se plantea dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. La excepción de convenio arbitral, sea que se formule antes o después de iniciado el arbitraje, será amparada por el solo mérito de la existencia del convenio arbitral, salvo en el primer caso, cuando el convenio fuese manifiestamente nulo.
4. En el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial solo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional.
5. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.

Podemos afirmar que la excepción de convenio arbitral es el más claro efecto de la labor conjunta que desempeñan los ya citados efectos del convenio arbitral, toda vez que cumplen con la misión de hacer efectiva

la competencia arbitral en detrimento de la competencia judicial. Por ello, las particularidades de esta excepción son las siguientes:

- La excepción puede plantearse incluso antes de iniciado el arbitraje: se protege así la sola manifestación de voluntad de las partes plasmada en el convenio arbitral, y no requiere la ejecución del convenio arbitral sino solo se necesita acreditar la existencia del convenio arbitral para que se declare fundada la excepción (*Kompetenz-Kompetenz*).
- La única excepción es la nulidad manifiesta del convenio arbitral, cuando se trate de materia manifiestamente no arbitrable por su naturaleza no disponible o por mandato legal.
- Se trata de una excepción perentoria, que tiene como consecuencia que concluya el proceso judicial al ser amparada.

A su vez, dentro del Código Procesal Civil, la excepción es regulada en su artículo 416.

## 9. PATOLOGÍAS DEL CONVENIO ARBITRAL

### 9.1. Introducción

Las patologías del convenio arbitral o las llamadas cláusulas patológicas se refieren a las que producen distintos tipos de dificultades para su adecuada ejecución.

No existe convenio arbitral «mágico». El convenio arbitral es normalmente conocido como la *Midnight Clause* o «cláusula de la medianoche» porque se suele insertar en último momento de la negociación de un contrato y, a veces, con poco análisis y reflexión. Esto trae como consecuencia un efecto práctico, y es que un convenio arbitral bien redactado genera menos razones para ser cuestionado. En cambio, un convenio mal redactado que tenga ambigüedades dificultará la efectividad del arbitraje o incluso su propia existencia.

Para entender mejor este fenómeno debemos conocer primero los elementos del convenio arbitral.

## 9.2. Elementos esenciales del convenio arbitral

El convenio arbitral requiere dos elementos esenciales:

1. Compromiso inequívoco y claro de que las partes desean someterse al arbitraje.
2. Fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos.

Esto se debe a que el arbitraje es un mecanismo de solución de controversias alternativo al Poder Judicial. A través del arbitraje las partes deciden sustraerse de forma voluntaria de la jurisdicción natural que el Poder Judicial detenta para la solución de conflictos, y otorgan a los árbitros la facultad para que sean ellos y no el Poder Judicial quienes resuelvan sus controversias, derivadas de una relación jurídica en particular.

## 9.3. Elementos no esenciales del convenio arbitral

Son denominados como no esenciales porque su inclusión o no inclusión dentro del texto del convenio arbitral puede subsanarse a través de la aplicación supletoria de una determinada ley de arbitraje o de un reglamento de arbitraje, o por decisión del tribunal arbitral. Estos elementos son los siguientes:

- a) Tipo de arbitraje: ad hoc o institucional, o de derecho o de conciencia
- b) Lugar o sede del arbitraje
- c) Derecho aplicable al fondo de la controversia
- d) Idioma del arbitraje
- e) Composición del tribunal arbitral
- f) Acceso al recurso de anulación

Una vez detallados los elementos esenciales y no esenciales del convenio arbitral, pasaremos a ver cómo es que se pueden producir las cláusulas arbitrales patológicas.

#### 9.4. Definición de cláusulas arbitrales patológicas

En una cláusula patológica existen dudas, ambigüedad o incoherencia sobre uno o más elementos del convenio arbitral. Esto debido a que el convenio arbitral debe manifestar la voluntad indubitable de las partes de someterse a arbitraje; asimismo, debe ser susceptible de producir efectos jurídicos y de ejecutarse para el desarrollo de las actuaciones arbitrales. En este sentido, existen situaciones en las que esta voluntad de arbitrar no es clara, o en las que las partes regulan de tal modo el arbitraje que este, a primera vista, no es susceptible de ser ejecutado, por lo que requiere una labor interpretativa, primero de los árbitros y luego de los jueces. En palabras del profesor Yves Derains: «Una cláusula (arbitral) sana permite cuando nace un litigio llevarlo a los árbitros, sin un nuevo acuerdo de las partes o la intervención de los jueces estatales. Si una cláusula arbitral no lo permite, entonces será una cláusula patológica» (Derains, 2005, p. 191).

Asimismo, de acuerdo con el profesor Philippe Fouchard, una cláusula será patológica cuando sea «una cláusula de la cual no se puede deducir claramente la voluntad clara y firme de los firmantes de someterse a arbitraje» (Derains, 2005, p. 192). Sin embargo, la doctrina moderna criticó esta definición al considerarla muy limitada, pues solo se refiere a un elemento esencial, toda vez que existen otros supuestos que causan problemas para la eficacia de convenio arbitral. Sin embargo, a pesar de estas críticas, en la práctica este es un supuesto muy común de cláusula patológica. Es así que, conforme a lo sostenido por el profesor Yves Derains, las patologías del convenio arbitral se manifiestan en dos niveles diferentes: (1) cuando la redacción del convenio arbitral trae problemas para realizar el nombramiento de árbitros o impide la organización del arbitraje; y (2) cuando la materia que se ha sometido a arbitraje es imprecisa.

Por su parte, según el profesor Frédéric Eisemann, una cláusula será patológica cuando:

- a) No produzca efectos obligatorios para las partes (recoge en cierto modo el criterio de Fouchard).
- b) No impida la intervención de la justicia estatal antes que el laudo sea emitido.
- c) No otorgue a los árbitros la competencia para resolver el litigio.
- d) No permita la organización de un procedimiento arbitral que sea susceptible de producir la emisión de un laudo (Derains, 2005, p. 191).

Nótese que estos criterios logran unificar las precitadas posiciones de los profesores Fouchard y Derains, por lo que en la actualidad es esta definición la más usada por la comunidad arbitral.

## 9.5. Principales causas de patologías

Las causas de patologías se refieren a defectos en algún elemento esencial o no esencial del convenio arbitral, como:

- La mención a la competencia de la justicia estatal y también de la arbitral.
- La elección de otros mecanismos de solución de controversia concurrentes, como la conciliación.
- La determinación de materia no arbitrable en el convenio.
- La cita indistinta del arbitraje ad hoc como del arbitraje institucional.
- La identificación incorrecta de la institución arbitral.
- El señalar una institución arbitral inexistente.
- La elección ambigua de la sede del arbitraje.
- La elección y composición ambigua del tribunal arbitral.

## 9.6. Soluciones ante cláusulas patológicas

Ante la presencia de una patología surge la necesidad de realizar una labor interpretativa para desentrañar el verdadero sentido del convenio arbitral. Toca preguntarnos quién realiza esta interpretación, y la respuesta nos la da el principio *Kompetenz-Kompetenz*.

En este escenario, el tribunal arbitral interpreta el convenio, dado que una de las partes puede presentar una excepción de incompetencia u oposición al arbitraje, y más bien la labor interpretativa de los jueces se pospone hasta el posible trámite del recurso de anulación, presentado por una de las partes una vez emitido el laudo, argumentando la inexistencia, invalidez o ineficacia del convenio. En este orden de ideas, surge una nueva pregunta: ¿cómo interpretar un convenio arbitral patológico? La respuesta nos la da el principio prorbitraje: esto significa interpretar el convenio arbitral de modo tal que se privilegie su existencia, validez o eficacia con la finalidad de que produzca efectos.

La regla dicta que si las partes no hubieran querido arbitrar simplemente no hubieran hecho mención alguna al arbitraje en su contrato. Esto implica que las causales de nulidad, ineficacia o imposible ejecución deben interpretarse como excepcionales, siendo la regla general la validez del convenio arbitral.

## 10. EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS

### 10.1. Partes no signatarias

Al ser producto de la voluntad de las partes, la regla general es que el convenio arbitral produzca efectos exclusivamente hacia esas partes. Sin embargo, la aceptación del convenio arbitral también puede ser formulada de modo tácito. En este sentido, una parte no signataria será quien a pesar de no haber suscrito el convenio arbitral tiene una conducta a partir de la cual se puede determinar su aceptación al convenio arbitral, es decir, que

se comporta como parte. Esta situación está regulada expresamente en la ley de arbitraje del siguiente modo:

Artículo 14º. Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.

Este artículo es una excepción a la lógica tradicional del arbitraje, cuya premisa es tener solo efectos entre las partes del convenio arbitral, las cuales son por regla general quienes lo suscriben. Lo que hace este artículo, en consecuencia, es redefinir el concepto de parte, ya que no siempre las partes de un arbitraje suscriben el convenio arbitral, sino que demuestran su calidad de parte, su aceptación al arbitraje, a través de determinados actos, es decir a través de su conducta.

Nótese que el legislador es claro en señalar que el consentimiento de someterse al arbitraje se determina por la participación activa en el contrato. Asimismo, se aplica también a aquellos que pretendan derivar algún derecho o beneficio del referido contrato.

## 10.2. Elementos de aplicación

Los elementos que deben concurrir para que los árbitros consideren a una parte como no signataria son los siguientes:

1. Consentimiento: no debe ser expreso. El no signatario, como su nombre lo indica, no suscribió el convenio arbitral, pero se comporta como parte de la relación sometida a arbitraje. Por ello se interpreta su consentimiento basado en la buena fe.

2. Debe existir una participación activa o determinante de dicha parte en el contrato.
3. La conducta de la parte no signataria debe estar vinculada al contenido contractual o desarrollo del *iter* contractual en sus diversas etapas: negociación, celebración, ejecución o terminación.
4. Asimismo, un no signatario será aquel que pretenda derivar un beneficio del contrato.

### 10.3. Casos de aplicación

Los casos usuales de aplicación de la extensión del convenio arbitral a una parte no signataria son los siguientes:

1. Incorporación por referencia: en un contrato se hace referencia a un convenio arbitral o a otro contrato sometido a arbitraje.
2. Representación y agencia: realizar un acto jurídico por otra persona o a favor de esta.
3. Doctrina de los actos propios: si de los actos de una persona se determina que actúa como parte sería contradictorio no someterla a arbitraje.
4. Levantamiento del velo societario: permite que los socios u accionistas de una empresa respondan por los actos de ella; también se usa en supuestos de una empresa matriz y sus filiales o sucursales.
5. Contrato a favor de tercero: un tercero recibe beneficios de un contrato, los cuales acepta.
6. Acción oblicua: si A es acreedor de B y a su vez deudor de C, C puede ejercitar las acciones para que A cobre su acreencia y le pague.
7. Supuestos de cambio de sujeto en la relación contractual como en la cesión, novación y subrogación.

## 11. CONVENIO ARBITRAL EN RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES

Las relaciones jurídicas estándares poseen particularidades que podrían hacer difícil la celebración de un convenio arbitral en la medida que los contratos son redactados por una sola de las partes, en donde la parte que no redactó el contrato solo se limita a aceptar o no estos términos contractuales, y son además de uso masivo.

En este sentido, el legislador ha regulado este tipo de situaciones de modo tal que se pueda entender que la parte que no redactó el contrato ha consentido someterse a arbitraje; la regulación en la Ley de Arbitraje es la siguiente:

Artículo 15º. Relaciones jurídicas estándares

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles solo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
  - a) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.
  - b) Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.
  - c) Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y este último es por escrito y está firmado por las partes.

Sobre este tema, el legislador ha sido muy cuidadoso en pedir el conocimiento del convenio arbitral como presupuesto para su exigibilidad. Esto se debe a la especial configuración de los contratos por adhesión a la cual ya nos referimos.

Por estos motivos, el legislador, aplicando el principio proarbitraje, establece una serie de presunciones *iure et iure* (no admiten prueba en contra) acerca del conocimiento del convenio arbitral por la parte que no redactó el contrato.

El sentido de estas presunciones radica en exigir una prueba fehaciente de que el convenio arbitral aplicable al contrato por adhesión fue conocido por la parte que no lo redactó; si esto es así, y a pesar de ello se suscribió el contrato, el convenio arbitral también resulta aplicable.

## 12. PREGUNTAS

1. Señale las principales notas características de un convenio arbitral.
2. Diferencie la cláusula compromisoria de la cláusula arbitral, y a ambas del convenio arbitral.
3. Cuáles son los requisitos de validez del convenio arbitral.
4. Describa los efectos del convenio arbitral y la excepción de convenio arbitral.
5. ¿En qué consiste el principio denominado *Kompetenz-Kompetenz*?
6. ¿Qué ocurre si una de las partes cuestiona la validez del contrato que contiene el convenio arbitral?
7. Describa las denominadas «cláusulas patológicas» y cómo se pueden solucionar.
8. ¿En qué consiste la extensión del convenio arbitral a parte no signataria?

## CAPÍTULO 3 LOS ÁRBITROS

### 1. DEFINICIÓN DE ÁRBITRO

El árbitro es el actor principal de todo arbitraje, pues es quien finalmente resuelve las controversias por decisión de las partes. Por ello, su rol es esencial para cumplir con la finalidad del arbitraje. En tal sentido, existe un viejo adagio que señala que «el arbitraje vale lo que valen los árbitros», lo cual refiere a la importancia del papel que desempeñan.

La Ley de Arbitraje no ofrece una definición precisa de lo que se entiende por árbitro; es por ello que debemos recurrir a algunos de sus artículos para poder deducir alguna definición legal. En este sentido, adquiere la calidad de árbitro aquel que desarrolla las facultades que son conferidas a través de la celebración del convenio arbitral.

De acuerdo a ello:

1. La competencia del árbitro para resolver la controversia nace exclusivamente del convenio arbitral.
2. Las partes designan, es decir, eligen a sus árbitros.
3. Debido a la fuente contractual del nacimiento de sus atribuciones no puede asimilarse su labor a la de los jueces por tener naturaleza distinta; no obstante, ambos resuelven conflictos dentro de su competencia.

Este último punto resulta fundamental, pues un árbitro no es un juez, a pesar de que desarrolle tareas de resolución de controversias, conforme se aprecia a continuación.

## 2. COMPARACIÓN ENTRE ÁRBITRO Y JUEZ

En la siguiente tabla se detallan las principales diferencias y similitudes entre un árbitro y un juez:

Árbitro	Juez
Su competencia nace del convenio arbitral.	Su competencia nace porque ejerce función jurisdiccional a nombre del Estado y por mandato legal.
El árbitro es designado por las partes.	El juez es un funcionario del Estado y sigue el principio de juez natural.
Los honorarios del árbitro son pagados por las partes en la medida que presta un servicio.	El juez no recibe honorarios sino un sueldo pagado por el Estado en la medida que es funcionario público.
Ejerce «jurisdicción» según teoría jurisdiccional del arbitraje.	Ejerce jurisdicción siempre.
Emite un laudo que tiene carácter de cosa juzgada.	Emite una sentencia firme protegida por la cosa juzgada.
Debe ser independiente e imparcial.	Debe ser independiente e imparcial.

## 3. REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA SER ÁRBITRO

Según la Ley de Arbitraje:

Artículo 20º. Capacidad.

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.

Artículo 21º. Incompatibilidad.

Tienen incompatibilidad para actuar como árbitros los funcionarios y servidores públicos del Estado peruano dentro de los márgenes establecidos por las normas de incompatibilidad respectivas.

Artículo 22º. Nombramiento de los árbitros.

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjera.

A partir de estas disposiciones legales podemos señalar que:

- La Ley de Arbitraje regula a través de una regla general los impedimentos para ser árbitro. Anteriormente la Ley General de Arbitraje establecía supuestos taxativos de quienes no podían ser árbitros.
- El árbitro debe ser una persona civilmente capaz, es decir que no debe estar inmerso en alguna causal de incapacidad absoluta ni relativa.
- Para que puedan ser árbitros los funcionarios y servidores públicos deben regirse por la regulación sectorial que les sea aplicable.
- En el arbitraje de derecho los árbitros serán necesariamente abogados.
- En el arbitraje internacional los árbitros no necesariamente deben ser abogados.
- Para ser árbitro no se necesita ser abogado colegiado.

La lógica de estas regulaciones se basa en que el árbitro debe ser una persona civilmente capaz porque celebra un contrato con las partes. Asimismo, el árbitro deberá estar exento de conflicto de intereses funcionales que le impidan realizar su labor. Asimismo, el legislador considera necesario asegurar el conocimiento del derecho nacional en el

arbitraje de derecho por realizarse en el Perú, para proteger la correcta aplicación de las normas peruanas.

Aunque en esta obra se ha incluido un capítulo para tratar el arbitraje en las contrataciones con el Estado, es pertinente hacer expresa referencia aquí a la regulación especial de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo 1017 y modificatorias) y a su reglamento (Decreto Supremo 184-2008-EF vigente desde el 1 de febrero del 2009 y modificatorias) sobre esta materia. Es así como en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se establece, en relación a los árbitros, lo siguiente:

189.1. El arbitraje es resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes, salvo lo señalado en el artículo 195...

Todo ello pues el arbitraje de contratación pública es de interés público, lo cual no ocurre en el arbitraje entre particulares, donde el arbitraje solo tendrá efectos sobre intereses privados.

#### **4. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS**

Los árbitros son designados por las partes. En ese sentido, son depositarios de su confianza y deben responder a ella. En la designación se determina el número de árbitros. Un arbitraje puede tener tantos árbitros como lo estimen las partes; sin embargo, lo usual es que el tribunal arbitral sea unipersonal (árbitro único) o colegiado (tres árbitros).

De acuerdo a la Ley de Arbitraje, el número de árbitros que conformen el tribunal es fijado libremente por las partes. A falta de acuerdo o en caso de duda, serán tres árbitros (artículo 19). Conforme se aprecia, no se exige un número impar de árbitros, aunque por cuestiones prácticas esto es recomendable para poder atender a la mayoría en las decisiones del tribunal arbitral.

No obstante ello, el problema en caso de un tribunal conformado por un número par de árbitros se resuelve por la aplicación del artículo 52,

referido a la adopción de decisiones, en el que se otorga la potestad del voto dirimente al presidente del tribunal arbitral. Por su parte, el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado también regula lo concerniente al número de árbitros, aunque la regla es inversa, tal como se señala en el precitado artículo 189.1.

#### **4.1. Procedimiento de designación de árbitros en la Ley de Arbitraje**

Ahora bien, una vez determinado el número de árbitros toca conocer el procedimiento que deben seguir las partes para designar a un árbitro. La premisa básica es que las partes son libres de determinar este procedimiento a través de un acuerdo, siempre que dicho acuerdo les otorgue iguales prerrogativas en la designación:

Artículo 23º. Libertad de procedimiento de nombramiento.

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

A la luz de lo señalado podemos concluir que:

- La premisa inicial es siempre la libertad de fijar el procedimiento de designación por acuerdo de partes.
- En un arbitraje institucional, salvo un acuerdo distinto, el procedimiento de designación será el del reglamento del centro de arbitraje que se designe.
- En un arbitraje ad hoc será el acordado por sus partes o, en su defecto, el previsto por la ley.
- Por acuerdo de las partes puede ser un tercero quien designe a una entidad nominadora.

A través de estas disposiciones podemos notar la preocupación del legislador por preservar la voluntad de las partes como base del arbitraje.

El artículo 23 también nos brinda reglas supletorias en caso de que las partes no hayan acordado algo al respecto o no se trate de un arbitraje institucional:

- a) En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.
- b) En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- c) En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el mismo plazo, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

Cabe señalar que estas reglas serán de aplicación usual en un arbitraje ad hoc, conforme ya se señaló, toda vez que en el caso del arbitraje institucional se aplicará el procedimiento de designación establecido en el reglamento de la institución arbitral.

Llegados a este punto es pertinente preguntarnos qué pasa si no hay designación, es decir, si estamos ante una falta de designación de árbitro. Esto puede ocurrir en los siguientes casos:

- Cuando una o ambas partes no cumplen con designar al árbitro que les corresponde, o al árbitro único en el plazo debido.

- Cuando los árbitros no cumplen con designar al presidente del tribunal arbitral en el plazo debido.
- Cuando la institución nominadora incumple su encargo.

Ante esta situación, las soluciones varían de acuerdo con el tipo de arbitraje. En el arbitraje institucional la corte de arbitraje procede a efectuar la designación, mientras en el arbitraje ad hoc se aplica el procedimiento de designación pactado por las partes, si existiera, o de no ser así se aplican las reglas supletorias de la Ley de Arbitraje. Las reglas supletorias que se aplican ante la falta de designación son establecidas también por el artículo 23 de la Ley de Arbitraje:

- a) Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegue a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.
- b) En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Lima, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.

#### 4.2. Papel de las cámaras de comercio

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje, la anterior Ley General de Arbitraje establecía que en caso de incumplimiento de la designación por parte de las partes o los árbitros en un arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes podía solicitar al Poder Judicial que efectúe esta designación. Este requerimiento judicial dilataba el desarrollo del arbitraje, pues la sobrecarga judicial hacía que estos pedidos no se atendieran con rapidez. Para solucionar esta situación, la Ley de Arbitraje ha introducido la novedad de dar la facultad de designación por defecto en arbitrajes

ad hoc a las cámaras de comercio. De este modo se busca mayor celeridad y mejores criterios de designación respecto de la especialidad del árbitro.

También se les ha conferido este rol en casos de incumplimiento de designación de la entidad nominadora (ad hoc o institucional), o en caso la institución arbitral incumpla con su deber de designación (institucional), conforme dispone los artículos 24 y 25 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 24°. Incumplimiento del encargo.

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23°.

Artículo 25°. Nombramiento por las Cámaras de Comercio.

1. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.

3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.

4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 23° y en el artículo 24°.

dentro de un plazo razonable. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.

5. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.

6. En el arbitraje nacional, la Cámara de Comercio efectuará el nombramiento siguiendo un procedimiento de asignación aleatoria por medios tecnológicos, respetando los criterios de especialidad.

7. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Este rol de entidad nominadora residual otorgado a las cámaras, si bien es una solución creativa para impedir la intervención judicial, condiciona de cierta manera la voluntad de las partes, quienes para apartarse de esta figura deberán establecer expresamente en sus convenios arbitrales a otra entidad nominadora distinta.

#### **4.3. Designación en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Por su parte, en el arbitraje de contratación pública encontramos las reglas de designación de árbitros:

189.1. El arbitraje es resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, según el acuerdo de las partes. A falta, salvo lo señalado en el artículo 195. La Entidad formula una propuesta sobre el número de árbitros que resuelven las controversias en la cláusula de solución de controversias de la proforma de contrato contenida en los documentos del procedimiento de selección. El postor puede consentir o no la propuesta de la Entidad al momento de la presentación de su oferta. Si el postor no está de acuerdo entre

las partes, o en caso de duda, con la propuesta de la Entidad o no se pronuncia al respecto en su oferta o si la Entidad no cumple con proponer la fórmula en la proforma del contrato, el arbitraje es resuelto por árbitro único, salvo en los casos en que las partes se hayan sometido al tratándose de un arbitraje ad hoc o se determina el número de árbitros correspondiente conforme a las disposiciones del reglamento respectivo en el caso del arbitraje institucional, en cuyo supuesto deberán sujetarse a lo establecido en el respectivo reglamento. La designación del árbitro por parte de la Entidad debe ser aprobada por su Titular o por el servidor en quien este haya delegado tal función, tanto en el arbitraje institucional como en el ad hoc.

189.3. En los arbitrajes institucionales, la institución arbitral debe verificar que los árbitros cumplan con los requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley.

189.4. Los árbitros deben encontrarse inscritos Para desempeñarse como árbitro en los arbitrajes ad hoc, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA) y cumplir con los demás requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley.

«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 [...]» (artículo 222).

Observemos que también se privilegia la libertad de designación. Asimismo, en caso de arbitraje ad hoc se aplican las reglas supletorias del reglamento, detalladas en el artículo 191:

#### Artículo 191.- Designación Residual de Árbitros

191.1. En aquellos procesos arbitrales ad hoc en los cuales las partes no hayan pactado la forma en la que se designa a los árbitros o no se hayan puesto de acuerdo respecto a la designación del árbitro único o algún árbitro que integre el Tribunal Arbitral, o los árbitros no se hayan puesto de acuerdo sobre la designación del presidente del Tribunal Arbitral, cuando corresponda, cualquiera de las partes puede solicitar

al OSCE la designación residual, la que se efectuará a través de una asignación aleatoria por medios electrónicos, de acuerdo a los plazos y procedimiento previstos en la Directiva correspondiente. En caso la solicitud de designación residual no se presente dentro del plazo respectivo, la solicitud de arbitraje queda sin efecto automáticamente.

191.2. Las designaciones residuales efectuadas por el OSCE se realizan de su Nómina de Árbitros Profesionales Aptos para Designación Residual, y son definitivas e inimpugnables. Los procedimientos de inscripción y renovación de árbitros profesionales en dicha nómina se realizan conforme a lo establecido en la respectiva Directiva.

De estas reglas podemos apreciar que el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) efectúa esta designación por defecto solo en casos de arbitraje ad-hoc. La lógica es la misma que la del caso del arbitraje comercial: se recurre a una entidad nominadora para evitar la intervención judicial y, de este modo, dotar de celeridad a las actuaciones arbitrales.

#### **4.4. Privilegio de nombramiento**

El privilegio de nombramiento implica que una de las partes tiene prerrogativas mayores a las de su contraparte para efectuar el nombramiento de los árbitros (por ejemplo, puede designar a más de un árbitro), lo cual va en contra del principio de igualdad, que es parte del debido proceso. En este sentido, la ley de Arbitraje es clara en prohibir este tipo de situaciones en su artículo 26°: «Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula».

De este modo, el legislador establece como límite a la autonomía de la voluntad de las partes el respeto al derecho a la igualdad que les asiste a ambas.

## 5. ACEPTACIÓN DE LOS ÁRBITROS

Una vez designados, los árbitros pueden aceptar o no esta designación. Los árbitros deben aceptar la designación para adquirir la calidad de tales y ejercer sus competencias.

Nótese cómo la necesidad de aceptación de los árbitros nos revela la naturaleza contractual del arbitraje, lo cual se aprecia en la siguiente «fórmula»: propuesta: designación + aceptación = árbitro. Esto se encuentra regulado en el artículo 27° de la Ley de Arbitraje:

Artículo 27°. Aceptación de los árbitros.

- 1) Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.
- 2) Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.

En estas reglas se privilegia la posibilidad de autorregulación de las partes, por lo que son reglas aplicables en principio solo en arbitrajes ad hoc.

## 6. INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD DE LOS ÁRBITROS

### 6.1. Introducción

Empezaremos este punto, de primordial importancia, definiendo lo que se entiende por independencia e imparcialidad.

La independencia es un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre el árbitro y las partes, o entre él y la controversia. El árbitro no debe tener vínculos próximos, recientes y probados con las partes ni con la controversia. Acerca de este concepto, refiere Felipe Osterling: «La independencia es fácilmente comprobable ya que se refiere a la proximidad objetiva —profesional o personal— del árbitro con una de las partes» (Osterling Parodi, s/f, p. 2).

La imparcialidad es un criterio subjetivo, de difícil verificación, que alude al estado mental del árbitro. Describe la ausencia de preferencia o interés directo hacia una de las partes o la controversia. El mismo Felipe Osterling refiere sobre esto último que: «La imparcialidad en cambio resulta de más difícil confirmación ya que se trata de un concepto más abstracto que se refiere a un estado mental: “a la ausencia de cualquier sesgo a la hora de resolver una controversia”» (Escobar Martínez, citada por Osterling Parodi, s/f, p. 2).

A modo de resumen podemos citar a Rodrigo Jijón, quien explica que: «La independencia vendría a ser la posibilidad del árbitro de decidir por sí mismo sin injerencia de terceros; la imparcialidad consistiría en no tener un criterio anticipado que impida juzgar; y la neutralidad en no tener interés en el conflicto» (Jijón, 2007, pp. 27-28). De este modo, resulta que un árbitro puede ser independiente pero parcial, así como un árbitro que no sea independiente puede juzgar con imparcialidad. Ambos rasgos son importantes porque el arbitraje se basa en la confianza que las partes depositan en los árbitros. Por ello, el árbitro tiene la obligación de mantenerse independiente e imparcial durante el arbitraje, así como también tiene la obligación de revelar las circunstancias que puedan poner en duda su independencia o imparcialidad. Estos deberes son aplicables tanto al arbitraje comercial como al arbitraje de contratación pública.

Asimismo, estas características guardan una estrecha relación con el deber de revelación y el conflicto de interés, ya que el árbitro debe comunicar a las partes todo hecho que pudiera significar que no está en condiciones de actuar de modo independiente o imparcial en un determinado arbitraje, conforme se verá a continuación.

## 6.2. Independencia e imparcialidad en Ley de Arbitraje

Artículo 28º. Motivos de abstención y de recusación.

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. La persona propuesta para ser árbitro

deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

### **6.3. Independencia e imparcialidad en reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 192.- Independencia, imparcialidad y deber de información

192.1. Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

192.2. 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 generar dudas justificadas sobre 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 que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

192.3. Asimismo, El árbitro designado debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, e incluir presentar una declaración jurada expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley, así como que cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

192.4. En el caso del arbitraje ad hoc, el árbitro designado debe declarar, además, al momento de su aceptación, que se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA).

### **6.4. Deber de revelación**

Adicionalmente a los citados deberes de independencia e imparcialidad, existe un deber adicional en aras de la transparencia y confianza que deben estar presentes en un arbitraje: el deber de revelación.

Al aceptar la designación, los árbitros deben revelar cualquier situación que pudiera generar a las partes dudas acerca de su independencia o

imparcialidad, es decir, deberán revelar los probables conflictos de intereses que pudieran tener. De esta manera, se puede afirmar que el deber de revelación en cierto modo es un instrumento para materializar la independencia e imparcialidad de un árbitro.

Conforme ya hemos apreciado, este deber de revelación es también regulado en el artículo 28 de la Ley de Arbitraje y en el artículo 224 del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

### 6.5. Conflicto de intereses

Por su parte, el conflicto de intereses es el hecho o circunstancia entre una de las partes y el árbitro, o entre el árbitro y la controversia, que le podría generar a una o ambas partes dudas respecto de la imparcialidad e independencia del árbitro. Es así que el hecho de que un árbitro tenga un conflicto de intereses faculta a una o a ambas partes a recusarlo. Sin embargo, ¿cómo saber si se está frente a un real conflicto de intereses o qué tan grave es?

Tanto la Ley de Arbitraje como el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado guardan silencio al respecto. Por ello, recurrimos a las directrices de la International Bar Association (IBA) sobre este tema.

#### *Directrices de la IBA sobre conflicto de intereses<sup>1</sup>*

Las directrices de la IBA sobre conflicto de intereses conforman una serie de criterios no vinculantes que nos permiten determinar cuándo se está frente a un conflicto de intereses y de qué intensidad es este. De esta forma, establecen listados de aplicación diferenciados por categorías en función al grado de conflicto de intereses por producirse en determinadas situaciones:

---

<sup>1</sup> Ver: <<http://www.ibanet.org>>.

Listado rojo	<i>No renunciable:</i> situaciones que surgen como consecuencia del principio de que nadie puede ser juez y parte a la vez. Revelar los hechos o circunstancias del caso no evitará el conflicto de intereses.
	<i>Renunciable:</i> situaciones serias, mas no tan graves. Se tendrán por renunciables solo en caso de que las partes, conociendo el conflicto de intereses, explícitamente manifiesten su voluntad de que la persona que han elegido desempeñe funciones de árbitro.
Listado naranja	Enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que, según los hechos o las circunstancias particulares del caso, pudieran crear dudas a las partes acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. En estos casos se entiende que las partes aceptan al árbitro si, habiendo este revelado los hechos o circunstancias que corresponda, las partes no hacen uso de su derecho de objetar al árbitro dentro del plazo establecido para tal efecto.
Listado verde	Enumeración no exhaustiva de situaciones específicas que objetivamente no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses. Por ello, el árbitro no tiene el deber de revelar las situaciones que abarca.

Las directrices de la IBA tienen una utilidad práctica importante en la determinación del conflicto de interés en un arbitraje y en el ejercicio y los alcances del deber de revelación, en la medida que trazan criterios que permiten juzgar la imparcialidad e independencia de un árbitro.

## 7. RECUSACIÓN

Una vez conocido todo lo referente a la imparcialidad e independencia, salta a la vista una pregunta: ¿qué pasa si hay dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro? La respuesta variará según el momento del proceso en el que nos encontremos:

- Antes de iniciarse el arbitraje el árbitro no debería aceptar la designación: debe abstenerse.
- Después de iniciado el arbitraje se puede recurrir a la recusación.

Conviene entonces conocer qué es la recusación y cómo funciona.

### 7.1. Concepto de recusación

Es el mecanismo por medio del cual las partes pueden cuestionar la falta de independencia o imparcialidad del árbitro por estar éste involucrado en un conflicto de intereses. Asimismo, sirve para cuestionar el incumplimiento de los requisitos legales o convenidos por las partes para ser árbitro.

### 7.2. Causales de recusación en la Ley de Arbitraje

Las causales de recusación están reguladas en la Ley de Arbitraje, en el artículo 28:

[...] 3. Un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las calificaciones convenidas por las partes o exigidas por la ley.

4. Las partes pueden dispensar los motivos de recusación que conocieren y en tal caso no procederá recusación o impugnación del laudo por dichos motivos.

5. Una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su nombramiento.

Conforme se aprecia, las causales de recusación se basan principalmente en la falta de independencia o imparcialidad del árbitro, así como en el incumplimiento de los requisitos para actuar como tal.

Sin embargo, la recusación es un remedio posterior para estas circunstancias: lo ideal es que no se designe a un árbitro potencialmente recusable, o que el árbitro no acepte tal designación si sabe que la recusación puede ser declarada fundada.

### **7.3. Causales de recusación en el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

Artículo 193.- Recusación

193.1. Los árbitros pueden ser recusados por las siguientes causas:

1. Cuando se encuentren impedidos conforme el artículo 190 o no cumplan con lo dispuesto por el artículo 192.
2. Cuando no reúnan las calificaciones y exigencias para asumir el encargo establecidas en la legislación y el convenio arbitral.
3. Cuando existan circunstancias que generen dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, siempre que dichas circunstancias no hayan sido excusadas por las partes en forma oportuna.

### **7.4. Tramite de la recusación**

Respecto del trámite y procedimiento de la recusación, debemos distinguir el que se realiza en el arbitraje institucional y en el ad hoc. En el arbitraje institucional se sigue el trámite estipulado en el reglamento del centro de arbitraje o el pactado por las partes. En el caso del arbitraje ad hoc se sigue el establecido por las partes en el convenio arbitral o el que se determina en el acta de instalación del tribunal arbitral y, a falta de estos, se recurre a las reglas supletorias de la Ley de Arbitraje o del reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

### **7.5. Trámite de la recusación en la Ley de Arbitraje**

Artículo 29°. Procedimiento de recusación

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:

a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.

b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.

c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.

d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23º.

ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23º.

iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23º. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a este resolver la recusación.

3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.

4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconocimiento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.
6. Cuando por disposición de este Decreto Legislativo corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

Nótese las facultades de las cámaras de comercio para resolver la recusación y remoción sobre el árbitro que designaron en el arbitraje ad hoc. La lógica es la misma que en la designación por defecto, es decir, evita que el arbitraje se judicialice, dado que en la ley anterior la recusación en el arbitraje ad hoc era resuelta por el Poder Judicial. Asimismo, es importante remarcar que la renuncia del árbitro recusado no significa que este se encuentre inmerso dentro de la causal que se le imputa.

#### **7.6. Trámite de la recusación en reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

193.2. En los arbitrajes ad hoc y en los administrados por el caso que las partes no se hayan sometido a un arbitraje institucional SNA-OSCE, la recusación es resuelta por la Presidencia Ejecutiva el OSCE, en forma definitiva e inimpugnable, conforme al procedimiento establecido en la Directiva correspondiente, salvo que aquellas las partes hayan acordado que la recusación sea resuelta por una institución arbitral acreditada.

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 cuando lo disponga el Tribunal Arbitral. Esta norma es aplicable a los arbitrajes ad hoc y a los arbitrajes institucionales cuando no se haya regulado al respecto.

Cabe señalar que lo dispuesto en este artículo se aplica en arbitrajes ad hoc, pues en un arbitraje institucional lo normal será que la recusación sea decidida por la corte de arbitraje de la respectiva institución arbitral. En esta medida, nótese cómo el OSCE posee una intervención por mandato del reglamento a efectos de evitar que la resolución de las recusaciones se judicialice.

## **8. REMOCIÓN**

### **8.1. Concepto de remoción**

Es un mecanismo novedoso incorporado por la Ley de Arbitraje, que permite retirar del arbitraje a un árbitro que se ve impedido de ejercer el cargo por cuestiones de hecho o de derecho: Esta figura no atiende circunstancias derivadas del conflicto de intereses como ocurre con la recusación.

También está pensado para retirar del proceso al árbitro poco diligente con el arbitraje o que no le dedica el tiempo suficiente: retrasa plazos, falta a audiencias, entre otros. En resumen, es un medio que empodera a las partes, e incluso a los otros árbitros, para poder tener una salida frente a un árbitro que no cumple con sus deberes.

### **8.2. Remoción en la Ley de Arbitraje**

Artículo 30º. Remoción

Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción

y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29º.

Esta decisión es definitiva e inimpugnable. Sin perjuicio de ello, cualquier árbitro puede ser removido de su cargo mediante acuerdo de las partes.

Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbitro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.

Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23º, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.

Hemos señalado que el arbitraje se basa en la confianza, la cual a su vez se fundamenta no solo en un tribunal arbitral ético y sin conflicto de intereses, sino también en que el árbitro sea diligente y responsable en el compromiso que asume.

## **9. RESPONSABILIDAD DE LOS ÁRBITROS**

La responsabilidad civil de los árbitros se encuentra regulada en el artículo 32 de la Ley de Arbitraje, la cual se basa en que el árbitro presta servicios,

por lo que como todo locador debe ser responsable por el incumplimiento de su encargo: «La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable».

Nótese que el árbitro solo responde en casos de dolo o culpa inexcusable, estándares de responsabilidad elevados que evitan que reciba demandas maliciosas de partes que no se encuentren contentas con el resultado de un determinado laudo arbitral.

## 10. PREGUNTAS

1. ¿Cómo definiría a un árbitro?
2. Establezca las diferencias entre el árbitro y el juez.
3. ¿Cuáles son los requisitos e impedimentos para ser árbitro en la Ley de Arbitraje y en la Ley de Contrataciones del Estado?
4. ¿Quiénes designan a los árbitros, y cuándo y cómo lo hacen?
5. Describa en qué consiste la independencia e imparcialidad de los árbitros.
6. ¿Qué incidencia tienen las directrices de la International Bar Association (IBA) en el deber de revelación de los árbitros?
7. ¿En qué consiste la recusación de un árbitro y cuáles son las causales aplicables?
8. ¿Cuál es la diferencia entre la remoción y la recusación de los árbitros?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 4

### ACTUACIONES ARBITRALES

#### 1. DEFINICIÓN

Las actuaciones arbitrales son el conjunto de pasos que se siguen en un arbitraje desde su inicio hasta la expedición del laudo arbitral, e implican el ejercicio de la función arbitral.

La función arbitral es la labor resolutoria ejercida por los árbitros respecto de las controversias sobre una determinada relación jurídica que las partes deciden someter a arbitraje.

La Ley de Arbitraje incorpora en su artículo 3 una novedosa regulación de la función arbitral:

Artículo 3º. Principios y derechos de la función arbitral

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.
2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción

del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad.

Se aprecia que la ley busca proteger la competencia de los árbitros para resolver la controversia de cualquier interferencia judicial o de otra índole. En consecuencia, esto significa que:

- Los jueces solo intervienen en el arbitraje por regulación expresa en la Ley de Arbitraje, con fines de cooperación y no de interferencia.
- El tribunal arbitral es independiente respecto de cualquier autoridad.
- La intervención judicial solo se produce a través del control del laudo arbitral, no se controlan las actuaciones arbitrales.
- Los árbitros ejercen la función arbitral al conducir las actuaciones arbitrales.
- Los principios revisados del artículo 3 de la Ley de Arbitraje se aplican a todas las actuaciones arbitrales.

## **2. INICIO DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES**

Tanto en un arbitraje comercial como en el de contratación pública, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje.

### **2.1. Inicio de arbitraje**

Para el arbitraje comercial, la Ley de Arbitraje dispone con respecto al inicio del arbitraje: «Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje» (artículo 33).

## 2.2. Solicitud de arbitraje

En el caso del arbitraje institucional, la solicitud de arbitraje es el primer acto de todo arbitraje que se formula ante la secretaría general para solicitar que se resuelva una controversia mediante arbitraje. En el arbitraje ad hoc la solicitud se formula ante la otra parte, es decir ante el futuro demandado.

Cabe señalar que la solicitud del arbitraje es principalmente el acto a través del cual el futuro demandante solicita resolver una determinada controversia conforme un convenio arbitral determinado, para lo cual procede a designar a su árbitro, de ser el caso.

### *Contenido de la solicitud de arbitraje*

Conforme al reglamento de arbitraje del Centro de Arbitraje de la PUCP, la solicitud debe contener:

Artículo 13° Reglamento de Arbitraje PUCP:

a) La identificación del solicitante; nombre, copia y N° de DNI. En el caso de personas jurídicas se debe señalar la razón o denominación social, los datos de su inscripción en el registro, nombre del representante y número del documento de identidad.

En los casos en que una parte actúe mediante representante, el poder deberá acreditarse mediante el Testimonio de la Escritura Pública, acta legalizada o, en su defecto, con la copia literal de la vigencia de poder expedida por los Registros Públicos.

b) Señalar el domicilio procesal del solicitante dentro de la ciudad de Lima, datos para comunicación.

c) Señalar el nombre y domicilio del demandado.

d) Copia del documento en el que conste el convenio arbitral o evidencia del compromiso escrito por las partes para someter sus controversias al Centro, o en su caso, la intención del solicitante de someter a arbitraje una controversia determinada, no obstante no existir convenio arbitral. De ser el caso, indicar con precisión cualquier disposición o regla pactada por las partes distinta a la del Reglamento del Centro.

- e) Un breve resumen de la controversia, desavenencia o cuestiones que dese someter a arbitraje, con una exposición clara de los hechos, indicando las posibles pretensiones y la cuantía correspondiente. Al momento de presentar la demanda, se podrá ampliar o modificar las pretensiones, siempre y cuando éstas estén incluidas dentro de los alcances del convenio arbitral.
- f) El nombre y domicilio del árbitro designado o el que proponga cuando corresponda, así como el mecanismo elegido para su designación, o la solicitud dirigida a la Corte de Arbitraje del Centro para que proceda con la designación correspondiente.
- g) La indicación sobre si el arbitraje es de derecho o de conciencia.
- h) La información sobre la ejecución y estado de cualquier medida cautelar tramitada en sede judicial, adjuntándose copia de los actuados correspondientes.
- i) El comprobante de pago por concepto de tasa por presentación de solicitud de arbitraje.

Ello en virtud a ser el primer acto de emplazamiento formal del arbitraje, y además por ser la primera aproximación formal que las partes y los árbitros tienen acerca de la controversia.

Por su parte, en el arbitraje con el Estado el inicio del mismo y la solicitud de arbitraje son regulados en el reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado de la siguiente manera:

#### Artículo 218. Solicitud de Arbitraje

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

Es así que en los arbitrajes de contrataciones del Estado el arbitraje se inicia también con la presentación de la solicitud de arbitraje, incluso

en los arbitrajes ad hoc. Cabe señalar que en este tipo de arbitrajes el inicio del arbitraje a través de la solicitud tiene serias implicancias pues el arbitraje debe iniciarse en un plazo determinado de ocurrido en hecho que lo motiva. En caso contrario, la ley sanciona con la caducidad el derecho a reclamar.

### 2.3. Contestación a la solicitud de arbitraje

La contestación de la solicitud de arbitraje es el acto por el cual el futuro demandado se apersona al arbitraje y designa a su árbitro, de ser el caso.

Conforme el reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, la contestación a la solicitud de arbitraje debe contener lo siguiente:

#### Artículo 16°. Contestación a la solicitud de arbitraje

Dentro del plazo de cinco (5) días de notificada la solicitud de arbitraje o de notificada la decisión que se pronuncia sobre la oposición a la solicitud de arbitraje, de darse el caso, la parte emplazada deberá presentar:

a) Su identificación, indicando su nombre y el número de su documento de identidad, adjuntándose una copia del poder si se actúa por representante, así como la copia del documento oficial de identidad correspondiente. En el caso de personas jurídicas se debe señalar la razón o denominación social, los datos de su inscripción en el registro, nombre del representante y número del documento de identidad.

En los casos en que una parte actúe mediante representante, el poder deberá acreditarse mediante el Testimonio de la Escritura Pública, acta legalizada o, en su defecto, con la copia literal de la vigencia de poder expedida por los Registros Públicos.

b) Indicación de su domicilio procesal en la ciudad de Lima, así como el número de teléfono, telefax, correo electrónico o cualquier otro medio de comunicación con el que se desee se realice las notificaciones.

c) Su posición acerca de la controversia o desavenencia que el solicitante somete a arbitraje, señalando adicionalmente sus posibles pretensiones y el monto involucrado, en cuanto sea cuantificable.

d) El nombre y domicilio del árbitro designado por esta parte, o el que proponga cuando corresponda, así como el mecanismo pactado para su designación o la solicitud para que lo haga la Corte de Arbitraje del Centro.

En el caso que la contestación de la solicitud de arbitraje no cumpliera con los requisitos establecidos en el presente Reglamento, se otorgará un plazo de tres (3) días para que subsane las omisiones. En caso que no se subsanen las omisiones acotadas, la Secretaría General proseguirá adelante con el trámite.

De no contestar la solicitud la parte requerida, se continuará con el trámite del procedimiento.

## **2.4. Oposición al arbitraje**

La oposición al arbitraje es un procedimiento que se sustancia ante la secretaría general del centro de arbitraje competente, por las siguientes causas:

- Falta de competencia del centro.
- Inexistencia del convenio arbitral.

La secretaría general del centro de arbitraje resuelve la oposición. Si se declara infundada, esta podrá ser decidida por los árbitros por medio de una excepción de incompetencia. Por ello, la decisión de la secretaría general es provisional.

## **3. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

### **3.1. Concepto**

Es el acto por medio del cual el tribunal arbitral formaliza su competencia frente a las partes para resolver la controversia. Se produce a través de una audiencia en la cual se fijan o recogen las reglas de las actuaciones arbitrales, las cuales regulan los plazos, audiencias, idioma, representación, presentación de escritos, entre otros, concernientes al arbitraje.

Cabe mencionar que la instalación no es una actuación regulada en la Ley de Arbitraje. Sin embargo, en los arbitrajes comerciales proviene de una costumbre que ha sido incorporada en la gran mayoría de reglamentos institucionales, así como en el arbitraje ad hoc. En cambio, en la contratación pública sí se exige la instalación del tribunal arbitral y de los árbitros, las partes y los abogados que actúan en ella ante el OSCE, para contar con un registro de la controversia por resolverse.

### **3.2. Requisitos para la instalación del tribunal arbitral**

A efectos de que se realice la instalación, las partes y los árbitros deben antes haber realizado los siguientes actos:

1. Solicitud de arbitraje y designación de árbitro.
2. Contestación a la solicitud y designación de árbitro.
3. Aceptación de árbitros.
4. Recusación de los árbitros, si procede.
5. Designación del presidente del tribunal arbitral.
6. Aceptación del presidente del tribunal constituido.
7. Recusación del presidente, si procede.

Una vez constituido el tribunal arbitral y vencido el plazo para que las partes los recusen, se procede a celebrar la audiencia de instalación.

### **3.3. Audiencia de instalación**

El acta de instalación recogerá las reglas del arbitraje previamente pactadas por las partes o las establecidas por el tribunal. Asimismo, a partir de la instalación se abre la etapa postulatoria, es decir, se otorgan plazos a las partes para la presentación de la demanda, contestación y reconvencción, según corresponda.

Por ello, el reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP regula la instalación en el siguiente sentido:

#### Artículo 40º. Instalación del Tribunal Arbitral

Conformado el tribunal arbitral, se procederá a su instalación debiendo citarse a las partes a una audiencia para tal fin. Sin embargo, únicamente será necesaria la presencia de los árbitros y del Secretario General o del Secretario Arbitral, en su caso.

El acta de la audiencia de instalación del tribunal arbitral podrá incluir disposiciones complementarias aplicables al proceso arbitral.

En caso la instalación se lleve a cabo sin la asistencia de las partes, se procederá a notificarlas con copia del acta de la audiencia. En este caso, los plazos señalados en dicha acta se contabilizarán desde el día siguiente de su notificación.

### 4. REGLAS DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Si bien es cierto que en la instalación se fijan las reglas del arbitraje, cabe preguntarse quién establece las reglas de las actuaciones arbitrales. La respuesta a esta interrogante se encuentra en la aplicación de las siguientes reglas de arbitraje en el orden de prelación que se indica a continuación:

1. Lo establecido por las partes, tanto en el arbitraje ad hoc como institucional.
2. El reglamento del arbitraje, en el caso del arbitraje institucional.
3. El reglamento establecido por el tribunal arbitral, ya sea arbitraje ad hoc o institucional.
4. Lo señalado por la Ley de Arbitraje o el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en forma supletoria, tanto en el arbitraje ad hoc como en el institucional.

Esta fórmula se basa en la libertad de regulación, que es un principio fundamental del arbitraje que permite que sea flexible y se amolde a las necesidades de las partes contendientes. En un proceso judicial ocurre lo contrario, pues en él prima el ritualismo procesal. Sin embargo, cabe señalar que la flexibilidad y la autorregulación no significan que se pueden

desconocer los principios de audiencia, igualdad y contradicción del debido proceso. La libertad de regulación se regula en la Ley de Arbitraje de la siguiente forma:

Artículo 34º. Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.
4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.

Es decir, se privilegia la autorregulación de las partes dada la naturaleza voluntaria del arbitraje, lo cual entraña una diferencia sustancial con la dinámica ritualista del proceso civil. Esto es prueba de que el arbitraje responde de forma más precisa y adecuada a las necesidades de las partes en la solución de sus controversias.

## **5. SEDE DEL ARBITRAJE**

La sede del arbitraje es un concepto jurídico que tiene importantes consecuencias legales en lo que concierne a la jurisdicción de los tribunales nacionales con respecto al auxilio del arbitraje o a la anulación del laudo. En efecto, la sede es más que el lugar donde se desarrollará el arbitraje;

las consecuencias de elegir un determinado país como sede del arbitraje son las siguientes:

- El juez de la sede del arbitraje será normalmente de utilidad para la adopción de medidas provisionales o conservatorias durante el curso del arbitraje.
- El juez de la sede determinará además el juez de apoyo para el tribunal arbitral.
- Asimismo, la sede del arbitraje es el lugar donde se debe interponer el recurso de anulación.

En un arbitraje nacional la sede del arbitraje estará localizada en territorio peruano. Es decir, serán los jueces peruanos quienes colaborarán con el arbitraje y controlarán el laudo vía anulación. Asimismo, en estas tareas se aplicará la Ley de Arbitraje de nuestro país.

En un arbitraje internacional la elección de la sede del arbitraje es crucial, ya que los jueces del país elegido serán quienes colaborarán con el arbitraje y controlarán el laudo. De igual modo, se aplicará la Ley de Arbitraje de la sede elegida.

Para que la elección de la sede del arbitraje sea la adecuada, el entorno legal que regula al arbitraje en esta debe cumplir con ciertas condiciones que demuestren que dicha sede es «amigable» con el arbitraje. Así, la sede debe cumplir condiciones como:

- Permitir la ejecución de cláusulas arbitrales de arbitraje internacional.
- Asistir al tribunal arbitral en su constitución.
- Ofrecer al tribunal arbitral directamente, o a través de la justicia estatal, los poderes suficientes para llevar a cabo su labor de forma eficiente.
- Proteger las actuaciones arbitrales de la interferencia de las cortes estatales de la sede, salvo estas sean estrictamente necesarias, hasta la emisión del laudo arbitral.

- Reconocer y ejecutar laudos extranjeros, para que de este modo se reconozcan en el extranjero los laudos emitidos en su territorio.

Cabe comentar que uno de los propósitos de la Ley de Arbitraje es que el Perú resulte una sede de arbitraje atractiva para partes extranjeras por ofrecer una ley de vanguardia y amistosa con el arbitraje.

### **Elección de la sede del arbitraje**

La elección de la sede responde a la siguiente regla de prelación, tanto en arbitraje ad hoc como institucional: (1) las partes, y (2) el tribunal arbitral.

Esta regla se encuentra establecida en el artículo 35 de la Ley de Arbitraje:

#### Artículo 35°. Lugar del arbitraje

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendiendo a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá llevar a cabo deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.

Nótese cómo el legislador privilegia la voluntad de las partes por la naturaleza voluntarista del arbitraje.

Asimismo, el tribunal arbitral puede realizar actuaciones válidamente en otro lugar fuera de la sede, por lo que su competencia para resolver la controversia no se circunscribe a la sede geográfica.

## **6. IDIOMA DEL ARBITRAJE**

En el arbitraje internacional la elección del idioma es fundamental, ya que una parte puede verse perjudicada si no litiga en su idioma natal. Además,

es importante tomar en cuenta el idioma de los árbitros para que puedan analizar y resolver la controversia con facilidad. La elección del idioma está regulada en la Ley de Arbitraje en los siguientes términos:

Artículo 36º. Idioma del arbitraje

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión del tribunal arbitral se haya previsto algo distinto, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones del tribunal arbitral.

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.

### **Elección del idioma**

La elección del idioma responde a la siguiente regla de prelación, tanto en el arbitraje ad hoc como institucional: (1) las partes, y (2) el tribunal arbitral.

Cabe resaltar que el tribunal arbitral puede además ordenar traducciones de oficio en otros idiomas.

## **7. REPRESENTACIÓN**

La representación en el arbitraje consiste en la acreditación de las partes o de quienes pueden actuar a nombre de ellas. Anteriormente, las facultades de representación exigidas en el arbitraje eran las del Código Procesal Civil, pero no calzaban con la flexibilidad propia de las actuaciones arbitrales. En el régimen vigente la representación no es literal, sino general, y abarca todos los actos, incluso los de disposición. Es así que en la Ley de Arbitraje se regula de la siguiente manera:

#### Artículo 37°. Representación

1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.
2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en este Decreto Legislativo sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo disposición en contrario.
3. Las personas jurídicas se rigen por lo dispuesto en el artículo 10°, pudiendo delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.

En este sentido, se privilegia la flexibilidad en la actuación de las partes en el arbitraje; de ello se desprende que no se necesite, por ejemplo, actuar a través de un abogado.

### 8. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

Una vez instalado el tribunal, corren los plazos para la presentación de la demanda y, luego de esta, los plazos para su contestación o para reconvenir.

En el arbitraje, a diferencia del proceso civil, no se regula la improcedencia ni la inadmisibilidad de la demanda, toda vez que prima la flexibilidad y no el ritualismo.

Se privilegia el derecho de defensa de las partes en contra de los formalismos, como advertimos en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje:

#### Artículo 39°. Demanda y contestación

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación,

el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.

2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.

A diferencia del Código Procesal Civil, la Ley de Arbitraje no establece requisitos para la presentación de la demanda. No obstante, cada reglamento arbitral sí lo hace, pero sin sancionar su incumplimiento y privilegiando la flexibilidad. Asimismo, se pueden plantear excepciones, como la de incompetencia del tribunal, y defensas previas que serán resueltas por el tribunal arbitral en aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*. Es así que el reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP establece lo siguiente:

Artículo 42°. Requisitos de los escritos postulatorios

La demanda y su contestación contendrán:

- a) Nombre completo de las partes y el de sus representantes, en su caso.
- b) Domicilio dentro del radio urbano de la ciudad de Lima.
- c) Copia del poder de los representantes, de ser el caso.

- d) Determinación de la cuestión sometida a arbitraje, con indicación de la cuantía y las pretensiones respectivas.
- e) La relación de los hechos en que se basa la demanda o la contestación.
- f) Los fundamentos de derecho, de ser el caso.
- g) El ofrecimiento de los medios probatorios que respalden las pretensiones, debiendo adjuntarse los documentos que se consideren pertinentes.

Una vez presentados los escritos de demanda y contestación se procede a la fijación de los puntos controvertidos a través de una audiencia. Estos serán extraídos de las pretensiones de la demanda, de la contestación y de la eventual reconvencción, y constituirán las controversias respecto de las cuales se deben pronunciar los árbitros.

Las partes pueden modificar o ampliar sus escritos postulatorios (demanda y contestación) debido a la flexibilidad propia del arbitraje. La Ley de Arbitraje regula estos supuestos permitiendo a las partes pactar en contra de estos actos; en caso contrario, toda solicitud de modificación o ampliación de demanda será resuelta por el tribunal arbitral.

## 9. EXCEPCIONES Y DEFENSAS PREVIAS

Las partes también tienen la posibilidad de plantear excepciones y defensas previas en la etapa postulatoria. Las excepciones más comunes en el arbitraje suelen darse por incompetencia, por vicios del convenio, por materia no arbitrable o materia no sometida a arbitraje, por falta de interés para obrar, o por caducidad (en el caso del arbitraje con el Estado). En cierta forma, todas las excepciones tienen por finalidad que el tribunal arbitral se declare incompetente.

Las excepciones son resueltas por el tribunal arbitral por aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, y 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 artículo 41 de la Ley de Arbitraje establece al respecto lo siguiente:

3. Las excepciones u objeciones deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber nombrado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción u objeción basada en que el tribunal arbitral ha excedido el ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como sea planteada durante las actuaciones arbitrales, la materia que supuestamente exceda su competencia. El tribunal arbitral solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. El tribunal arbitral podrá considerar, sin embargo, estos temas por iniciativa propia, en cualquier momento.
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral decidirá estas excepciones u objeciones con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativa al fondo de la controversia. Si el tribunal arbitral desestima la excepción u objeción, sea como cuestión previa o sea en el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia, su decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación contra dicho laudo.
5. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante recurso de anulación. Si el tribunal arbitral ampara la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación.

Esto significa que el tribunal arbitral, en principio, solo podrá admitir excepciones u objeciones planteadas con posterioridad si la demora resulta justificada. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá considerar estos temas por iniciativa propia en cualquier momento. Asimismo, la excepción puede resolverse junto con el fondo de la controversia, es decir con el laudo final. No obstante, se recomienda que las excepciones sean resueltas lo antes posible, dado que, por ejemplo, sería ineficiente para las partes litigar sobre el fondo para que al final la excepción sea declarada fundada. Es por ello

que es recomendable que los árbitros se pronuncien sobre las excepciones antes del laudo, toda vez que si la excepción presentada fuera declarada fundada, las actuaciones arbitrales no se debieron desarrollar.

Al resolver las excepciones los árbitros pueden también declararse parcialmente competentes y continuar con las pretensiones sobre las que sí tengan competencia.

## 10. CONSOLIDACIÓN DE ARBITRAJES

La consolidación de arbitrajes es lo que en la práctica procesal civil se conoce como acumulación. La consolidación de pretensiones entre dos mismas partes es algo usual, por ejemplo, en contratos de ejecución continuada (obra). Esto es necesario a efectos de evitar laudos contradictorios.

La consolidación se refiere a cuestiones que se plantean como consecuencia de la presencia de varios contratos y varias partes en el arbitraje en enfoques que, además de analizar las situaciones de acumulación de pretensiones y procesos, ingresan en otros campos, relacionados pero analíticamente distintos. Tal sería el caso de la intervención de terceros y los efectos del acuerdo arbitral sobre partes no signatarias.

Por lo tanto, la consolidación atiende a dos fenómenos: la presencia de dos o más contratos entre las mismas partes y la presencia de dos o más partes contractuales en un mismo contrato. La tensión fundamental en ambos casos es que, por regla general, el convenio arbitral solo obliga a las partes que lo suscribieron, con lo que no es posible someter a arbitraje a quien no lo ha consentido, aun cuando tenga una pretensión o controversia conexas con la *litis*.

El convenio arbitral es el límite para poder establecer una acumulación. En definitiva, solo se podrán acumular pretensiones a las que les sea aplicable un mismo convenio arbitral. Existirá entonces solamente la acumulación de pretensiones (objetiva), no así la subjetiva (personas). Se acumularán arbitrajes derivados de un mismo contrato entre las mismas partes.

Conforme al numeral 4 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje, la consolidación admite pacto en contrario, por lo cual las partes podrán restringirla o prohibirla en su convenio arbitral.

Por su parte, la práctica arbitral, plasmada en los reglamentos institucionales, ha determinado que para que proceda una consolidación deben concurrir los siguientes requisitos:

1. Que las partes no hayan pactado en contra.
2. Que exista un arbitraje en marcha.
3. Que se dé la misma relación jurídica (contrato) y un mismo convenio arbitral.
4. Que no se haya suscrito aún el acta de fijación de puntos controvertidos.

En resumen, podríamos decir que la acumulación es básicamente la subsunción de nuevos arbitrajes en un arbitraje antiguo o anterior sobre un mismo contrato, lo cual evita que se generen laudos contradictorios y que además las partes puedan articular una defensa global de sus pretensiones.

## **11. ACTA DE FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

El acta de fijación de puntos controvertidos es el acta que contiene la misión de los árbitros encomendada por las partes, es decir sobre qué cuestiones se pronunciarán y resolverán, sobre la base de lo que se ha venido litigando. El tribunal arbitral debe elaborar, sobre la base de los documentos de las partes y teniendo en cuenta sus planteamientos, un documento que precise su misión y en el cual se fijen las pretensiones de las partes y los puntos litigiosos. Así, el acta fija la controversia y determina los puntos que el tribunal arbitral debe resolver. Por tanto, en la medida que el acta de fijación de puntos controvertidos contiene la descripción de la materia litigiosa, debe consignar las pretensiones provenientes de la demanda, la reconvencción, la modificación o ampliación de la demanda o de la reconvencción, y la acumulación de arbitrajes.

Respecto a esta acta, el reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP establece en su artículo 48, lo siguiente:

Contestada o no la demanda o, en su caso, absuelta o no la reconvencción; los árbitros citarán a las partes a Audiencia de Fijación de Puntos controvertidos, la que se desarrollará de la siguiente manera:

a) Los árbitros podrán iniciar la audiencia invitando a las partes a poner fin a la controversia mediante un acuerdo conciliatorio total o parcial. A falta de acuerdo por cualquier causa, los árbitros continuarán con el desarrollo de la audiencia.

b) Los árbitros procederán a fijar los puntos controvertidos, escuchando la propuesta de las partes. *Sin perjuicio de ello, los árbitros podrán de oficio o a pedido de parte, ampliar los puntos controvertidos ya sea que se hayan alegado hechos nuevos o no*, en cuyo caso, darán oportunidad a las partes para que se pronuncien y ofrezcan los medios probatorios que consideren pertinentes, siempre que el proceso no se encuentre en la etapa para dictar el laudo.

c) Seguidamente, podrán admitir o rechazar las pruebas ofrecidas por las partes, se haya o no planteado alguna cuestión probatoria, sin perjuicio de disponer la actuación de pruebas de oficio.

d) Adicionalmente, los árbitros podrán ordenar la actuación de aquellas pruebas que, a su criterio, deban actuarse fijando la fecha para su actuación de considerarlo conveniente (énfasis agregado).

### 11.1. Pretensiones implícitas

Cabe precisar que el literal b) de este artículo hace alusión a lo que se conoce con el nombre de «pretensiones implícitas». Estas son cuestiones que, aunque no hayan sido planteadas por las partes de manera expresa en sus escritos postulatorios, se han venido debatiendo durante el arbitraje o han sido mencionadas por una de las partes. Por ejemplo, si A solicita que se resuelva un contrato de suministro por el incumplimiento de B en la entrega de trigo, B alega que sí cumplió parcialmente, pero las partes han discutido sobre la caída del precio del trigo sin haber solicitado que

se determine el supuesto de excesiva onerosidad de la prestación. En la medida en que el árbitro solo puede resolver sobre aquello que se le ha encargado, no puede aplicar el *iura novit curia* como los jueces, porque su laudo podría resultar nulo.

En este sentido, es mejor que en caso de detectar situaciones como las de los ejemplos, se fije con toda claridad la cuestión debatida o referida como un nuevo punto controvertido, a efectos de evitar la anulación.

### 11.2. Contenido del acta de fijación de puntos controvertidos

Al igual que ocurre con el acta de instalación, el acta de fijación de puntos controvertidos no se encuentra regulada por la Ley de Arbitraje, aunque la práctica arbitral le atribuye los siguientes contenidos:

- Nombre y calidad en que intervienen las partes;
- Nombre de los árbitros;
- Una exposición sumaria de las pretensiones y reclamaciones de las partes;
- La admisión de las pruebas;
- Una lista de los puntos en controversia por resolver;
- La fijación de un cronograma de audiencias para la actuación probatoria.

## 12. PRUEBAS

La valoración de las pruebas es una tarea y facultad exclusiva del tribunal arbitral. Las partes están en la obligación de aportar al proceso las mejores pruebas para causar convicción a los árbitros. La facultad probatoria del tribunal se encuentra regulada en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje:

Artículo 43º. Pruebas

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas

y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

No obstante, en algunas oportunidades la complejidad técnica de las controversias sometidas a arbitraje —especialmente las referidas a construcción de obras— hacen necesaria la ayuda de peritos.

Una pericia puede incorporarse a través de un medio documental si es que las partes la realizan antes del arbitraje y la presentan en la etapa postulatoria. Si se realiza a lo largo del arbitraje, el medio pericial necesitará de actuación.

Asimismo, la pericia puede ser de oficio o de parte. Será de oficio si el tribunal arbitral ordena de modo propio su realización y designa al perito para tal efecto; será de parte si esta es ordenada por pedido de alguna de las partes. Respecto a la pericia, la Ley de Arbitraje establece lo siguiente:

#### Artículo 44º. Peritos

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo, requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.

2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.

Un perito no puede ser recusado, pues el perito no decide, solo aporta información técnica. La recusación solo cabe contra los árbitros; el perito solo ayuda a los árbitros a entender los detalles técnicos de la controversia

Sin embargo, las partes podrían cuestionar la independencia e imparcialidad de los peritos sin recurrir a la recusación. Esto no puede suceder en una pericia de parte, porque se estaría vulnerando la libertad de contratar de la parte contraria, que debe poder elegir al perito que considere conveniente. Sin embargo, en una pericia de oficio sí se puede cuestionar a un perito, que debe ser neutral.

### *Colaboración judicial en la actuación de pruebas*

En la medida en que los árbitros carecen de *coertio*, en ciertas ocasiones se necesita que la fuerza pública asista a los peritos para la actuación de pruebas.

La Ley de Arbitraje establece con claridad que estas actividades son de colaboración, por lo que no implican calificación alguna por parte del Poder Judicial, salvo vulneración manifiesta de orden público.

#### Artículo 45°. Colaboración judicial

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir

oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.

4. En caso de actuación de declaraciones ante la autoridad judicial competente, el tribunal arbitral podrá, de estimarlo pertinente, escuchar dichas declaraciones, teniendo la oportunidad de formular preguntas.

### **13. MEDIDAS CAUTELARES**

Las medidas cautelares en sede arbitral exigen los mismos requisitos que las de sede judicial: verosimilitud del derecho y peligro en la demora.

Cabe señalar que la contra cautela es discrecional y deberá ser evaluada por los árbitros. Sin embargo, en vista del peligro de la demora para recurrir a la tutela cautelar, cabe preguntarse qué pasaría si el tribunal no estuviera todavía constituido y se necesitara una medida cautelar. Por ello la Ley de Arbitraje diferencia dos momentos en la tutela cautelar del arbitraje: antes y después de la constitución del tribunal arbitral.

#### **13.1. Antes de la constitución del tribunal arbitral**

En vista que no se tiene aún un tribunal constituido, el solicitante puede recurrir al Poder Judicial para solicitar una medida cautelar previa al proceso. Sin embargo, deberá cumplir con los siguientes requisitos: (1) iniciar el arbitraje diez días después de su solicitud cautelar, y (2) constituir el tribunal arbitral dentro de los noventa días de dictada la medida. El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos se sanciona con la caducidad de la medida cautelar.

Al respecto, resulta cuestionable que un hecho como la constitución del tribunal, que no depende enteramente de los actos del solicitante de la medida cautelar, repercuta en los intereses de esta parte.

### 13.2. Después de la constitución del tribunal arbitral

A partir de su constitución, el tribunal arbitral es el único competente para dictar medidas cautelares en el arbitraje. La constitución ocurre con la aceptación del árbitro único o la del presidente del tribunal.

No se debe confundir la constitución del tribunal con su instalación, la cual ocurre una vez celebrada la audiencia de instalación. A partir de encontrarse constituido el tribunal arbitral es el único competente para dictar medidas cautelares en el arbitraje.

En consecuencia, si el Poder Judicial hubiera dictado una medida cautelar antes del arbitraje, una vez constituido el tribunal se le remitirán los actuados. El tribunal puede variar la medida cautelar otorgada en el Poder Judicial o incluso dejarla sin efecto.

### 13.3. Tipos de medidas cautelares

Por otro lado, debe considerarse que las medidas cautelares que se pueden solicitar en un arbitraje, tanto antes como después de la constitución del tribunal, son las mismas que las del Código Procesal Civil, ya que persiguen las siguientes finalidades:

- Preservar o restablecer el *statu quo*;
- Prevenir un daño inminente;
- Preservar bienes contra los que se ejecutará el laudo;
- Preservar elementos de prueba que se utilizarán en el arbitraje.

### 13.4. Regulación de las medidas cautelares en la Ley de Arbitraje

La regulación de la tutela cautelar en el arbitraje se encuentra en el artículo 47° de la Ley de Arbitraje. Citamos la parte sustancial de la norma:

Artículo 47°. Medidas cautelares

Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias

para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.

Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:

- a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
- b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
- c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente;
- d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

#### **14. PARTE RENUENTE**

Es una figura parecida a la rebeldía procesal vista desde el derecho arbitral. Se caracteriza por partir del supuesto de que debe continuarse con el arbitraje en caso el demandante no presente su demanda y el demandado quiera presentar pretensiones en contra de aquel, o en el caso de que el demandado no conteste la demanda presentada en su contra.

En consecuencia, se exige que exista al menos un escrito postulatorio que permita al tribunal contar con esos puntos controvertidos para resolver. Esto está regulado en el artículo 46° de la Ley de Arbitraje:

Artículo 46°. Parte renuente.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a criterio del tribunal arbitral:

- a. El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, este manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
- b. El demandado no presente su contestación en plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante.
- c. Una de las partes no comparezca a una audiencia, no presente pruebas o deje de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

## 15. PREGUNTAS

1. ¿En qué consisten las actuaciones arbitrales?
2. Cite las principales audiencias en un proceso arbitral y describa brevemente sus objetivos.
3. ¿En qué casos puede producirse la oposición a un arbitraje?
4. ¿Cuál es la utilidad de la audiencia de instalación?
5. ¿Cómo y quién fija las reglas de las actuaciones arbitrales?
6. ¿Qué implicancias tiene fijar la sede del arbitraje?
7. ¿La representación en el arbitraje es similar al caso del Código Procesal Civil? Explique por qué.
8. ¿Cuándo y quien debe resolver las medidas cautelares?
9. ¿Por qué el perito no puede ser recusado?

## CAPÍTULO 5

### LAUDO ARBITRAL

#### 1. CONCEPTO

El laudo arbitral es el documento a través del cual los árbitros resuelven las controversias que las partes sometieron a su competencia. Las partes se someten al arbitraje en busca de la emisión de un laudo que resuelva sus controversias, es por ello que el laudo es obligatorio por la voluntad de las partes. Por estos motivos puede afirmarse que el laudo es el objeto del contrato de arbitraje o convenio arbitral.

Cabe mencionar que el laudo no necesariamente debe versar sobre el fondo de la controversia, pues su característica esencial es terminar con la *litis* respecto de lo que pronuncia, y puede versar sobre aspectos formales, como la competencia del tribunal.

Como menciona Philippe Fouchard, el laudo «Es la pieza procesal emitida en un arbitraje que cumple con la expectativa de las partes de solucionar su controversia de manera definitiva y vinculante» (Fouchard, 1999, p. 46).

Alan Redfern señala que «Es la decisión definitiva y vinculante adoptada por los tribunales arbitrales, la cual pone fin a todas o algunas de las controversias de las partes, situación que puede abarcar el fondo del asunto, la competencia de los árbitros o algún aspecto procedimental que implique la terminación del proceso» (Redfern & Hunter, 2004, p. 213).

Por su parte, la Ley de Arbitraje nos dice lo siguiente acerca del laudo:

Artículo 59º. Efectos del laudo

1. Todo laudo es *definitivo, inapelable* y de *obligatorio* cumplimiento desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de *cosa juzgada* (énfasis agregado).

Nótese que el carácter definitivo del laudo es su característica esencial. La Ley de Arbitraje le otorga además el carácter de cosa juzgada. Asimismo, no puede pactarse apelación en contra del laudo. El arbitraje es siempre de instancia única y no admite posibilidad alguna de tener doble instancia.

## 2. DIFERENCIAS ENTRE LAUDO Y SENTENCIA

El laudo obliga por la voluntad de las partes, mientras la sentencia lo hace por el *imperium* de los jueces. De otro lado, un laudo se admite como cosa juzgada, aunque es revisable en la forma a través de un recurso de anulación; mientras una sentencia es cosa juzgada no revisable en forma ni fondo, salvo nulidad de cosa juzgada fraudulenta. Estas diferencias se dan principalmente en virtud al carácter voluntario del arbitraje y la competencia exclusiva de los árbitros de resolver la controversia.

## 3. ADOPCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Si hay un único árbitro, el laudo será emitido por este, pero si existe un tribunal arbitral el fallo puede ser adoptado por unanimidad, decidido por mayoría o, en caso de empate o falta de votos de uno de los árbitros, con el voto dirimente del presidente.

Esta situación se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje de la siguiente manera:

Artículo 52º. Adopción de decisiones

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.

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.

Salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el presidente podrá decidir por sí solo cuestiones de ordenación, tramitación e impulso de las actuaciones arbitrales.

De este modo, la Ley de Arbitraje se esfuerza en brindar reglas prácticas que coadyuven al buen quehacer del tribunal arbitral, evitando así dilaciones innecesarias en la toma de decisiones, así como también mitigando posibles actitudes negligentes o tendenciosas de los propios árbitros.

#### **4. PLAZO DE EMISIÓN**

El laudo debe ser emitido en el plazo pactado por las partes, ya sea en el convenio arbitral o el del reglamento de arbitraje en caso de arbitraje institucional. En el arbitraje ad hoc, a falta de acuerdo de las partes el tribunal decide el plazo.

Tanto en el arbitraje ad hoc como en el institucional se fija el plazo para laudar una vez cerradas las audiencias, es decir una vez finalizada la etapa de alegatos e informes orales.

Al respecto, la Ley de Arbitraje precisa: «La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral» (artículo 53).

#### **5. LAUDO PARCIAL**

Hemos señalado que la característica esencial del laudo final es culminar la función arbitral; es decir poner fin a la misión de los árbitros.

En cambio, un laudo parcial no culmina la labor de los árbitros, sino que mantiene cuestiones sobre las cuales los árbitros deben pronunciarse, aunque resuelve de forma definitiva un aspecto de la controversia.

Sin embargo, debe tomarse en cuenta que tanto el laudo parcial como el laudo final son definitivos respecto de lo que resuelven.

En muchas legislaciones arbitrales se acepta la existencia de dos tipos de laudos: (1) el laudo final, que está referido a aquellos laudos que resuelven todos los puntos sometidos a arbitraje, o aquellos que hubiesen quedado pendientes y que una vez emitidos dan por culminada la misión de los árbitros; y (2) el laudo parcial, referido a aquellos laudos que resuelven de manera definitiva parte de la controversia sometida a conocimiento de un tribunal arbitral, dejando pendiente de resolver, sea en otro laudo parcial o en el laudo final, el resto del conflicto.

Por su parte, el artículo 54 de la Ley de Arbitraje establece respecto a los laudos parciales que pueden ser usados por el tribunal salvo pacto en contrario de las partes: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estime necesarios».

### 5.1. Usos de los laudos parciales

Los laudos parciales resultan útiles cuando es posible disgregar o separar pretensiones sin afectar su congruencia, por tratarse de pretensiones independientes o complementarias.

Ejemplos:

Arbitraje sobre responsabilidad contractual:

1. Laudo parcial: determinación de responsabilidad.
2. Laudo final: determinación del daño y el *quantum*.

Arbitraje donde se plantea excepción de incompetencia:

1. Laudo parcial: de manera preliminar se pronuncia sobre la competencia.

2. Laudo final: resuelve el fondo de la *litis*.

Otros usos de los laudos parciales son resolver pretensiones sujetas a ampliación, resolver pretensiones que involucran a varias partes o cuando las partes acuerden transigir sobre una parte de la controversia.

## 5.2. ¿Cabe emitir una medida cautelar a través de un laudo parcial?

Este tema es muy debatido, y se basa en que la Ley de Arbitraje señala que: «Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia» (artículo 47, numeral 2).

Al respecto debemos precisar que esta disposición está pensada para arbitrajes internacionales, en los cuales una medida cautelar emitida en el Perú deba ser ejecutada en el extranjero. Se busca que una medida cautelar «peruana» pueda ejecutarse vía Convención de Nueva York, como si fuera un laudo. Sin embargo, doctrinariamente se debate sobre si una medida cautelar puede ser objeto de un laudo parcial, pues no es una decisión definitiva sino temporal.

## 5.3. ¿Puede interponerse un recurso de anulación contra un laudo parcial?

En principio la respuesta sería afirmativa, pues en la Ley de Arbitraje el recurso de anulación no distingue entre laudos parciales o finales.

Sin embargo, existen dos posturas en nuestro medio:

- La anulación de laudo parcial debe plantearse antes de emisión de laudo final, pues la ley no distingue entre los dos tipos de laudos ni diferencia un plazo para la interposición de la anulación para cada caso.
- La anulación de laudo parcial y final deben plantearse de forma conjunta o, en todo caso, la anulación del laudo parcial debe esperar

la emisión del laudo final, pues al momento de emitirse el laudo parcial las actuaciones arbitrales no han concluido y por ende no se puede recurrir a la anulación, ya que este recurso solo cabe frente a un arbitraje concluido, es decir emitido el laudo final.

Para analizar la postura a seguir hay que evaluar la estrategia procesal del caso concreto. Sin embargo, la Ley de Arbitraje solo establece con claridad que el laudo parcial solamente se cuestiona emitido el laudo final para un supuesto determinado. La Ley de Arbitraje establece: «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 solo podrá ser impugnada mediante recurso de anulación luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia» (artículo 51, numeral 4).

## 6. LAUDO POR TRANSACCIÓN

Otra de las características del laudo es que en vista de la esencia voluntarista del arbitraje las partes pueden solicitar al tribunal arbitral que otorgue forma de laudo a una transacción. No obstante, ambos son títulos ejecutivos y tienen carácter de cosa juzgada.

La Ley de Arbitraje sobre este tema dispone:

### Artículo 50º. Transacción

1. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que resuelva la controversia en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los extremos acordados y, si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no aprecia motivo para oponerse, hará constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes sin necesidad de motivación, teniendo dicho laudo la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo de la controversia.
2. Las actuaciones continuarán respecto de los extremos de la controversia que no hayan sido objeto de acuerdo.

## 7. FORMA Y CONTENIDO DEL LAUDO

Según el artículo 55 de la Ley de Arbitraje, el laudo debe cumplir los requisitos formales de constar por escrito y llevar la firma de los árbitros, salvo voto en discordia o singular.

En cuanto al fondo, según el artículo 56 de la ley, el laudo arbitral debe ser motivado, lo que es una garantía del debido proceso, y debe asimismo señalar lugar y fecha de expedición y determinar los costos del arbitraje.

### Motivación

En la doctrina jurídica y metodológica existe la tendencia universal a considerar que la motivación de la decisión jurisdiccional es un requisito fundamental, tanto «de los hechos» como «del derecho». La motivación, fundamentación o justificación se presenta como una condición necesaria para la validez de los pronunciamientos jurisdiccionales. Ello implica a su vez que si se trata de un arbitraje de derecho se cite la ley aplicable al fondo de la controversia.

## 8. SOLICITUDES CONTRA EL LAUDO

Existen las siguientes solicitudes que se pueden plantear contra el laudo con la finalidad que el propio tribunal pueda corregir o precisar algunos extremos de su laudo que de otra manera podrían haber significado un severo riesgo de anulación posterior.

La parte que se considere afectada deberá utilizar alguna de estas solicitudes para que el vicio que la afecta se corrija. De lo contrario no podrá recurrir a la anulación pues se considerará que ha renunciado a su derecho a objetar.

Las solicitudes que se pueden plantear en contra del laudo son las siguientes:

1. Rectificación: para errores materiales.
2. Interpretación: para extremos ambiguos.

3. Exclusión: para extremos no sometidos a arbitraje, es decir cuando el laudo se pronuncia sobre materia no arbitrable o materia no sometida a arbitraje. Este es el único caso en que no procede de oficio.
4. Integración: para extremos sometidos a arbitraje no decididos en el laudo.

En general estas solicitudes buscan ser un filtro previo a la anulación, por lo que integran el laudo arbitral. Estas solicitudes también se pueden plantear contra laudos parciales.

## 9. PREGUNTAS

1. ¿Qué es un laudo y qué efectos tiene?
2. ¿Cuándo y cómo se adopta un laudo?
3. ¿En qué consiste un laudo parcial y cuándo suele darse?
4. ¿Cabe emitir una medida cautelar a través de un laudo parcial?
5. ¿Puede interponerse un recurso de anulación contra un laudo parcial?
6. ¿Qué requisitos de fondo se deben cumplir al emitirse un laudo?
7. ¿Qué solicitudes caben contra un laudo?

## CAPÍTULO 6

### ANULACIÓN Y EJECUCIÓN DE LAUDO ARBITRAL

#### 1. ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL

La anulación de laudo arbitral es, conforme a la Ley de Arbitraje, la única vía de cuestionamiento del arbitraje en sede judicial una vez emitido el laudo arbitral y exclusivamente por causas de forma y nunca de fondo.

Conforme hemos señalado, el convenio arbitral produce dos efectos: (1) positivo, cuando las partes por propia voluntad les otorgan a los árbitros la competencia para resolver sus controversias; y (2) negativo, cuando las partes excluyen esta controversia de la jurisdicción natural de los jueces, a quienes se les quita la competencia para conocerla.

Los efectos del convenio arbitral son vitales para entender la relación entre el arbitraje y el Poder Judicial, ya que a través de ellos se establece una regla básica: los árbitros son los únicos competentes para resolver controversias sometidas a arbitraje, por lo que los jueces dejan de ser competentes para ello.

En consecuencia, un sistema jurídico respetuoso del arbitraje aplicará de manera efectiva ambos efectos durante las actuaciones arbitrales y también durante el control del laudo arbitral a través de la anulación de laudo.

Para entender cómo funciona el recurso de anulación primero debemos comprender que a través de él se controla el laudo arbitral.

Las partes recurren las partes al arbitraje para solucionar sus controversias, y las solucionan a través del desarrollo de las actuaciones arbitrales que culminan con la emisión de un laudo. Por tanto, el laudo es el objeto del contrato de arbitraje y es también el objetivo primordial de la celebración del convenio arbitral. Es por ello que la Ley de Arbitraje le otorga el efecto de poner fin a la controversia y cumplir con las expectativas resolutivas de la controversia por la cual las partes recurrieron a arbitraje.

A ello hay que agregar que en la medida en que el arbitraje es medio de solución de controversias, existe un innegable interés social en que este mecanismo funcione de manera adecuada, por lo que necesita cierto control.

En efecto en el arbitraje es tal la autonomía de los árbitros para resolver las controversias que sin duda debe existir algún mecanismo de control, aunque solo referido a la forma y no al fondo de la decisión adoptada.

En esta medida el recurso de anulación garantiza a las partes la existencia de un debido proceso en las actuaciones arbitrales y en la labor de los árbitros. Por tanto, este recurso representa un control equilibrado porque respeta la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, concretizando los efectos del convenio arbitral.

Al respecto, la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

Artículo 62º. Recurso de anulación

1. Contra el laudo solo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo *y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.*

2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral (énfasis agregado).

Podemos afirmar que la esencia del recurso de anulación se compone de dos pilares: (1) prohibir al juez el conocimiento del fondo del litigio, y (2) que se puede plantear exclusivamente a la luz de causales taxativas.

Estas características le permiten asegurar los efectos del convenio arbitral.

El recurso de anulación impide a los jueces entrar al análisis de las interpretaciones o razonamientos del tribunal arbitral y modificar su decisión. Se blinda el fondo de la resolución de la controversia emitida por los árbitros de modo tal que son ellos quienes exclusiva y excluyentemente resuelven dicha controversia.

Asimismo, el recurso de anulación exige una interpretación restrictiva de sus causales, lo que al versar sobre errores de forma—relativas al derecho al debido proceso durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales y en el laudo arbitral— y no de fondo —relativos al razonamiento o criterios adoptados por el tribunal arbitral para resolver la controversia sometida a arbitraje— asegura que los jueces no se aboquen a conocer el fondo de la controversia.

## 2. CAUSALES DE ANULACIÓN

Las causales de anulación de acuerdo a la Ley de Arbitraje son las siguientes:

Artículo 63º. Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
  - a. Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
  - b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
  - c. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición

estuvieran en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo.

d. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

e. Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.

f. Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.

g. Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.

Lo primero que debemos tener presente para el conocimiento y uso de las causales de anulación son los requisitos que se exigen para su uso.

## **2.1. El reclamo expreso como requisito anterior al uso de cada causal**

Al respecto cabe señalar que el reclamo expreso del vicio que motiva la causal en el momento en que se origina es un requisito ineludible para el uso de cada una de las causales, toda vez que no procede ninguna causal si el vicio que la origina ha podido ser subsanado en el devenir de las actuaciones arbitrales, por ejemplo, a través de las solicitudes de rectificación, interpretación, corrección e integración.

El hecho de que se exija el reclamo expreso del vicio que motiva la causal se basa en que la parte que interpone la anulación no acuda a ella de forma subrepticia, guardando o incluso fabricando hechos para usarlos posteriormente para plantear una anulación. Si este reclamo expreso no se manifiesta, se entiende que la parte afectada con el vicio consiente

el mismo, por lo que estaría renunciando a su derecho a objetar o cuestionar el laudo por tal motivo.

## 2.2. Cuándo usar cada causal

A continuación, se presenta un cuadro en donde se explica ante qué circunstancias y por qué motivos se debe usar cada causal de anulación:

Causal	Motivos que atiende
a. Convenio arbitral inexistente o nulo, anulable, inválido o ineficaz	Procede ante un convenio arbitral afectado por causal de nulidad de acto jurídico. También si se someten a arbitraje materias no susceptibles de arbitraje la nulidad será manifiesta. En tal caso se utiliza también la causal e) del citado Art. 63 de la Ley de Arbitraje.
b. 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 razón, hacer valer sus derechos	Procede cuando: <ul style="list-style-type: none"> <li>– No se notificó o no se notificó de forma oportuna la designación de un árbitro con lo cual se perjudicó a la parte de ejercer su derecho de recusación.</li> <li>– No se notificó o no se notificó de forma oportuna un escrito de la otra parte perjudicando el derecho de contradicción y defensa de la afectada.</li> </ul>
c. La composición del tribunal arbitral o las actuaciones no respetaron el convenio arbitral o el reglamento aplicable, salvo contradicción con disposición obligatoria de Ley de Arbitraje	Procede cuando los árbitros no se adecuaron a los acuerdos de las partes sobre el desarrollo de las actuaciones arbitrales (ejemplo común: modificar un plazo pactado por las partes), se vulnera la regla establecida en el convenio arbitral, acta de instalación o Reglamento de Arbitraje aplicable. Tiene una única excepción: que el acuerdo vulnerado sea contrario a disposición imperativa de la Ley de Arbitraje (ejemplo: si se otorga privilegio de nombramiento a una de las partes).
d. Laudo sobre materia no sometida a arbitraje	Sucede cuando el tribunal arbitral se pronuncia sobre materia no sometida a arbitraje. Puede generarse por un exceso respecto del convenio arbitral o por un exceso sobre los puntos controvertidos. Por ejemplo, esto se da cuando un convenio arbitral somete a arbitraje la ejecución e interpretación de un contrato y el laudo se pronuncia sobre nulidad del contrato; o si el acta de fijación de puntos controvertidos establece determinar la nulidad del contrato, y el laudo se pronuncia sobre rescisión.

Causal	Motivos que atiende
e. Laudo sobre materia no arbitrable en sede nacional	Se produce ante materias sometidas a arbitraje que no sean de libre disposición o estén prohibidas de someterse a arbitraje, como el caso de adicionales de obra.
f. Laudo sobre materia no arbitrable en sede del arbitraje (internacional)	Se produce si en la sede del arbitraje (Perú) la materia no es de libre disposición o el laudo es contrario al orden público internacional o los principios y valores que sustentan la <i>lex mercatoria</i> .
g. Laudo emitido fuera de plazo	Cuando un laudo es emitido fuera del plazo pactado por las partes o en el reglamento de arbitraje aplicable.

### 3. TRÁMITE DEL RECURSO

Conforme al artículo 64 de la Ley de Arbitraje, el trámite del recurso de anulación es el siguiente:

1. El recurso de anulación se interpone ante la Corte Superior competente dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación del laudo...

2. El recurso de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos...

Asimismo, el recurso de anulación debe contener cualquier otro requisito que haya sido pactado por las partes para garantizar el cumplimiento del laudo.

3. La Corte Superior competente resolverá de plano sobre la admisión a trámite del recurso dentro de los diez (10) días siguientes [...] Una vez admitido a trámite el recurso de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. Solo pueden ofrecerse documentos.

4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la vista de la causal dentro de los veinte (20) días siguientes. En la vista de la causa, la Corte Superior competente podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (6) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio de los árbitros elimine las causales alegadas para el recurso de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
5. Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación ante la Sala Civil de la Corte Suprema, cuando el laudo hubiera sido anulado en forma total o parcial.

De ello se desprende que es competencia de la Corte Superior conocer la anulación, que debe interponer en un plazo de veinte días luego de notificado el laudo o luego de resueltas solicitudes contra el laudo. Asimismo, se debe considerar que la Corte Superior tiene la facultad de ordenar que se reanuden las actuaciones arbitrales a efectos de que el tribunal arbitral subsane el vicio de la causal planteada.

Además, es muy importante precisar que solo procede recurrir en casación una sentencia sobre anulación en caso de que el laudo haya sido anulado. Contra una resolución que declara infundado o improcedente el recurso no procede impugnación alguna.

### **Garantía de cumplimiento**

Un punto de suma importancia en el trámite del recurso de anulación es el referido a la denominada garantía de cumplimiento.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley de Arbitraje, por regla general los efectos del laudo no se suspenden con la interposición de la anulación. Esto significa que un laudo arbitral puede ser ejecutado a pesar de encontrarse en vía de anulación.

Sin embargo, como excepción, la parte que interpone la anulación puede solicitar que se suspendan efectos del laudo si su ejecución garantiza el cumplimiento de lo ordenado por el mismo. Así, se dispone:

Artículo 66º. Garantía de cumplimiento

1. La interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable. Al examinar la admisión del recurso, la Corte Superior verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.
2. Si no se ha acordado requisito alguno, a pedido de parte, la Corte Superior concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la otra parte con una vigencia no menor a seis (6) meses renovables por todo el tiempo que dure el trámite del recurso y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.
3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.

Como se observa, la garantía de cumplimiento busca ser un desincentivo para la interposición de anulaciones sin sentido y una garantía, pues otorga liquidez para el futuro cobro de la parte que resulte victoriosa en el arbitraje.

Garantizar el cumplimiento del laudo es una obligación ineludible para la parte que desea detener la vocación ejecutiva del laudo arbitral. Esta garantía puede ser determinada conforme el pacto de las partes y lo dispuesto en el reglamento arbitral aplicable. De no haber sido pactada ni recogida en el reglamento arbitral se aplicará lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, por lo que, si la parte contra la cual se interpone la anulación solicita a la Corte Superior su interposición, deberá presentar una carta fianza por un monto equivalente a la condena del laudo.

En caso de pretensiones no valorizables en dinero, el tribunal arbitral podrá calcular el monto necesario de la carta fianza. Si no lo hubiera hecho lo hará la Corte Superior.

Es importante precisar que la carta fianza deberá mantenerse vigente mientras dure el trámite del recurso, bajo apercibimiento de ejecución del laudo de forma inmediata. Asimismo, si se desestima el recurso de anulación, la Corte Superior deberá entregar la carta fianza a la parte vencedora para su ejecución.

Sobre lo expuesto toca preguntarnos si las partes pueden pactar que no sea necesario garantizar el laudo y que la sola interposición de la anulación haga que este no se pueda ejecutar.

Sobre este tema, la Corte Superior ha sido muy clara en establecer que esta es una norma de orden público, por lo que no admite pacto en contra dado que si así fuera se estarían desvirtuando los fines del recurso de anulación.

Consideramos acertada esta postura, ya que la garantía de cumplimiento otorga una certeza de efectividad al laudo arbitral, sin la cual el arbitraje como medio alternativo de resolución de controversias perdería credibilidad y eficacia.

#### **4. CONSECUENCIAS DE DECLARAR FUNDADO EL RECURSO DE ANULACIÓN**

Cuando por medio de alguna causal de anulación se declara la anulación de un laudo, de conformidad con el artículo 65° de la Ley de Arbitraje, ocurrirá lo siguiente:

Causal	Consecuencia
a. Convenio arbitral inexistente o nulo, anulable, inválido o ineficaz.	En la medida en que no existe competencia de los árbitros, la controversia deberá ser resuelta en vía judicial, salvo acuerdo distinto de las partes.
b. 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 razón, hacer valer sus derechos.	Se debe reiniciar el arbitraje desde donde ocurrió el vicio que afectó derecho de defensa.
c. La composición del tribunal arbitral o las actuaciones no respetaron el convenio arbitral o el reglamento aplicable, salvo contradicción con disposición obligatoria de Ley de Arbitraje.	Se debe realizar un nuevo nombramiento de árbitros y reiniciar el arbitraje o reiniciar el arbitraje desde donde se generó vicio.
d. Laudo sobre materia no sometida a arbitraje.	Se realizará un nuevo arbitraje si se celebra convenio arbitral sobre la materia o sino proceso judicial.
e. Laudo sobre materia no arbitrable en sede nacional.	La controversia se resolverá en sede judicial.
f. Laudo sobre materia no arbitrable en sede del arbitraje (internacional).	Consecuencia no regulada. Se aplica lo establecido en la ley de la sede del arbitraje.
g. Laudo emitido fuera de plazo.	Se realizará un nuevo arbitraje, o una nueva composición del tribunal arbitral si así lo acuerdan las partes o resuelve Corte Superior por acuerdo de partes.

## 5. EJECUCIÓN DE LAUDOS ARBITRALES

De conformidad con nuestra ley de arbitraje, la ejecución de un laudo arbitral admite realizarse vía arbitral o vía judicial.

Ello implica que el tribunal arbitral puede ejecutar sus decisiones siempre que las partes lo autoricen y no se requiera el uso de la fuerza pública para llevar a cabo tal diligencia. Ello está regulado del siguiente modo:

#### Artículo 67º. Ejecución arbitral

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
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.

Esto significa que los árbitros pueden ejecutar laudos que, por ejemplo, impliquen anotar demandas en los registros públicos o embargar cuentas en forma de retención, pero no podrán llevar a cabo desalojos ya que no cuentan con el *imperium* del Estado para realizar tal labor, y para ello deberán recurrir al juez que corresponda.

Asimismo, las partes pueden obviar la ejecución arbitral y recurrir a la ejecución judicial. Al respecto la Ley de Arbitraje establece:

#### Artículo 68º. Ejecución judicial

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de este y de sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada 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 solo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 66º. 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.

La ejecución judicial de un laudo arbitral es un supuesto más de colaboración que la Ley de Arbitraje ha establecido entre el Poder Judicial y el arbitraje, al señalar claramente que el juez no debe calificar el laudo ni permitir recursos que dilaten o entorpezcan su ejecución. De este modo, se puntualiza el que el Poder Judicial debe ser aliado del arbitraje y que no cabe ningún otro momento de revisión del laudo que no sea el recurso de anulación.

## 6. DESLOCALIZACIÓN

En el arbitraje internacional las partes pueden renunciar a la posibilidad de interponer recurso de anulación si la sede es peruana. Esto se debe a que al ser un arbitraje internacional probablemente el laudo se ejecutará en el extranjero en aplicación de la Convención de Nueva York y pasará por el trámite de *exequátur*, el cual tiene filtros muy parecidos a las causales de anulación. Este fenómeno se conoce como «deslocalización» ya que permite que el laudo no sea tributario del control de la sede del arbitraje sino de la sede de su ejecución, evitando un doble control del laudo.

Esta figura se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje en estos términos:

Artículo 63º, párrafo 8:

Cuando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII.

## 7. PREGUNTAS

1. Señale en qué consiste el recurso de anulación del laudo arbitral y explique sus efectos.
2. ¿Por qué se exige el reclamo expreso como requisito anterior al uso de las causales de anulación?
3. Describa las causales de anulación.
4. ¿Por qué es importante en el trámite del recurso de anulación la garantía de cumplimiento?
5. Describa brevemente qué se requiere para la ejecución del laudo en sede arbitral y en sede judicial.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

CAPÍTULO 7  
RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN  
DE LAUDOS EXTRANJEROS

**1. DEFINICIÓN DE LAUDO EXTRANJERO**

De conformidad con el artículo 74° la Ley de Arbitraje, «1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano [...]». Ello significa que será un laudo extranjero aquel que ha sido dictado en una sede de arbitraje no ubicada en territorio nacional. En consecuencia, no todo arbitraje internacional generará un laudo extranjero.

Los laudos de arbitrajes internacionales que tengan sede en territorio peruano no se someterán al procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. Estos laudos se ejecutan como laudos nacionales, precisamente porque han sido emitidos en el Perú. De este modo el laudo extranjero será aquel que no se ha emitido en el Perú pero que va a ejecutarse en él.

Solamente un laudo extranjero deberá someterse al trámite de reconocimiento y ejecución, puesto que, al provenir de otra sede, no ha sido dictado en base a la Ley de Arbitraje peruana. En cambio, todo laudo arbitral dictado en sede nacional sí se circunscribe a lo señalado en nuestra Ley de Arbitraje.

## 2. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

Para ejecutarse en el Perú, un laudo extranjero debe seguir un trámite denominado *exequátur*, el cual está compuesto de un procedimiento que implica el reconocimiento del laudo y su posterior ejecución. Es decir que el laudo debe cumplir con un trámite de reconocimiento y ejecución.

El reconocimiento consiste en examinar si el laudo extranjero es admisible desde el punto de vista legal. En cambio, la ejecución permite dotar de fuerza ejecutiva al laudo extranjero.

En este sentido puede existir reconocimiento sin ejecución de laudo, pero no puede existir ejecución sin reconocimiento de laudo, ya que la ejecución del laudo dependerá del incumplimiento del mandato contenido en el laudo por la parte vencida. Si el laudo se cumple voluntariamente, bastará que solo se haya reconocido.

### 2.1. Normas aplicables al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros

Las normas aplicables para la ejecución de laudos extranjeros están detalladas en la Ley de Arbitraje de la siguiente forma:

Artículo 74º. Normas aplicables

1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano:

- a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o
- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
- c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú.

2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

De este modo, la ley establece la aplicación de tratados o normas supranacionales, y el criterio para su aplicación es el de otorgar mayores beneficios al reconocimiento y ejecución al laudo. En tal sentido, básicamente se aplican (1) la Convención de Nueva York y (2) la Convención de Panamá.

Cabe resaltar que la Convención de Panamá se ha visto opacada por la Convención de Nueva York, al punto de encontrarse casi sin aplicación al día de hoy, pues la Convención de Nueva York tiene vocación mundial mientras la de Panamá solo vocación latinoamericana.

### *2.1.1. Convención de Nueva York de 1958*

La Convención de Nueva York (en adelante CNY) entró en vigor el 7 de junio de 1959. Denominada también «Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras», fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa 24810, publicada el 25 de mayo de 1988, y entró en vigencia el 5 de octubre del mismo año. Como se puede ver tuvieron que pasar casi treinta años para que esta convención se aplique en nuestro país.

La CNY ha tenido una fuerte influencia en el desarrollo del arbitraje internacional, al establecer normas comunes aplicables en más de 146 países para el reconocimiento de los acuerdos o pactos de arbitraje y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias o laudos arbitrales extranjeros.

Con relación al reconocimiento, su finalidad es que los laudos extranjeros no sean objeto de discriminación. En este sentido, los países que forman parte de la convención deben establecer en sus leyes nacionales normas tendientes al reconocimiento de los laudos extranjeros en igual condición, sin obstáculo o discriminación y en la misma forma que una sentencia o laudo nacional.

Es por ello que se busca el establecimiento de reglas transnacionales que favorezcan la libre circulación de las sentencias arbitrales para acrecentar la eficacia del arbitraje.

En consecuencia, se trata de un instrumento que reconoce la vocación universal del arbitraje y su esencial utilidad a los conflictos del comercio internacional.

Es preciso señalar que la CNY no regula los procedimientos de reconocimiento ni de ejecución. Sin embargo, regula causales de no reconocimiento, que son las únicas situaciones en las cuales un país que ha suscrito la CNY puede negarse válidamente a reconocer un laudo extranjero proveniente de otro país que ha suscrito la CNY.

Estas causales de no reconocimiento son prácticamente idénticas a las causales de anulación de laudo arbitral que hemos estudiado. Es por ello que decíamos, al referirnos a la deslocalización, que la anulación y el reconocimiento de laudo extranjero supondrían un doble control para el laudo extranjero.

El ámbito de aplicación de la CNY lo establece ella misma en los siguientes términos:

#### Artículo I

1. La presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas.

Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución.

2. La expresión «sentencia arbitral» no solo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido.

Cabe resaltar que, conforme lo señalado en la CNY, hacen falta dos requisitos para poderla aplicar: (1) que se trate de un laudo extranjero (artículo I.1) y (2) que la controversia tenga carácter comercial (artículo I.3).

Por ejemplo, dado que se aplica para laudos sobre materia de comercio internacional, cabe preguntarse cuáles son las materias más comunes objeto de arbitraje internacional. Estas son el contrato de compraventa internacional de mercancías, el contrato de transporte internacional de carga y el contrato de seguros de transporte internacional de carga, entre otros.

### Causales de denegación de reconocimiento en la CNY

Conforme se ha explicado líneas arriba, las causales de denegación de reconocimiento establecidas en la CNY son muy parecidas a las causales de anulación de laudo arbitral, conforme se puede apreciar a continuación:

#### Artículo V

1. Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

- a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o
- b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o
- c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos

del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje; o

e) Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

a) Que según la ley de ese país el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

Esto ocurre porque el reconocimiento es un juicio de validez del laudo que le permite desplegar sus efectos en una sede donde no fue dictado. En consecuencia, tampoco en este caso el juez de la sede del *exequatur* puede analizar el fondo del laudo. Es también por ello que, ante la falta de tratado aplicable, el artículo 75° de la Ley de Arbitraje establece una lista de causales de denegación casi idénticas a las de la CNY.

### ***2.1.2. Convención de Panamá de 1976***

Fue aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975 y entró en vigor el 16 de junio de 1976. Fue ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa 24924, publicada el 10 de noviembre de 1988, y vigente desde el 21 de junio de 1989. Conforme ya se adelantó, en la actualidad

se encuentra casi en desuso por su carácter localista (latinoamericano) y por la preponderancia de la CNY al ser un producto de la Organización de Naciones Unidas (ONU).

### 3. TRÁMITE DEL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EN LA LEY DE ARBITRAJE

En aplicación del artículo 75° de la Ley de Arbitraje, el trámite de reconocimiento de un laudo extranjero es el siguiente:

Solicitud	La Ley de Arbitraje establece que la solicitud de reconocimiento de un laudo extranjero debe estar aparejada con el original o copia del laudo. En lo que se refiere a los documentos en otros idiomas que no sean el español, deberán ser objeto de traducción simple. En este caso la autoridad judicial podrá solicitar, si lo considera pertinente, traducción oficial, de acuerdo a las circunstancias y otorgando un plazo razonable.
Traslado y vista de la causa	Una vez presentada la solicitud y expedida la resolución admitiendo a trámite la misma, la Sala Comercial de la Corte Superior de Lima o la Sala Civil correspondiente dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte días exprese lo que estime conveniente. Vencido el plazo para absolver el traslado, la Sala señalará fecha para la vista de la causa dentro de los veinte días siguientes.
Aplazamiento de la decisión	Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, la Corte Superior competente que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue garantías apropiadas. Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede recurso de casación cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.

Del mismo modo, el trámite para la ejecución del laudo extranjero es el siguiente:

<p>Instancia competente para el conocimiento de la solicitud</p>	<p>El órgano jurisdiccional competente para conocer de la ejecución de un laudo extranjero es el juez subespecializado en lo comercial. Nuevamente, la normativa establece en la jurisdicción comercial el conocimiento de los asuntos vinculados a los laudos dictados en el extranjero, para el caso de que la ejecución se realice en la ciudad de Lima, capital de la República.</p> <p>En el caso de que el domicilio del emplazado no sea la capital sino otra localidad, será competente el juez civil de su domicilio, o en su defecto, donde estén ubicados sus bienes o donde ejerza sus derechos. El procedimiento de ejecución es posterior al reconocimiento. Sin este trámite previo no se podrá pedir la ejecución y la misma puede ser declarada improcedente.</p>
<p>Requisitos de la solicitud de ejecución</p>	<p>Se debe acreditar el reconocimiento del laudo extranjero en el territorio nacional, en su totalidad o en forma parcial. Para ello se adjuntará copia certificada de la sentencia expedida por el órgano jurisdiccional que dispuso el reconocimiento del laudo extranjero, con la debida certificación de que la sentencia ha quedado firme y ejecutoriada. Debe acompañarse copia del laudo, sus rectificaciones, interpretaciones, integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuada por el tribunal arbitral.</p>
<p>Mandato de ejecución</p>	<p>El órgano jurisdiccional, una vez calificada la solicitud y los documentos, de ser procedente y por el solo mérito de los documentos adjuntados, podrá dictar mandato de ejecución requiriendo a la parte ejecutada a efecto de que cumpla con su obligación, materia de la solicitud, dentro de un plazo de cinco días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.</p>
<p>Oposición</p>	<p>La Ley de Arbitraje establece que la parte ejecutada puede plantear oposición al mandato de ejecución solo si acredita con documentos que ha dado cumplimiento a la obligación requerida. Presentada la oposición, y de tener mérito los documentos adjuntados el órgano jurisdiccional, dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco días para que absuelva lo conveniente a su derecho. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco días siguientes.</p>

#### 4. EXPERIENCIAS EN EL USO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Sobre este tema resulta de mucha utilidad el estudio sobre arbitraje internacional «Actitudes y prácticas corporativas» realizado por PriceWaterhouseCoopers (2008, pp. 6 y ss.).

Los datos más relevantes de esta investigación fueron los siguientes:

##### Formas de resolución satisfactoria de conflictos en arbitraje

Acuerdo entre las partes	32%
Sentencia (cumplimiento voluntario)	49%
Sentencia (ejecución forzosa)	11%
Otras	8%

Este cuadro acredita que el arbitraje es hoy en día la regla antes que la excepción para resolver controversias de carácter comercial por las ventajas que ofrece a las partes.

Igualmente, se reportó un 92% de cumplimiento del laudo, por lo que el arbitraje es un medio de alto cumplimiento —al menos el arbitraje internacional—, toda vez que las partes intentan preservar sus relaciones comerciales con perspectivas futuras una vez emitido el laudo.

En cuanto al plazo para la ejecución del laudo arbitral, tanto la ejecución arbitral como judicial suele ser expeditiva:

##### Duración del procedimiento de ejecución forzosa del laudo

Entre 2 y 4 años	5%
Entre 1 y 2 años	18%
Entre 6 meses y un año	43%
Menos de 6 meses	14%
No está seguro	20%

Asimismo, la incidencia del cobro total del laudo a través de su ejecución presenta un porcentaje satisfactorio para las partes que recurren al arbitraje:

**Cuadro 3. Porcentaje del total del laudo obtenido a través de ejecución forzosa**

Total del laudo	44%
Entre 76% y 99%	40%
Entre 51% y 75%	2%
No está seguro	14%

También se evidencia el alto nivel de satisfacción de los usuarios de arbitraje internacional, toda vez que responde de forma adecuada a sus necesidades:

**Cuadro 4. Nivel de satisfacción con el arbitraje**

Bastante satisfecho	68%
Muy satisfecho	18%
Indeciso	9%
Más bien decepcionado	4%
Muy decepcionado	1%

Otro dato relevante es el que refiere a la gran cantidad de materias que se sirven del arbitraje internacional como medio de solución de controversias. Es por ello que, como se explicó líneas arriba, uno de los requisitos para la aplicación de la CNY es que la controversia verse sobre materias comerciales. De ello que esta amplia gama de materias explique de modo práctico la importancia de la CNY.

Finalmente, es muy importante precisar que el arbitraje internacional se desarrolla de forma mayoritaria de manera institucional (86%), debido

a la confianza y seguridades que este tipo de arbitraje ofrece frente al arbitraje ad hoc.

## 5. PREGUNTAS

1. Explique qué se entiende por un laudo extranjero.
2. ¿En qué consiste el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero?
3. ¿Qué normas se aplican al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero?
4. Señale los requisitos que se deben cumplir para la aplicar la Convención de Nueva York.
5. Describa las causales por las que se puede denegar un laudo extranjero.
6. Describa brevemente el trámite a seguir para el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 8

### ARBITRAJE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

#### 1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje fue incorporado por primera vez como medio de solución para las controversias surgidas durante la ejecución de contratos celebrados en el marco de la contratación pública en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850 (1997). El arbitraje se ha mantenido hasta nuestro días en cada uno de los cuerpos normativos que han regulado la contratación pública: Ley 27330 (2000), Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017 (2008), Ley 29873, ley que modifica el Decreto Legislativo 1017 (2012), Ley 30225, nueva Ley de Contrataciones del Estado (2014, y las modificaciones a esta ley contenidas en el Decreto Legislativo 1314).

A través de estas disposiciones el Perú se convirtió en el primer país donde el Estado recurre a algún medio alternativo de resolución de controversias (arbitraje y conciliación) como regla obligatoria y no como excepción, lo cual ha significado que se le elogie en diferentes foros especializados por adoptar una visión eficiente en este tema.

Sin duda, esta vocación de permanencia en el tiempo demuestra que el arbitraje es un medio de solución de controversias que otorga ventajas fundamentales a la contratación pública:

- En primer término, debemos señalar que el arbitraje en materia de contratación pública ofrece a los inversionistas nacionales y extranjeros la garantía de un tribunal neutral para la solución de sus controversias. Con ello se crea confianza en la inversión privada, toda vez que para sus actos de gestión el Estado renuncia a someter sus controversias al Poder Judicial y confía en el arbitraje, con lo cual tanto el privado como el Estado se encuentran en igualdad de condiciones, pues ambos designan a un árbitro de parte o a un árbitro único, según sea el caso.
- En segundo lugar, el arbitraje permite que las controversias de la contratación pública se resuelvan menos tiempo que en el Poder Judicial y a través de un medio especializado. Esto conlleva una gran ventaja, tanto para los contratistas como para el propio Estado. La rapidez en la resolución de conflictos se traduce en seguridad jurídica, por la certeza oportuna que proporciona tanto para los particulares como para el Estado.

A raíz de su obligatoriedad, el arbitraje en el Perú es en su gran mayoría de contratación pública. La elección de Estado respecto de arbitrar sus controversias trajo consigo la expansión y descentralización del arbitraje, pues hasta el municipio más pequeño del país está obligado a arbitrar sus controversias. El arbitraje ha sido usado con una intensidad impresionante en la contratación pública, toda vez que es un medio heterocompositivo, en el cual decide un tercero.

Esta masificación del arbitraje del Estado significa que el adecuado desarrollo del mismo es de suma importancia para lograr la pacificación social y salvaguardar a la vez los intereses públicos presentes en los contratos que se someten a arbitraje.

### **1.1. Antecedentes normativos**

La mencionada Ley 26850, de julio de 1997, y su reglamento de setiembre de 1998, constituyen el punto de partida para la incorporación del

arbitraje como medio de solución de controversias en las contrataciones del Estado.

El artículo 41° de esta norma estableció:

b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, **ésta será definida mediante arbitraje** que se sujetará a lo establecido en la Ley N° 26572.

El arbitraje será decidido por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados; en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de este será designado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

Nótese que existía una remisión directa a la entonces vigente Ley General de Arbitraje, lo cual significaba una mayor libertad en la regulación de las actuaciones arbitrales.

Por su parte, La Ley 27330, de 26 de julio de 2000, modificó el texto original y estableció: «b) Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes».

A su turno, la Ley vigente de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo 1017 del año 2008, en su artículo 40°, establece:

b) 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.

A través de esta norma, el legislador optó por incluir la conciliación y el arbitraje como medios alternativos de solución de controversias para la contratación pública, en el entendido de que los funcionarios públicos recurrían indistintamente a ambos. Esto lamentablemente no ha sido así, habida cuenta de que la conciliación es un medio autocompositivo y el arbitraje un medio heterocompositivo, lo cual hace que la toma de decisión por parte del funcionario no exista en el arbitraje, donde decide un tercero, a diferencia de la conciliación. Esta situación se agudiza a través de la perspectiva de control puesta en práctica por la Contraloría General de la República.

Asimismo, el año 2011 se emitió el el Decreto de Urgencia 048-2011, que estableció la necesidad de modificar la Ley de Contrataciones del Estado con el objeto de mejorar la eficiencia en el gasto público. Como consecuencia, se establecieron una serie de modificaciones al Decreto Legislativo 1017 mediante la Ley 29873 y posteriormente se modificó su vez su reglamento.

En estas modificaciones se mantiene inalterable al arbitraje como medio de solución de controversias derivadas de la ejecución de los contratos públicos. Sin embargo, se trazan una serie de controles y sobrerregulaciones sobre el mismo, bajo la idea de que se trata de un llamado «arbitraje administrativo», con lo cual buscan diferenciarlo del arbitraje comercial.

## **1.2. Arbitraje administrativo**

En la citada Ley 29873, el legislador refuerza la noción de la existencia de un «arbitraje administrativo», el cual vendría a ser distinto del arbitraje en general.

Se señala que ello nace debido a los temas que se debaten en el arbitraje sobre contratación pública: manejo y destino de fondos públicos son decididos a través de arbitraje. En consecuencia, al verse involucrados recursos públicos, las materias que se deciden en él son de orden público. Esto trae como resultado que se considere que los árbitros podrían

considerarse parte de la administración pública, por los efectos jurídicos de sus decisiones.

Al respecto, consideramos que esta afirmación no se deduce de la ley y además el arbitraje es uno solo, más allá de las materias que se resuelvan por medio de él. Por ello, no corresponde hablar de distintos tipos de arbitraje sino de competencias arbitrales especializadas, como el arbitraje comercial, de inversiones, de contratación pública, etcétera.

Las particularidades de cada una de estas competencias no establecen diferencia en su naturaleza de mecanismo de solución de conflictos privados, puesto que el arbitraje es una institución jurídica de resolución de conflictos que puede servir a distintos usos. En consecuencia, la materia en litigio no varía la naturaleza jurídica del arbitraje.

Ahora bien, es cierto que, aun cuando su naturaleza sea la misma, cuando el arbitraje se aplique a la contratación pública deberá tener particularidades, pues se trata de recursos públicos. De hecho, la principal particularidad del arbitraje en materia de contratación pública será la aplicación del principio de transparencia.

## **2. MATERIA ARBITRABLE EN CONTRATACIÓN PÚBLICA**

La materia arbitrable en el arbitraje de contratación pública se encuentra determinada por la norma especial que lo regula. En consecuencia, no se rige de primera fuente por lo dispuesto al respecto por la Ley de Arbitraje.

Conforme al artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante LCE, la arbitrabilidad de las materias se determina de la siguiente manera:

45.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Al respecto, cabe señalar que la conciliación se rige por la Ley 26872 y normas modificatorias y reglamentarias. A su turno, el arbitraje se rige por la LCE Decreto Legislativo 1017 y supletoriamente por la Ley de Arbitraje Decreto Legislativo 1071.

Cabe precisar que la relación entre la conciliación y el arbitraje no es escalonada sino optativa; sin embargo, muchas veces la conciliación es vía previa.

Por otro lado, la arbitrabilidad puede ser enfocada desde una visión temporal y una visión material, las cuales pasamos a detallar:

Arbitrabilidad temporal: plazos de caducidad	El arbitraje debe iniciarse dentro de los quince días hábiles de producida la controversia (nulidad, resolución o liquidación del contrato, entre otras causales). Al vencer el plazo de caducidad señalado se pierde el derecho a arbitrar y la materia se convierte en no arbitrable.
Arbitrabilidad material	No se pueden arbitrar los adicionales de obra que superen el 15% del valor de la obra. En este caso se requiere la aprobación de la Contraloría de la República. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato no implican necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de este. El tribunal arbitral puede decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, que puede versar sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene el convenio arbitral.

### 3. CONTROVERSIAS USUALES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA

Para que se configure la controversia, la opinión de la entidad debe ser una decisión de la Administración. Así, las declaraciones de las entidades deben estar destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos del contratista dentro de una situación concreta.

Según un estudio del Centro de Arbitraje PUCP sobre tendencias de los laudos expedidos en contratación pública, no todo lo que se lleva a arbitraje califica realmente como una controversia, conforme se detalla a continuación:

### Origen de la controversia en contratación pública

Denominación	Descripción	%
OC01	Contradicción de resolución administrativa emitida	28,5
OC02	Incumplimiento en el pago	20,5
OC03	Ausencia de manifestación (silencio administrativo)	13,0
OC04	Demora en absolución / cuestionamiento / absolución	11,0
OC05	Indebida resolución contractual	8,5
OC06	Deficiencia en expediente técnico	6,5
OC07	Incumplimiento contractual-formalidad- demora en requisitos para obra	7,5
OC08	Ampliación sin gastos generales	3,0
OC09	No acatar en liquidación ampliación del plazo concedido en laudo anterior	1,5

En este sentido, podemos extraer las siguientes conclusiones de la lectura del cuadro anterior:

- Solo el 28,5% de las controversias son realmente «controversiales».
- Las materias controversiales implican la confrontación de dos posiciones sobre un mismo hecho: acto administrativo versus postura contraria a lo expresado en dicho acto.
- Las causas tratadas ameritan ser resueltas por un tribunal arbitral si es que las partes no arriban a una solución autocompositiva.
- La contratación pública no es una actividad tan conflictiva como se percibe.

- El 71,5% de las controversias se originan en ineficiencias o incumplimientos del propio Estado.
- El arbitraje se considera un mecanismo legitimador que exonera de responsabilidad a funcionarios públicos.

Lo anteriormente dicho demuestra que la gran mayoría de arbitrajes no corresponden a una controversia real, pues no hay una real contraposición de posiciones.

#### **4. TIPO DE ARBITRAJE, ORDEN DE PRELACIÓN NORMATIVO**

##### **4.1. Arbitraje de derecho, orden de prelación y anulación**

De conformidad con el artículo 45.3 de la LCE, el arbitraje en contrataciones del Estado solo puede ser de derecho, nunca de conciencia, debido al principio de legalidad con el que actúa el Estado en este tipo de contrataciones.

Asimismo, se establece un orden de prelación normativo para la resolución de las controversias de la contratación pública formado por (i) la Constitución, (ii) la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento (iii) las normas de derecho privado.

De esta forma, dispone lo siguiente:

45.3. El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley 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. Esta disposición es de orden público.

Nótese cómo es que se establece un orden de prelación normativo donde el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se superpone a cualquier ley del derecho privado, como por ejemplo el Código Civil.

Esta superposición de un reglamento por encima de una ley hace que nos preguntemos por la pirámide de Kelsen. Al respecto debemos

recordar que el principio de especialidad normativa solamente se aplica ante normas de mismo nivel.

Entonces, ¿por qué se establece este orden de prelación? Pareciera ser que la intención del legislador ha sido evitar la aplicación en contratación pública de enriquecimiento sin causa, excesiva onerosidad de la prestación o excepción de incumplimiento para suplir la no arbitrabilidad de los adicionales de obra.

Esto es contrario al artículo 40° (competencia exclusiva de los árbitros sobre fondo) y al 62° de la Ley de Arbitraje (prohibición a que jueces conozcan fondo mediante anulación).

#### 4.2. Arbitraje institucional o ad hoc

El arbitraje de contratación pública, conforme la ley y su reglamento vigentes, puede ser institucional o ad hoc.

El arbitraje ad hoc ha cobrado gran importancia dentro del mercado del arbitraje del Estado, a pesar de que no es idóneo para salvaguardar una adecuada transparencia y supervisión del arbitraje del Estado, debido a la vida temporal del tribunal arbitral ad hoc y por depender de la discrecionalidad de los árbitros.

Este fenómeno ocurre a contrapartida de la situación en el resto del mundo, donde el arbitraje institucional prima notoriamente sobre el arbitraje ad hoc.

Sin embargo, conforme se aprecia en el siguiente cuadro, el arbitraje de contratación pública peruano es abrumadoramente ad hoc:

**Tipo de arbitraje**

Ad hoc	71,8%
Institucional	16,5%
Institucional OSCE	11,7%

Fuente: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos, «Tendencias del arbitraje de contratación pública: análisis de laudos arbitrales».

Esta realidad atiende al contexto del nacimiento del arbitraje de contratación pública. Hacia 1998 el arbitraje institucional en el Perú era muy precario en cuanto al número de instituciones arbitrales en el país, y estaba centralizado en Lima. En consecuencia, si el Estado quería arbitrar debía hacerlo mayoritariamente a través del arbitraje ad hoc y residualmente a través del arbitraje institucional. Paralelamente, esto devino en que, al no existir suficientes instituciones arbitrales, el Estado creara un centro de arbitraje estatal, el Servicio Nacional de Arbitraje, a cargo del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (en adelante SNA-OSCE).

Años después la realidad es totalmente distinta: el arbitraje se ha desarrollado en el Perú, existe una cultura arbitral y existen instituciones arbitrales importantes y serias no solo en Lima sino en las ciudades más importantes del país, con lo cual podemos hablar de un arbitraje institucional descentralizado. Estas circunstancias ameritan que la revisión de las bondades del uso mayoritario del arbitraje ad hoc para la contratación pública.

Sin embargo, es importante señalar que de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1314, la situación ha cambiado dado que a partir del nuevo artículo 45.1 solo se utilizará el arbitraje institucional en el caso de obras y el arbitraje ad-hoc solo excepcionalmente para el caso de servicios y consultoría cuyo monto sea inferior a cien mil soles, conforme se dispone en su reglamento.

## **5. ACTUACIONES ARBITRALES EN EL MARCO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

### **5.1. Inicio del arbitraje**

El procedimiento se efectúa según lo acordado en el convenio arbitral. En el caso del arbitraje institucional debe recurrirse a una institución arbitral y actuar de acuerdo al reglamento respectivo, que suele indicar que el inicio de arbitraje se da con solicitud de arbitraje presentada a la secretaría general del Centro.

En arbitrajes ad hoc se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida por escrito a la otra parte. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 186 del reglamento de la LCE, la solicitud de arbitraje debe contener lo siguiente: (1) indicación del convenio arbitral; (2) designación del árbitro; (3) resumen de las controversias (referencial e informativo); y (4) cuantía.

Asimismo, conforme al artículo 187 del citado reglamento, la contestación a la solicitud de arbitraje del futuro demandado debe realizarse dentro de los diez días hábiles de recibida la solicitud. A su vez se señala que debe contener: (1) designación de árbitro; (2) posición o resumen referencial respecto a controversia y cuantía; (3) puede incluir ampliación o réplica de la materia controvertida contenida en la solicitud.

## **5.2. Instalación del tribunal arbitral**

En el caso de arbitraje institucional, la instalación se realiza según lo que señale el reglamento respectivo.

En el caso de arbitraje ad hoc, cualquiera de las partes, luego de la aceptación de árbitros, deberá solicitar ante el OSCE la instalación del tribunal en el plazo de los cinco días posteriores a dicha aceptación.

## **5.3. Acumulación de pretensiones**

Tanto en el arbitraje ad hoc como institucional en curso puede surgir una nueva controversia respecto del mismo contrato (artículo 45.8 de la LCE). En este caso, cualquiera de las partes deberá pedir la acumulación, siempre que no se haya concluido la etapa probatoria.

## **5.4. Deber de revelación de los árbitros**

Conforme el artículo 192 del RLCE, los árbitros deben cumplir los siguientes deberes:

Artículo 192.- Independencia, imparcialidad y deber de información

192.1. Los árbitros deben ser y permanecer durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales, sin mantener con las partes relaciones personales, profesionales o comerciales.

192.2. 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 generar dudas justificadas sobre 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 que pudiera generar dudas sobre su imparcialidad e independencia.

192.3. Asimismo, El árbitro designado debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, e incluir presentar una declaración jurada expresa sobre su idoneidad para ejercer el cargo, señalando que cumple con los requisitos establecidos en el numeral 45.6 del artículo 45 de la Ley, así como que cuenta con la disponibilidad de tiempo suficiente para llevar a cabo el arbitraje en forma satisfactoria.

192.4. En el caso del arbitraje ad hoc, el árbitro designado debe declarar, además, al momento de su aceptación, que se encuentra inscrito en el Registro Nacional de Árbitros (RNA).

Este deber de información es el mismo que comentamos en el capítulo 3, referido al tribunal arbitral, solo que en este caso la norma establece un ámbito temporal a tomar en cuenta para su ejercicio.

#### **5.4. Laudo arbitral**

La decisión del tribunal arbitral se expresa en el laudo, el mismo que debe necesariamente constar por escrito.

El laudo debe ser motivado y decidir sobre todas las controversias que le fueron puestas en consideración. En el laudo se debe pronunciar también sobre las costas y costos.

Finalmente es necesario señalar que de acuerdo al artículo 45.8 de la LCE, el laudo, para ser válido, debe notificarse de manera personal y a través del Sistema Electrónico de Contratación Estatal (SEACE).

## **6. PRINCIPALES APORTES Y NOVEDADES DE LA LEY 30225, NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU MODIFICATORIA (DECRETO LEGISLATIVO 1314)**

Habiendo ya comentado la regulación del arbitraje establecida en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, toca ahora resaltar algunos de sus principales aportes y cambios para el sistema arbitral respecto de las anteriores leyes de contrataciones del Estado. Estos aportes se pueden sintetizar en lo siguiente:

- Establecimiento de la Junta de Resolución de Disputas como requisito de arbitrabilidad de la controversia en determinados contratos de obra;
- Extensión del plazo de caducidad para la arbitrabilidad de la controversia: de 15 a 30 días;
- Se prohíbe por ley arbitrar decisiones sobre aprobar o ejecutar adicionales de obra, así como arbitrar pretensiones sobre enriquecimiento sin causa, indebido pago o indemnización con base a un adicional de obra;
- Se establece que para desempeñarse como árbitro ad-hoc en contratación pública se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros, de inscripción automática y fiscalización posterior.;
- Se señala que el arbitraje institucional debe realizarse en una institución arbitral acreditada por el OSCE conforme a una directiva aprobada al respecto;
- Se establece que el OSCE organiza y administra un régimen institucional especializado y subsidiario para la resolución de controversias en las contrataciones con el Estado, de acuerdo a lo previsto en el reglamento.

Asimismo, nos detendremos en las que consideramos las principales modificaciones para proceder a comentarlas.

### **6.1. Establecimiento de la Junta de Resolución de Disputas como requisito de arbitrabilidad de la controversia en determinados contratos de obra**

Es conocido que el tipo de contrato más propenso a generar controversias es el contrato de obra, es decir que estamos frente a la prueba de la naturaleza conflictiva de la actividad de la construcción.

No podemos ser ajenos a una realidad tan clara y abrumadora: la conflictividad de la contratación pública se localiza en los contratos de obra. Por este motivo es necesario encontrar medios que colaboren con el arbitraje en la resolución de este tipo de controversias y coadyuven a satisfacer los objetivos de tiempos y costos tanto del Estado como del contratista.

Es por ello que consideramos como un acierto de la nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225 (NCLE), el establecer que determinados contratos de obra (de acuerdo al valor referencial que establezca el reglamento)<sup>1</sup> puedan someter sus controversias al medio de resolución de controversias conocido como Junta de Resolución de Disputas (*Dispute Boards* o DB), el cual está funcionando hace bastante tiempo con gran éxito en otras latitudes del mundo, al ser un mecanismo prearbitral que se adecúa a la naturaleza conflictiva de la construcción y que además es consecuente con la naturaleza temporal de esa actividad.

---

<sup>1</sup> «45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias».

Hay que señalar que los DB —a diferencia del arbitraje que nace como una necesidad del comercio internacional y es promovido por las empresas privadas— se originan como una necesidad de los Estados para gestionar las controversias de sus contratos de obras públicas, con lo cual sus aportes para un eficiente manejo de los recursos públicos están comprobados<sup>2</sup>.

Los DB ofrecen, en primer lugar, una función preventiva del conflicto, debido a que los encargados de atender las probables controversias —denominados adjudicadores— conocen la obra desde su inicio y la acompañan durante toda su ejecución. Esto les permite estar en contacto con las partes, absolviendo sus dudas o consultas, las cuales sin esta posibilidad probablemente hubieran terminado en controversia.

Asimismo, de generarse la controversia, los DB ofrecen una solución durante la ejecución de la obra, es decir durante el *iter* de ejecución. La gran ventaja que esto consigue es que, como ya se dijo, el adjudicador conoce la obra desde su inicio y está permanentemente informado de su ejecución, es decir conoce la obra de manera vivencial y constante, a diferencia de un árbitro, que debe conocer sobre la obra una vez generada la controversia.

Este conocimiento sostenido y profundo permite al adjudicador resolver la controversia en menor tiempo, lo cual se condice con el interés de la entrega de la obra en el tiempo requerido por el propietario y el pago oportuno al contratista.

Es preciso señalar que este sistema no busca ser una competencia al arbitraje, que se viene desarrollando de forma continua y notable en nuestro país, sino más bien un aliado, una especie de filtro previo que desincentive arbitrar lo que no sea necesario y que pueda resolverse

---

<sup>2</sup> Los *Dispute Boards* se originaron en los EE.UU., específicamente en obras públicas, en donde han sido utilizados durante más de cuarenta años como un medio para evitar y resolver conflictos en obras de ingeniería civil complejas y de alto costo, en particular en construcción de represas, proyectos de gestión del agua, hidroeléctricas y la construcción de vías subterráneas. El antecedente más antiguo de DB se registra en la construcción de la represa Boundary Dam, en Washington, en la década de 1960, cuando se estableció la *Joint Consulting Board* (Junta Mixta de Consultas) para tomar decisiones con respecto a las controversias. Este medio funcionó de manera satisfactoria.

de forma expeditiva través de la Junta de Resolución de Disputas o, dicho en otras palabras, que se arbitre lo que realmente sea necesario arbitrar, otorgándole al arbitraje un papel resolutivo sumamente importante acorde a sus alcances y finalidades.

Asimismo, conforme cifras de la Dispute Resolution Board Foundation (DRBF)<sup>3</sup> más del 98% de las decisiones de los DB son cumplidas por las partes y no sometidas a arbitraje, solo el 2% acudieron a arbitraje. De este porcentaje solo el 1% fue revocado por el tribunal arbitral correspondiente.

Nótese cómo es que los DB filtran las controversias de modo tal que los arbitrajes se reducen de manera notable, pues las controversias se previenen o se resuelven durante la ejecución del contrato. No es eficiente ni para el Estado ni para el contratista litigar o arbitrar, sino que es mucho más beneficioso resolver las controversias de modo expeditivo, a través de un mecanismo ágil y especializado. Los DB son necesarios en la obra pública porque esta satisface el interés público, y la satisfacción de estos intereses no puede posponerse hasta que la controversia se arbitre y se emita el laudo.

Sin embargo, no debemos olvidar que los DB son presupuestos de arbitrabilidad, es decir que las decisiones de los DB son susceptibles de ser examinadas, revisadas e inspeccionadas en un arbitraje, salvo que adquieran la calidad de final y vinculante. Esto puede ocurrir cuando las partes pacten que las decisiones emitidas por un DB serán vinculantes si no son sometidas a arbitraje al término de un plazo pactado.

Es por este motivo que la adopción de un DB requiere que las partes lo conciban como un filtro respecto del arbitraje y no como un obstáculo para arbitrar. Esto se da a partir de un análisis de eficiencia de la gestión de las controversias y un esquema de gestión por resultados, para lo cual se debe abandonar la cultura del litigio.

En tal sentido, las partes deben ser racionales y entender que no todas las controversias deben ser sometidas a arbitraje, puesto que esto implica un costo extra que no vale la pena asumir si es que se tiene la posibilidad de resolver la controversia de forma más rápida e igualmente especializada.

---

<sup>3</sup> En: <http://www.drb.org/>

Conforme señala Gustavo Paredes, «Solo controversias técnicas y económicamente relevantes deberán ser definidas en un arbitraje, dejando los reclamos del día a día de la construcción a los *Dispute Boards*; ello permitirá mejorar el nivel del arbitraje, las partes identificarán y designarán siempre a los mejores árbitros del medio, para que resuelvan siempre mejores casos y se obtengan siempre mejores laudos» (Paredes, 2003, p. 16).

A este acierto de la norma se adelantó el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP al expedir el año pasado el reglamento de la Junta de Resolución de Disputas y contar con un registro de adjudicadores, ofreciendo por tanto el servicio de administración y secretaría de los DB, desde la nominación de los adjudicadores —a falta de acuerdo de las partes— hasta el seguimiento de las actividades hasta la decisión final y naturalmente posterior arbitraje si se diera el caso.

## **6.2. Fortificación de los requisitos para ser árbitro: especialidades y registro de árbitros de inscripción automática y fiscalización posterior**

La designación de árbitros es regulada en la modificatoria a la nueva Ley de Contrataciones del Estado a través del Registro de Árbitros del Estado, el cual tiene por característica ser de inscripción automática y de fiscalización posterior. Asimismo, se exigen ciertas especialidades a los árbitros como requisitos para el ejercicio de tal función<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> 45.6 El arbitraje es de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral integrado por tres miembros. 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. Los demás integrantes del tribunal arbitral pueden ser expertos o profesionales en otras materias, debiendo necesariamente tener conocimiento en contrataciones con el Estado. Asimismo, para desempeñarse como árbitro, se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a los requisitos y condiciones establecidos en la directiva que apruebe dicha

Somos conscientes de que es necesario asegurar una adecuada imparcialidad de los árbitros para asegurar que los fines del arbitraje como medio de solución de controversias sean cumplidos.

Hoy en día existe un elevado número de casos en los que los árbitros son designados de modo reiterado por una misma parte, con lo cual se corre el riesgo de que pierdan independencia e imparcialidad por los ingresos que estas designaciones les significan y por la cercanía que en vista de ello mantienen con dicha parte.

Si bien es cierto que la recusación posibilita que la parte contraria logre la renuncia o el alejamiento del árbitro que se ve involucrado en conflictos de intereses como los descritos, lo cierto es que en vista de la reserva con la que se manejan los arbitrajes ad hoc, no siempre se llegan a conocer estas situaciones. Asimismo, al ser la recusación un remedio posterior a la designación del árbitro y al requerir un trámite especial, prolonga y dilata la duración del arbitraje.

Es conocido en el arbitraje el adagio «el arbitraje vale lo que valen los árbitros». En este sentido las entidades estatales deben ser muy cuidadosas al momento de designar a sus respectivos árbitros, ya que un árbitro probo resulta ser una garantía dentro del tribunal arbitral.

El árbitro designado por la entidad participará en la designación del presidente del tribunal arbitral, por lo que es de esperarse que tenga un buen criterio al momento de realizar esta elección. Asimismo, un árbitro de reconocido proceder neutral es menos susceptible a cualquier clase de mala práctica. Por ende, consideramos que más allá del registro que pueda implementarse, la designación del árbitro por una entidad estatal debe realizarse por el titular de la misma de modo indelegable y bajo responsabilidad. Como resultado, se logrará reducir también el riesgo de recusaciones, con lo cual se fomenta la eficiencia y rapidez en el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

---

Entidad para tal efecto. El registro es de aprobación automática, sujeto a fiscalización posterior.

### 6.3. Registro de centros de arbitraje

Conforme lo expuesto, consideramos sumamente acertado que mediante lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1314 y se cambie la actual situación de predominio del arbitraje ad hoc privilegiándose el arbitraje institucional en la contratación pública.

El registro del Centro de Arbitraje solo guarda sentido en un sistema de arbitraje institucional obligatorio, como el que se ha establecido.

Por tanto, el arbitraje ad hoc al que se refiere la nueva ley, resulta siendo residual y se regula en los siguientes términos:

- Requisitos para desempeñarse como árbitro o secretario arbitral ad hoc<sup>5</sup>;
- Tarifario aplicable para honorarios de árbitros ad hoc<sup>6</sup>;

Dada esta nueva regulación debe tenerse mucho cuidado con los requisitos que se establezcan para la acreditación de las instituciones

---

<sup>5</sup> Artículo 202.- Requisitos para desempeñarse como Árbitro o Secretario Arbitral Ad hoc

202.1. Para aceptar una designación y desempeñarse como árbitro en los arbitrajes Ad hoc, se debe contar con inscripción vigente en el RNA, además de cumplir con los demás requisitos establecidos por la legislación vigente.

202.2. El profesional a quien se curse una designación sin que cuente con inscripción vigente en el RNA, debe previamente a su aceptación registrarse automáticamente en el RNA, conforme al procedimiento previsto en la Directiva correspondiente.

202.3. Para desempeñarse como secretario arbitral, se debe contar con inscripción vigente en el RNSA y tener como mínimo el grado académico de bachiller en Derecho al momento de la aceptación del cargo.

<sup>6</sup> Artículo 196.- Gastos Arbitrales

196.1. En el arbitraje ad hoc, los árbitros pueden exigir a las partes los anticipos de deben fijar sus honorarios y profesionales y de la secretaría arbitral o gastos que estimen necesarios para el desarrollo del arbitraje administrativos aplicando la tabla de gastos arbitrales de cualquier institución arbitral acreditada.

196.2. En caso de renuncia, recusación de árbitro declarada fundada, anuencia de la contraparte en la recusación, remoción de árbitro y los demás supuestos regulados por la Directiva que el OSCE apruebe para tal efecto, y cuando no se trate de un arbitraje institucional, cualquier discrepancia que surja entre las partes y los árbitros, respecto

arbitrales, toda vez que de ser estos muy laxos tendremos en el mercado instituciones poco serias y susceptibles a malas prácticas que antes que abonar a favor del desarrollo del arbitraje institucional van a significar un lastre para este objetivo.

Es por ello que los criterios de acreditación de los centros de arbitraje deben fomentar la transparencia del sistema arbitral y asegurar que estas instituciones cuenten con trayectoria y experiencia probadas en materia arbitral, además de asegurar una garantía de permanencia en el tiempo. En este sentido creemos que los parámetros a cumplir por las instituciones arbitrales acreditadas deberían ser los siguientes:

- Formar parte de un gremio empresarial, como una Cámara de Comercio, un colegio profesional de una profesión con actividades relacionadas a la contratación pública, o de una universidad, las que deberán contar con una antigüedad mayor de diez años.
- Contar con un portal institucional donde deberán publicarse los nombres de los miembros de su corte o consejo de arbitraje, su lista de árbitros y su reglamento de arbitraje, así como los laudos y decisiones sobre designación de árbitros y recusaciones de arbitrajes de contratación pública.

---

de la devolución de honorarios, debe ser resuelta, a pedido de parte, por el OSCE. La decisión que tome el OSCE al respecto es definitiva e inimpugnable.

Cualquier pacto respecto de la no devolución de honorarios se tiene por no puesto, no pudiéndose pactar acordar en contrario.

## 7. PREGUNTAS

1. Explique los alcances de la obligatoriedad de acudir al arbitraje en contrataciones con el Estado.
2. ¿Cuál es su opinión sobre el denominado arbitraje administrativo?
3. Explique los alcances de la materia arbitrable en contratación pública enfocada como arbitrabilidad temporal y material.
4. Distinga las características peculiares del convenio arbitral en contratación pública.
5. ¿Cuál es su opinión sobre el orden de prelación a aplicarse al dictarse el laudo?
6. ¿Cuáles son las principales modificaciones establecidas en la nueva ley de contrataciones del Estado aún no vigente?

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 9

### ARBITRAJE DE INVERSIONES

#### 1. INTRODUCCIÓN

Si bien por lo especializado de la materia el arbitraje de inversiones será desarrollado extensamente en otro libro de esta colección, en este capítulo haremos algunos comentarios generales. Por ello, haremos referencia al papel de la inversión extranjera, a su tratamiento en el Perú, y en particular al Convenio CIADI y a sus características en cuanto establece el arbitraje como medio de solución de controversias entre un Estado que ha ratificado el convenio (Estado receptor) y una persona natural o jurídica (inversionista) que tenga la nacionalidad de otro Estado contratante.

En las décadas de 1960 y 1970, el Estado tenía un rol activo en la economía en los países en desarrollo, sobre todo en América Latina. Existía una excesiva intervención estatal que se expresaba en monopolios de empresas públicas y la política de sustitución de las importaciones vía restricciones cuantitativas y aranceles elevados.

Sin embargo, a fines de 1980 y durante 1990 se produce la llamada globalización, con la consiguiente interdependencia económica entre países que trajo consigo una redefinición del concepto de soberanía estatal. Esto causó que los países en desarrollo compitieran por atraer inversión extranjera, y en ese contexto las legislaciones nacionales incorporaron diversas garantías a la inversión, entre ellas los tratados bilaterales

de inversión (BIT - Bilateral Investment Treaties) y los capítulos de inversión extranjera de los tratados de libre comercio (TLC).

## **2. TRATAMIENTO A LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL PERÚ**

A partir de 1991 se dictaron una serie de normas que liberalizaron y eliminaron todo tipo de restricción al libre flujo de capitales, promoviendo abiertamente las inversiones en todos los sectores económicos.

Las principales normas relativas al tratamiento a la inversión extranjera son las siguientes:

- Constitución Política del Perú de 1993 (Título III – Régimen Económico);
- Decreto Legislativo 662 (Ley de Fomento a la Inversión Extranjera);
- Decreto Legislativo 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada);
- Convenios y mecanismos internacionales ratificados por el Perú que otorgan garantías adicionales a la inversión.

A continuación, comentaremos brevemente los contenidos más importantes:

### **2.1. Constitución Política del Perú de 1993**

Establece las reglas fundamentales de una economía de mercado, incorporando determinadas garantías:

- a) La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado (art. 58);
- b) El Estado garantiza libertad de trabajo y libertad de empresa (art. 59);

- c) El Estado reconoce el pluralismo económico. La actividad empresarial, pública o privada, nacional o extranjera, recibe el mismo tratamiento legal (art. 60);
- d) Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades a los inversionistas (art. 63).

Asimismo, determina que la propiedad privada es inviolable y el Estado la garantiza. Solo procede la expropiación, con independencia de la nacionalidad del propietario, por ley del Congreso, exclusivamente por seguridad nacional y utilidad pública, previa indemnización (art. 70).

Se garantiza además el igual tratamiento en materia de propiedad a los nacionales y extranjeros, sin que en caso alguno sea posible invocar protección diplomática (art. 71).

## **2.2. Principios generales contenidos en los decretos legislativos 662 y 757 sobre inversiones**

El Decreto Legislativo 757 señala la necesidad de eliminar trabas y distorsiones legales que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y la iniciativa privada.

Por su parte, el Decreto Legislativo 662 establece que el Estado promueve y garantiza las inversiones extranjeras efectuadas o por efectuarse en el país, en todos los sectores.

Se establece que los inversionistas extranjeros tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, prohibiendo todo tipo de discriminación.

## **2.3. Convenios y mecanismos internacionales ratificados por el Perú que otorgan garantías adicionales a la inversión**

De manera adicional a las garantías a la inversión otorgadas por la Constitución Política y por la legislación nacional, el Perú ha ratificado una serie de instrumentos internacionales a fin de otorgar mayor seguridad jurídica a la inversión.

En este sentido, se determina que el inversionista puede encontrar diferentes tipos de riesgo en el país receptor de la inversión, tanto riesgos políticos como no comerciales: guerra civil, terrorismo, expropiación, restricciones a la convertibilidad de la moneda, o aplicación discriminatoria de la ley.

Nuestro país ha suscrito la Convención de Washington (CIADI) y una serie de BIT y TLC que contienen garantías y seguridad jurídica a los inversionistas. Cabe señalar que en estos marcos normativos internacionales se contempla al arbitraje internacional como mecanismo natural para la solución de controversias entre particulares, así como entre particulares y los Estados. A continuación, una breve referencia a los mismos:

### *2.3.1. Convención de Washington: Centro Internacional de Arreglo de Controversias Relativas a Inversiones (CIADI)*

Tiene su base de aprobación en la Constitución Política de 1993 (art. 63°), y se ratificó a través de la Ley 26210.

En la Décimo Cuarta Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, se dispone que se ejecuten los laudos CIADI como si se tratase de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado al amparo del Convenio CIADI.

### *2.3.2. BIT y TLC suscritos por el Perú*

Los tratados bilaterales de inversión (BIT) son compromisos internacionales a través de los cuales los Estados otorgan garantías adicionales respecto de las establecidas en la Convención de Washington a los inversionistas extranjeros, tales como:

- Trato nacional y no discriminatorio al inversionista extranjero;
- Trato justo y equitativo a la inversión extranjera;
- Protección y seguridad plenas;
- Cláusula de la nación más favorecida;

- Estabilidad jurídica y libre remesa de divisas;
- Compensación en caso de expropiación o nacionalización; y,
- Sometimiento de controversias a arbitraje internacional.

A su vez, los Tratados de Libre Comercio (TLC), que se celebran con la finalidad de fomentar el comercio entre dos países, tienen regulaciones que conciernen a la protección de inversiones.

Los principales BIT suscritos por el Perú son:

- América Latina: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Paraguay y Venezuela.
- Europa: Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia y Suiza.
- Asia: China, Malasia, Singapur y Tailandia.
- Oceanía: Australia.

Además, el Perú ha suscrito los siguientes tratados de libre comercio: Estados Unidos, Singapur, Canadá, China, EFTA (Acuerdo Europeo de Libre Comercio, por sus siglas en inglés). Los siguientes TLC se encuentran en proceso de negociación: Unión Europea, Tailandia, México, Corea y Japón.

### **3. ARBITRAJE EN EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DISPUTAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)**

#### **3.1. Origen de la Convención Internacional para el arreglo de controversias en Materia de Inversiones (CIADI)**

Las posiciones antagónicas entre los países desarrollados y los países en desarrollo (protección diplomática, cláusula Calvo, expropiaciones, etcétera), dieron origen a la idea de crear un organismo internacional neutral que pudiera satisfacer los intereses de los inversionistas extranjeros

y de los Estados receptores de inversión. Esta iniciativa fue patrocinada por el Banco Mundial en 1961. La redacción final concluyó en 1965 dando nacimiento al CIADI. Entró en vigencia en 1966, con veinte países firmantes.

Actualmente son aproximadamente 150 los países que han ratificado el CIADI. La mayoría de países industrializados y latinoamericanos han ratificado el CIADI, aunque Brasil e India son importantes excepciones.

Los estados parte del CIADI en América Latina son: Argentina, Bolivia (denunciado), Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador (denunciado), El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

### **3.2. Objetivos del CIADI**

El objetivo general del CIADI es contribuir a la creación de un clima de inversiones favorable, mediante el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias neutral. En principio el convenio garantiza una protección equitativa de los intereses del inversionista extranjero y de los Estados receptores de inversión, permitiendo la despolitización de los conflictos de inversión. Por ello su ratificación ha permitido mejorar el clima de inversiones. Los Estados miembros del CIADI renuncian a otorgar protección diplomática a sus nacionales que sometidos a una controversia con otro Estado ante el CIADI.

Con el CIADI, el inversionista tiene la ventaja de tener a su alcance un foro internacional neutral, que regula temas como el pago fuera del plazo convenido; la resolución arbitraria del contrato y la falta de conformidad a tiempo o por razones adjetivas.

### **3.3. Características del arbitraje ante el CIADI**

#### ***3.3.1. Las partes en el procedimiento arbitral CIADI***

Los arbitrajes ante el CIADI son siempre de naturaleza mixta, dado que, como hemos mencionado, se trata de solucionar una controversia entre

un Estado que ha ratificado el convenio (Estado receptor) y una persona natural o jurídica (inversionista) que tenga la nacionalidad de otro Estado contratante.

Puede ser parte en el arbitraje una subdivisión política de un Estado contratante, autorizada por el Estado.

Si un inversionista extranjero opera a través de compañía constituida en el Estado receptor, las partes pueden considerar a dicha compañía como inversionista extranjero.

Cabe mencionar no pueden ser parte en la controversia dos Estados contratantes.

### *3.3.2. La jurisdicción del CIADI es voluntaria*

Es importante señalar que el acceso a la jurisdicción del CIADI es voluntario. En este sentido, no es suficiente haber ratificado el convenio CIADI, sino que se requiere del consentimiento específico y por escrito de ambas partes de la controversia, es decir el Estado receptor y el inversionista.

El consentimiento se puede otorgar en el mismo contrato de inversión entre el Estado y el inversionista, o los Estados pueden otorgar con anticipación su consentimiento mediante: (a) su inclusión en la legislación nacional en materia de inversiones; (b) un convenio bilateral de inversiones (BIT); o (c) un acuerdo multilateral de inversiones (como el NAFTA).

En estos casos, para someterse al arbitraje CIADI, al inversionista le bastará solicitar el inicio del procedimiento de arbitraje.

### *3.3.3. Naturaleza de las controversias sometidas al CIADI*

Las controversias deben ser de naturaleza jurídica y deben originarse directamente de una inversión. Sin embargo, el Convenio CIADI no define qué se entiende por inversión. En la práctica, los tribunales CIADI han interpretado el concepto de inversión de manera amplia, debido a que es importar apreciar la redacción de cada BIT o tratado para tener

una mejor idea de qué se puede considerar inversión a efectos de lo expresado por los Estados contratantes.

Asimismo, es importante considerar que el concepto de inversión es dinámico y dependerá muchas veces de las especiales características del inversionista. Por ejemplo, no será lo mismo que el inversionista sea una persona natural que una empresa transnacional: lo que para una persona natural podría ser apreciado como una inversión no aplicará necesariamente bajo los mismos parámetros para una persona jurídica.

#### *3.3.4. Estándares internacionales de protección a la inversión relativos al CIADI*

Prácticamente todos los laudos en los cuales los tribunales arbitrales determinaron que se había producido una violación de un BIT se basaron en una violación del estándar de trato justo y equitativo.

La determinación acerca de la violación del estándar de trato justo y equitativo no requiere un grado particular y muy alto de interferencia sobre la inversión y cubre una amplia gama de conductas gubernamentales, a diferencia de la acreditación de la expropiación indirecta, que es más restrictivo.

Los estándares son los siguientes:

##### **Trato justo y equitativo**

Para muchos autores, el trato justo y equitativo no constituye un estándar en sí mismo, sino que depende las circunstancias de cada caso, es decir del «trato» recibido por el inversionista. El trato justo implica que a todo inversionista se le debe garantizar ejercer su inversión en el Estado receptor libre de toda injerencia del Estado o de terceros. Por tanto, reconoce la legítima expectativa del inversionista de cumplir los objetivos de su inversión.

**El inversionista debe recibir un trato no menos favorable que el que recibe el inversor de otro país o un nacional**

Este estándar busca evitar el abuso y discriminación por parte del Estado en sus relaciones con los inversionistas. Por tanto, establece que ante una controversia el Estado debe mostrarse razonable y equitativo frente al inversor en escenarios similares.

#### **Cláusula de nación más favorecida**

Para la doctrina este estándar implica muchas veces la «multilateralización» de un BIT. Establece que, ante ausencia de disposiciones en un BIT, pueden aplicarse las de otro BIT en el cual se proteja en este extremo al inversionista de modo beneficioso para este. Es por ello que también se afirma que este estándar evita desigualdades de trato entre inversionistas por parte de un mismo Estado.

#### **4. PREGUNTAS**

1. ¿Cuáles son las normas que regulan el tratamiento de la inversión extranjera en el Perú?
2. ¿Cuál es el origen y objetivos del CIADI?
3. Señale las principales características del arbitraje ante el CIADI.

Fondo Editorial PUCP

## CAPÍTULO 10

### CONTROL CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

#### 1. INTRODUCCIÓN

El amparo contra laudos arbitrales es un fenómeno latinoamericano, nace de una errada incorporación del arbitraje en la parte de jurisdicción de los textos constitucionales. A partir de ello se genera el fenómeno de «judicialización» del arbitraje y se desconoce el origen contractual del arbitraje.

En estos ordenamientos conviven tanto el recurso de anulación como el amparo como controles del laudo arbitral. El riesgo del amparo es que muchas veces puede constituir un control de fondo del laudo. El recurso de anulación en el control del laudo arbitral no es idóneo pues responde a causales taxativas y ocasiona prohibición sobre el fondo. Ello implica que se dilate la eficacia del laudo, aunque, a diferencia del amparo, la anulación no siempre paraliza la ejecución.

#### 2. ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES

La posibilidad de cuestionar vía amparo los efectos de un laudo arbitral nace del artículo 139 de la Constitución Política de 1993, que establece: «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse

jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

Esta posibilidad está relacionada con la concepción jurisdiccional de la naturaleza jurídica del arbitraje. A partir de esta concepción se realiza una analogía con sentencias del Poder Judicial para controlar los laudos (rasgo de judicialización).

Es decir, la teoría jurisdiccional permite que al ser productos jurisdiccionales tanto el laudo arbitral como la sentencia judicial, ambos deben recibir el mismo tratamiento en cuanto a su control. En tal sentido, laudo y sentencia deben y pueden ser controlados a través del amparo constitucional.

### **3. JURISPRUDENCIA RELEVANTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Con el crecimiento paulatino del arbitraje, quienes eran demandados o quienes perdían los arbitrajes recurrían al amparo. Es por ello que se volvió práctica frecuente intentar paralizar un arbitraje en curso a través de un amparo o cuestionar los efectos del laudo. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional (TC) recurrió al precedente vinculante para establecer reglas.

#### **3.1. Sentencia recaída en el expediente 6167-2005-PHC/TC Fernando Cantuarias Salaverry (precedente Cantuarias)**

Esta sentencia es el primer precedente vinculante sobre arbitraje emitido por el TC. Parte de una visión jurisdiccional del arbitraje interpretando el artículo 139° de la Constitución, por lo que permite el control del laudo a través del amparo. Por ello, a pesar de sus buenas intenciones, judicializa el arbitraje.

En este precedente el TC hace una analogía con las sentencias del Poder Judicial para controlar los laudos (rasgo de judicialización), desconociendo el carácter contractual del arbitraje y asimilando la labor de los jueces a la de los árbitros. Este precedente impacta básicamente en dos consecuencias:

### 3.1.1. Aplicación del principio de no interferencia al arbitraje

Sobre el particular en el fundamento 12 de este precedente se señala lo siguiente:

12 [...] Por ello, el Tribunal considera y reitera la protección de la jurisdicción arbitral, en el ámbito de sus competencias, por el principio de «no interferencia» referido en el inciso 2) del artículo constitucional antes citado, que prevé que ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional, ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Los tribunales arbitrales, por consiguiente, dentro del ámbito de su competencia, se encuentran facultados para desestimar cualquier intervención y/o injerencia de terceros —incluidas autoridades administrativas y/o judiciales— destinada a avocarse a materias sometidas a arbitraje, en mérito a la existencia de un acuerdo arbitral y la decisión voluntaria de las partes.

Nótese cómo el Tribunal Constitucional aplica el principio de no interferencia para proteger cuestionamientos de amparos antes de emitido el laudo. Al respecto, creemos que el principio de no interferencia es aplicable para proteger la actividad jurisdiccional, mas no para función arbitral, pues el arbitraje tiene mecanismos de protección propios, como los efectos del convenio arbitral y sobre todo el principio *Kompetenz-Kompetenz* y el principio de separabilidad. Todos ellos provienen de naturaleza contractual del arbitraje. En este orden de ideas, el principio de no interferencia no es necesario para el arbitraje.

El Tribunal Constitucional va más allá y llega a encasillar al *Kompetenz-Kompetenz* dentro del principio de no interferencia. Es así que señala en su Fundamento 13:

13. Es por tal motivo que este Tribunal considera conveniente reiterar la plena vigencia del principio de la «kompetenz-kompetenz» previsto en el artículo 39º de la Ley General de Arbitraje —Ley N.º 26572—, que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44º del referido cuerpo legal,

que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio.

Este razonamiento es a todas luces equivocado, puesto que no puede subsumirse al principio *Kompetenz-Kompetenz*, que parte de la autonomía de la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje, como una mera expresión del principio *Kompetenz-Kompetenz* que nace del *ius imperium* del Estado para proteger su potestad, es decir la obligación de brindar jurisdicción a sus ciudadanos.

El *Kompetenz-Kompetenz* tiene fundamentos propios basados en la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que su correcta definición y aplicación se encuentra más cerca de la teoría contractual del arbitraje. Esto explica que se distorsione de este modo cuando se le intenta explicar desde la óptica de la teoría jurisdiccional del arbitraje, lo cual abunda a favor de repensar, en aras de la efectividad del arbitraje, si esta última es la teoría más conveniente como medio alternativo de solución de controversias.

### ***3.1.2. Establecimiento de un control escalonado para el laudo arbitral***

Asimismo, se establece erróneamente un control escalonado del laudo arbitral: primero anulación vía amparo, bajo el argumento equivocado de que la anulación es vía previa del amparo y que no aplica paralelismo ni residualidad dentro del esquema de improcedencia. Es por ello que en su fundamento 14 establece lo siguiente:

14. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo, previstos en la Ley General de Arbitraje. El control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5°, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. De

manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.

Nótese como es que el Tribunal Constitucional desconoce la idoneidad del recurso de anulación en lo relativo al control del laudo arbitral. En este sentido, logra crear un ineficiente sistema de control que retrasa la seguridad jurídica que debe acompañar a los laudos arbitrales.

### **3.2. Sentencia recaída en el expediente 00142-2011-pa/TC Lima Sociedad Minera de Responsabilidad Ltda. María Julia (precedente María Julia)**

Este es el segundo precedente vinculante emitido por el TC que reconoce la inadecuada regulación del amparo contra el laudo. Es el precedente vigente a la fecha de hoy, en el cual el TC reconoce importantes consideraciones en torno al control constitucional del arbitraje: (1) el recurso de anulación no es vía previa al amparo; y (2) el recurso de anulación no es recurso sino vía judicial independiente.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional refiere que:

17. En efecto, aun cuando uno de los criterios que actualmente existe es el de considerar que la procedencia del amparo arbitral se condiciona al agotamiento de las vías previas, no parece ser ese el razonamiento más pertinente, ya que el ordenamiento ha considerado el proceso arbitral *stricto sensu* como aquel que opera solo y por ante la jurisdicción arbitral. Que se haya previsto por mandato del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje, la posibilidad de un recurso de anulación (como en la derogada Ley General de Arbitraje se establecieron los recursos de apelación y de anulación) como fórmula a posteriori, no significa que tal mecanismo sea parte integrante del proceso arbitral. Se trata más bien, por su propia finalidad, así como por la configuración judicial de la que se encuentra dotado, de una verdadera opción procesal cuyo propósito, técnicamente hablando, puede sustituir al amparo cuando de la defensa de derechos constitucionales se trate.

El recurso de anulación no es un recurso: el juez que conoce la anulación no es superior jerárquico del árbitro ni el arbitraje es parte de alguna instancia judicial, El arbitraje se agota y termina con la emisión del laudo. Todo ello hace que sea adecuado considerar a la anulación como una demanda autónoma.

El recurso de anulación no puede ser una vía previa al amparo, pues es una opción judicial independiente del arbitraje para cuestionar la validez del laudo por errores de procedimiento.

La anulación es otra vía al amparo, igualmente satisfactoria. En este sentido, este precedente recoge lo dispuesto por la Décimo Segunda Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje y establece como regla general la improcedencia del amparo contra laudo salvo taxativas excepciones.

Duodécima disposición complementaria. Acciones de garantía

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo.

Con esta concepción, el TC refuerza la tesis del amparo residual, y por ello lo señala expresamente:

Fundamento 13

13. Ello es así por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la Justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

De este modo, el TC establece residualidad del amparo contra laudo y preeminencia de anulación. Más aún, añade:

18. Este Colegiado estima que en tanto es posible que mediante el recurso de anulación de laudo resulte procedente revertir los efectos del pronunciamiento arbitral en los casos en los que este involucre la afectación de derechos constitucionales, su naturaleza no es la de una vía previa, *es decir la de una instancia anterior al proceso constitucional, sino más bien, la de una vía procedimental igualmente satisfactoria, en los términos a los que se refiere el Artículo 5º inciso 2) del Código Procesal Constitucional*. En tales circunstancias quien acuda al recurso de anulación de laudo debe saber que lo que la instancia judicial decida ha de ser lo definitivo, sin que sea posible a posteriori acudir al proceso constitucional de amparo, ya que en este supuesto es de aplicación el inciso 3 del artículo 5º del CP Const.

20. De acuerdo con lo indicado líneas arriba y con la finalidad de establecer de modo claro y preciso los criterios a utilizarse en materia de amparo arbitral, este Supremo Intérprete de la Constitución establece, con calidad de precedentes vinculantes, las siguientes reglas:

Improcedencia del amparo arbitral

a) El recurso de anulación previsto en el Decreto Legislativo 1071, que norma el arbitraje y, por razones de temporalidad, los recursos de apelación y anulación para aquellos procesos sujetos a la Ley General de Arbitraje (Ley 26572) constituyen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección de derechos constitucionales, que determinan la improcedencia del amparo de conformidad con el artículo 5º, inciso 2), del Código Procesal Constitucional, salvo las excepciones establecidas en la presente sentencia.

Asimismo, el TC se esfuerza en fijar determinados supuestos en los cuales, de forma excepcional, el amparo podría caber directamente contra un laudo arbitral:

Supuestos de procedencia del amparo arbitral

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

- a) Cuando se invoca la vulneración directa o frontal de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.
- b) Cuando en el laudo arbitral se ha ejercido control difuso sobre una norma declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según corresponda, invocándose la contravención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.
- c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14º del Decreto Legislativo 1071.

Estos supuestos son acertados en la medida en que los terceros afectados por un laudo arbitral no podrían recurrir a la anulación debido a que solo tiene efectos inter-partes, es decir solo puede ser usado por quien fue parte (signataria o no) del convenio arbitral y que participó en el arbitraje.

Bajo esta concepción, los terceros solo podrían cuestionar un laudo mediante el amparo. Si se les negara esta posibilidad se les pondría en un estado de indefensión que sería lesivo a sus derechos fundamentales.

Los demás supuestos de procedencia del amparo tienen que ver con vulneraciones a precedentes vinculantes del TC o un mal uso del control difuso, los que se justifican en el orden público que atañe a estos temas.

Sin embargo, cabe señalar que parte de la doctrina nacional viene reflexionando acerca de posibles consecuencias nocivas de la consideración del amparo como vía igualmente satisfactoria a la anulación.

En este sentido, se ha expresado que podría existir un riesgo de «amparizar» la anulación, habida cuenta de que fuera igualmente satisfactoria que el amparo, entonces ¿se podría invocar por vulneración a cualquier derecho del artículo 37 del Código Procesal Constitucional, o solo por lo establecido en el artículo 63 de la Ley de Arbitraje?

Creemos que la postura correcta es la que se basa en la aplicación exclusiva del artículo 63° de la Ley de Arbitraje, toda vez que de no ser así se desnaturalizarían las causales taxativas en las que se basa la anulación desde sus orígenes, y que son las que le permiten funcionar como un sistema idóneo de control del laudo arbitral al habilitar su control únicamente ante errores *in procedendo*.

#### 4. PREGUNTAS

1. Explique los alcances del precedente Cantuarias con relación al denominado control escalonado del laudo.
2. Señale cual es el avance en relación al control constitucional del arbitraje como resultado del precedente María Julia.

Fondo Editorial PUCP

## BIBLIOGRAFÍA

- All, Paula María (2004). Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional. *Derecho del Comercio Internacional. Temas y Actualidades*, 2, 27-50.
- Derains, Yves (2005). Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas. En *El contrato de arbitraje*. Rosario: Universidad del Rosario; Legis.
- González de Cossio, Francisco (2011). *Arbitraje. El acuerdo arbitral*. Ciudad de México: Porrúa.
- Jijón Letort, Rodrigo (2007). La independencia e imparcialidad de los árbitros. *Iuris Dictio*, 7(11), 26-36.
- Osterling Parodi, Felipe (s/f). *Conflicto de intereses: el deber de declaración y revelación de los árbitros*. <<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/El%20Deber%20de%20Declaraci%C3%B3n%20de%20%C3%81rbitros.pdf>>.
- Paredes, Gustavo (2013). *Dispute Boards* y arbitraje en construcción: ¿compiten o se complementan? *Arbitraje PUCP*, 3, 79-85.
- PriceWaterhouseCoopers (2008). International Arbitration: corporate attitudes and practices. <[http://www.pwc.co.uk/en\\_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf](http://www.pwc.co.uk/en_UK/uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf)>.

- Redfern, Alan (2004). *Law and practice of international commercial arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell.
- Savage, John & Emmanuel Gaillard (1999). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Amsterdam: Kluwer Law International.
- Silva, Eduardo (2005). *Breves observaciones sobre el principio competence-competence. El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis.
- Zúñiga, Rigoberto (2011). Borrando con el codo constitucional lo escrito por la mano legislativa: La concepción del Tribunal Constitucional acerca del arbitraje y del control del laudo arbitral vía demanda de amparo. *Arbitraje PUCP*, 1, 68-95.

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN LOS TALLERES GRÁFICOS DE

**TAREA ASOCIACIÓN GRÁFICA EDUCATIVA**

PASAJE MARÍA AUXILIADORA 156, BREÑA

CORREO E.: [tareagrafica@tareagrafica.com](mailto:tareagrafica@tareagrafica.com)

TELÉFONO: 332-3229 / FAX: 424-1582

SE UTILIZARON CARACTERES

ADOBE GARAMOND PRO EN 11 PUNTOS

PARA EL CUERPO DEL TEXTO

MAYO 2017 LIMA - PERÚ

Fondo Editorial PUCP

Fondo Editorial PUCP